

IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL EN LA ERA DE LA DISRUPCIÓN DIGITAL

VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la
Asociación Española de Salud y Seguridad Social

IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL EN LA ERA DE LA DISRUPCIÓN DIGITAL

VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la
Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i del Plan Nacional 2020, “Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la disrupción digital”, Referencia: PID2020-115701RB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.



Edita:

Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición, Ediciones Laborum S.L., 2024

ISBN Obra Completa - 978-84-10262-40-9

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2024

© Copyright del texto, sus respectivos autores, 2024

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el/la autor/a en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor/a con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el/la autor/a, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

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 o 93 272 04 45).

ÍNDICE

PRÓLOGO	I
<i>José Luis Monereo Pérez</i>	

CONFERENCIA INAUGURAL

LAS DIFERENCIAS DE TRATO RAZONABLES, OBJETIVAS Y CON UN PROPÓSITO LEGÍTIMO EN LA PROTECCIÓN A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL.....	7
<i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	

I. INTRODUCCIÓN	7
II. UNA PARADOJA: EL VARÓN DISCRIMINADO (AL HILO DEL ARTÍCULO 60 LGSS).....	9
1. Normas en presencia	9
2. Pronunciamientos sobre el texto originario.....	13
3. Entronque jurisprudencial del texto vigente.....	18
4. Razones para dudar sobre la validez de la norma actual.....	19
5. Antecedentes del Auto de la Sala Cuarta	21
6. La suspensión de los procedimientos en curso ante el TS.....	23
III. LAS RAZONES ÉTNICAS O CULTURALES: MATRIMONIO POR EL RITO GITANO	24
1. Descripción formal de las sentencias glosadas	24
2. Síntesis de la doctrina.....	25
3. Necesidad de la inscripción registral.....	25
4. Doctrina de la STEDH en el caso Muñoz Díaz.....	25
5. Evolución social y ajustes razonables de la jurisprudencia	26
6. Las dudas.....	27

IV. ACCESO A LA JUBILACIÓN DE UNA PERSONA FÍSICA QUE ES EMPLEADORA.....	27
1. Continuidad o cese por imposibilidad subjetiva del empleador que sea persona física ...	27
2. La causa extintiva del artículo 49.1.g) ET	28
3. Doctrina sobre jubilación del empleador	28
4. Procedimiento e indemnización.....	32
5. La STJUE 11 de julio de 2024 (C-196/23, Plamaro).....	32
V. AJUSTES RAZONABLES Y PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE (EL CASO NA NEGRETA).....	33
1. Discapacidad y normas sociolaborales: una relación compleja.....	33
2. La prohibición de discriminar.....	34
3. La discapacidad y la incapacidad permanente.....	37
VI. UN RECORDATORIO DE LA LEY INTEGRAL SOBRE IGUALDAD.....	40
1. Ideas básicas.....	40
2. Motivos de discriminación proscritos.....	43
3. Dinámica de la tutela.....	53
4. Tipos de discriminación	54
5. La acción positiva.....	55
6. La indemnidad	56

PANEL PRIMERO

IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES EN LA SALUD Y ASISTENCIA SANITARIA

PONENCIAS

DISCRIMINACIONES RELACIONADAS CON LA INVALIDEZ Y EL DESPIDO 59

Belén del Mar López Insua

1. La discapacidad: un concepto evolutivo. La doctrina internacional y comunitaria	59
2. Un cambio de rumbo en los conceptos de incapacidad permanente y discapacidad.....	66
2.1. La protección de las personas con discapacidad: derechos, garantías y medidas	67
2.2. La ley Zero lo a escena: ¿avance o retroceso?.....	72
3. Un nuevo paso al frente en la doctrina comunitaria: la emblemática Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (C-631/22)	74
3.1. Hechos relevantes	74
3.2. Límites a la extinción del contrato por incapacidad permanente: Adaptación del puesto, derecho al empleo e igualdad de oportunidades.....	75
4. Bibliografía.....	79

LA SALUD DE LAS PERSONAS CANDIDATAS A UN EMPLEO: NO SABE NO CONTESTA 85

Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

1. De la salud y la nueva tutela antidiscriminatoria en las relaciones laborales	85
2. La discriminación por salud. Aproximación del estado de la cuestión	87
2.1. Cuatro ¿nuevos? supuestos de no discriminación.....	87
2.2. Salud y apariencia: posibles conexiones	91
3. Ingreso en la empresa. De la selección a la prevención	94
3.1. Marco inicial.....	94
3.2. Selección y prevención: juntas, pero no revueltas	95
4. Reflexiones finales.....	101

5. Bibliografía.....	102
EDADISMO Y DISCRIMINACIÓN EN LA ATENCIÓN A LA SALUD.....	105
<i>Olimpia Molina Hermosilla</i>	
1. Planteamiento general.....	105
2. Definición y tipologías de edadismo	106
2.1. Definición de edadismo	106
2.2. Tipologías de edadismo	107
3. La consideración del edadismo como problema internacional de vulneración de derechos humanos	108
3.1. En el ámbito internacional.....	108
3.2. Los fundamentos del derecho europeo a la igualdad y no discriminación por razón de edad.....	110
3.3. Fundamentos del derecho a la salud en el ámbito del Derecho Europeo.....	111
4. Tutela antidiscriminatoria desarrollada contra el edadismo.....	112
4.1. Formas de discriminación directa, indirecta y múltiple.....	112
4.2. La discriminación múltiple por razón de edad y sexo en el ámbito de la asistencia sanitaria	114
5. Actuaciones contra el edadismo y el sexismo llevadas a cabo en el ordenamiento jurídico español	114
5.1. Tratamiento constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación	114
5.2. Tratamiento de la discriminación por razón de edad en la Ley 15/2022	116
6. Edadismo y su impacto sobre la salud de las personas mayores	118
6.1. Principales manifestaciones del edadismo en los sistemas de salud.....	118
6.2. Instrumentos de intervención contra el edadismo en el ámbito de la salud: el decenio del envejecimiento saludable 2021-2030	121
7. La necesidad de contemplación de las variables edad y género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.....	124
8. A modo de conclusiones.....	126
9. Bibliografía.....	127
IGUALDAD EN ACCESO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD Y CUIDADOS. EL PAPEL DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL.....	131
<i>Agustín Reoyo Jiménez</i>	
<i>Carlos Bravo Fernández</i>	
1. Introducción	131
2. Género y Salud	132
2.1. Factores biológicos que implica el sexo de la persona	132
2.2. Acceso y control de los recursos sociales, económicos, políticos y culturales por razones de género.....	133
2.3. Condicionantes profesionales en cuidados	134
3. Situación actual del sistema de cuidados de larga duración	135
4. Cambios demográficos.....	146
5. El género en el empleo de cuidados	147
5.1. Sanidad.....	147
5.2. Social	150
6. Evolución en el empleo en las actividades del SAAD Periodo 2020-2024.....	152
7. Concertación social.....	153

INTERRELACIÓN INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD A EFECTOS DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL..... 159

Fco. Javier Fernández Orrico

1. Planteamiento de la cuestión objeto de análisis.....	159
2. Justificación del trato diferenciado.....	160
3. Relación entre la acción protectora del sistema especial para personas con discapacidad y la cobertura de la Seguridad Social.....	161
4. Incapacidad permanente y discapacidad.....	162
4.1. Perspectiva desde la incapacidad permanente.....	162
4.2. Óptica desde la discapacidad.....	163
4.3. Conexión incapacidad permanente-discapacidad.....	164
5. Acceso a la salud en condiciones de igualdad.....	165
6. Acción protectora de la Seguridad Social de personas con discapacidad en condiciones de igualdad.....	168
6.1. Exclusión del requisito de la edad.....	168
6.1.1. Contratación por trabajadores autónomos de hijos mayores de 30 años con discapacidad.....	169
6.1.2. La prestación por adopción de menores de edad mayores de seis años con discapacidad.....	169
6.1.3. La consideración como miembro de la unidad familiar de mayores de 26 años con discapacidad con relación al requisito de responsabilidades familiares en el subsidio por desempleo (a partir de 1 de noviembre de 2024).....	170
6.1.4. La consideración de hijos a cargo, para determinar el límite máximo o mínimo de la prestación por cese de actividad.....	170
6.2. Incrementos en la duración de la prestación.....	171
6.2.1. Incremento del tiempo de duración del subsidio por nacimiento y cuidado de menor en el supuesto de discapacidad del hijo o hija.....	171
6.2.2. Incremento del periodo de duración del subsidio en el supuesto especial de nacimiento y cuidado de menor.....	171
6.2.3. Incremento del periodo de duración de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.....	172
6.3. Reducción en la edad ordinaria de jubilación.....	173
6.4. Reducción del periodo de carencia exigido en la jubilación.....	174
6.4.1. Reducción del periodo de tiempo exigido de cotización con un grado igual o superior al 45% en el caso de personas con discapacidad y nuevo criterio sobre la consideración de la multidiscapacidad.....	174
6.4.2. El periodo de carencia exigido en la jubilación parcial para personas con discapacidad.....	175
6.5. Se mantiene el límite de pensiones en el supuesto de jubilación anticipada de personas con discapacidad.....	175
6.6. Beneficio del cuidador familiar de persona con discapacidad en la prestación familiar contributiva.....	176
6.7. Importe de la modalidad no contributiva en función del grado de discapacidad.....	177
6.7.1. Prestaciones familiares.....	177
6.7.2. Pensión de invalidez no contributiva.....	177
6.7.3. El ingreso mínimo vital.....	177
7. Reflexiones y propuestas.....	178

SOBRE LA DOBLE DISCRIMINACIÓN DE MUJERES CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL 181

Inmaculada Alonso Mas

1. Introducción	181
2. Concepto de discapacidad	183
3. Los derechos fundamentales desde una perspectiva interseccional: discapacidad y género	184
3.1. Ámbito internacional	184
3.2. Ámbito europeo	185
3.3. Ámbito nacional	187
4. Discriminación por razón de discapacidad y discriminación por razón de sexo	188
4.1. Ley para la igualdad de trato y no discriminación	188
4.2. La discriminación interseccional	189
4.2.1. La discriminación múltiple en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	191
4.2.2. La discriminación interseccional en España	192
5. Conclusiones	193
6. Bibliografía	194

NO DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN MATERIA PREVENTIVA: RETOS PENDIENTES 195

Raquel Poquet Catalá

1. Introducción	195
2. Marco normativo	196
2.1. Normativa reguladora	196
2.2. Soft Law	198
3. Conceptualización de persona trabajadora de edad madura	201
4. Prevención de riesgos laborales en las personas trabajadoras de edad madura	203
4.1. Adaptación del puesto de trabajo	203
4.2. Evaluación y planificación preventiva	206
4.3. Formación	206
4.4. Vigilancia de la salud	207
5. Personas trabajadoras de edad madura, prevención y negociación colectiva	208
6. Conclusión	210
7. Bibliografía	211

ACERCA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD SUSTENTADA EN CARACTERES DE OBJETIVIDAD Y RAZONABILIDAD MEDIANTE UNA CONSTRUCCIÓN JUDICIAL: VINCULACIONES CON LA REVOLUCIÓN DIGITAL 213

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

1. Introducción: fuentes de la no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores	213
2. El tratamiento de la discriminación directa e indirecta por razones de edad y la posible justificación objetiva y razonable en el ámbito del tribunal de justicia de la Unión Europea	217
2.1. Contexto normativo, cuestión prejudicial y antecedentes (asunto Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen)	217
2.2. La voluntad de las partes y la edad de jubilación: fundamentos jurídicos de un caso interesante	220
2.3. Algunas reflexiones jurídicas consecuencia de la decisión adoptada por el TJUE	224
3. Sobre la triple comprobación de la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de las desigualdades: Mutatis Mutandi al caso europeo	226

4. ¿Puede la edad ser un elemento diferenciador válido siempre que existan motivos razonables para ello? Referencias sobre la superación del juicio de proporcionalidad	229
5. Reflexiones sobre revolución digital, IA (inteligencia artificial) y mercado laboral: colectivos más afectados	232
6. Bibliografía.....	237

LA IMPERIOSA NECESIDAD DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL PARA LOGRAR LA EFECTIVA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL..... 241

Mª Belén Fernández Collados

1. El factor género como desencadenante de desigualdad en la protección social y la salud laboral	241
1.1. Género, desigualdad y protección social	241
1.2. Género, desigualdad y salud laboral.....	243
2. La perspectiva de género en la calificación de la contingencia: las enfermedades profesionales	245
2.1. Enfermedad profesional: sistema de lista cerrada y consecuencias de la falta de perspectiva de género	245
2.2. La integración de la perspectiva de género en la calificación de las enfermedades profesionales	248
3. La perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales.....	250
4. Conclusiones	253
5. Bibliografía.....	255

PATOLOGÍAS ASOCIADAS A LA SALUD PSICOSOCIAL EN EL TRABAJO: DESAFÍOS DE SU CALIFICACIÓN JURÍDICA COMO CONTINGENCIAS PROFESIONALES..... 257

Sarai Rodríguez González

1. Entornos de trabajo seguros y saludables: la necesaria atención a la prevención de los riesgos psicosociales	257
2. La salud psicosocial en las iniciativas recientes de la Unión Europea	259
3. Las patologías vinculadas a la salud psicosocial como contingencias profesionales	263
4. La salud psicosocial como elemento clave en el proceso de reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales	267
5. Bibliografía.....	270

LA ENFERMEDAD/SALUD COMO CAUSA DISCRIMINATORIA EN LAS RELACIONES LABORALES Y EN LA PROTECCIÓN SOCIAL..... 273

Miguel Ángel Almendros González

1. Introducción: enfermedad y derecho a la igualdad trato y no discriminación	273
2. La enfermedad como causa de discriminación prohibida	275
2.1. El concepto amplio de enfermedad y de otras circunstancias vinculadas a la salud	275
2.2. El reconocimiento legal de nuevas formas de discriminación por enfermedad	276
2.3. Excepciones: Diferencias de trato por enfermedad no discriminatorias	278
2.4. Consecuencias del trato discriminatorio: prohibición, protección y reparación, nulidad de pleno derecho.....	278
2.5. El debate sobre la exigencia de que el reconocimiento legal de la discriminación por enfermedad se hubiera realizado mediante Ley Orgánica	279
3. El ámbito objetivo de aplicación: no discriminación por enfermedad en el ámbito de las relaciones de trabajo y en la protección social	280
3.1. Prohibición de discriminación por enfermedad en las relaciones de trabajo	280
3.1.1. El acceso al empleo.....	280

3.1.2. Las condiciones de trabajo	282
3.1.3. La extinción del contrato de trabajo. Especial referencia a la nulidad del despido discriminatorio por enfermedad del trabajador.....	286
3.2. Prohibición de discriminación por enfermedad en la protección social	292
4. Bibliografía.....	293

EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN EN LAS ACTUACIONES MÉDICAS SOBRE MENORES DE EDAD 295

Juan Miguel Díaz Rodríguez

1. Conveniencia médica y autonomía del paciente	295
1.1. <i>Lex artis</i> para los médicos y legislación sanitaria para los pacientes y su dignidad	296
1.2. El mal llamado “consentimiento informado”.....	297
1.3. ¿Tiene autonomía el paciente menor de edad?.....	298
2. El consentimiento informado de los pacientes menores de edad	299
2.1. El artículo 9.3.c de la Ley 41/2002 (junto al 9.4)	299
2.1.1. Posible consentimiento por representación si el paciente no tiene los 18 años cumplidos.....	301
2.1.2. Los menores de edad tienen autonomía como pacientes, también si carecen de capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención médica propuesta	302
2.1.3. Cuando existe grave riesgo, es necesario siempre el consentimiento por representación	302
2.1.4. ¿Oír al menor, sin tener en cuenta su opinión, como regla general?.....	303
2.1.5. Escuchar la opinión del menor es tenerla en cuenta, en función de su edad y madurez.....	303
2.1.6. ¿El menor es escuchado por sus representantes legales, no por el facultativo?.....	304
2.1.7. El menor tiene que ser informado siempre, pero no de forma excesiva	305
2.1.8. Consentimiento del menor (que sí sea capaz) acompañado del consentimiento de los representantes legales.....	306
2.1.9. Seguridad jurídica para el facultativo	306
2.1.10. Inteligencia artificial y mejoras considerables	307
2.2. La realidad: si el paciente es menor (de 16), consienten los padres.....	307
3. Dignidad del menor y consentimiento por representación	308
4. Conclusiones y propuesta de cambio normativo.....	309
5. Bibliografía.....	311

LOS PLANES DE PREVENCIÓN Y EVALUACIONES DE RIESGOS LABORALES EN CLAVE PERSPECTIVA DE GÉNERO ¿NO ES MOMENTO QUE LA EVALUACIÓN DE RIESGOS DEJE DE SER ANDROCÉNTRICA?..... 313

Mónica Ricou Casal

1. Introducción	313
2. El <i>desideratum</i> de una LPRL para todas las personas	314
2.1. Las motivaciones de la reclamación continua hacia la igualdad en salud laboral	314
2.2. Los riesgos laborales típicos de las mujeres trabajadoras: hacia la normalización	321
3. Los planes de prevención de riesgos no son un mero protocolo a cumplir.....	327
3.1. El olvidado deber empresarial de asegurar el cumplimiento real y efectivo de la actividad preventiva.....	327
3.2. ¿Externalización de la actividad preventiva?.....	328
4. La evaluación de riesgos con perspectiva de género	329
5. Conclusiones	330
6. Bibliografía.....	331

LA INCAPACIDAD PERMANENTE COMO DISCAPACIDAD Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: MANDATO DE AJUSTES RAZONABLES Y CARÁCTER DISCRIMINATORIO DEL CESE 333
Yolanda Fernández López

1. Introducción 333
1.1. La incapacidad permanente: normativa reguladora nacional 333
1.2. La extinción del contrato de trabajo con ocasión de la Incapacidad Permanente 334
2. Marco normativo internacional: concepto de discriminación y ajustes razonables 335
3. Doctrina jurisprudencial sobre supuestos extintivos..... 337
4. Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 339
5. Pronunciamientos judiciales posteriores a la STJUE de 18 de febrero de 2024:
¿despido improcedente o nulo?..... 344
6. Calificación de la decisión extintiva de la empresa 346
7. Modificación del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores 348
7.1. Elección voluntaria 349
7.2. Cómputo de plazos 349
8. Bibliografía..... 350

PANEL SEGUNDO

LA PROTECCIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN Y SU REPARACIÓN

PONENCIAS

LAS DISCRIMINACIONES Y SU IDENTIFICACIÓN..... 351
Wilfredo Sanguinetti Raymond

1. Del viejo al nuevo derecho antidiscriminatorio 351
2. La discriminación y las discriminaciones..... 354
2.1. La noción general de discriminación..... 354
2.2. Los tres tipos básicos de discriminación 355
2.2.1. Discriminación directa 356
2.2.2. Discriminación indirecta..... 360
2.2.3. El acoso discriminatorio y el acoso sexual 366
2.3. Las variantes de la discriminación..... 369
2.3.1. Discriminaciones múltiples e interseccionales 369
2.3.2. Discriminaciones por asociación y por error 371
2.4. Órdenes de discriminar y represalias..... 372

LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN LA DOCTRINA DEL TJUE..... 375
Rosario Cristóbal Roncero

1. La dimensión antidiscriminatoria en la normativa de la Unión Europea..... 375
2. La tutela jurisdiccional del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea,
con especial referencia a la tutela judicial efectiva..... 379
3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su tutela antidiscriminatoria 383
4. Conclusiones 392

REPARACIÓN EFECTIVA Y DISUASORIA FRENTE A LAS DISCRIMINACIONES 393

José Fernando Lousada Arochena

1. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en el contexto del derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad..... 393
2. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en el derecho de la Unión Europea 395
 - 2.1. Primera oleada: las directivas sobre igualdad de los sexos del siglo xx 395
 - 2.2. Segunda oleada: las directivas de igualdad de los primeros años del siglo xxi..... 397
 - 2.3. Tercera oleada: el pilar social y nuevas directivas de igualdad de los sexos..... 400
3. Apoyatura constitucional del contenido de la sentencia apreciando discriminación..... 402
4. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en las leyes de igualdad internas..... 402
 - 4.1. Disposiciones comunes para todas las igualdades 402
 - 4.2. Disposiciones específicas para determinadas igualdades..... 404
5. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en la ley reguladora de la jurisdicción social 404
 - 5.1. Elenco de las posibles tutelas judiciales 405
 - 5.2. ¿Resulta posible imponer a la empresa una contratación forzosa? 406
 - 5.3. Tutela indemnizatoria: las fuentes normativas 406
 - 5.4. Tutela indemnizatoria: la aplicación judicial, en especial la problemática indemnización del daño moral..... 408
 - 5.5. Pero, ¿dónde está la eficacia disuasoria de la indemnización?..... 411
 - 5.6. Cuestiones de procedimiento en el ejercicio de las acciones 414
 - 5.6.1. Alegación y justificación de la cuantificación de la indemnización 414
 - 5.6.2. Supuestos de prejudicialidad en relación con vulneraciones constitucionales con trascendencia penal..... 414
 - 5.6.3. Comunicabilidad de los contenidos de los artículos 182 y 183 de la LRJS a los procesos citados en el artículo 184 de la LRJS..... 415
 - 5.6.4. Revisión de la cuantificación en vía de recurso 416
 6. Bibliografía consultada (y no solo la citada) 417

TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL Y COSA JUZGADA MATERIAL. EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD COMO LABORATORIO 419

Juan Bautista Vivero Serrano

1. Una materia poco estudiada: La cosa juzgada como posible “castigo” para los pioneros de la tutela antidiscriminatoria..... 419
2. Los complementos por aportación demográfica y para la reducción de la brecha de género como laboratorio privilegiado para el estudio de esta temática..... 421
3. Las vías complementarias para evitar que la cosa juzgada suponga un “castigo” para los pioneros de la tutela antidiscriminatoria..... 423
4. La consideración de la tutela antidiscriminatoria dispensada con el paso del tiempo por el tje (u otros altos tribunales) como novedosa causa de pedir que excluye el juego de la cosa juzgada..... 424
5. La excepción de la cosa juzgada en aras del principio de efectividad del derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea: la extrapolación de la doctrina de las sentencias del TJUE de 22 de mayo de 2022..... 427
6. La excepción de la cosa juzgada en aras del principio constitucional de igualdad de trato..... 431

COMPATIBILIDAD ENTRE INCAPACIDAD PERMANENTE Y TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA POR EL TRIBUNAL SUPREMO ¿EN DISCORDANCIA CON LA ESTABLECIDA POR EL TJUE? 437

M^a. Vanesa García Del Cerro

1. Aspectos generales de la regla de incompatibilidad entre trabajo remunerado e incapacidad permanente 437
 - 1.1. Regulación actual..... 438
2. La marginalidad de la actividad como excepción a la regla general de incompatibilidad 439
3. Freno y marcha atrás de la aceptación por parte del Tribunal Supremo de la compatibilidad entre la IPA y GI con el desarrollo de una actividad laboral..... 440
 - 3.1. El elemento determinante: la marginalidad 441
 - 3.2. Nuevo cambio doctrinal. Un antes y un después 442
4. Primeras consecuencias del cambio: nuevo Criterio del INSS sobre incompatibilidad.. 443
5. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso adelante en la lucha contra la discriminación por discapacidad en el ámbito laboral..... 445
6. A modo de conclusiones..... 446
7. Bibliografía..... 448

LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA Y DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL POR RAZÓN DE LA SALUD DEL TRABAJADOR..... 449

Ana Isabel García Salas

1. Introducción..... 449
2. La enfermedad y las condiciones de salud como factor de discriminación legalmente reconocido..... 452
3. El tratamiento de los datos de salud: la protección de los datos sensibles 454
4. Utilización de algoritmos e intervención de los sistemas de IA: el riesgo de deshumanización de las relaciones de trabajo..... 457
5. Discriminación por razones de salud a través de sistemas de IA y medidas a adoptar... 458
6. Los responsables de la discriminación algorítmica perpetrada por los sistemas de IA .. 463
 - 6.1. Sujetos responsables 464
 - 6.2. Criterios de imputación: la culpa y negligencia ¿de las máquinas? 466
7. Las distintas formas de reparación y las alternativas a la reparación económica..... 469

PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR: DOS SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN DEL VARÓN PROGENITOR 471

Javier Carballo de Jesús

1. La modificación de las prestaciones de paternidad y maternidad por el RD-Ley 6/2019 y el bien jurídico a proteger por la prestación de nueva creación 471
 - 1.1. El bien jurídico a proteger en la nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor 472
2. La discriminación refleja en la protección por despido *ex art. 55.5.b) ET*..... 474
3. La discriminación directa del varón en la prestación por nacimiento en caso de premoriencia de su hijo *Nasciturus* 477
4. Conclusiones 481
5. Bibliografía..... 483
6. Relación de jurisprudencia y doctrina judicial 483

¿EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO TRAS LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE FRENTE A LA EXTINCIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE TRABAJO?: UNA APORTACIÓN SOBRE ALGUNAS DE LAS CONSECUENCIAS DE LA STJUE C-631/22 Y SU TRATAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA..... 485

Arturo Montesdeoca Suárez

1. Los derechos de las personas con discapacidad: la accesibilidad y continuidad en el empleo 485
2. Algunas de las consecuencias prácticas derivadas de la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22): El derecho-deber de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo.. 489
 - 2.1. Desde la extinción automática por la resolución de incapacidad permanente total emitida por el INSS a la elección de la persona trabajadora de solicitar la adaptación de su puesto de trabajo: ¿El nuevo procedimiento del art. 49.2 E) ET?..... 489
 - 2.2. La posible calificación de nulidad del despido de la persona trabajadora sin efectuar o justificar la imposibilidad de realizar los ajustes razonables en el puesto de trabajo..... 491
3. La participación de los agentes sociales en la inclusión, adaptabilidad y mantenimiento del puesto de trabajo a personas con discapacidad 493
 - 3.1. El V Acuerdo marco para el empleo y la negociación colectiva..... 493
 - 3.2. Las actuaciones de la negociación colectiva sobre discapacidad sobrevenida: Especial referencia en los convenios colectivos a la adaptabilidad del puesto de trabajo 494
4. Conclusiones 501
5. Bibliografía..... 504

LA IMPLANTACIÓN DE LA IGUALDAD A TRAVÉS DE LOS ACTUALES PLANES: LA HOJA DE RUTA EN MATERIA DE IGUALDAD A LA LUZ DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019 507

Carlos José Martínez Mateo

1. Introducción 507
2. Notas preliminares a la lucha por la igualdad en los planos supranacional e interno 508
 - 2.1. Plano internacional..... 508
 - 2.2. Consideraciones al ordenamiento español y la irrupción de la Ley 6/2019 510
3. La lucha contra las causas generadoras de la desigualdad: La brecha salarial como paradigma..... 511
 - 3.1. Medidas para reducir la diferencia de ingresos 512
 - 3.2. Actuaciones estratégicas 513
4. El plan de igualdad de la empresa y su hoja de ruta..... 514
5. La problemática de adaptación a la igualdad 516
6. Los factores de neutralización de la implantación de los planes de igualdad..... 518
7. Conclusiones 519
8. Bibliografía..... 520

UNA EXPLICACIÓN DE LA RECIENTE E INADMISIBLE TEMERIDAD PROCESAL DEL INSS AL LITIGAR EN PROCESOS LABORALES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL. A PROPÓSITO DE LOS CRITERIOS DE GESTIÓN NÚMS. 1/2020 Y 2/2021 DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 523

Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón

1. Introducción 523
2. Los criterios de gestión de la subdirección general de ordenación y asistencia jurídica de la Seguridad Social y su localización..... 524
3. El criterio de gestión núm. 1/2020..... 525
4. El criterio de gestión núm. 2/2021..... 526

5. Epílogo.....	527
6. Bibliografía citada.....	527

ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO Y DE POLÍTICA DE DERECHO SOBRE EL COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO..... 529

Farah Amaadachou Kaddur

1. Introducción y contextualización.....	529
2. Delimitación conceptual y naturaleza jurídica del complemento de brecha de género desde un enfoque de equidad en la distribución de responsabilidades parentales y su impacto económico.....	531
3. La dinámica del complemento para la reducción de la brecha de género.....	536
3.1. Beneficiarios.....	536
3.2. Requisitos.....	537
3.3. Cuantía.....	537
3.4. Efectos económicos.....	537
3.5. Incompatibilidades.....	538
3.6. Extinción.....	538
3.7. Expedientes internacionales.....	538
3.8. Solicitudes.....	538
3.9. Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad.....	538
4. La protección de la maternidad y la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos como fundamentos esenciales en la implementación del complemento de brecha de género.....	538
5. Conclusiones finales.....	542
6. Bibliografía: fuentes y recursos consultados.....	543

LA PROTECCIÓN SOCIAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ESPECIAL REFERENCIA AL ACCESO A LAS PRESTACIONES..... 547

Ana Aguas Blasco

1. Introducción.....	547
2. Marco legal de la protección frente a la violencia de género.....	550
3. El impacto de la violencia de género en la protección social.....	554
3.1. En la normativa.....	554
3.2. En la jurisprudencia.....	558
3.3. Algunas consideraciones de la protección de las víctimas de violencia de género en la negociación colectiva.....	561
4. Conclusiones.....	563
5. Bibliografía.....	564

CALCULO DEL COEFICIENTE GLOBAL DE PARCIALIDAD RESPECTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. RD-LEY 2/2023, DE 16 MARZO..... 567

Ana Gloria Azor Oliver

1. Introducción.....	567
2. Marco Normativo.....	568
3. La equiparación del trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo a efectos de cómputo de periodos de cotización.....	569
4. Cómputo de los periodos de cotización. Artículo 247.....	570
5. Sentencia Tribunal Supremo de 9 abril 2024 (rec. 782/2021). Unificación de doctrina..	571
5.1. Supuesto de hecho.....	571
5.2. Sentencia impugnada: STSJ de Andalucía con sede en Sevilla de 24 julio 2020.....	571
5.3. Sentencia de contraste: STSJ de la Islas Canarias con sede en las Palmas de Gran Canaria, de 13 julio 2016.....	573

5.4. Doctrina TS (Unificación de doctrina): STS de 9 abril 2024	574
6. Conclusiones	576
7. Bibliografía.....	576

LA TUTELA CONTRA EL DESPIDO DISCRIMINARIO BASADO EN LA INCAPACIDAD PERMANENTE DEL TRABAJADOR..... 579

José Luis Monereo Pérez

Belén del Mar López Insua

1. La noción evolutiva de discapacidad en el Derecho Internacional General y en el Derecho Europeo: análisis doctrinal y jurisprudencial.....	580
2. Incapacidad permanente versus discapacidad: cambio de rumbo y criterios interpretativos en la doctrina judicial española	586
2.1. Mecanismos de protección y derechos de las personas con discapacidad.....	587
2.2. ¿Cambios tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación?.....	593
3. La extinción del contrato basada en el previo reconocimiento de una incapacidad permanente total: estudio de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (C-631/22)	595
3.1. Hechos controvertidos.....	595
3.2. Adaptación del puesto, derecho al empleo e igualdad y límites a la extinción del contrato por incapacidad permanente.....	596
4. Bibliografía.....	599

LA (DES)PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL MANEJO DE LAS MODERNAS TECNOLOGÍAS. LA ATENCIÓN SANITARIA... 605

María del Carmen Burgos Goye

1. Planteamiento general.....	605
2. Las cifras no mienten destapan verdades	607
3. Régimen jurídico internacional	609
4. Tratamiento sectorial europeo	611
5. El ambiguo marco del ordenamiento jurídico interno	612
6. La atención sanitaria ante el desafío de los las nuevas tecnologías	614
6.1. De la telemedicina a la Inteligencia Artificial. Efectos en las personas de edad avanzada	620
7. En clave conclusiva	622
8. Bibliografía.....	623

PROTECCIÓN SOCIAL, DISCRIMINACIÓN Y TECNOLOGÍA EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INADAPTACIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA A LOS RAZONABLES CAMBIOS PROVOCADOS POR LA DISRUPCIÓN DIGITAL EN SU PUESTO DE TRABAJO 625

Sara Guindo Morales

1. Introducción	625
2. Ubicación de su regulación en el 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.....	627
3. Fundamento y concepto.....	627
4. Presupuestos para su concurrencia	630
5. La modificación técnica/tecnológica operada en el puesto de trabajo	631
6. El puesto de trabajo afectado por las modificaciones técnicas/tecnológicas	633
7. La inadaptación de la persona trabajadora.....	633
8. Período de adaptación.....	634
9. Curso de formación	637

10. La garantía de la persona trabajadora de que el tiempo destinado a la formación se considerará tiempo de trabajo efectivo.....	640
11. La garantía de la persona trabajadora del salario medio que viniera percibiendo	641
12. Diferencias y similitudes con otras figuras afines.....	641
13. Conclusiones	643
14. Bibliografía	645

PANEL TERCERO

PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCIONES POSITIVAS

PONENCIAS

GARANTÍAS DE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN..... 649

María Areta Martínez

1. Introducción.....	649
2. El derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación.....	652
3. La tutela judicial del derecho a la no discriminación ante la jurisdicción social (I): las garantías procesales	656
3.1. Introducción	656
3.2. La diversidad de procesos para instar la tutela judicial	657
3.3. Los principios de preferencia y sumeridad	660
3.4. La excepción del intento de conciliación extrajudicial	661
3.5. Los días hábiles para practicar las actuaciones judiciales.....	662
3.6. La legitimación activa para instar la tutela judicial.....	662
3.7. La intervención del Ministerio Fiscal.....	665
3.8. Las medidas cautelares	668
3.9. La prueba de la discriminación.....	668
3.9.1. La modulación de la regla general de la carga de la prueba de la parte actora.....	668
3.9.2. El dictamen de organismos públicos competentes en materia de igualdad.....	674
4. La tutela judicial del derecho a la no discriminación ante la jurisdicción social (II): las medidas para garantizar la reparación del derecho vulnerado	677
4.1. Introducción	677
4.2. La indemnización por daños morales.....	677
4.2.1. Introducción.....	677
4.2.2. La indemnización por daño moral en caso de despido nulo discriminatorio.....	679
5. La tutela administrativa del derecho a la no discriminación: el Derecho administrativo sancionador	687
6. La tutela judicial del derecho a la no discriminación ante la jurisdicción penal: el delito de discriminación en el empleo.....	690
6.1. Introducción	690
6.2. Los elementos que definen el tipo penal.....	691
6.3. La pena alternativa de prisión o multa.....	693
7. Bibliografía.....	694

PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN..... 697

Patricia Nieto Rojas

1. La consecución de la igualdad entre hombres y mujeres como objetivo estratégico de la actuación de los poderes públicos.....	697
---	-----

1.1. La materialización de este compromiso. El mandato a los poderes públicos para la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres.....	702
1.2. Algunas acciones concretas. El Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades.....	704
1.3. Las medidas de acción positiva como actuación promocional.....	705
1.4. El papel de Conferencia Sectorial de Igualdad en la consecución de este propósito....	708
1.5. El distintivo “Igualdad en la empresa”	709
1.6. El papel de los agentes sociales en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres	711
2. El papel de las administraciones públicas en la promoción de la igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo	713
3. Políticas públicas y acciones positivas para la promoción de la igualdad en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación	714
3.1. Manifestaciones de este compromiso: La Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación	717
3.2. La promoción de la igualdad a través del marco regulatorio respecto a subvenciones y regulación en materia de contratación pública.....	719
3.3. La creación de una Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y no Discriminación.....	721
3.4. La materialización de este compromiso por los sujetos privados. El papel de la responsabilidad social empresarial	723
4. Bibliografía citada	725

COMUNICACIONES

LA TELEMEDICINA COMO CONTENIDO DE LA ASISTENCIA SANITARIA: SU IMPACTO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO..... 729 *Ana Castro Franco*

1. La Telemedicina como componente de la E-Salud.....	729
1.1. Principales servicios	732
1.2. Áreas de aplicación	734
2. Regulación normativa en Europa y España.....	736
3. La desigualdad de género en la Telemedicina	742
3.1. Diagnóstico erróneo a mujeres y diferencias en el esfuerzo terapéutico.....	742
3.2. La incidencia de la brecha digital en la población femenina	744
4. Conclusiones	747
5. Bibliografía.....	748

BALANCE A LOS DIEZ AÑOS DEL RD-LEGISLATIVO 1/2013 EN LOS ÁMBITOS DE LA PROTECCIÓN Y DE LA ACCESIBILIDAD DIGITAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SIN SUFRIR DISCRIMINACIÓN..... 753 *Francisco Javier Pozo Moreira*

1. Referencia doctrinal introductoria del enfoque del balance normativo decenal	753
2. El contexto de la aprobación de una “Ley General” sobre discapacidad en el RD-Ley 1/2013 y su contenido en materia de derechos de Seguridad Social.....	754
2.1. El alcance subjetivo y determinación del colectivo de personas protegidas en el RD-Legislativo 1/2013	754
2.2. La regulación de los derechos de Seguridad Social de las personas con discapacidad, en el periodo 2013 a 2024.....	756

2.3. La reforma del art. 49 CE de 2024, los poderes públicos encargados de la inclusión, los entornos universalmente accesibles y la necesidad específica de las mujeres y menores con discapacidad, en el periodo 2013 a 2024.....	757
2.3.1. Los poderes públicos impulsores de políticas inclusivas (para desplegar el mandato del art. 49 CE)	757
2.3.2. Los entornos universalmente accesibles a las personas con discapacidad (art.49 CE).....	759
2.4. La inclusión a través de prestaciones adecuadas del sistema de Seguridad social para las personas con discapacidad, en el periodo 2013 a 2024	761
2.4.1. Las personas con discapacidad en el modelo organizativo de la gestión del Sistema de la Seguridad Social	761
2.4.2. Las personas con discapacidad en el ámbito de la afiliación e inscripción en el Sistema.....	762
2.4.3. Las personas con discapacidad en el ámbito de las prestaciones no contributivas y contributivas	762
2.4.4. La aplicación jurisdiccional y las sanciones administrativas para la eficacia de la normativa de Seguridad social para las personas con discapacidad	763
3. Conclusión del balance de la aplicación y eficacia del RD-Legislativo 1/2013 en Seguridad Social	764

VIOLENCIA DE GÉNERO E IGUALDAD EN EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. ANÁLISIS DE LAS CONTROVERSIAS MÁS RECIENTES

José Enrique Ruiz Saura

1. Introducción: Igualdad real y perspectiva de género	765
2. La importancia de la protección social frente a la violencia económica	766
3. La violencia de género y su incidencia en el acceso a la pensión de viudedad.....	767
3.1. La necesaria flexibilización de los medios probatorios de la violencia de género.....	768
3.2. El surgimiento y la consolidación de una doctrina jurisprudencial con perspectiva de género	770
4. Análisis de algunas de las controversias jurídicas más relevantes de los últimos años ...	771
4.1. Cuando la mujer solicitante había finalizado su derecho a percibir la pensión compensatoria de su maltratador.....	771
4.2. Cuando la violencia de género solo ha tenido lugar después de la separación o divorcio.....	772
4.3. La violencia de género en una pareja de hecho	773
4.3.1. Antecedentes jurisprudenciales	774
4.3.2. Cambio normativo	776
4.4. Violencia de género y nulidad matrimonial.....	776
5. Conclusiones	777
6. Bibliografía.....	778

TRABAJADORES MAYORES Y DIGITALIZACIÓN: LA NECESIDAD DE REMONTAR LA BRECHA

Rubén López Fernández

1. Introducción.....	781
2. La digitalización de la economía frente al reto demográfico	784
3. Problemas de salud asociados a la digitalización	786
3.1. Riesgos psicosociales.....	787
3.2. Otros riesgos.....	789
3.3. La desconsideración del legislador a efectos de la calificación como enfermedad profesional.....	790
3.4. La tecnología como herramienta de prevención de riesgos laborales	790
3.5. Los trabajadores mayores como colectivo especialmente sensible	791

4. Instrumentos normativos destinados al estiramiento de las vidas cotizatorias.....	792
4.1. Incremento de las bases de cotización máximas y de las cuantías máximas de la pensión de jubilación.....	794
4.2. Aumento flexible del cálculo de la base reguladora de la pensión	795
5. Conclusiones	796
6. Bibliografía.....	798
DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA ATENCIÓN SANITARIA.....	801
<i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i>	
1. Introducción	801
2. Objeto de la norma	802
3. Ámbito subjetivo.....	803
4. Ámbito objetivo	806
5. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria.....	807
6. Conclusiones	816
7. Bibliografía.....	817
LOS ACCIDENTES DE TRABAJO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA ERA DIGITAL	819
<i>Lluís Franco Sala y Joan A. Alujas Ruiz</i>	
1. Evolución de la siniestralidad laboral desde una perspectiva de género.....	819
2. Seguridad y salud en el trabajo, sesgos de género e inteligencia artificial (IA)	830
3. Conclusiones	834
4. Bibliografía.....	835
EL EDADISMO Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL: CUANDO LA EXPULSIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO POR RAZÓN DE EDAD SE INSTITUCIONALIZA	837
<i>Cristina Ramírez Bandera</i>	
1. Introducción: Conceptualización del “edadismo”	837
2. El edadismo y su tratamiento jurídico en el contexto laboral: Breve reseña normativa .	839
2.1. Ámbito internacional	839
2.2. Ámbito europeo	840
2.3. Ámbito nacional.....	841
3. La institucionalización de la expulsión del mercado de trabajo por razón de edad	844
3.1. El edadismo en el contexto de los despidos colectivos y su repercusión en el sistema de Seguridad Social: ¿la edad como criterio válido de selección?	845
3.2. La jubilación forzosa y su controvertida vigencia	847
3.2.1. El tratamiento jurídico-normativo de la jubilación forzosa en España: una historia de idas y venidas	847
3.2.2. La jubilación forzosa tras la reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre: la agri dulce sensación de una modificación positiva en una institución que no debiera existir.....	849
3.2.3. Breve referencia a la jubilación forzosa en el sector público.....	852
4. Conclusión: cuando el edadismo no se supera, sino que adquiere carta de naturaleza con aval legislativo y jurisprudencial.....	854
5. Bibliografía.....	855

UN ACERCAMIENTO A LAS CLAVES PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SECTOR MARÍTIMO ESPAÑOL..... 857

Sandys Menoya Zayas

1. Introducción.....	857
2. Género y trabajo marítimo-pesquero	859
2.1. Impactos del reto demográfico y la digitalización en el sector marítimo-pesquero: ¿oportunidades o amenazas para las mujeres?.....	862
2.2. El contexto español.....	865
3. La promoción de la igualdad de trato y no discriminación en el sector marítimo-pesquero	866
3.1. Marco internacional	867
3.2. Marco europeo y comunitario	869
3.3. Marco nacional.....	870
3.3.1. ¿Dónde estamos?	871
3.3.2. ¿Qué falta por hacer?.....	874
4. Conclusiones	875
5. Bibliografía.....	876

ALGUNOS FLECOS EN LA REFORMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DEL HOGAR..... 877

Aránzazu Roldán Martínez

1. Introducción.....	877
2. Un poco de historia: del régimen especial al régimen general por medio de un sistema especial.....	878
3. Primera batalla: El reconocimiento del derecho a la protección de desempleo	881
3.1. La STJUE de 24 de febrero de 2022 (Asunto C-389/20) y la SJCO núm. 2 de Vigo de 17 de marzo de 2022 (Proc. 93/2020)	881
3.2. La respuesta normativa: el Real Decreto-Ley 16/2022.....	885
4. Segunda batalla: La consideración de los períodos trabajados en el SEEH como cotizados a los efectos de desempleo y FOGASA	888
4.1. La corrección de las situaciones discriminatorias anteriores al RDL 16/2022 derivadas del artículo 251.1.d) TRLGSS	888
4.2. Extensión de la interpretación correctora de la discriminación a la protección del FOGASA	890
5. Tercera batalla: La depuración de los efectos colaterales derivados de la falta de protección de desempleo.....	892
6. Bibliografía.....	893

LA OIT ANTE EL RETO DE LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL NUEVO CONTEXTO DIGITAL..... 897

Luis Antonio Rivero Bermúdez de Castro

1. Introducción.....	897
2. Situación laboral de la mujer en la revoluciones industriales. Finales del siglo XVIII a la actualidad	898
2.1. Dimensión histórica	898
2.2. Los derechos de la mujer y la influencia del capitalismo en el siglo XX	901
3. La protección de la igualdad en la actualidad: la OIT.....	903
3.1. Contexto actual.....	903
3.2. La igualdad en el trabajo y la brecha de género: Especial referencia a las resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).....	904
3.3. La proyección en el derecho español.....	908
4. Conclusión.....	911

5. Bibliografía.....	912
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROTECCIÓN DEL NÓMADA DIGITAL: ENTRE PRECARIEDAD Y PRIVILEGIO DIGITAL.....	915
<i>Irene Martínez Martínez</i>	
1. Introducción: El derecho a la Seguridad Social	915
2. El impacto de la tecnología en la movilidad de los trabajadores. El nomadismo digital	917
3. Protección social y transición digital	919
4. El estatuto jurídico de los nómadas digitales en España. Residencia y fiscalidad.....	920
5. La protección social de los nómadas digitales en España. Revisión crítica	922
5.1. Los nómadas digitales intracomunitarios	923
5.2. Los nómadas digitales extracomunitarios	929
6. Valoraciones finales	930
7. Bibliografía.....	931
AJUSTES Y DESAJUSTES EN LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL PARA CON LAS PERSONAS TRABAJADORAS A TIEMPO PARCIAL..	933
<i>Francisco Javier Arrieta Idiakez</i>	
1. Introducción	933
2. Evolución histórica: El juego de los ajustes y desajustes constantes.....	934
2.1. Evolución sobre la forma de calcular la cotización	934
2.2. Evolución en materia de acción protectora	938
2.2.1. Evolución en la determinación de los períodos de carencia exigibles.....	938
2.2.2. Evolución en la determinación del importe de la prestación: el cálculo de las bases reguladoras.....	942
3. Regulación actual: El ajuste definitivo	945
3.1. Cálculo de la cotización	945
3.2. Acción protectora	949
3.2.1. Determinación de los períodos de carencia exigidos	949
3.2.2. Determinación del importe de las prestaciones: el cálculo de las bases reguladoras	949
EXPULSIÓN DE LOS TRABAJADORES MADUROS DEL MERCADO DE TRABAJO Y APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO EN CASO DE DESPIDO COLECTIVO: ¿UNA MEDIDA EFICIENTE?	953
<i>Alejandro Muros Polo</i>	
1. Premisa: El trabajador maduro como colectivo vulnerable	953
2. Estrategias de reestructuración empresarial basadas en la (mayor) edad del trabajador	956
3. La aportación económica al Tesoro Público en caso de despido colectivo	959
3.1. La lógica y funcionalidad de la medida	959
3.2. Requisitos para el nacimiento de la obligación.....	962
3.3. Cálculo de la aportación	965
3.4. Destino de los fondos recaudados	968
3.5. Procedimiento para la liquidación y pago.....	969
4. Problemas aplicativos y cuestiones conflictivas de la aportación económica al Tesoro Público	971
5. Bibliografía.....	974

DISCRIMINACIÓN EN EL TRATO A LAS PROFESIONALES COLEGIADAS POR CUENTA PROPIA INCORPORADAS EN MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL EN RELACIÓN CON LAS INCORPORADAS AL RETA EN MATERIA DE PROTECCIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR..... 979

M Carmen Legua Rodrigo

1. Introducción.....	979
2. Evolución normativa	980
2.1. La obligatoriedad de incorporarse a un sindicato	980
2.2. Real Decreto 2504/1980	980
2.3. La determinante Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados y las concreciones realizadas por Ley 50/1998, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social	983
2.3.1. Instrucciones de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) de Ley 30/1995 tras la reforma por Ley 50/1998	984
3. Opción entre RETA y Mutualidad: STS de 25 de enero 2000	986
4. Consecuencias del régimen de opción entre RETA y Mutualidad para prestaciones y permiso nacimiento y cuidado del menor	987
4.1. La nueva perspectiva tras Ley 27/2011, la disposición adicional cuadragésima sexta	988
5. La precaria protección de la maternidad y paternidad en las mutuas previsión social... ..	988
5.1. Cuando la madre en el ejercicio libre de su profesión está afiliada al RETA y su posible cesión al padre de la prestación	988
5.1.1. Comparación de prestación maternidad de profesionales incorporadas al RETA y prestación maternidad en RGSS.....	990
6. Cuando la madre en el ejercicio libre de su profesión esta afiliada a mutualidad alternativa.....	992
6.1. Evolución hacia un reparto de responsabilidades familiares	992
6.2. Prestaciones por nacimiento y cuidado del menor en mutualidades alternativas.....	995
7. Bibliografía.....	996

AUTOMATIZACIÓN Y DESIGUALDAD LABORAL: EFECTOS DE LA INTRODUCCIÓN DE ROBOTS EN LOS COLECTIVOS VULNERABLES 999

Aída Cabello Roldán

1. Introducción.....	999
2. La automatización en la era de la transformación digital.....	1000
2.1. Concepto y objetivos principales de la automatización.....	1001
2.2. Beneficios y desafíos generales de la automatización del trabajo.....	1003
3. Consecuencias de la automatización: ¿transformación en el empleo?	1006
3.1. La influencia de la introducción de robótica en el mercado de trabajo	1007
3.2. El auge de la robotización en el ámbito laboral: datos estadísticos	1009
3.3. Creación o destrucción de empleo: ¿una oportunidad o una amenaza para las personas trabajadoras?	1012
4. La desigualdad en el marco de la automatización: Los colectivos vulnerables.....	1014
4.1. Una perspectiva de la reestructuración de los mercados laborales.....	1015
4.2. Los colectivos más vulnerables frente al fenómeno de la automatización	1016
4.3. Breves apuntes sobre los efectos en el sistema de la Seguridad Social.....	1018
5. Conclusiones: Hacia una robótica inclusiva en el empleo.....	1019
6. Bibliografía.....	1021

PANEL CUARTO

LAS INSTITUCIONES ANTE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SALUD Y EN LA PROTECCIÓN SOCIAL

COMUNICACIONES

LA IMPORTANCIA DEL TRATO HUMANO EN LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA EVITAR DESIGUALDADES EN SU DERECHO 1025

Alvaro Javier San Martín Rodríguez

1. Introducción 1025
2. La digitalización del Sistema Nacional de Salud..... 1026
3. La cobertura legal de las drogodependencias en el sistema en el Sistema Nacional
de Salud y la importancia de la facilidad en los medios para el paciente 1027
4. Conclusiones 1033

UNA REVISIÓN DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA APLICABLE PARA REGULAR LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA EN EL TRABAJO 1035

Beatriz Sánchez-Girón Martínez

1. Algunas pinceladas sobre el riesgo de discriminación en las decisiones tomadas
por la Inteligencia Artificial 1035
2. Antecedentes normativos aplicables a la Inteligencia Artificial..... 1038
- 2.1. El derecho antidiscriminatorio 1038
- 2.2. El derecho a la protección de datos 1041
- 2.3. El derecho a unas condiciones de trabajo transparentes 1044
3. La reciente regulación de la Unión Europea aplicable a la Inteligencia Artificial 1046
- 3.1. El insuficiente Régimen Jurídico de la Unión Europea y la necesidad de una
norma con contenido digital 1046
- 3.2. Directiva sobre el trabajo en plataformas 1047
- 3.3. Reglamento en materia de Inteligencia Artificial 1049
4. Conclusiones 1051
5. Bibliografía..... 1052

GÉNERO, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SALUD LABORAL. EL PAPEL DE LOS AGENTES SOCIALES 1055

Tamara Prieto Pérez

1. Introducción 1055
2. La toma de decisiones automatizadas como factor de riesgo 1056
3. La obligación empresarial de seguridad ante la Inteligencia Artificial 1058
4. Sesgos algorítmicos. Impactos adversos para la salud de las personas trabajadoras 1059
5. Afecciones en bienestar emocional 1061
6. Sistemas digitales destinados a la gestión de la prevención de riesgos laborales 1062
7. Evaluación de factores de riesgo 1063
- 7.1. Vigilancia continua..... 1063
- 7.2. Aceleración o aumento de la carga laboral..... 1065
8. Respuestas en el marco de la Unión Europea: Lagunas en materia de seguridad
y salud laboral 1066
9. Planes de igualdad y la protección de la seguridad y salud en un entorno laboral
surcado por la Inteligencia Artificial 1067

10. Ciberacoso contra las mujeres en la relación laboral automatizada mediante artilugios inteligentes.....	1068
11. El papel de los agentes sociales en materia de salud laboral vinculada con la Inteligencia Artificial	1070
12. Bibliografía	1070

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 1075

José Antonio González Martínez

1. Introducción.....	1075
2. Tratamiento de la normativa aplicable al concepto de personas con discapacidad	1076
2.1. Marco jurídico de referencia	1076
2.2. Concepto de discapacidad y su evolución	1079
3. Personas con discapacidad y su inclusión laboral	1082
3.1. Mujeres con discapacidad e inclusión laboral.....	1082
3.2. Recursos que favorecen la inclusión laboral de personas con discapacidad.....	1083
3.2.1. Empleo ordinario.....	1083
3.2.2. Empleo protegido	1085
3.2.3. Empleo autónomo	1086
4. Conclusiones	1087
5. Anexos.....	1090
6. Bibliografía.....	1091

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO..... 1093

Ana Nieves Escribá Pérez

1. Introducción.....	1093
2. Los derechos sociales en ordenamiento jurídico internacional.....	1095
2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	1095
2.2. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	1097
2.3. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.....	1099
3. Los Derechos Sociales en Europa	1100
3.1. Emanados del Consejo de Europa.....	1100
3.1.1. La Carta Social Europea.....	1100
3.1.2. El Convenio Europeo de Seguridad Social.....	1103
3.2. Emanados de la Unión Europea	1104
3.2.1. Los Tratado de la Unión Europea.....	1104
3.2.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea	1105
3.2.3. La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores..	1106
4. Conclusiones	1106
5. Bibliografía.....	1107

PERSPECTIVAS SOBRE LA “NEODISCRIMINACIÓN” Y LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL 1109

Gloria María Montes Adalid

1. Delimitación y protección de las personas con discapacidad en el mundo del trabajo: Especial referencia al marco legal español.....	1109
2. Barreras y discriminación en el empleo de personas con discapacidad	1111
2.1. El marco jurídico del derecho al trabajo para personas con discapacidad	1111
2.2. Tratamiento legislativo de la discriminación emergente en el mercado laboral: Un estudio preliminar	1113
2.3. Discriminación laboral hacia personas con discapacidad: manifestaciones tradicionales y “neodiscriminación”	1114

2.3.1. Implicaciones de la inteligencia artificial en los derechos de las personas con discapacidad: brechas, sesgos y caminos hacia la inclusión.....	1114
2.3.2. El despido discriminatorio por razón de discapacidad	1118
2.3.3. La negativa a proporcionar ajustes razonables y acciones positivas para personas con discapacidad.....	1120
2.3.4. Otras manifestaciones de discriminación laboral de las personas con discapacidad.....	1121
3. Medidas y recursos para abordar la discriminación laboral contra personas con discapacidad: El enfoque del modelo español de empleo.....	1122
3.1. El empleo protegido	1122
3.2. El tránsito del empleo protegido al ordinario	1123
3.3. Modalidades de empleo ordinario para los trabajadores con discapacidad	1123
3.3.1. La cuota de reserva.....	1123
3.3.2. El empleo por cuenta ajena	1124
3.3.3. El empleo con apoyo	1125
3.3.4. El empleo por cuenta propia	1125
3.4. La adaptación de puesto de trabajo y dotación de medios de protección personal....	1125
4. Reflexiones finales.....	1126
5. Bibliografía.....	1126

LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CONTEXTO DE LA DISRUPCIÓN DIGITAL..... 1129

Rafael José López Bedmar

1. Introducción	1129
2. Disrupción digital y su impacto en la sociedad	1130
2.1. Disrupción digital y transformaciones en el mercado laboral y la Seguridad Social ..	1130
2.2. Colectivos vulnerables	1131
3. El paradigma de las personas con discapacidad en los sistemas de protección social ..	1133
3.1. Las personas discapacitadas como colectivo vulnerable	1133
3.2. Protección social de las personas con discapacidad en el marco de la Era Digital	1135
3.3. La estrategia española sobre discapacidad 2022-2030	1137
4. Conclusiones	1138
5. Bibliografía.....	1139

UN ACCESO DESIGUAL EN LA RETIRADA DE LOS MEDICAMENTOS EN LA FARMACIA MARCADO POR LA DOCTRINA EUROPEA..... 1143

Isabel Marín Moral

1. Marco general español	1143
2. La farmacia comunitaria u oficina de farmacia	1145
3. La planificación farmacéutica: diferencias por territorio	1146
4. La receta electrónica: la interoperabilidad deseada.....	1148
5. La receta electrónica europea: otra necesaria interoperabilidad	1150
6. La venta online de medicamentos	1153
7. La venta a distancia y precio.....	1155
8. Venta a través de plataformas.....	1156
9. Cambios que anticipan una posible redefinición de la prestación farmacéutica y la planificación de las farmacias	1159
10. Conclusiones	1160
11. Bibliografía	1160

USO, VALIDEZ Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA DIGITAL EN EL PROCEDIMIENTO SOCIAL 1163

José Iván Pérez López

1. Introducción.....	1163
2. La acomodación jurídica de la prueba digital en el ordenamiento jurídico estatal	1164
2.1. Origen y normativa aplicable.....	1164
2.2. El Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre.....	1166
2.3. La prueba digital como fuente y medio de prueba.....	1167
3. La constitucionalidad de la prueba digital.....	1168
3.1. La prueba digital y su implicación con derechos fundamentales.....	1170
3.1.1. Respecto a los datos personales	1171
3.1.2. Respecto a la vulneración del derecho a la intimidad	1172
3.2. Contenido esencial de la prueba digital.....	1174
4. Tipos de prueba digital y su modo de aportación al proceso	1175
4.1. El correo electrónico	1175
4.2. WhatsApp	1176
4.3. Grabación de voz	1177
5. Discriminación tecnológica en el proceso social.....	1178
5.1. La brecha digital y su incidencia en la prueba digital.....	1179
6. Conclusiones	1183
7. Bibliografía.....	1185

CONSIDERACIÓN DE LA DIMENSIÓN HUMANA SOBRE LA DIMENSIÓN DIGITAL. OPORTUNIDADES, REFLEXIONES Y LÍMITES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA SALUD LABORAL A LA DIGITALIZACIÓN AVANZADA DE LOS PUESTOS DE TRABAJO 1187

M. Carmen Aguilar Martín

1. Introducción.....	1187
2. El proceso de digitalización de las empresas y de los puestos de trabajo. Algunas tecnologías implicadas: luces y sombras	1189
3. Oportunidades para velar por el derecho a la salud laboral digital	1193
4. Los riesgos que conlleva un cambio en el modelo productivo. Especial atención a las brechas digital y de género y a la introducción de la perspectiva de género en seguridad y salud laboral.....	1195
5. La formación continua, completa, adaptada y adecuada en prevención de riesgos laborales, en competencias digitales y en desconexión digital.....	1198
6. Conclusiones	1200
7. Bibliografía y otras fuentes	1200

CONFERENCIA DE CLAUSURA

IGUALDAD Y SEGURIDAD SOCIAL. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA..... 1203

Agnes Ysebaert

1. Sentencia de 22 de febrero de 2024, Randstad empleo y otros (C-649/22, EU:C:2024:156)	1204
1.1. Hechos, litigio principal y cuestión prejudicial	1204
1.2. El concepto de “condiciones esenciales de trabajo y de empleo”	1206
1.3. El alcance del principio de igualdad de trato	1208
1.4. Conclusión.....	1209
2. Sentencia de 28 de noviembre de 2023, Commune D’Ans (C-148/22, EU:C:2023:924).....	1210
2.1. Hechos, litigio principal y cuestiones prejudiciales	1210

2.2. La primera cuestión prejudicial 1211

2.3. La segunda cuestión prejudicial..... 1214

3. Sentencia de 18 de enero de 2024, Ca Na Negreta (C-631/22, EU:C:2024:53)..... 1215

3.1. Hechos, litigio principal y cuestión prejudicial 1215

3.2. La aplicabilidad de la Directiva 2000/78..... 1217

3.3. Examen de las cuestiones prejudiciales 1217

3.4. Conclusión..... 1218

PRÓLOGO

“El desarrollo social de Derecho, y esto es lo grande e impresionante en él, no se presenta como la realización de un programa, sino como autorrealización de una necesidad histórica supraconsciente, que ya estaba allí antes de ser reconocida, la que es más fuerte que toda resistencia y más consciente de sus metas que todos los malentendidos del hombre aislado. La marcha inconfundible e irresistible de este proceso, ha de hacer honor y llenar de profunda satisfacción a aquellos que anhelan, con corazón ardiente, lo que se muestra ya a la distancia; la meta de una ‘constitución social’, más justas que no conozca ya a señores ni súbditos del trabajo, sino sólo a ‘ciudadanos trabajadores’”.

GUSTAV RADBRUCH¹

1. El libro que tiene el lector ante sí, refleja la riqueza de planteamientos de Conferencias, Ponencias y Comunicaciones (no siempre convergentes sus direcciones de pensamiento crítico, pero todas ellas elaboradas con gran rigor técnico) presentadas y debatidas en el *VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de AESSS (17 y 18 de Octubre de 2024)*, dedicado específicamente al estudio en profundidad de la “Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital”.

Cuando por iniciativa de la Junta Directiva en la Asamblea General de la AESSS se propuso este tema y se diseñó el temario del Congreso AESSS, hubo un consenso absoluto, sin ninguna oposición ni discrepancias, teniendo en cuenta la importancia permanente y manifiesta de esta materia y atendiendo a la transcendencia jurídico-práctica del Principio de Igualdad en la salud

¹ RADBRUCH, G., “Del Derecho individual al Derecho Social” (1930), en RADBRUCH, G., *El hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, edición y estudio preliminar, “Gustav Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, págs. 17 y sigs., en particular pág. 24.

y protección social en la era de la disrupción digital. Lo cual plantea importantes retos tanto en términos de gestión como del marco de la acción protectora de nuestra Seguridad Social. La cuestión del impacto de las nuevas tecnologías fue tratada en el anterior Congreso de la AESSS de 2023, ahora se da un paso más de una trascendencia extraordinaria, a saber, cómo se ve afectado (y, en su caso, “amenazado”) el principio de igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección por tecnologías tan potentes y controvertidas como son las tecnologías digitales en constante desarrollo expansivo (algoritmos, inteligencia artificial...). Debe recordarse, por otra parte, la máxima relevancia constitucional y la apertura competencial de la justicia constitucional a cargo del Tribunal Constitucional cuando está en juego la vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Lo cual constituye una típica vía de entrada de los derechos de Seguridad Social en el ámbito de competencias de nuestro Alto Tribunal.

Ante ellos cabe llevar a cabo una política del Derecho que dé una respuesta no simplemente reactivo-defensiva, sino ante todo de carácter proactivo-ofensivo, que de manera autorreflexiva dé cuenta de esa realidad, pero que también la conforme y oriente con arreglo a los principios que inspiran nuestro modelo de Seguridad Social en el marco del Estado Social de Derecho y con el obligado respeto al principio de igualdad y no discriminación en las relaciones de Seguridad Social. Y ello en un marco normativo complejo e inevitablemente dinámico para dar cuenta de las transformaciones en curso; y, por tanto, necesitado de una reforma totalizadora que le confiera coherencia sin perder de vista la lógica de la “racionalidad social” que ha de informar a todo el sistema jurídico e institucional del Sistema, y evitando la fácil tentación del determinismo tecnológico.

2. Por otra parte, asumiendo como propia esta problemática, la AESSS da muestras de su dinamismo y capacidad de respuesta reflexiva, desde la política del Derecho y de la técnica jurídica, que son las dos caras –las dos dimensiones- necesarias del estudio científico de cualquier institución jurídica. Ese dinamismo es visible en los intensos debates que suelen caracterizar a los Congresos de la AESSS (expresamente internacionales y nacionales). En este Congreso se han constituido varios Paneles –que operan funcionalmente como mesas de trabajo- sobre aspectos concretos y con una composición deliberadamente plural en sus ponentes y moderadores.

Por lo demás, la calidad de las Conferencias, Ponencias y Comunicaciones presentadas garantizaban ya el éxito del Congreso de la AESSS, con esa vitalidad y pluralismo crítico que le caracteriza; como auténtico punto de encuentro, de diálogo y debate sobre las distintas dimensiones y ámbitos de la Salud y Seguridad Social; y asimismo desde el rigor, la seriedad, y el máximo respeto a los diversos enfoques pluralistas que nos enriquecen a todos los que estamos implicados en esta lucha por el derecho a la Salud y a la Seguridad Social y por el mantenimiento, modernización y mejora de todas las “ramas de prestaciones” que le son inherentes, al margen de su instrumentalización y materialización institucional.

3. En esta obra colectiva no sólo se revisita este tema y su consideración clásica, sino que, además, se expone el estado actual de los problemas que se suscitan desde el punto de vista de la política del Derecho y de la técnica jurídica, de manera que se registran las novedades, las iniciativas llevadas a cabo, se realiza un análisis crítico, se formulan replanteamientos de *lege ferenda*; proponiéndose, en definitiva, nuevos rumbos y caminos a seguir.

Estamos, ciertamente, ante una situación caracterizada por transformaciones cualitativas: una nueva fase histórica de importantes cambios estructurales, transformaciones de la organización y cambios tecnológicos disruptivos, donde se produce una inflexión de envergadura en la “sociedad del trabajo” en el marco de la nueva “sociedad del riesgo” y de incertidumbre, con el surgimiento de nuevos riesgos emergentes, nuevas exigencias de tutela en el sistema de necesidades sociales

y en la misma orientación de las políticas públicas de gobierno y racionalización de la cobertura dispensada por los Sistemas Salud y de Seguridad Social y, en general, de los modelos de protección social pública. Es en este contexto, donde se evidencia que hay que renovar desde la Seguridad Social –como disciplina científica y de acción práctica- las “herramientas” científico-jurídicas de comprensión explicativa de la realidad social y de sus instituciones fundamentales.

En este contexto, nuestro Sistema jurídico e institucional de Seguridad Social se enfrenta a desafíos de envergadura, pues se tendrá que plantear una remodelación de su ámbito subjetivo (en términos de expansión y encuadramiento de los sujetos protegidos teniendo en cuenta, entre otras cosas, las nuevas formas de trabajo y empleo), su estructura de gestión (garantizando una mayor eficiencia, para lo que pueden ser útiles las nuevas tecnología digitales) y una revisión del cuadro de prestaciones que conforman su acción protectora para dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar una protección efectiva de Seguridad Social para todas las personas y frente a todas las situaciones objetivas de necesidad social y políticamente relevantes en esta nueva coyuntura histórica (artículo 41 de la Constitución Española). Eso sí, actualmente se dispone de un nuevo Pacto de Toledo y de un importante desarrollo legislativo, que se hace acompañar de un amplio consenso parlamentario y de concertación social con los interlocutores sociales más representativos. En esta planificación de la política de Seguridad Social que representa el proceso político del “Pacto de Toledo” debe otorgarse un papel relevante al impacto de las nuevas tecnología digitales y a las respuestas autorreflexivas de la política del Derecho de la Seguridad Social ante esa nueva conformación de tecnologías, como la digitales, que implican una disrupción y un cambio de paradigma.

El principio de igualdad y no discriminación ha atravesado siempre todas las grandes instituciones del sistema de salud y de la Seguridad Social y el propio Tribunal, como se acaba de indicar, ha tenido que resolver numerosas controversias sobre la vulneración de dichos principios en relación con los derechos de Seguridad Social y Protección Social Pública.

El contexto de referencia continúa siendo la incidencia *estructural* de la Era digital en el Sistema de Seguridad Social, y en general del Sistema global de Protección Social, pública y privada. Estamos ante transformaciones que sobrepasan el carácter coyuntural para alcanzar dimensiones estructurales y perdurables. Y ello ha sido objeto de tratamiento en las diversas Conferencias (inaugural, extraordinaria y de clausura), Ponencias y Comunicaciones presentadas. Las tecnologías digitales tienen una doble faz –como Jano-, por un lado, pueden ser utilizadas como herramientas útiles para proteger a las personas, aprovechando la inteligencia artificial creativa y las capacidades predictivas conductuales, al servicio de los principios de prevención y de precaución. Por otro lado, esas tecnologías pueden ser utilizadas por sujetos privados y entes públicos como mecanismos para proceder a vulnerar el principio de igualdad y no discriminación. Es la *ambivalencia* de nueva “Modernidad Tecnológica”

4. Este libro puede contribuir a encontrar soluciones viables y basadas en la idea de “justicia social” a una cuestión de tanta centralidad como es la reforma del sistema global de pensiones en España. El tratamiento de esta temática ha exigido llevar a cabo un enfoque necesariamente nacional y europeo. No sólo por la misma realidad geopolítica de la integración de la Unión Europea, sino también más específicamente porque el Gobierno español ha comprometido reformas estructurales del Sistema de Protección Social en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado a la Unión², dedicando un amplio y profundo varios componentes conexos a la problemática que ha sido objeto del Congreso de la AESSS.

² Véase el III Informe de Ejecución del Plan de Recuperación Febrero de 2023 https://planderecuperacion.gob.es/sites/default/files/2023-03/20022023_tercer_informe_ejecucion_plan_recuperacion_completo.pdf

Es evidente que en este libro –que lo es de “Actas” del Congreso- se realizan importantes aportaciones útiles de *lege data* y de *lege ferenda*, esto es, en el plano de la política del Derecho para mejorar el marco normativo vigente buscando un necesario equilibrio indisociable entre la racionalidad social (justicia social y sostenibilidad social) y la racionalidad económica (sostenibilidad económico-financiera) del Sistema.

5. Todo esto, en un libro cuya estructura hace visible el discurso jurídico –sana y enriquecedoramente plural- y la experiencia jurídica, en donde se traza y se desmenuza todo un recorrido sobre el tema objeto de estudio y se tratan todas las cuestiones fundamentales prácticamente sin excepciones u omisiones significativas. Preside a lo largo de sus páginas una preocupación por realizar un enfoque jurídico interdisciplinar y asimismo la necesidad de vincular el marco jurídico ordenador con la praxis social y la experiencia de aplicación judicial, enlazando teoría y práctica del sistema de tutela de las personas trabajadoras que sufren los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En tal sentido, se reproduce fielmente –aunque de manera sucinta- lo que ha sido la estructura sistemática del programa del *VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de AESSS*:

-La Conferencia inaugural: “Las diferencias de trato razonables, objetivas y con un propósito legítimo en la protección a la Salud y la Seguridad Social, a cargo de Antonio Vicente Sempere Navarro. Magistrado del Tribunal Supremo, Sala de lo Social y Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (s.e.). Presenta Antonio Ojeda Avilés.

-Primer Panel: “Igualdad efectiva de mujeres y hombres en la salud y asistencia sanitaria. Ponencias: “Discriminaciones relacionadas con la invalidez y el despido”, a cargo de Belén del Mar López Insua. Catedrática (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. “Salud e ingreso en la empresa”. A cargo de Pepa Burriel Diosdado. Profesora agregada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona. “Edadismo y discriminación en la atención a la salud”, a cargo de Olimpia Molina Hermosilla. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén. “La necesidad de un pacto estatal, integral e igualitario de cuidados”, a cargo de Carlos Bravo Fernández. Secretario Confederal de Políticas Públicas y Protección Social de CC.OO. Presenta y modera Julio Vadillo Ruiz.

-Conferencia Extraordinaria: “La jurisprudencia en el Derecho del Trabajo.-Especial consideración de la jurisprudencia sobre seguridad y salud laboral en el trabajo Principio de Igualdad y Sistema de Protección en la Constitución”, a cargo de Antonio Martín Valverde. Magistrado (j) del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (j). Presenta: José Luis Monereo Pérez.

-El Segundo panel: “La protección frente a la discriminación y su reparación”. “Las discriminaciones y su identificación”, a cargo de Wilfredo Sanguinetti Raymond. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca. “La tutela antidiscriminatoria en la doctrina del TJUE”, a cargo de Rosario Cristóbal Roncero. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense. “Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones”, a cargo de José Fernando Lousada Arochena. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. “No discriminación en materia de protección social y cosa juzgada”, a cargo de Juan Bautista Vivero Serrano. Letrado del Tribunal Supremo. Presenta y modera: José Jacinto Berzosa Revilla.

-El Tercer panel: “Promoción de la igualdad de trato, no discriminación y acciones positivas”. “Garantías de la igualdad de trato y no discriminación”, a cargo de María Areta

Martínez. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. U. Rey Juan Carlos. “Promoción de la igualdad de trato y no discriminación”, a cargo de Patricia Nieto Rojas. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UNED. “Promoción de la igualdad de trato y no discriminación en los TRADE”, a cargo de Yolanda Sánchez Urán-Azaña. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. U. Complutense. “Las acciones positivas”, a cargo de Patricia Prieto Padín. Profesora Ayudante Doctora. U. Burgos. Presenta y modera: Enrique Martín-Serrano Jiménez.

-El Cuarto panel: “Instituciones y administración ante la igualdad de trato y no discriminación en la salud y en la protección social”. Es un panel abierto a distintos planteamientos y enfoques. Ponentes: Macarena Montalbán Gordon. Jefa de la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación del OEITSS. Lourdes Márquez de la Calleja. Directora de Alianzas y Relaciones Internacionales. Fundación ONCE. Sara López González. Consejera Técnica de la Oficina de la OIT para España. Gina Magnolia Riaño Barón. Secretaria General de la OISS. Beatriz Micaela Carrillo de los Reyes. Directora General de Igualdad y no Discriminación y Contra el Racismo. Presenta y modera: Andrés Trillo García.

-Intervención del Relator-Ponente del Congreso: Raquel Vida Fernández. Profesora Colaboradora Indefinida y Directora del Secretariado de Contratación de la Universidad de Granada.

El Congreso termino felizmente con la Conferencia Clausura: “El principio de igualdad en la protección social en el marco del Derecho Social de la Unión Europea”, a cargo de Agnes Ysebaert, Letrado del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea. Presenta: Carlos García Cortázar y Nebreda.

-Se comunicó el *fallo de premios* a las Comunicaciones presentadas, emitido por el Comité Científico del Congreso, tras las deliberaciones correspondientes.

-Y se procedió a la *Clausura del Congreso* con la intervención de Joaquín Pérez Rey. Secretario de Estado de Trabajo, y José Luis Monereo Pérez, Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS).

6. Pero este Prólogo no puede cerrarse sin hacer mención a los denodados esfuerzos y el buen hacer de los que han asumido, en esta ocasión, la *Coordinación*, activa y efectiva, de las arduas tareas principales que conlleva la realización de este *VIII Congreso Internacional y XXI Nacional* y la publicación de sus resultados en este excelente y completo libro. Me refiero, naturalmente, a Francisco Ortiz Castillo (Abogado, Director de la Editorial Laborum y Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Murcia), Guillermo Rodríguez Iniesta (Secretario General la AESSS, Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Magistrado (supl.) del TSJ de Murcia), Belén del Mar López Insua (Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, Tesorera y Responsable de redes sociales y de la organización académica de la Página Web de la AESSS), Abraham Cortés Moreno (Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia), Marina Fernández Ramírez (Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Almería) y Sheila López Vico (Personal Investigador Predoctoral en Formación (FPU) de la Universidad de Granada).

También quiero dejar constancia de la labor efectiva y rigurosamente realizada por todos los miembros integrantes del Comité Científico del *VIII Congreso Internacional y XXI Nacional* de la AESSS (José Luis Monereo Pérez, Pilar Charro Baena, Juan Antonio Maldonado Molina, Ángel Arias Domínguez, Carmen Salcedo Beltrán, Mário Silveiro de Barros, Silvio Bologna). Vaya

por delante mi agradecimiento y reconocimiento, en nombre la AESSS y en el mío propio, a la excelente labor realizada por todos ellos. Con un equipo de personas de esta calidad, disposición y entrega, todo resulta más fácil y se pueden alcanzar los mejores resultados posibles.

Igualmente, quiero dejar constancia de mi gratitud, en nombre de la Asociación y en el mío, a la Tesorería General de la Seguridad Social, por todas las facilidades que nos ha dado para celebrar las sesiones de este Congreso de la AESSS en sus instalaciones y en general de la amable acogida y disposición en todo. Personalizar esa sincera gratitud institucional en Andrés Harto Martínez, Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social; y en María del Carmen Armesto González-Rosón, Directora General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por su apoyo incondicional. Y, en relación a ello, agradecer asimismo las gestiones realizadas –con la eficacia que le caracteriza en todo– por Andrés Ramón Trillo García y la difusión del Congreso entre el cuerpo de Letrados de la Administración de la Seguridad Social (Vicepresidente de la AESSS y Letrado Jefe de los Servicios Jurídicos Centrales del INSS).

En nuestro Congreso hemos tenido el honor de contar con la presencia e intervención en el *Acto Inaugural* de Borja Suárez Corujo (Secretario de Estado de la Seguridad Social y Pensiones), Joaquín Merchán Bermejo (Presidente del Consejo General del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España), Andrés Harto Martínez (Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social), María del Carmen Armesto González-Rosón (Directora General del Instituto Nacional de la Seguridad Social) y José Luis Monereo Pérez (Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social).

Por su parte, el *Comité Organizador* del Congreso, estuvo integrado por José Luis Monereo Pérez, Juan José Fernández Domínguez, Carlos García de Cortázar y Nebreda, Cristina Sánchez-Rodas Navarro, José Luis Tortuero Plaza, Andrés Trillo García, Guillermo Rodríguez Iniesta, Belén del Mar López Insua, Francisco Ortiz Castillo, Joaquín Merchán Bermejo, Andrés Harto Martínez, María del Carmen Armesto González-Rosón, y Pompeyo Gabriel Ortega Lozano.

7. Deseo terminar este Prólogo agradeciendo la colaboración desinteresada de la Editorial Laborum, que ha realizado, como es habitual, una edición de excelente calidad –como en todas las que le han precedido–, a pesar de la premura del tiempo del que ha dispuesto para su publicación. Y quiero hacerlo, de nuevo, en la persona excelente de Francisco Ortiz Castillo (Director Editorial, pero también, significativamente, Vocal del Comité Ejecutivo de la AESSS).

Siguiendo el modo de proceder habitual este libro se publicará al mismo tiempo en un doble formato: en soporte de papel y *online* en abierto y gratuito. Ello facilitará su difusión en el ámbito nacional e internacional.

Animo encarecidamente al lector a adentrarse en el interior de esta obra colectiva, densa y exhaustiva, cuya lectura atenta estoy seguro que enriquecerá las perspectivas de comprensión de la interconexión entre el principio de igualdad y no discriminación y la salud y protección social en la era de la disrupción digital; y hacerlo desde un enfoque de presente y en una proyección hacia ese incierto futuro. No se trata sólo de aportar soluciones útiles y viables –que siempre legítimamente pueden ser discutidas–, sino también de plantear nuevos interrogantes y de abrir nuevos caminos para la reflexión científica, la acción jurídico-institucional, y la actividad judicial.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada (España)*

LAS DIFERENCIAS DE TRATO RAZONABLES, OBJETIVAS Y CON UN PROPÓSITO LEGÍTIMO EN LA PROTECCIÓN A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Socio de AESS. CU. Magistrado TS

I. INTRODUCCIÓN

A) En nuestro tiempo, estando a golpe de clic el acceso a cualesquiera informaciones relevantes, incluso a estudios solventes sobre temas como el ahora afrontado, parece legítimo que quien tiene el honor de abrir las exposiciones académicas de un Congreso se interroge sobre su finalidad, el modo de afrontarla y el contenido que conviene.

Esa duda se acrecienta a la vista del completo panel de materias y colegas que integran nuestro Programa.

Resolviéndola de modo pragmático y pidiendo perdón por lo heterodoxo de la opción elegida, seguidamente se abordan diversos tópicos surgidos como consecuencia de proyectar la doctrina sobre igualdad y no discriminación al ámbito de la Seguridad Social.

B) Empecemos por una consulta a la famosa IA (nivel principiante). Sobre el *Impacto de la no discriminación en el sistema de seguridad social español*.- El principio de *no discriminación* en el sistema de seguridad social español se deriva directamente de varios cuerpos legales clave. En primer lugar, la Constitución Española de 1978 establece en su artículo 14 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”. Este principio constitucional es la base de todas las leyes que rigen la seguridad social y otros sistemas de protección pública.

La LGSS reafirma el compromiso con la igualdad de acceso a sus prestaciones, declarando en su artículo 2.1 que el sistema se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad. Este marco garantiza que todos los ciudadanos que cumplan los requisitos establecidos tienen derecho a las mismas prestaciones, sin discriminación por circunstancias personales, sociales o económicas.

Efectos del principio de no discriminación en la Seguridad Social.- Este principio de no discriminación tiene un impacto directo y profundo en la forma en que se gestionan y otorgan las prestaciones de seguridad social. Asegura la *equidad en el acceso* a prestaciones contributivas y no contributivas, de manera que *todos los ciudadanos, residentes en España o extranjeros con residencia legal* pueden beneficiarse del sistema bajo las mismas condiciones. Esto incluye pensiones de jubilación, incapacidad temporal y permanente, prestaciones por desempleo y asistencia social, entre otros beneficios.

Además, el principio promueve una mayor cohesión social al asegurar que grupos vulnerables, como las personas con discapacidad, mujeres embarazadas, menores y personas mayores, no se vean desprotegidos. La universalidad de la cobertura fomenta la inclusión y la justicia social, reforzando la solidaridad intergeneracional y protegiendo a aquellos que más lo necesitan en cada etapa de la vida.

La igualdad de trato implica que las prestaciones de la seguridad social deben ser accesibles de forma objetiva, sin que factores ajenos, como el género, la raza o el estado de salud, excluyan a las personas de los beneficios que les corresponden por derecho.

C) Aunque la no discriminación es un principio fundamental, existen casos en los que un trato diferenciado o aparente discriminación es legalmente justificado, lo que se denomina discriminación positiva o ajustes razonables. Este concepto tiene su fundamento en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ratificada por España, que obliga a los Estados a realizar “ajustes razonables” para garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

Uno de los ejemplos más claros de ajustes razonables en el sistema de seguridad social es el *trato diferencial a las personas con discapacidad. En virtud del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se establece que los ajustes razonables son modificaciones necesarias para garantizar que las personas con discapacidad puedan acceder a las prestaciones de seguridad social y participar en el sistema laboral en igualdad de condiciones¹.

En resumen, el principio de *no discriminación* en el sistema de seguridad social español es un pilar central para garantizar el acceso equitativo y justo a las prestaciones sociales. Sin embargo, existen situaciones en las que la aparente discriminación se justifica por la necesidad de realizar ajustes razonables, especialmente en el caso de personas con discapacidad, mujeres embarazadas y trabajadores de mayor edad. Estos ajustes no contradicen el principio de igualdad, sino que lo refuerzan, permitiendo la adaptación del sistema a las **diferentes circunstancias

¹ Por ejemplo, los *trabajadores con discapacidad* que desarrollan su actividad en *centros especiales de empleo* tienen un régimen de cotización adaptado a su situación particular, lo que les permite recibir la misma protección social que los demás trabajadores, pero bajo condiciones más flexibles. Esta diferenciación en el tratamiento, lejos de ser considerada discriminación negativa, es una *discriminación positiva* que busca equiparar las oportunidades, eliminando barreras estructurales.

personales y sociales* que requieren un trato especial para asegurar una verdadera igualdad de oportunidades en la práctica. Este equilibrio entre igualdad formal y ajustes razonables está respaldado por el marco normativo español y los convenios internacionales que protegen los derechos sociales, consolidando un sistema de seguridad social más inclusivo y justo.

II. UNA PARADOJA: EL VARÓN DISCRIMINADO (AL HILO DEL ARTÍCULO 60 LGSS)

No se me ocurre mejor modo de avanzar en el tema, siempre desde una estricta perspectiva jurídica, que refrescar una de las consecuencias de proyectar la no discriminación sobre la acción protectora de la Seguridad Social.

Siendo muy relevante lo acaecido, décadas atrás, respecto de la pensión de viudedad y su generalizada extensión a los varones, pese a que el legislador solo la contemplaba para las mujeres, la actualidad (todavía) del tema aconseja recordar lo ocurrido respecto del complemento de pensión contributiva diseñado por el artículo 60 de la Ley General de Seguridad Social.

1. Normas en presencia

A) Generales

1) Por referencia a los aspectos laborales, el artículo 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) viene legitimando las que suelen identificarse como acciones positivas: Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

2) La Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social es la norma clave y comienza admitiendo que no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por causa de maternidad, por lo que los Estados miembros podrán adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho.

Con arreglo a su artículo 1 tiene por objeto la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la seguridad social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo “principio de igualdad de trato”.

A tenor del artículo 4, el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a [...] el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

Además de especificar que “El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad” (art. 4.2), la Directiva admite que admite la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos (art. 7.1.b).

3) El art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

4) El art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres estatuye: «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

5) El art. 53.1 de la Ley General de la Seguridad Social prescribe que «1. El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 55».

B) El complemento de maternidad “por aportación demográfica”

La Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 añadió un nuevo precepto (artículo 50 bis) a la LGSS/1994. Su texto pasaría como artículo 60 a la LGSS/2015, cuyo texto fue aprobado poco después mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

El originario art. 60 LGSS/2015 se rubricaba, de manera gráfica, como “Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social”. Su apartado 1 contenía la principal y más problemática disciplina del mismo, pues precisaba los sujetos beneficiarios, con exclusiva referencia a las mujeres, en los siguientes términos:

1. Se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

Dicho complemento, que tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva, consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

- a) En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.
- b) En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.
- c) En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente.

C) El complemento para la reducción de la brecha de género

Las diversas dudas surgidas tras la aprobación del originario complemento de pensión vinculado a la maternidad (art. 60 LGSS en su precedente redacción) ponen de relieve su enorme repercusión práctica y la dificultad de llevar a cabo una acción positiva (en favor de la mujer pensionista). Lo que procede ahora es examinar los términos en que esa tarea se ha vuelto a acometer por el legislador, en buena medida, para sortear esa dificultad.

a. Finalidad del Real Decreto-Ley 3/2021

En el BOE de 3 de febrero de 2021 apareció publicado el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. Se trata de una extensa y ambiciosa norma, que dedica un aparte de sus previsiones a reforzar la fortaleza y viabilidad del sistema de Seguridad Social, “al tiempo que se actúa contra la brecha de género manifestada en las pensiones, mediante la reforma del artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”. Son varias las referencias que su Preámbulo dedica al tema y que conviene resaltar.

A) *La repercusión de la STJUE 12 diciembre 2019 (C-450/18).*- El motivo principal de la modificación lo cifra el legislador de emergencia en la necesidad de redefinir el alcance del complemento de pensión tras la STJUE considerando discriminatorio el modelo originario. Se trata de la defectuosa configuración legal del citado complemento en tanto compensación por aportación demográfica. Y la necesidad de proceder a su redefinición ofrece la oportunidad de convertirlo en un instrumento eficaz en la reducción de la brecha de género en las pensiones.

B) *El deseo de contrarrestar los perjuicios de la maternidad.*- La discriminación histórica y estructural de las mujeres en el mercado de trabajo por la asunción del rol de cuidadoras de los hijos e hijas ha tenido claras repercusiones en el terreno pensionístico pues, “cuanto mayor es el número de hijos, menor es el número de años cotizados, menor es la proporción de contratos a tiempo completo o equivalente, y menor es, en última instancia, la pensión reconocida”.

C) *La concordancia con las acciones positivas.*- Con la directriz de promover la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE; art. 11 LOI) y las recomendaciones del Pacto de Toledo, la norma desea caminar por el terreno de las acciones positivas, avaladas por nuestro Tribunal Constitucional.

En este sentido se trata de “compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores” (Autos del TC 114 y 119/2018).

D) *Criterio objetivo del nuevo complemento.*- El nuevo complemento se legitima por basarse en un criterio objetivo: el número de hijos “por cuanto su nacimiento y cuidado es la principal causa de la brecha de género”.

E) *Alineamiento con la jurisprudencia del TJUE.*- Entiende la norma que la nueva regulación es equilibrada porque combate la brecha de género, lo que explica que si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el complemento lo percibe la mujer. De este modo estamos ante un objetivo legítimo de política social. “Se trata de reparar un perjuicio que han sufrido a lo largo de su carrera profesional las mujeres que hoy acceden a

la pensión, es decir, un perjuicio generado en el pasado. Y que, por tanto, resulta perfectamente compatible y coherente con el desarrollo de políticas de igualdad ambiciosas”.

F) Los interlocutores sociales.- En apoyo de la nueva regulación aduce el RDL dos cuestiones conexas con el Diálogo Social: 1ª) La reconfiguración del citado complemento ha sido debatida por el Gobierno en el marco del diálogo social con los interlocutores sociales, reforzando así la legitimidad social de la reforma. 2ª) La LGSS fija un sistema de revisión en el que se da entrada a los interlocutores sociales.

b. Regulación del complemento de brecha de género

De la mano del RDL 3/2021, la regulación del “complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género” ha tenido la siguiente redacción en el apartado 1 del artículo 60 LGSS:

1. Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

a) Causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

3.ª Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

4.^a El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor, se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma.

La concordante Disposición Adicional 37^a LGSS contempla este complemento como transitorio pues se mantendrá en tanto el diferencial de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento entre los dos sexos. Y añade que “se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres”.

c. Referencia al Real Decreto-Ley 2/2023

En el BOE de 17 de marzo de 2023 apareció publicado 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. Además de otras muchas cuestiones, ha reformado un par de aspectos del artículo 60 LGSS.

Se trata de una modificación que no afecta ni a la solución del caso, ni al enfoque que podamos adoptar para alcanzarla. Lo primero, porque razones cronológicas hacen que los cambios no afecten a una pensión devengada mucho antes de promulgarse el RDL 2/2023. Segundo, porque el cambio avanza en la línea de permitir que el reconocimiento del complemento por brecha de género también a los hombres siempre que cumplan determinadas condiciones; en esa dirección “es preciso eliminar del cómputo de períodos cotizados y bases de cotización anteriores o siguientes al nacimiento los beneficios en la cotización establecidos en el artículo 237 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”.

2. Pronunciamientos sobre el texto originario

A) La STJUE 12 diciembre 2019 (C-450/2018)

Esta STJUE respondió a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n° 3 de Girona, declarando que el art. 60.1 de la LGSS (en la redacción aplicable al caso) es incompatible con el Derecho de la Unión Europea al introducir una discriminación directa en los varones. Correlativamente concluye que la decisión adoptada por el INSS vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo del actor «por lo que resulta procedente, tal y como hizo la Juzgadora de instancia, reconocer al demandante el derecho reclamado de percibir el complemento de paternidad/maternidad reponiendo así al demandante en la integridad de su derecho a la igualdad que había sido cercenado.».

El precepto en cuestión, para esta sentencia, comportaba una discriminación directa por razón de sexo y contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19.12.1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. La Directiva especifica que el principio de igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, así como la indicación a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

En el Diario Oficial de la Unión Europea de 17 febrero 2020 aparece su fallo: «La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión».

B) Primeras aproximaciones del Tribunal Supremo

En SSTS (Pleno) de fecha 17 de febrero de 2022, rcud 2872/2021 y 3379/2021, seguidas por otras posteriores, sostuvo que la exégesis de los órganos judiciales nacionales debía de ser compatible con los propósitos perseguidos por la Directiva, de forma que el precepto que había sido objeto de análisis e interpretación debería ser aplicado de conformidad con su finalidad a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se hubiere pronunciado la sentencia que dilucida la petición de interpretación si, además, se cumplían los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. Sin embargo, en dichos litigios, las sentencias recurridas habían fijado los efectos del complemento de maternidad con una retroacción de tres meses desde la fecha de la solicitud revisora. Y solamente había recurrido en casación unificadora el INSS, lo que impedía reconocer los efectos retro trayéndolos a un punto temporal anterior al declarado en fase de suplicación.

Las SSTS 160 y 163/2022 de 17 febrero (rcud. 3379/2021 y 2872/2021), dictadas por el Pleno, además de otras muchas, establecen que la fecha de efectos es la de la propia pensión, de manera que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica produzca efectos desde la fecha del hecho causante, esto es, desde el día en que comenzó a percibir su pensión contributiva de jubilación, siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 de la LGSS. Asimismo exponen que la solución debía de ser aplicada por el INSS desde el mismo momento de su pronunciamiento, por lo que todas las resoluciones denegatorias del complemento de maternidad a varones que tuvieran derecho a ello y que fueron dictadas después de esa fecha, generan la obligación de indemnizar a quienes se han visto compelidos a reclamar judicialmente su reconocimiento

C) La STS (Pleno) 487/2022 de 30 de mayo (rcud. 3192/2021)

La STS 487/2022 de 30 de mayo (rcud. 3192/2021) concluye que la fecha de efectos del complemento es la de la propia pensión, de manera que el reconocimiento del complemento de maternidad por aportación demográfica produzca efectos desde la fecha del hecho causante siempre que se cumplan los restantes requisitos exigidos por la redacción original del art. 60 de la LGSS. Para llegar a esta conclusión recuerda los razonamientos de las SSTS (Pleno) de fecha 17 de febrero de 2022, rcud 2872/2021 y 3379/2021. Por cuanto ahora interesa, son los siguientes:

1) El *art. 32.6 de la Ley 40/2015* dispone que la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea producirá efectos desde la fecha de su publicación en el DOUE. Dicho precepto se estableció con la finalidad de determinar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y no puede proyectarse sobre otros ámbitos, como el que ahora nos ocupa de complementos de prestaciones contributivas de la Seguridad Social.

2) El *art. 264 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (en adelante TFUE) dispone que “Si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado. Sin embargo, el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos.” Por su parte, el artículo 280 del mismo texto establece que “las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 299.”

El *Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 2012 establece en su art. 91* que la sentencia será obligatoria desde el día de su pronunciamiento, y en el art. 92 que “En el Diario Oficial de la Unión Europea se publicará un anuncio que contendrá la fecha y el fallo de las sentencias y de los autos del Tribunal que pongan fin al proceso.”

3) La *sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18*, declara que “La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.”

Esa sentencia se pronunció en audiencia pública en fecha 12 de diciembre de 2019, siendo obligatoria desde ese mismo día por disposición expresa del Reglamento de Procedimiento.

El posterior anuncio en el DOUE no puede interpretarse como una suspensión o prórroga de la obligatoriedad de un pronunciamiento ya emitido en audiencia pública por el TJUE. Por ello no puede atenderse a la fecha en la que tuvo lugar tal publicación en el DOUE (el día 17 de febrero de 2020).

4) La *sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2021, Academia de Studii Economice din Bucure, C-585/19*, explica que “la interpretación que el Tribunal de Justicia efectúa, en el ejercicio de la competencia que le confiere el *artículo 267 TFUE*, de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (*sentencia de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18*, apartado 60 y jurisprudencia citada).

Solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (*sentencia de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18*, EU:C:2019:828, apartado 61 y jurisprudencia citada).”

5) El parágrafo 66 de la *sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019* explica que la normativa nacional sometida en este supuesto a su consideración constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, es contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19

de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

6) La STS de 7 de febrero de 2018, recurso 486/2016 argumentó: “La solución se reconduce al análisis de la posibilidad de aplicar sobre la normativa interna el principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión, dentro del margen de actuación del que dispone el órgano judicial nacional con los límites que ya hemos enunciado, y teniendo en cuenta lo que dispone el *art. 4 bis de la LOPJ*, introducido por la LO 7/2015 de 21 de julio: “1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en manifestación del carácter vinculante de dicha jurisprudencia”. Por ello el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de Derecho y a aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue.

Por otra parte, además de la vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que impone el *art. 4. bis, 1 LOPJ*, ha de ponerse de relieve que las autoridades judiciales nacionales no son en modo alguno ajenas a ese deber que incumbe a todas las autoridades de los Estados miembros de contribuir a alcanzar el resultado previsto en la Directiva, lo que supone para los órganos jurisdiccionales la adopción de una posición activa en tal sentido dentro de las competencias que le son propias, y con ello, la obligación de incorporar esa finalidad perseguida por la Directiva como criterio hermenéutico en la interpretación de las normas de acuerdo a las reglas del *art. 3.1º del Código Civil*”.

7) La *sentencia del TJUE de 19 abril 2016, Dansk Industri, C-441/14*, sostuvo que “la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si ésta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva (véase, en este sentido, la *sentencia Centrosteel, C-456/98*, apartado 17)”; así como que “el tribunal remitente no puede, en el litigio principal, considerar válidamente que se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de que se trata de conformidad con el Derecho de la Unión, por el mero hecho de que, de forma reiterada, ha interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con ese Derecho”.

8) El *art. 60 de la LGSS*, en su redacción original, excluyó a los padres varones pensionistas de la percepción del complemento de maternidad por la aportación demográfica a la Seguridad Social. Dicho precepto se declaró constitutivo de una discriminación directa por razón de sexo y contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo. [...]

La referida interpretación conforme conduciría, correlativamente, a ubicar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos *ex tunc*-, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento. Y ello siempre, naturalmente, que, como hemos señalado en el párrafo anterior, se cumplieran los restantes requisitos exigidos por la redacción original del *art. 60 LGSS*, pues, en definitiva, también a los hombres que reunieran dichas exigencias se les tendría que haber reconocido el complemento que solo se reconoció a las mujeres.

La norma interpretada del Derecho de la Unión podrá y deberá ser aplicada en consecuencia a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si se cumplen los requisitos que permiten

someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma. La referida interpretación conforme conduciría, correlativamente, a situar el momento de producción de las consecuencias jurídicas anudadas a la prestación debatida en un tiempo anterior al arriba señalado, a una retroacción al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos *ex tunc*-, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento”.

La STS 362/2023 de 17 mayo (rcud. 3821/2022) concluye que el complemento de maternidad por aportación demográfica puede ser obtenido por mujeres u hombres que cumplan los requisitos en él previstos, sin tomar en consideración la circunstancia de que el otro progenitor (o persona asimilada) también tenga o pueda tener derecho a su percepción.

La STS 540/2023 de 19 julio (rcud. 3106) resuelve que cuando un beneficiario de prestaciones de Seguridad Social considera que la resolución de la Entidad Gestora lo discrimina puede canalizar su acción procesal a través de la modalidad de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Así procede en el caso de varón jubilado bajo la vigencia del art. 60 LGSS antes de su modificación por RDL 3/2021 pero después de la STJUE de 12 diciembre 2019 a quien, pese a tener dos hijos, el INSS deniega el complemento de pensión.

D) La STJUE 14 septiembre 2023 (C-113/22)

Tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), que reconoce a los hombres el derecho a percibir el complemento de maternidad en los términos que ya hemos reseñado, el INSS ha venido desestimando sistemáticamente y de manera generalizada en vía administrativa las solicitudes de los varones que reclamaban su reconocimiento, lo que ha obligado a todos esos solicitantes a interponer demandas judiciales frente a las resoluciones denegatorias, tal y como así acontece en el presente asunto.

Como consecuencia de esa actuación del INSS se suscitó en su momento una nueva cuestión prejudicial, que ha quedado resuelta por STJUE 14 de septiembre de 2023 (C-113/22), en la que se establece lo siguiente “el órgano jurisdiccional nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, sino también que le abone una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial”.

E) Jurisprudencia unificada sobre la “discriminación gestora”

La STS (Pleno) 977/2023 de 15 de noviembre (rcud.5547/2022), ya seguida por otras muchas, fija en 1.800 euros el importe de la indemnización que el INSS ha de abonar a todos los varones a los que les fue denegado el complemento de maternidad con posterioridad a la STJUE de 12 de diciembre de 2019 y se han visto obligados a acudir a la vía judicial para impugnar la resolución denegatoria de la Entidad Gestora. El INSS no puede eximirse de esa obligación con la eventual alegación de la excepción de efecto preclusivo de la cosa juzgada, con base en el art. 400.1 LEC, haciendo valer la circunstancia de que los solicitantes del complemento de maternidad no

hubieren ejercitado expresamente esa pretensión indemnizatoria en la demanda judicial dirigida al reconocimiento del complemento.

A la vista del art. 85.1 LRJS precisa también que el cumplimiento del deber de garantizar la efectividad del Derecho de la Unión que la doctrina del TJUE impone a los órganos jurisdiccionales nacionales obliga al Juez de lo social a plantear de oficio esa cuestión en el acto de juicio para el caso de que no lo hicieran las partes, puesto que hay una previsión normativa de Derecho interno que expresamente admite esa posibilidad.

F) Las SSTS Pleno) 322 y 324/2024, de 21 de febrero

La STS 122/2024 de 25 enero (rcud. 3509/2021) indica que las únicas prestaciones contributivas que se benefician del complemento por aportación demográfica son aquellas (previstas en el art. 60 LGSS) que se causen a partir del 1 de enero de 2016. La determinación del momento temporal en que surte efecto la norma tiene la consideración de hecho constitutivo para el reconocimiento del derecho, por lo que debe permitirse su alegación en el acto de la vista aunque no conste en la resolución administrativa, e incluso debe ser apreciada de oficio por el Juzgado de instancia.

En las SSTS 322/2024 y 324/2024 de 21 febrero de 2024 (rcud. 862/2023 y 1083/2023), dictadas por el Pleno, se concluye que el complemento de maternidad se debe abonar con la misma fecha de efectos que la pensión de jubilación. Y ello porque era extremadamente difícil que el beneficiario pudiera ejercitar su derecho en la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, lo que provocó la demora en la reclamación, de manera que la interpretación que del art. 60 LGSS propone la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2023, C-113/22 va en la dirección de garantizar a las personas discriminadas -por la letra de la redacción del precepto- el mismo tratamiento de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada. A ello se debe sumar que sobre la eficacia de las normas de Derecho nacional deben emitirse dos aportaciones: la primera, en lo relativa a regulación de la prescripción no pueden impedir que se restablezca la igualdad de trato; la segunda, que su interpretación debe ser conforme al Derecho de la Unión Europea para preservar su efectividad, tal y como impone el principio de primacía.

3. Entronque jurisprudencial del texto vigente

La STJCE 29 noviembre 2002 (C-366/99), *Griesmar*, examinó una norma concediendo el beneficio de cotizaciones ficticias a las funcionarias que hubieran sido madres. Entendió que vulneraba el principio de igualdad de retribución en la medida en que excluye de la bonificación que establece para el cálculo de las pensiones de jubilación a los funcionarios que pueden probar haber asumido el cuidado de sus hijos. Y añadía algo relevante a nuestros efectos: “la medida controvertida en el procedimiento principal no está destinada a compensar las desventajas que sufren en su carrera las funcionarias, ayudándolas en su vida profesional. Por el contrario, esta medida se limita a conceder a las funcionarias que sean madres una bonificación de la antigüedad en el momento de su jubilación, sin aportar ningún remedio a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional” (& 65).

La STJUE 13 julio 2014 (C-173/13), *Leone*, aclaró que no es una medida de acción positiva amparada por el TFUE la que se limita a permitir a las trabajadoras interesadas gozar de una jubilación anticipada con pensión de disfrute inmediato y a concederles una bonificación de antigüedad con ocasión de su jubilación, sin aportar remedio alguno a los problemas que puedan encontrar durante su carrera profesional.

Con menor incidencia en el asunto que nos ocupa pero también interesante, debemos recordar la STJUE 30 septiembre 2010 (C-104/09), *Roca Álvarez*, sobre el permiso de lactancia coetáneo. Conforme a ella, el Derecho de la UE se opone al vigente ET conforme al cual las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena.

Igualmente, cabe traer a colación la STJUE de 16 julio 2015 (C-222/14), *Maïstrellis*, según la cual las reglas del Derecho de la UE se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental si su esposa no ejerce una actividad laboral o profesional, salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo.

4. Razones para dudar sobre la validez de la norma actual

A) Una medida de acción positiva indiferenciada

Conforme al artículo 60.1 LGSS, para que una mujer perciba el complemento basta con que sea titular de una pensión contributiva y haya sido madre (biológica o adoptante), reconociéndosele salvo que también lo pueda lucrar el otro progenitor. Para que un hombre lo devengue ha de acreditar que se ha interrumpido o se ha visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o la adopción.

Aunque son legítimas las medidas de acción positiva, conviene recordar la censura que al complemento por aportación demográfica le hizo la STJUE 12 diciembre 2019: “dado que se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional” (& 65).

Se trata de una censura del todo trasladable al complemento que ahora examinamos. Quizá una perspectiva de estricto Derecho interno abocaría a una mayor permisividad, como se desprende del propio ATC 114/2018 (Pleno) que inadmitió a trámite cuestión de inconstitucionalidad frente a la versión del artículo 60 LGSS, al cabo considerada discriminatoria por el Tribunal de Luxemburgo. Por ello quizá debe pensarse que no existe colisión entre la LGSS y la Ley Fundamental, tal y como viene siendo interpretada por su supremo intérprete.

Sin embargo, ni esa eventual disparidad de criterios sirve para obviar el control sobre ajuste de la norma al Derecho de la UE, ni podemos olvidar que, precisamente, tal es el enfoque del debate que se ha suscitado en la doctrina y en algunos tribunales.

B) Un trato promocional desenfocado

El actual art. 60.1 LGSS se centra en la maternidad y deja al margen la atención al cuidado de los hijos o la efectiva postergación de la carrera profesional. Al actuar de ese modo no solo ignora otras muchas situaciones de desigualdad que han venido incidiendo en el acceso al empleo de las mujeres o en su mantenimiento, así como en la menor cuantía de sus pensiones, sino que también se aleja del enfoque de la Directiva (art. 7.1.b) para legitimar ese tratamiento.

Así lo entendió la repetidamente citada STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18), con reflexiones (parágrafos & 52 y & 53) que conviene repensar.

La circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera.

Respecto del anterior se dijo que la existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores.

C) Las objeciones de la STJUE sobre el complemento de maternidad

El artículo 4 bis.1 LOPJ prescribe que Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A lo largo de la exposición se ha citado de forma reiterada la STJUE 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18). Su consideración negativa hacia el complemento del art. 60 LGSS en la anterior redacción se basa en un cúmulo de razones que, por cuanto ahora interesa, algunos sectores consideran extrapolables a la nueva versión. Son las siguientes:

1) Los hombres que se encuentran en una situación idéntica a la de las mujeres (tener al menos dos hijos biológicos o adoptados y ser beneficiaria, entre otras, de pensiones contributivas de invalidez permanente) no reciben el complemento de maternidad.

2) La norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres.

3) Este trato diferenciado puede constituir una discriminación directa.

4) La aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres.

5) La aportación demográfica a la Seguridad Social no puede justificar por sí sola que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido.

6) La condición de progenitor es una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos.

7) La excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo solo es posible en los casos que se enumeran con carácter exhaustivo en la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978.

8) El complemento controvertido no se vincula con el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera profesional debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto (se permite el disfrute del complemento en los supuestos de adopción, no limitándose a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz).

9) Además, el lucro del complemento no exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos.

10) La concesión del complemento no se supedita tampoco a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos.

D) Conclusión

Los criterios que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha venido sentando a la hora de interpretar el alcance del principio de no discriminación por razón de género en el ámbito de la Seguridad Social pueden hacer dudar si actual la redacción del artículo 60.1 LGSS sigue siendo discriminatoria para el varón.

Mientras que la mujer que ha sido madre y accede a una pensión no contributiva se beneficia de forma automática del complemento en cuestión, el hombre solo podrá conseguirlo previa acreditación de diversas circunstancias adicionales a la de haber tenido hijos. Un precepto neutral, al tiempo que promocional, sería el que parificarse el beneficio para toda persona (al margen de su sexo) que hubiera atravesado por alguna circunstancia perjudicial anudada a la condición de progenitora. Pero no es eso lo que ha sucedido.

Es dudoso si la acción positiva (art. 157.4 TFUE; arts. 4.2 y 7.1.b de la Directiva 79/7) ampara la regulación del art. 60.1 LGSS porque se limita a conceder un beneficio automático a las mujeres pensionistas, sin compensar realmente las ventajas que hayan podido tener durante su carrera profesional. La postergación del varón podría, incluso, conducir a potenciar el papel tradicional de la mujer-cuidadora.

Al igual que sucedió con el anterior complemento no se supedita su concesión a la educación de los hijos o a la existencia de periodos de interrupción de empleo debidos a ese motivo, sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan sido madres y perciban una pensión. El automatismo diseñado con su sistema de puerta abierta para los hombres, resulta contrario al criterio de la STJUE 12 diciembre 2019.

5. Antecedentes del Auto de la Sala Cuarta

Por todo lo expuesto, no extraña que haya dudas sobre la compatibilidad de la vigente redacción y el Derecho de la UE. Son varias las cuestiones prejudiciales suscitadas respecto de esta nueva y vigente regulación.

A) Del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante Auto de fecha 13 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:146A), ha acordado suspender la tramitación del recurso de suplicación número 333/2023 para elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

¿La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social y los artículos 20, 21, 23 y 34.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de la pensión para los beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación que hayan tenido hijos biológicos o adoptados, pero que se concede automáticamente a las mujeres, mientras que a los hombres se les requiere, o bien que sean titulares de una pensión de viudedad por el fallecimiento del otro progenitor y que alguno de los hijos sea pensionista por orfandad, o bien que hayan visto interrumpida o perjudicada su carrera

profesional (en los términos previstos legalmente y anteriormente descritos) con ocasión del nacimiento o adopción del hijo?

El TJUE ha admitido a trámite la cuestión prejudicial, C-623/23, y ha acordado su acumulación a la C-626/23, instada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona.

B) Del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona

El Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona, mediante Auto de 21 de septiembre de 2023 (ECLI:ES:JSO:2023:7A), dictado en el Procedimiento de Seguridad Social 1095/2022, también ha acordado plantear cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la adecuación del art. 60 LGSS, en la redacción dada por el art 1 del RDLey 3/2021, a la Directiva 79/7/CEE en relación con el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la doctrina contenida en la STJUE 12 diciembre 2019 (asunto C-450/2018 WA contra INSS). Son dos las dudas trasladadas:

A) Primera cuestión: Posible discriminación por razón de sexo.

¿La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no respeta el principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, reconocido por los arts. 1 y 4 de la Directiva, una regulación nacional como la contenida en el artículo 60 de la Ley General de Seguridad Social que, bajo la rúbrica “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, reconoce la titularidad del derecho a un complemento a las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente a las mujeres que hayan tenido hijos o hijas biológicos o adoptados y sean beneficiarias de dichas pensiones, sin ningún otro requisito y al margen del importe de sus pensiones, y no se reconoce en las mismas condiciones a los hombres en idéntica situación al exigir para acceder al complemento de su pensión de jubilación o de incapacidad permanente determinados periodos sin cotización o cotizaciones inferiores con posterioridad al nacimiento de los hijos/as o a la adopción y, en concreto, en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer, y en el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer?

B) Segunda cuestión. Para el caso de que se aprecie discriminación por razón de sexo, si se debe mantener el derecho al complemento de sus pensiones a favor de ambos progenitores, aunque la ley nacional establezca que sólo se puede reconocer a uno sólo.

¿La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, impone como consecuencia de la discriminación derivada de la exclusión del pensionista de sexo masculino que se le reconozca el complemento de la pensión de jubilación a pesar de que el artículo 60 de la LGSS establezca que el

complemento solo puede reconocerse a uno de los progenitores y, al mismo tiempo, el reconocimiento del complemento al pensionista varón no debe determinar como efecto de la sentencia del TJUE y de la inadecuación de la regulación nacional a la Directiva la supresión del complemento reconocido a la mujer pensionista de jubilación al concurrir en ella los requisitos legales de ser madre de uno o más hijos?.

El TJUE ha admitido a trámite esta cuestión prejudicial, C-626/23, y ha acordado su acumulación a la C-623/23, instada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

C) Del Juzgado de lo Social nº 5 de Santander

El Juzgado de lo Social nº 5 de Santander, mediante Auto de 27 de febrero de 2024 ha acordado plantear cuestión prejudicial ante el TJUE sobre la adecuación del art. 60 LGSS, en la redacción dada por el art 1 del RD-Ley 3/2021, a los artículos 1, 4 y 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 (ECLI:ES:JSO:2024:1^a). Ha trasladado la siguiente pregunta:

¿Los artículos 1, 4 y 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal (art. 60-1 LGSS 8/2015), que establece el derecho a un complemento de la pensión para los beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación, incapacidad permanente o viudedad que hayan tenido hijos biológicos o adoptados, pero que se concede automáticamente a las mujeres, mientras que a los hombres se les requiere del cumplimiento de una serie de requisitos?

6. La suspensión de los procedimientos en curso ante el TS.

Mediante su Auto de 4 de abril de 2024 el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo acordó suspender el procedimiento seguido para la resolución de un recurso de casación unificador (“a la espera de que el TJUE resuelva sobre la cuestión aquí suscitada”) en que se debatía sobre el derecho de un varón a percibir el complemento de referencia en las mismas condiciones que las mujeres. El recurso de casación para la unificación de doctrina surge por la necesidad de homogeneizar las doctrinas discrepantes que albergan las sentencias opuestas. La sentencia recurrida (STSJ País Vasco 1750/2022, de 13 de septiembre) resuelve que los requisitos exigidos por el artículo 60 LGSS solo para los hombres suponen una quiebra de la Directiva 1979/7 de 19 de diciembre, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social que requiere una objetivación razonable y justificativa del trato diferencial y concede el complemento a un varón. La sentencia de contraste (STSJ País Vasco 1435/2022 de 1 de julio) alcanza la solución contraria y sostiene la validez de esa regulación diferenciada.

Se trata de clarificar si el complemento para la reducción de la brecha de género del artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) introducido por el RDL 3/2021, de 2 de febrero se opone a la Directiva 79/7/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, así como a la doctrina que lo interpreta, especialmente la fijada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18).

III. LAS RAZONES ÉTNICAS O CULTURALES: MATRIMONIO POR EL RITO GITANO

Recordemos un caso bien conocido, que surge concurriendo los siguientes datos: a) unión por el rito gitano en 1974; b) convivencia en el mismo domicilio hasta el fallecimiento del varón en 2014; c) cinco hijos en común, en cuya inscripción en el Registro Civil figuran los padres como «solteros» o que el matrimonio de los padres «no existe», y los hijos -según los casos- como «naturales» o «extramatrimoniales»; d) en el Libro de Familia constan los progenitores como «solteros»; e) la demandante y el fallecido no figuran inscritos como «pareja de hecho» en ningún Registro público.

El Pleno de la Sala IV, de lo Social, del Tribunal Supremo estimó el recurso del Instituto Nacional de la Seguridad Social y avaló la denegación de la pensión de viudedad a una mujer que presentó la solicitud tras el fallecimiento, en 2014, del hombre con el que estaba unida por el rito gitano, al ser preciso para generar la pensión cumplir el requisito de inscripción en el Registro de Parejas de Hecho, lo que no concurría en este caso. La sentencia revoca la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que reconoció el derecho a la pensión de la mujer, y establece que la solución correcta fue la que decidió el Juzgado de lo Social número 4 de Jaén, que la denegó dando la razón a la Seguridad Social².

La sentencia cuenta con el voto particular de dos magistradas, quienes consideran que debió concederse la pensión de viudedad y rechazar el recurso de la Seguridad Social al considerar que no cabe ninguna duda de que “los convivientes gitanos sostienen la convicción de que su relación de pareja se desarrolla como si de un matrimonio se tratara, con independencia de la ineficacia jurídica de aquel rito”.

1. Descripción formal de las sentencias glosadas

A) Mediante su sentencia 58/2018 de 25 de enero el Pleno de la Sala Cuarta ha resuelto un recurso de casación para la unificación de doctrina de notable repercusión. Se debate sobre el derecho a percibir una pensión de viudedad como consecuencia del fallecimiento de quien ha venido unido con la solicitante a través del denominado “matrimonio por el rito gitano”, sin mediar inscripción en el registro de parejas de hecho. La sentencia cuenta con un Voto Particular.

La sentencia casa y anula la sentencia de suplicación (dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada³) y deniega el derecho a la pensión de viudedad.

² Avala así el criterio de la sentencia comparada a efectos casacionales: la STSJ Galicia 27 marzo 2013 [rec. 4657/10] rechaza la pensión reclamada por viuda unida al fallecido -también- por el rito gitano, con convivencia ininterrumpida de 24 años, dos hijos en común y con Libro de Familia, pese a lo cual se rechaza la pretensión, aplicando la doctrina jurisprudencial -y constitucional- en orden a la esencialidad del requisito de figurar la pareja inscrita en el correspondiente Registro y a la inaplicabilidad del criterio expuesto por la referida STEDH 08/12/09 [asunto Muñoz Díaz], en tanto que la constancia de ambos progenitores como «solteros» en el Libro de Familia, excluía las bases de la resolución del Tribunal de Estrasburgo, de reconocimiento oficial -siquiera limitado- como matrimonio y de buena fe en la razonable creencia de gozar de expectativas de derecho en orden a la pensión de viudedad.

³ La STSJ Andalucía (Granada) de 20 abril 2016, acogió el recurso de suplicación interpuesto [nº 2843/15] contra la sentencia dictada en 13/10/2015 por el J/S nº 4 de los de Jaén [autos 679/14] y declaró el derecho de la demandante al percibo de pensión de viudedad.

La decisión hace una aplicación extensiva de la STEDH 08/12/09 [asunto Muñoz Díaz], para concluir argumentando que «de denegar la pensión se podría producir una discriminación por razones étnicas y culturales», habida cuenta de que «existía Libro de Familia, lo que evidencia ... una intención frente a los organismos públicos de ser entendidos como tal, la pareja ha convivido en el municipio en el mismo domicilio y hasta el momento de la muerte y siendo considerados como matrimonio gitano al menos durante 15 años... han tenido 5 hijos en común y no puede entenderse que de mala fe se fingieran como matrimonio gitano en su entorno familiar y social durante tanto tiempo para en su momento futuro cobrar una eventual pensión...».

B) La STC 1/2021 de 25 de enero, dictada por la Sala segunda del Tribunal Constitucional, también con un voto particular, desestima el recurso de amparo interpuesto contra la anterior.

2. Síntesis de la doctrina

1) La cuestión relativa al acceso a la pensión de viudedad en supuestos en que no existe matrimonio, exige acreditación de la existencia de pareja de hecho y convivencia, lo que ha sido validado por el Tribunal Constitucional.

2) La STEDH 08-12-2009, asunto Muñoz Díaz, contempla un supuesto previo a la Ley 40/2007, reconociéndose la pensión teniendo en cuenta que existía buena fe en la creencia de que el matrimonio gitano producía plenos efectos, pero en ningún caso dicha sentencia otorgó validez al matrimonio gitano, ni extendió el principio de igualdad a la discriminación por indiferenciación, sin que la pertenencia a una minoría étnica repercutiera en la aplicación o interpretación de la normativa.

3) El supuesto es distinto al de dicha STEDH, ya que ahora no se puede alegar buena fe en la creencia de la eficacia del vínculo matrimonial, puesto que en el libro de familia se hace constar que los padres son solteros y los hijos son extramatrimoniales, además de que en el presente supuesto se solicita la pensión desde la situación no de matrimonio sino de pareja de hecho.

4) Admitir el derecho a la pensión en estos supuestos, supondría hacer de peor condición a quienes por razones ideológicas tan respetables como las culturales, no se han constituido como pareja de hecho.

3. Necesidad de la inscripción registral

Numerosas sentencias de la Sala Cuarta han sentado una doctrina (validada por las SSTC 45 y 60/2014) acerca de la necesidad de que la pareja de hecho este inscrita en Registro público o constituida ante fedatario si es que se desea lucrar pensión de viudedad. Resaltar esta exigencia desliza el debate hacia un terreno aparentemente ajeno a las costumbres étnicas

La pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las “parejas de derecho” y no a las genuinas “parejas de hecho”.

El Libro de Familia «es en verdad un documento público que certifica el “matrimonio”, y la filiación [tanto matrimonial, como “no matrimonial”, como adoptiva], pero que no acredita la existencia de pareja de hecho, función “totalmente ajena” a la “finalidad” del Registro Civil, en cuyo norma reglamentaria se contiene, como acabamos de decir, la regulación de dicho documento».

4. Doctrina de la STEDH en el caso Muñoz Díaz

La STEDH 08 diciembre 2009 contempla un supuesto previo a la Ley 40/2007 [incluye a la pareja de hecho como generadora de posibles prestaciones de viudedad] y atribuye a la superviviente de una unión celebrada por el rito gitano. Sus evidencias la disparidad con el caso supuesto y la inaplicabilidad de su doctrina al caso de autos:

A).- «Aunque la pertenencia a una minoría no exime de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicarlas. El *TEDH ya ha tenido ocasión de subrayar en la Sentencia Buckley c. Reino Unido (25 de septiembre de 1996 , Compendio 1996-IV* (cierto es, en un contexto diferente) que la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su propio modo de vida, tanto en el marco regulador válido en materia de ordenación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares (ibídem §§ 76,80,84, Chapman, anteriormente citada § 96, y Connors c. Reino Unido nº 66746/01 § 84, 27 de mayo de 2004» (ap. 61).

B).- «La convicción de la demandante en cuanto a su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado, fue indiscutiblemente reforzada por la actitud de las autoridades, que le reconocieron la condición de esposa de ...» (ap. 62).

C).- «En consecuencia, la denegación del reconocimiento de la condición de cónyuge a la demandante al objeto de obtener una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo por las autoridades de esta condición» (ap. 64).

D).- «El TEDH considera que el rechazo al reconocimiento del derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato respecto al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo (artículo 174 de la ... LGSS), o la situación examinada en la *Sentencia del Tribunal Constitucional nº 199/2004, de 15 de noviembre ...*-, que concernía a la no formalización, por razones de conciencia, de un matrimonio canónico» (ap. 65).

5. Evolución social y ajustes razonables de la jurisprudencia

El núcleo central de la decisión del TEDH tiene como presupuesto la buena fe de la demandante y su comprensible confianza en los plenos efectos del «matrimonio gitano», determinada -esa confianza- por la pertenencia de la contrayente a la comunidad gitana, que en manera alguna ha cuestionado la validez del matrimonio llevado según su consuetudinario rito, y -sobre todo- por el reconocimiento de la unión como «matrimonio» en determinados documentos oficiales [... la convicción ... fue indiscutiblemente reforzada...]. De esta forma, el argumento básico del TEDH en la referida sentencia es la buena fe de la contrayente, que el Tribunal contrapone -«tertium comparationis»- al tratamiento favorable dado a otros supuestos por el ordenamiento jurídico y por la jurisprudencia constitucional [matrimonios nulos y de buena fe], para señalar la existencia de diferencia de trato desproporcionada en perjuicio del supuesto debatido.

En el presente caso la estimación de la demanda no vino determinada por atribuir eficacia jurídica alguna al «matrimonio gitano», sino porque la validez que le atribuye la comunidad romaní y el reconocimiento de la unión como «matrimonio» en determinados documentos oficiales habían generado en la contrayente comprensible buena fe que justificada el trato favorable dado por el ordenamiento jurídico a supuestos similares.

El Tribunal Europeo no cuestiona la afirmación contenida en la *STC 69/2007 [16/Abril]* -última instancia de su enjuiciamiento en España- de que el principio de igualdad que proclama el *art. 14 CE* no alcanza a la llamada «discriminación por indiferenciación», al no consagrar un derecho subjetivo al trato normativo desigual (FJ 4º); y c) que la pertenencia a una «minoría étnica» no repercutía en la aplicación o en la interpretación de la normativa de que tratamos, sino tan sólo en la configuración de la buena fe.

En suma: el presente caso es muy diverso al examinado por el Tribunal Europeo, aunque medien coincidencia de colectivo afectado e identidad en la prestación solicitada, pues lo aducido no es -ni podía serlo- buena fe en la creencia de eficaz vínculo matrimonial a los efectos del derecho español, porque en la documentación oficial -Libro de Familia e inscripciones de nacimiento- se hace constar expresamente su cualidad de «solteros» e hijos «extramatrimoniales». Es más, ni tan siquiera se reclama el derecho por el mismo título que en el supuesto del Tribunal Europeo, siendo así que en aquel caso se invocaba -no podía ser de otra manera, dado que el fallecimiento había sido anterior a la Ley 40/2007- la existencia de «matrimonio», y en el proceso ahora enjuiciado el título que se invoca es el de «pareja de hecho».

- La regulación contenida en la LGSS «es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica» [hacemos nuestras las palabras de la STC 69/2007, aunque entonces fueran referidas al acceso al vínculo matrimonial, en su FJ 5].
- El principio de igualdad - *art. 14 CE* - no consagra un derecho subjetivo al trato normativo desigual. Admitir la solución pretendida comportaría hacer de peor condición a quienes por razones ideológicas -tan respetables como las culturales- no se han constituido como pareja de hecho en la forma legalmente prescrita.
- En último término no cabe olvidar las múltiples minorías étnicas y culturales existentes en nuestro país, cuya posible vulnerabilidad -similar a la del colectivo gitano, en mayor o menor grado- ciertamente puede obligar a alguna interpretación normativa tendente a su protección conforme a los criterios del TEDH, pero no puede llegar al extremo de excepcionar la aplicación de la ley en los múltiples aspectos en que pudiera reflejarse su diversidad étnico-cultural [matrimonio; familia; comportamiento social...], so pena de comprometer gravemente la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación de aquélla -la ley-.

6. Las dudas

Si el tema está cerrado o cabe reavivarlo desde nuevas perspectivas, como la de discriminación interseccional, al concurrir raza y género. O indirecta, por las dificultades para acceder a los registros generales.

IV. ACCESO A LA JUBILACIÓN DE UNA PERSONA FÍSICA QUE ES EMPLEADORA

Nuevamente una reciente sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido a cuestionar el ajuste del Estatuto de los Trabajadores (ET) a las previsiones normativas de la UE. En concreto, la sentencia de 11 de julio de 2024 (C-196/23, *Plamaro*) responde a la cuestión prejudicial suscitada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Pero vayamos paso a paso para contextualizar su doctrina.

1. Continuidad o cese por imposibilidad subjetiva del empleador que sea persona física

Un examen de nuestro Derecho muestra que ni la muerte, ni la jubilación, ni la incapacidad del empresario-persona física, ni la extinción del empresario-persona jurídica determinan por sí y necesariamente la imposibilidad de que el contrato de trabajo continúe en vigor, pese a la fórmula del artículo 49.1.g ET. A tales acontecimientos ha de unirse la cesación sin sucesión del negocio o actividad empresarial. El principio de conservación del negocio jurídico y la tradicional predilección por la estabilidad en el empleo comportan que para que se extinga

el contrato de trabajo sea, por tanto, preciso no sólo que desaparezca el empresario, sino que también lo haga la actividad productiva que venía desarrollando.

El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. Tales son los términos de nuestro artículo 44.1 ET.

Por tanto, si entra en juego el mecanismo de la subrogación, por más que el empleador (persona física) no pueda o no desee proseguir su actividad, tampoco podrá invocar la causa extintiva asociada a esas circunstancias (muerte, incapacidad, jubilación).

2. La causa extintiva del artículo 49.1.g) ET

El precepto mencionado dispone que el contrato de trabajo se extingue en los supuestos que venimos mencionando. El *empresario*, de modo paralelo a lo que sucede al trabajador, puede verse involucrado en situaciones que influyen, con mayor o menor intensidad, en la normal prosecución del negocio. Se trata obviamente de acontecimientos que afectan a la persona misma del empleador, pero aún así hay que distinguir entre la persona individual o la jurídica. Comencemos por el empresario *individual*, respecto del que retiene la norma: su muerte, jubilación o incapacidad. Para todos estos casos se previene que lo aquí permitido se entiende sin perjuicio de que haya una sucesión de empresa.

Su mera glosa permite obtener varias conclusiones, que actúan al tiempo como punto de partida de la presente exposición:

- Son causas extintivas del contrato de trabajo la muerte, la incapacidad o la jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.
- Esos acontecimientos pueden activar la noción contractual, pero siempre que no haya transmisión de la actividad empresarial, es decir, *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44* del propio texto legal, que ya queda recordado.
- Si el contrato finaliza por tales motivos, la persona que pierde su empleo *tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario*.

3. Doctrina sobre jubilación del empleador

A) Necesidad de que el empresario sea realmente una persona física

Huelga advertir que solo las personas físicas pueden acceder a la jubilación. Hay que descartar que eso pueda suceder cuando aparece como empresario una sociedad mercantil (incluso de socio único), o una comunidad de bienes.

Esa misma es la razón por la que se ha concluido que a efectos de lucrar el 100% de la pensión de jubilación al tiempo que se desarrolla una actividad por cuenta propia (art. 305.2.II LGSS) no es válida la contratación laboral que discurre entre la comunidad de bienes (por ejemplo, en Oficina de Farmacia, constituida por pensionista y cónyuge) y la plantilla⁴.

⁴ SSTs (Pleno) 119 y 120/2022 de 8 febrero (rcud. 3087/2020 y 3930/2020).

B) Necesidad de ausencia de subrogación

En cuanto a la jubilación del empresario individual, debe insistirse en que solo opera como causa extintiva de los contratos de trabajo cuando no exista subrogación de tercero en la titularidad de la explotación.

La jubilación del empleador sólo es válida causa extintiva si va acompañada del cese de la actividad empresarial⁵. Tal doctrina desemboca en las siguientes afirmaciones:

- La extinción del contrato de trabajo por esta causa exige no sólo que haya tenido lugar la jubilación del empresario, sino además que se haya producido como consecuencia de ella el cierre o cese de la actividad de la empresa.
- La jubilación del empleador no justifica por sí sola la extinción de los contratos de trabajo, dado que tal justificación requiere que las mismas ocasionen, a su vez, el cese del negocio. Si éste continúa después de la jubilación por cualquier causa (transmisión, nombramiento de gerente, conservación de la dirección empresarial) no procede la terminación del contrato sino su prosecución.
- Así lo dispone el art. 44 ET para los casos en que haya transmisión de la empresa, siendo claro que lo mismo sucede cuando la empresa continúa después de la jubilación, sin necesidad de que se haya transmitido a otro empresario.
- En suma, lo decisivo para el fin de los contratos por causa de jubilación no es tanto que se produzca ésta cuanto que la misma determine la desaparición o cese de la actividad empresarial.

C) Las profesiones colegiadas

En particular, la jubilación del abogado se produce cuando cursa baja en la actividad ante Hacienda y en el colegio de abogados como ejerciente, y se inicia la liquidación del despacho, sin que se haya acreditado una fraudulenta continuidad en el ejercicio profesional ni con la existencia una sola actuación en el juzgado, llevada a cabo meses después de la jubilación, ni mediante la utilización de una sociedad como pantalla⁶.

De manera algo discutible, por tanto, se ha dicho que constituye causa de extinción la jubilación (por incapacidad) en la Mutualidad General de la Abogacía, incluso para quien cinco años antes había accedido a la condición de jubilado en el RETA por el desempeño de actividad relacionada⁷. La jubilación en la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía es válida a los efectos del artículo 49.1.g) del ET, porque, aunque esa Mutualidad no se ha integrado en el correspondiente régimen del Sistema de la Seguridad Social, realmente actúa en la práctica como una entidad sustitutoria de la aplicación del RETA⁸, como se desprende de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, tanto en su redacción inicial, como en la que introdujo luego el artículo 33 de la Ley 50/1998.

⁵ STS 14 febrero 2001 (RJ 2001, 2523) (Ponente, Sr. Fuentes López).

⁶ STS de 20 junio 2017 (RJ 2017, 3195) (Ponente, Sr. De Castro Fernández).

⁷ STS 20 junio 2000 (rcud. 3835/1999).

⁸ Dicho sea al paso, tal apreciación es técnicamente errónea; es Mutualidad alternativa, pero no sustitutiva en sentido técnico, lo cual no afecta al presente asunto.

D) Jubilación en el sistema de Seguridad Social

La jubilación que el art. 49.1.g) ET considera causa de extinción del contrato de trabajo es la que se produce «en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social»⁹. En realidad se trata de una alusión indicativa de los regímenes en que el empresario individual suele estar encuadrado (autónomos de industria o servicios, agrario cuenta propia, y a veces el especial del mar); pues la jurisprudencia ha declarado que esa jubilación puede tener lugar en cualesquiera regímenes del sistema, resultado posible en virtud sobre todo del fenómeno de comunicación de cotizaciones. En resumen: la jubilación del empresario como causa extintiva de las relaciones laborales puede producirse en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, en los términos legalmente previstos¹⁰.

La jubilación del empresario como causa extintiva de las relaciones laborales puede producirse en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, en los términos legalmente previstos. De este modo, se admite que puede invocarse la instada desde el alta en el RETA, se reconozca, totalizando cotizaciones, pero que tiene lugar con cargo al Régimen General y en favor de quien no hubiera cumplido la edad ordinaria, pues ello es consecuencia de la intercomunicación entre ambos Regímenes y de la posibilidad de anticiparla¹¹.

E) Edad de acceso a la jubilación

El cumplimiento de la edad de jubilación faculta al empresario (pero no le obliga) a jubilarse efectivamente. No existe una edad en la que haya de producirse la jubilación, so pena de que desaparezca como causa extintiva.

F) Inmediación

Tema tan vidrioso como relevante es el de si la jubilación y el cese de los trabajadores deben estar necesariamente unidos en el tiempo o si, por el contrario, no media plazo perentorio alguno. Inicialmente se entendió que el derecho del empresario a extinguir los contratos de trabajo por jubilación no está sujeto a plazo, aceptándose la prosecución del negocio durante nueve años y ulterior extinción de los contratos¹², solución que acaba convirtiendo en ilusoria la referencia causal y transformándola en potestativa e imprescriptible para el empleador¹³.

Actualmente la jurisprudencia entiende que no cabe aplicar la causa extintiva del art. 49.1.g) ET si transcurren varios años desde la jubilación del empresario hasta el cierre de la empresa y la

⁹ Tales regímenes son el de Trabajadores Autónomos: art. 43 D. 2.530/1970, de 20.8; el de Trabajadores del Mar: art. 30 Ley 47/2015, de 21.10; y el de Trabajadores de la Minería del Carbón (art. 9 del RD 298/1973, de 8.2).

¹⁰ STS 30 octubre 1995 (RJ 1995, 7931).

¹¹ STS 30 octubre 1995 (Ponente, Sr. Martínez Emperador).

¹² STS 9 abril 1996 (RJ 1996, 3071).

La STS 20 junio 2000 (RJ 2000, 6893) combina elementos que conectan con la invalidez: el empleador, Licenciado en Derecho, era titular de una empresa de asesoramiento contable y tributario, tramitación de altas y bajas en los diferentes impuestos, realización de declaraciones fiscales de todo tipo, tramitación de contabilidades; en cuanto tal, era alta en RETA donde causó pensión por jubilación en abril 1993; comunicó a sus dos empleados que cesarían en febrero 1998, porque había cumplido 70 años y ya no se encontraba en condiciones de proseguir su actividad de asesoramiento; estaba inscrito además en el Colegio de Abogados, y afiliado a la Mutualidad General de Previsión de la Abogacía, donde obtuvo pensión de jubilación en 1998; presentaba un cuadro patológico de cierta intensidad; se concluyó que la terminación del contrato era procedente.

¹³ Cosa bien diversa es que el empleador cumpla en determinado momento los requisitos para acceder a la jubilación y opte por retardar la misma.

extinción de los contratos de trabajo¹⁴. Es decir, que no puede operar la causa extintiva cuando el tiempo transcurrido entre la jubilación del empresario y el cese efectivo de la actividad con extinción de los contratos supera un plazo prudencial, poniendo así de manifiesto la falta de conexión causal entre aquella y éste. Se exige una mínima relación causal entre jubilación y cese de la actividad acompañado del despido del o de los trabajadores, y por ende, que el acuerdo extintivo se tome en un «plazo razonable».

En suma, como se observa, la jurisprudencia alterna enfoques muy permisivos con otros más exigentes, dejando un amplio margen de libertad para la resolución de cada caso y la toma en consideración de todas sus circunstancias. No es absolutamente necesario que el momento de la jubilación y el cierre de la empresa, con las subsiguientes extinciones de las relaciones de trabajo, sean totalmente coincidentes, puesto que entre uno y otros puede mediar un plazo prudencial. La finalidad de este plazo en los supuestos de jubilación es, fundamentalmente, el facilitar la liquidación y cierre del negocio o incluso su posible transmisión; la duración de tal plazo dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, no pudiéndose fijar reglas generales aplicables a todos los supuestos; cuando se supere la duración razonable del mismo, la extinción del contrato de trabajo que invoque tal causa de jubilación por parte del empleador es ineficaz y nos sitúa ante un despido improcedente.

G) La liquidación de la actividad

El art. 49.1.g) ET no señala plazo alguno para decidir la continuación o finalización de la actividad empresarial, sino que ha de entenderse implícita la existencia de un «plazo razonable» para adoptar tan trascendente decisión; plazo al que la doctrina unificada -para supuestos de jubilación, con criterio extensible para la incapacidad- señala que su finalidad “es, fundamentalmente, el facilitar la liquidación y cierre del negocio o incluso su posible transmisión; y la duración de tal plazo dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso” (SSTS 25 abril 2000 -rcud 2128/99- y 14 febrero 2001 -rcud 1106/00-). La razonabilidad de dicho plazo, añade la Sala, “ha de apreciarse en función de las concretas circunstancias del caso, teniendo muy en cuenta la importancia -de todo orden- que corresponde a la decisión, la multitud de factores a considerar en ella y en todo caso la obvia complejidad que puede revestir la propia liquidación”. A este respecto, se considera que la extinción del contrato se ha comunicado dentro de un plazo prudencial, apenas un mes y medio después de haberse dictado la sentencia de incapacitación, sin que se haya activado el mecanismo sucesorio previsto en el artículo 44 ET. Añade la Sala que la operatividad de la causa extintiva no pueda entenderse desactivada por la circunstancia de que durante la tramitación de la causa civil por incapacitación los hijos hubiesen asumido la dirección de la empresa, “pues resultaría indudablemente más dificultoso -desde la perspectiva de la legitimación, la propia capacidad procesal y la complejidad probatoria- acudir al expediente de finalización del contrato de trabajo aduciendo sólo la incapacidad de hecho de quien se está pretendiendo la correspondiente declaración judicial”.

La jurisprudencia admite que exista un plazo razonable entre la fecha de jubilación y la del cese material de quienes trabajan. STS/SOC 600/2023 de 27 septiembre considera que lo es el lapso de siete meses durante los cuales gestionó el negocio una de las empleadas.

¹⁴ SSTS 25 abril 2000 (RJ 2000, 4252; Sala General) 9 febrero y 8 junio 2001 (RJ 2001, 2513, 5504).

En el primer caso se trata de empresario titular de un negocio de ferretería, armería y artículos de caza, con jubilación en RETA en 1 marzo 1990, y que cesa al único empleado con efectos de 30 octubre 1997; se considera que hay un despido por improcedente.

En el segundo supuesto el empleador se jubila con pensión del régimen especial de autónomos en 5 mayo 1994, y previsa en 10 mayo 1999 la extinción del contrato de trabajo, que se produciría el día 14 siguiente.

La tercera resolución resolvió el caso de un empresario que consiguió pensión en régimen de autónomos con fecha de 1 noviembre 1996 y preavisó el cese del trabajador en 22 julio 1999, con efectos desde el 15 agosto; en ambos casos se emitió declaración de despido improcedente).

Por esa misma razón, se entiende que surge un despido cuando un empresario que se había jubilado y había extinguido un contrato de trabajo al amparo del art. 49.1.g) ET, vuelve a cursar su alta en el RETA y contrata a tres personas distintas (STS 744/2024 de 29 mayo).

4. Procedimiento e indemnización.

El artículo 49.1.g) ET no ha fijado procedimiento especial alguno para activar la causa extintiva cuando el empleador accede a la jubilación, aunque la práctica mayoritaria ha entendido que debía llevarse a cabo una comunicación escrita y preavisada razonablemente (unos quince días).

La Ley 36/1992, de 28.12, añadió al art. 49.1.g) ET-1980 una regla, que permanece, según la cual, en caso de extinción contractual por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, los trabajadores afectados tendrán derecho a la indemnización de un mes de salario.

5. La STJUE 11 de julio de 2024 (C-196/23, Plamaro)

Teniendo en cuenta lo que antecede y a la vista de la regulación comunitaria sobre despidos colectivos (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos) la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña formuló un doble interrogante que ahora ha recibido respuesta:

A) Preceptividad del procedimiento de despido colectivo

Mediante su primera pregunta el Tribunal español plantea si es conforme al art. 2 de la Directiva 98/59 el art. 49.1.g) ET que no contempla un período de consultas para los supuestos de extinción de los contratos de trabajo en un número superior a los umbrales del despido colectivo.

La respuesta ha sido clara: las previsiones de la Directiva se oponen a que la extinción de los contratos de trabajo de un número de trabajadores superior al propio del despido colectivo, por jubilación del empresario, no se califique como tal «despido colectivo» y, por tanto, no dé lugar al correspondiente procedimiento de información y consulta a los representantes de los trabajadores.

B) Efecto horizontal de la Directiva

A la vista de la disconformidad entre normas de la Unión Europea y previsiones del Estatuto de los Trabajadores, la segunda duda refiere a si la Directiva 98/59 posee efecto directo horizontal, entre particulares.

También la respuesta ha sido clara: el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no obliga a un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares a dejar inaplicada una normativa nacional como la del artículo 49.1.g) ET por el hecho de ser contraria a la Directiva 98/59.

C) Las cuestiones abiertas

No corresponde a estas páginas sino avivar el debate acerca de las consecuencias que esta importante sentencia comporta.

Desde luego, nuestra legislación vuelve a quedar fuera de juego en los supuestos en que la jubilación del empleador comporte la terminación de contratos de trabajo en número superior

a la escala del despido colectivo (remisión, a su vez, problemática por la discordancia entre el artículo 51.1 ET y la Directiva).

Eso no quiere decir que sea preciso el abono de la indemnización propia del despido colectivo (aunque puede considerarse razonable), ni que haya de seguirse el trámite en casos de plantilla exigua (aunque pueda equipararse al despido objetivo).

Lo seguro es que resulta muy conveniente la reforma legislativa. Lo mismo que sucede respecto de la incapacidad permanente o la indemnización por despido improcedente. ¿Por qué no aprovechar para llevar a cabo una modernización y actualización en la materia?

V. AJUSTES RAZONABLES Y PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE (EL CASO NA NEGRETA)

1. Discapacidad y normas sociolaborales: una relación compleja

A) El derogado artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, asignaba la condición de personas con discapacidad a aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento¹⁵.

Por diversas razones, la jurisprudencia entendió que el precepto referido desplegaba plena eficacia en todo el ámbito de materias de dicha Ley; es precisamente esto lo que quiere decir la expresión ‘en todo caso’. Pero no era válido para atribuir con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado. Como se cuidaba de decir también el propio art. 2.1. de la Ley 51/2003 en su pasaje inicial, la atribución automática de tal carácter a los perceptores de pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social ha de circunscribirse ‘a los efectos de esta Ley’¹⁶.

B) La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modificó el precepto antes transcrito para acoger el concepto universal¹⁷, reprodujo la asimilación de la norma de 2003, aunque como algo añadido a la definición genérica¹⁸ y autorizó al Gobierno a elaborar un texto refundido.

C) Mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión

¹⁵ A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

¹⁶ En este sentido, por ejemplo, se manifiestan las STSS de 21 marzo 2007 (rcud. 3872/2005); 7 julio 2008 (rcud. 1297/2007) y 7 abril 2016 (rcud. 2026/2014)

¹⁷ Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

¹⁸ Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

social. En él pervive la definición general de la discapacidad¹⁹, de las personas con discapacidad²⁰ y una importante asimilación: se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

D) Mediante su sentencia 994/2018 de 29 noviembre (rcud. 3382/2016 1826/2017 y 239/2018), la Sala Cuarta de Tribunal Supremo, con apoyo en abundante doctrina constitucional sobre los límites de la legislación delegada, concluyó que la norma de 2013 incurrió en ultra vires por exceso en la delegación legislativa. La equiparación de la IP a una discapacidad solo cabe a los efectos de la propia norma, pero no a “todos los efectos”²¹.

2. La prohibición de discriminar

La prohibición de discriminar por razón de discapacidad estuvo en la base de los debates sobre la validez del despido por absentismo y comportó la conclusión de que se opone al artículo 52.d) ET que permitía despedir a un trabajador por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente²².

En este ámbito resulta obligado resaltar la importancia de que la empresa introduzca ajustes razonables. La regla se opone a la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva incumple los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en esa normativa, debiendo permitirse la comprobación de si puede desempeñar tales funciones, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables (incluyendo audífonos)²³.

Tales ajustes son obligados también al contrato de trabajo en prácticas. Si la persona, por su discapacidad, es declarada no apta para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa debe ser destinada a otro para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario. El acondicionamiento del “lugar de trabajo” es medida prioritaria a fin de que la

¹⁹ Es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

²⁰ Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

²¹ Si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%.

²² STJUE de 18 de enero de 2018 (C-279/16), Ruiz Conejero, al hilo de caso suscitado por limpiador con discapacidad reconocida [obesidad, problema lumbar, factores complementarios] que atraviesa varios periodos de IT por patologías relacionadas.

²³ La STJUE de 15 de julio de 2021 (C-799/19), Tartu Vangla (Prisión de Tartu) aborda el caso de vigilante de prisiones despedido tras 15 años de servicios por no superar examen de agudeza acústica. Advierte que la defensa de los derechos de las personas con discapacidad requiere que su despido por ineptitud se justifique por la incompetencia, o incapacidad o indisponibilidad para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

persona con discapacidad pueda seguir desempeñando su trabajo, lo que incluye cambio de “puesto”²⁴.

La situación de enfermedad no está incluida en el ámbito protector de la Directiva 2000/78 por constituir una discapacidad²⁵. Pero, tras la aprobación de la Convención de la ONU, se admite como tal cuando acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración (dolores lumbares, latigazo cervical)²⁶.

Es muy importante reseñar que la discriminación directa (una persona o grupo recibe trato menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de discapacidad) incluye la denegación de ajustes razonables²⁷.

La STJUE de 15 de julio de 2021 (C-799/19), Tartu Vangla (Prisión de Tartu)²⁸, concluye que el Derecho de la UE se opone a la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva incumple los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en esa normativa, debiendo permitirse la comprobación de si puede desempeñar tales funciones, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables (incluyendo audífonos). Determinada agudeza auditiva puede considerarse un «requisito profesional esencial y determinante para la profesión de vigilante penitenciario. La defensa de los derechos de las personas con discapacidad requiere que su despido por ineptitud se justifique por la incompetencia, o incapacidad o indisponibilidad para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

La STJUE (Gran Sala) de 17 de julio de 2008 (C-303/06), Coleman, afronta el caso de trabajadora que sufre un trato desfavorable a causa de ser madre de un hijo con discapacidad: es discriminación (“por asociación”) a causa de discapacidad, contraria a la Directiva 2000/78/CE. Responde que la prohibición de discriminación directa y de acoso no se circunscribe a las personas que sean ellas mismas discapacitadas. En suma: tener un hijo discapacitado no justifica trato discriminatorio; este existe si se acredita que el trato desfavorable está motivado por la discapacidad que padece un hijo a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

La STJUE de 22 de mayo de 2014 (C-356/12), Glatzel, entiende que la prohibición de discriminar por razón de discapacidad no impide la diferencia de trato para permiso de conducir según se posea o no la agudeza visual necesaria para la conducción de vehículos de motor siempre que tal exigencia responda efectivamente a un objetivo de interés general (en el caso, mejorar la seguridad vial), sea necesaria (en el caso resulta esencial que las personas a las que se concede un permiso de conducir tengan las capacidades físicas necesarias, en especial de

²⁴ La STJUE de 22 de febrero de 2022 (C-485/20), HR Rail SA recae en el caso de trabajador contratado para mantenimiento ferroviario; un año después se le coloca marcapasos sensible a radiaciones de las vías férreas y es declarado no apto para el desempeño de su actividad; la empresa lo despidió y le ayuda a buscar otro empleo.

²⁵ STJUE de 11 de julio de 2006 (C-13/05), Chacón Navas.

²⁶ STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11), Ring y Werge, rechazando la extinción del contrato por absentismo antes de adoptar la empresa medidas de adaptación al puesto de trabajo.

²⁷ El artículo 2.m de la Ley General de 2013 los define como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

²⁸ Es el caso de vigilante de prisiones despedido tras 15 años de servicios por no superar examen de agudeza acústica.

visión, dado que las deficiencias físicas pueden tener consecuencias importantes) y no constituya una carga desmesurada.

La STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13), Kaltoft, concluye que el Derecho de la UE no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación, pero esa circunstancia puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Para la muy conocida STJUE de 1 diciembre de 2016 (C-395/15), Daouidi²⁹, que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal de duración incierta no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad». La protección antidiscriminatoria frente a discapacidad se extiende a las secuelas de un accidente de trabajo. Como indicios para evaluar si tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

Para la STJUE de 9 de marzo de 2017 (C-406/15), Milkova, la Directiva 2000/78 permite una normativa de un Estado miembro que confiere a los trabajadores con determinadas discapacidades una protección especial *ex ante* frente al despido, sin otorgar tal protección a los funcionarios con las mismas discapacidades. Lo anterior vale salvo que se compruebe una vulneración del principio de igualdad de trato, lo cual ha de ser verificado por el órgano jurisdiccional remitente. Si se aprecia desigual trato la situación deberá corregirse mediante la equiparación del colectivo discriminado.

La STJUE de 18 de enero de 2018 (C-279/16), Ruiz Conejero³⁰ considera que el Derecho de la UE se opone al (hoy derogado) artículo 52.d) ET que permite despedir a un trabajador por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente. Corresponde al Juez nacional examinar si el ET ha tenido en cuenta los datos relevantes sobre los trabajadores con discapacidad.

La STJUE de 11 de septiembre 2019 (C-397/18), Nobel Plastiques Ibérica³¹ subraya que el Derecho de la UE solo considera discapacidad el estado de salud de una persona especialmente sensible que no puede desempeñar determinado trabajo (al suponer un riesgo para ella u otras) si implica una limitación de la capacidad por dolencias (físicas, mentales o psíquicas) duraderas que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva (en igualdad de condiciones) en la vida laboral. Una persona “especialmente sensible” a

²⁹ Es el caso de ayudante de cocina que resbala trabajando y sufre lesión en codo, despidiéndole la empresa por bajo rendimiento, tras haber prorrogado poco antes su contrato temporal.

³⁰ Es el caso de limpiador con discapacidad reconocida [obesidad, problema lumbar, factores complementarios] que atraviesa varios periodos de IT por patologías relacionadas.

³¹ Trabajadora contratada en 2004; diagnosticada de epicondilitis, como enfermedad profesional, en 2011; reconocida como especialmente sensible; pide varias veces adecuación del puesto de trabajo; se le cambia de destino transitoriamente; en 2016 es despedida por causas objetivas junto con otras nueve personas; tiene jornada reducida por cuidado de menor. En ese año presenta productividad media ponderada del 59,82 %, polivalencia muy reducida, absentismo del 69,55 %.

determinados riesgos no está *necesiter* afectada por discapacidad, en sentido jurídico. El despido objetivo de persona elegida por criterios aparentemente neutros (menor productividad, menos polivalencia, absentismo) es indirectamente discriminatorio por discapacidad si el empresario no ha realizado antes los ajustes razonables que garanticen la igualdad de trato.

3. La discapacidad y la incapacidad permanente

Bien puede decirse que el caso “Na Negreta” ha conmocionado la regulación de la incapacidad permanente total (STJUE 18 enero 2024). Ello, como consecuencia de proyectar la no discriminación por discapacidad sobre el ámbito de la relación laboral.

Antecedentes sobre discapacidad, enfermedad y no discriminación.- El silencio de las normas antidiscriminatorias respecto de la enfermedad, en contraste con la mención de la discapacidad, ha hecho surgir toda una serie de polémicas hasta que la reciente Ley 15/2022 incluyó ambas. Vale la pena recordar algunos hitos de la jurisprudencia comunitaria:

La STJUE de 11 de julio de 2006 (C -13/05), Chacón Navas, respondiendo a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, se interroga sobre si la situación de enfermedad está incluida en el ámbito protector de la Directiva 2000/78 por constituir una discapacidad y contesta en sentido negativo.

La STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11), Ring y Werge sienta varios criterios relevantes: 1º) La enfermedad como discapacidad (tras la Convención de la ONU) cuando acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración (dolores lumbares, latigazo cervical). 2º) El Derecho de la UE se opone a una extinción del contrato por absentismo antes de adoptar la empresa medidas de adaptación al puesto de trabajo. 3º) El Derecho de la UE se opone a esa extinción si las bajas son consecuencia de la discapacidad, salvo si la norma laboral en que se basa persigue un objetivo legítimo y no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

La STJUE de 18 de marzo de 2014 (C-363/12), aclara que la situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en la Directiva 2000/78 por no tener relación con asuntos de empleo y ocupación. La esterilidad de la madre intencional no es una discapacidad con repercusión laboral, que active la prohibición discriminatoria

El caso suscitado.- Esta reciente sentencia surge en el seno de un procedimiento por despido. Recordemos la secuencia de los hechos relevantes.

El trabajador (conductor de camión de limpieza viaria) sufre un accidente laboral (diciembre 2016). Tras un dilatado periodo de incapacidad temporal, el INSS acuerda darlo de alta (febrero 2018) y abonarle la indemnización correspondiente a unas lesiones permanentes no invalidantes (LPNI).

La empresa (*Ca Na Negreta*), a instancias del accionante (agosto 2018), lo reubica en destino más liviano (conductor en puntos de recogida móviles), con mucha menos conducción (menos de una hora al día).

Disconforme con su situación de LPNI, el trabajador interesa que se le reconozca afecto a una incapacidad permanente total (IPT). El Juzgado de lo Social estima la demanda (marzo

2020) pues considera que las secuelas existentes (tobillo y pie derecho) le impiden dedicar toda la jornada a su profesión habitual (conductor de camión).

La empleadora notifica al trabajador la terminación de su contrato de trabajo por causa de IPT (artículo 49.1.e ET). La demanda por despido es desestimada por el Juzgado de lo Social (mayo 2021) razonando que la IPT permitía a la empresa dar por finalizado el contrato, sin que exista deber de recolocación en otro puesto de trabajo.

La Sala de lo Social del TSJ de Islas Baleares, al conocer del recurso de suplicación, advierte que estamos ante una persona con discapacidad y plantea cuestión prejudicial (septiembre 2022). Entiende que el automatismo extintivo del ET, sin obligar a que la empresa explore la posibilidad de introducir ajustes razonables y conservar el empleo, pudiera chocar con diversas normas antidiscriminatorias.

La decisión de la STJUE 18 enero 2024 (C-631/22).- Recalca que el ET establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables.

La conclusión del TJUE es que la Directiva 2000/78/CE (igualdad de trato en el empleo), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se oponen al artículo 49.1.e) ET.

Consecuencias principales de la sentencia.- Sin perjuicio de otras muchas, la doctrina de referencia parece comportar lo siguiente: 1) El precepto del ET es válido para los casos en que la empresa no pueda introducir ajustes razonables o resulten muy gravosos. 2) Aplicar la causa extintiva sin superar la fase de ajustes razonables aboca a la discriminación por discapacidad, esto es, a la nulidad del despido. 3) No es necesario que el ET sea expresamente modificado para que su aplicación deba ajustarse a estos condicionantes. 4) Tras la declaración de una IPT, si la empresa considera que no caben ajustes razonables y activa la extinción contractual tendrá que comunicarlo de modo explícito y dando las indicaciones suficientes para que puedan impugnarse; en suma: como en cualquier verdadero despido (disciplinario u objetivo).

Aspectos positivos de la sentencia.- 1º) Realza la relevancia de las normas antidiscriminatorias en el mantenimiento del empleo. 2º) Reafirma la necesidad de realizar una interpretación de las normas nacionales que se ajuste al Derecho de la UE. 3º) Desde la perspectiva del contrato de trabajo brinda una respuesta clara y coherente a las dudas afrontadas. 4º) Recuerda la obligación patronal de adoptar medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual para permitir a cualquier persona con discapacidad progresar profesionalmente, salvo que suponga una carga excesiva. 5º) Explica que un cambio de puesto de trabajo constituye un ajuste razonable. 6º) Evidencia la pereza de los poderes normativos en orden a regular el sistema de calificación de la incapacidad permanente de modo objetivo. 7º) Indirectamente, legitima la terminación contractual por causa de gran invalidez.

Dudas generadas por la sentencia.- Si algunas consecuencias, como las expuestas, parecen claras, otras muchas aparecen como polémicas o dudosas. Veamos algunos ejemplos, en abstracto o por referencia a algunos razonamientos de la STJUE (indicando el párrafo concernido con el símbolo &)

¿Puede realmente sostenerse que el artículo 49.1.e ET permitía el empleador dar por terminado el contrato ante el surgimiento de una discapacidad? ¿No resulta más acertado pensar que es el derecho a cobrar una pensión, a causa de la IPT, la causa de esa posible extinción?

¿Cabe equiparar, sin matices, la discapacidad (barreras o limitaciones psicofísicas) con la IPT (derecho a percibir una pensión)? ¿Pese a que, conforme a la jurisprudencia, no cabe declarar en IPT a una persona que carezca del derecho a pensión?

¿Puede identificarse con un despido la constatación de que la persona afectada ha interesado y conseguido que la declaren con derecho a cobrar una pensión por no estar en condiciones de desempeñar su profesión? ¿Aunque sea el propio afectado quien ha puesto en marcha el mecanismo (administrativo, judicial) para que se le considere incapacitado para su trabajo?

¿Puede revisarse en un pleito por despido la declaración, ya firme, de que existe una IPT? ¿Constituye la constatación de que los ajustes son razonables una causa de revisión de la IPT? ¿Podría haber precluido la toma en cuenta de que eran posibles los ajustes razonables porque debían de haberse llevado al litigio sobre IPT? ¿Es razonable que se decida si existe una IPT sin la presencia del sujeto obligado a introducir los ajustes razonables?

¿Los órganos encargados de evaluar la existencia de una IPT deben denegarla cuando sea posible el mantenimiento del empleo con ajustes razonables? ¿Eso significa que las mismas lesiones, en idéntica profesión, deben conducir a calificaciones diversas, en función de la posibilidad empresarial de implementarlas?

¿Es posible la revisión de cualquier IPT existente sobre la base de que la profesión habitual puede desarrollarse en empresas capaces de introducir ajustes razonables? ¿Qué hacer con la incompatibilidad entre el percibo de una pensión por IPT y el efectivo desempeño de la profesión habitual para la que se reconoció?

¿Es relevante que la STJUE prescinda del examen de las normas que definen actualmente la IPT, bien que en régimen transitorio, y se centre en las que remiten a una tabla inexistente al día de hoy?

¿Realmente es extinción indeseada por el trabajador la inherente a la IPT que él mismo había solicitado (&38), cuando en el litigio sobre IPT nada de ello se indicó, ni siquiera estuvo presente la empresa? ¿Cabe identificar, sin más, la discapacidad sobrevenida durante el contrato con el acceso a una pensión por causa de tal discapacidad?

¿Por qué es indiferente que estemos ante una persona con derecho a pensión, previamente reconocida como consecuencia de que ya no le es posible desempeñar su profesión habitual (&49)?

¿Es compatible con el concepto de incapacidad *permanente* que el ajuste razonable pueda depender de un dato cambiante como la existencia de puesto de trabajo adecuado (&45)?

¿Es posible entender que la IPT se asimila a la muerte o a la incapacidad absoluta por el hecho de que las tres comporten la terminación del contrato, aunque las consecuencias sean del todo diversas desde las perspectivas de la protección social o de su compatibilidad (&50)?

¿Esta interpretación acaba condicionando el modo de proteger la incapacidad permanente (competencia del Estado) sobre la base de una interpretación de las normas antidiscriminatorias respecto de la discapacidad en materia de contrato laboral (&51)?

Conexión con jurisprudencia española.- Conviene concordar la STJUE analizada con alguna tendencia jurisprudencial interna:

- La STS 194/2018 de 22 febrero (rcud. 160/2016) razona que la nulidad del despido en estos casos vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: la situación de discapacidad y

la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables. Sostiene que debe estar al que deriva de la interpretación de la Directiva 2000/78 según la jurisprudencia del TJUE. No se aprecia discriminación en el caso de quien padece una dolencia sobrevenida de orden psiquiátrico que afecta al desempeño de su función y actividad y la empresa ha llevado a cabo múltiples ajustes antes de acudir al despido. No hay allí una previa declaración de IPT.

- La STS 142/2021 de 3 febrero (rcud. 998/2018), siguiendo doctrina precedente, sostiene que la extinción del contrato por IPT, sin que se prevea mejoría en el plazo de dos años, no requiere comunicación escrita, ni que se agoten las posibilidades de reubicación, salvo que esté previsto convencional o contractualmente.
- La STC 51/2021, de 15 de marzo, trata sobre la necesidad de adoptar ajustes razonables en el ámbito del empleo en un supuesto de sanción con suspensión de empleo y sueldo a un funcionario
- La STS 177/2022 de 23 febrero (rcud. 3259/2020) advierte que las normas sobre prevención de riesgos laborales y no discriminación por discapacidad impiden que el empresario de por terminado un contrato de trabajo equiparando la calificación como “No Apto” del Servicio de Prevención a una ineptitud sobrevenida. Mutatis mutandis, la doctrina entronca con la ahora acuñada por el TJUE. Pero existen diferencias relevantes: 1ª) En aquel caso no había prestación de Seguridad Social que protegiera la situación de necesidad con carácter vitalicio y ahora sucede lo contrario. 2ª) En aquel caso era una entidad privada (Servicio de Prevención) la que emitía un parecer, por lo demás opuesto al de la Seguridad Social; ahora es un Juzgado de lo Social, tras juicio contradictorio sobre las secuelas existentes. 3ª) En aquel caso era el empleador quien había activado la intervención del Servicio de Prevención; ahora es el propio trabajador quien ha reclamado en vía administrativa y judicial.

Apunte.- Salvo una ulterior matización de su doctrina por parte del TJUE, lo que la sentencia reseñada propicia es una revisión del régimen jurídico actual (tanto de Seguridad Social cuanto de contrato de trabajo). A ello se dedica el proyecto de Ley recientemente publicado en el BOCG. Mientras tanto, el laboralismo habrá de afrontar la resolución de las dudas apuntadas. No es tarea pequeña.

El Proyecto de Ley.- En el BOCG de 13 septiembre 2024 aparece publicado el *Proyecto de Ley por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente.*

VI. UN RECORDATORIO DE LA LEY INTEGRAL SOBRE IGUALDAD

1. Ideas básicas

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LITND) recopila un importante ramillete de reglas sobre igualdad y no discriminación a fin de “respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución” (art. 1.1). Resulta útil repasar el estado de la cuestión, en el bien entendido de que la LITND

no deroga preceptos previos sino que adiciona los suyos a todos ellos³². La LITND recopila un importante ramillete de reglas sobre igualdad y no discriminación a fin de “respetar la igual dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución” (art. 1.1).

Deber de trato igual.- Conexo con el deber de trato digno se encuentra el deber de trato igual. El principio de igualdad (art. 14 Const.) no es absoluto, no impone un trato absolutamente uniforme a toda la plantilla, como si sus integrantes (y sus respectivas prestaciones) fuesen idénticos entre sí; la desigualdad razonable no se opone al art. 14 CE (STC 20.10.2008 y STS/SOC 22.9.2008). Por ello, la concesión de ventajas fundadas a un grupo de trabajadores no infringe de suyo el principio de igualdad «cuando a los demás se les respetan los mínimos legales y pactados» (STC 34/1984, de 9.3, y 36/2011, de 28.3). En otras palabras, sólo procede aplicar consecuencias iguales a supuestos de hecho iguales (STC 49/1982, de 14.7); debe existir un principio jurídico que exija la igualdad de trato para que ésta pueda ser invocada (STC 59/1982, de 28.7).

No discriminación.- Aspecto cualificado del derecho a la igualdad es el principio de no discriminación por motivos típicos, históricamente arraigados y contrarios a la dignidad de la persona (STC 62/2008, de 26.5). Aparece recogido con carácter general en el importante Convenio de la OIT núm. 111 «relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación» (ratificado por España en 26.10.1967) y, respecto de la igualdad de los trabajadores con responsabilidades familiares, en el Convenio núm. 156 (ratificado en 26.7.1985).

El citado principio, al que se dedica la Directiva 2000/78/CE, viene teniendo amplia aplicación respecto del trabajo de la mujer. La prohibición de discriminaciones en el trabajo que enuncia el ET en su art. 4.2.c) y desarrolla con alguna variante en su art. 17, responde a uno de los «valores superiores» que según la Constitución han de inspirar al Ordenamiento español: la igualdad (arts. 1.1, 14 y 35.1 CE). Su transversalidad³³ no debe ocultar que el terreno de las relaciones laborales resulta especialmente adecuado para invocarlo y aplicarlo.

Evolución normativa.- Con el fin de trasponer las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, la LMFAOS-2004 dedicó un capítulo (arts. 27 ss.) sobre «Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato», en el que se ocupó de éste en su dimensión general (con especial énfasis en la discriminación por el origen racial o étnico) y en su aspecto laboral.

Poco después, la LOI llevó a cabo un ambicioso esfuerzo hacia la igualdad efectiva de mujeres y hombres, previendo el establecimiento de planes de igualdad en las empresas³⁴. El RD 901/2020, de 13.10, regula los planes de igualdad, estableciendo el procedimiento de su regulación (cap. II), su contenido (cap. III) y su registro.

Finalmente, la LITND ha sistematizado (a veces de manera redundante) y ampliado todas esas previsiones.

Motivos tutelados.- El art. 4.2.c) ET prohíbe las discriminaciones por razón de sexo (sobre ellas, SSTC 30.9.2019, 2.6.2020 y 21.9.2020; y TJUE 16.7.2020), estado civil [vid. Cap.

³² Siguiendo las líneas maestras del libro de texto referencial (*Derecho del Trabajo*, Alfredo Montoya Melgar, Tecnos, 45ª edición, Madrid 2024) y actualizando su contenido.

³³ El art. 4.3 LITND dispone que el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

³⁴ Sobre dichos planes, arts. 45 y 46 y Disp. Trans. 12.ª LOI, redactados por RDL 6/2019, de 1.3. Frente a las discriminaciones se prevén por la LMFAOS-2004 y por la LOI «acciones positivas» a favor de grupos para compensar o prevenir tratos discriminatorios. Tales acciones cuentan con la cobertura del art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la UE. El RDLg 1/2013, de 29.11, regula la no discriminación de personas discapacitadas (Título II). Un caso de protección reforzada de un trabajador discapacitado, en TJUE 9.3.2017, asunto *Milkova*.

XXI.14.2.ªa)]³⁵, origen racial o étnico, condición social, ideas políticas, religión o convicciones, lengua, edad, origen, parentesco, afiliación sindical [vid. Cap. IV, 5.4.ªd)] o discapacidad que no impida el trabajo (sobre esta última, TJUE 11.9.2019 y 11.2.2021).

Por su lado, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), la LITND incorpora expresamente los de enfermedad³⁶ o condición de salud (prohibiendo específicamente al empleador indagar sobre las condiciones de salud en los procesos selectivos), estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica y mantiene la cláusula abierta.

Caracterización.- La LITND ha sistematizado (a veces de manera redundante) y ampliado todas esas previsiones. Vale la pena anotar un par de caracteres generales.

Es una norma horizontal, interdisciplinar. Su relevancia para el ámbito sociolaboral no deriva de su especialidad sino de que afecta a la totalidad de ramas o sectores del ordenamiento. Ello, no obstante, resulta significativo que mencione de forma expresa diversos campos sobre los que proyecta su regulación y que entre los mismos aparezcan varios de la reseñada índole³⁷:

- Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia (acceso, condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, promoción profesional, formación para el empleo, etc.).
- Empleo público (acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación).
- Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.
- Educación.
- Sanidad.
- Administración de Justicia.
- Protección social, prestaciones, servicios sociales.

B) Se trata de una norma de mínimos, esto es, de obligado cumplimiento, pero cuyas previsiones pueden ser superadas por otras que posean contenido más exigente desde la perspectiva de la igualdad³⁸. Desde esa perspectiva, consecuencia natural ha de ser la ausencia de concurrencia conflictiva. Aunque ello no significa que los problemas interpretativos estén ausentes.

C) La LITND complementa e interacciona cuanto ya disponía el ordenamiento jurídico, pero sin que se haya dedicado apenas a indicar el modo en que lo hace. Por tanto, una tarea hermenéutica relevante es la de llevar a cabo esa operación. Sin ser una norma laboral, actúa como si lo fuera a efectos prácticos.

³⁵ En una fase inicial, el TC (Ss. 81/1982, 98/1983, 20/1987) quiso corregir lo que consideró una situación de privilegio retributivo de mujeres trabajadoras, no reduciendo su remuneración, sino elevando la de los trabajadores varones de igual categoría. La doctrina favorable al que ALONSO OLEA llamó irónicamente «varón discriminado» quebró con la sentencia TC 128/1987.

³⁶ Su inclusión en el listado de circunstancias tuteladas viene acompañada de la especificación conforme a la cual la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública (art. 2.3 LITND).

³⁷ El listado puede verse en su artículo 3.1.

³⁸ Su artículo 3.2 salva expresamente los regímenes específicos más favorables establecidos en la normativa estatal o autonómica por razón de las distintas causas de discriminación previstas.

D) Desde la perspectiva formal, se trata de una disposición innovadora en el Derecho interno. Desde una visión atenta a sus contenidos, sin embargo, lo que hace es sistematizar y compendiar construcciones presentes en las disposiciones eurounitarias o en la jurisprudencia emanada de los *Tribunales mayores*.

2. Motivos de discriminación proscritos

A) Cuadro general

El art. 4.2.c) ET prohíbe las discriminaciones por razón de sexo, estado civil³⁹, origen racial o étnico, condición social, ideas políticas, religión o convicciones, lengua, edad, origen, parentesco, afiliación sindical o discapacidad que no impida el trabajo.

Por su lado, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), la LITND incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud (prohibiendo específicamente al empleador indagar sobre las condiciones de salud en los procesos selectivos), estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica y mantiene la cláusula abierta. El cuadro resultante es el siguiente:

Norma	Constitución	Directivas 200/78, 2000/43 y 2006/54	ET	LTIND
Motivo tutelado				
Nacimiento	X		X (origen)	X
Raza	X	X (y etnia)	X (y etnia)	X (y etnia)
Nacionalidad				X
Sexo	X	Y	X	X
Religión	X	X (y convicciones)	X (o convicciones)	X (convicción)
Opinión	X			X
Circunstancia personal	X			X
Circunstancia social	X		X (Condición social)	(O Condición) X
Discapacidad		X	X	X
Edad		X	X	X (mayores o menores)
Orientación sexual		X	X (O condición)	X (O identidad)
Estado civil			X	

³⁹ En una fase inicial, el TC (Ss. 81/1982, 98/1983, 20/1987) quiso corregir lo que consideró una situación de privilegio retributivo de mujeres trabajadoras, no reduciendo su remuneración, sino elevando la de los trabajadores varones de igual categoría. La doctrina favorable al que ALONSO OLEA llamó irónicamente «varón discriminado» quebró con la sentencia TC 128/1987.

Norma	Constitución	Directivas 200/78, 2000/43 y 2006/54	ET	LITND
Motivo tutelado				
Ideas políticas			X	
Aspectos sindicales			X (Adhesión a sindicatos y a sus acuerdos)	
Parentesco			X (con personas relacionadas con la empresa)	
Lengua			X (dentro del Estado español)	X
Residencia legal o no				X
Expresión de género				X
Enfermedad o condición de salud				X
Estado serológico/ Predisposición genética				X
Situación socioeconómica				X

Puesto que es nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley (Art. 55.5 ET) resulta lógico el replanteamiento que ahora se hace respecto de las consecuencias de que las circunstancias tipificadas como especialmente tuteladas (cual la enfermedad) puedan abocar a la nulidad del despido.

B) Nacionalidad

Teniendo en cuenta que la LITND no ciñe su ámbito aplicativo a las personas cuya nacionalidad se corresponde con uno de los Estados integrantes de la UE, resulta especialmente relevante la proscripción de la discriminación por razón de nacionalidad. La norma, en efecto, reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad.

Como ilustración práctica del alcance que pueda tener esta regla cabe recordar el caso del jugador de hockey que ganó competiciones con Checoslovaquia, opta por ser checo pero reside en Eslovaquia y solicita la prestación para deportistas prevista en Ley de su Estado de residencia. La no discriminación se opone a que solo se conceda una prestación a los deportistas de alto nivel que han representado a un Estado miembro si poseen su nacionalidad⁴⁰.

⁴⁰ STJUE de 18 de diciembre de 2019 (C-447/18), Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava.

Es indirectamente discriminatorio, por nacionalidad, un régimen de subsidios familiares y ventajas fiscales para trabajadores con hijos residiendo en otro Estado miembro, porque los trabajadores migrantes participan igual que nacionales en cotizaciones e impuestos, sin que a estos se les examine el lugar de residencia de sus hijos⁴¹.

En aplicación de este dogma, es posible que las tareas portuarias se realicen solo por quienes sean reconocidos como profesionales del sector, pero ha de aplicarse la no discriminación por nacionalidad y permitir la actividad de trabajadores reconocidos como tales en otros Estados miembros⁴². Sin embargo se rechaza la exigencia de la nacionalidad para acceder a la profesión del Notariado pues respecto de ella juega la libertad de establecimiento⁴³.

C) Mayoría de edad

La LITND quiere que las personas no reciban una peor consideración atendiendo al dato de si son menores o mayores de edad, concepto este que no clarifica si debe tomarse con carácter absoluto (conforme a la legislación española) o si debe estarse de algún modo pendiente de la Ley nacional del sujeto en cuestión. La concordancia con el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social aboca a la conclusión de que se está presuponiendo, en todo caso, el cumplimiento de los dieciocho años.

Téngase presente que la norma juega en sentido bidireccional y no solo para proteger, sino también para exigir. Así, por ejemplo, para el Derecho de la UE, un menor de edad dispone de recursos suficientes para no convertirse en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia aun cuando dichos recursos procedan de los ingresos obtenidos por el empleo ejercido de manera ilegal por su progenitor, nacional de un tercer Estado que no dispone de permiso de residencia y trabajo en dicho Estado miembro⁴⁴.

D) Residencia legal

Dada la importante inmigración irregular existente y el inevitable desempeño de tareas productivas por parte de quienes se encuentran en esa situación. Especial relieve posee el que la LITND reconozca el derecho de la no discriminación a todas las personas, independientemente de si disfrutan o no de residencia legal.

Entre los muchos supuestos relacionados con el tema puede recordarse el de la familia alemana residente en Francia, aunque el trabajo de la madre y el colegio del hijo están en Alemania; a partir de determinado curso académico la Administración alemana solo abona gastos de transporte a quienes residen en su territorio. Existe discriminación indirecta al trabajador transfronterizo si la asunción del transporte escolar de los hijos se limita a quienes residen en el territorio de la Administración regional competente (Land alemán), excluyendo a los transfronterizos. Las dificultades prácticas relacionadas con la eficaz organización del transporte escolar en un territorio no constituyen una razón imperiosa de interés general que permita justificar una medida nacional calificada de discriminación indirecta⁴⁵.

⁴¹ STJUE de 16 de junio de 2022 (C-328/20), Comisión Europea contra Austria.

⁴² STJUE de 11 de febrero de 2021 (C-407/19 y 471/19), Trabajo portuario en Bélgica.

⁴³ STJUE de 15 de marzo de 2018 (C-575/16), Comisión Europea contra República Checa.

⁴⁴ La STJUE de 2 de octubre 2019 (C-93/18), Bajratari, aborda el supuesto de mujer albanesa que pierde su trabajo en Irlanda, donde reside con su marido e hijos; tras caducar su tarjeta de residencia, el varón sigue trabajando; la mujer pide su derecho de residencia por ser quien cuida de su nuevo hijo, recién nacido y de nacionalidad irlandesa.

⁴⁵ STJUE de 2 de abril de 2020 (C-830/18), Landkreis Südliche Weinstraße.

E) Nacimiento

No es seguro el alcance que posea la norma conforme a la cual nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento. Este dato está conectado con la nacionalidad, la residencia, la situación socioeconómica, el idioma, la etnia o la raza, pero todas estas circunstancias aparecen autónomamente tipificadas. También cabe pensar en el tipo de filiación existente (matrimonial o no; consanguínea o no), la familia a que se incorpora (heterosexual, monoparental, homosexual, etc.) o el origen de la gestación.

En ocasiones serán varios los factores que debamos tomar en cuenta, pero siempre teniendo presente que el derecho a la no discriminación posee límites. Por ejemplo, no es discriminatorio que las becas otorgadas por una Fundación privada se limiten a quienes hayan superado un examen de Derecho en el Estado donde está domiciliada⁴⁶.

Se ha considerado válida la práctica de una entidad de crédito que impone al cliente cuyo permiso de conducir indique un país de nacimiento que no sea Estado miembro de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio un requisito de identificación adicional, consistente en la aportación de una copia de su pasaporte o de su permiso de residencia⁴⁷.

F) Origen racial o étnico

Está, desde luego, proscrita la discriminación por origen racial o étnico. Así, que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación⁴⁸.

Los grupos sociales se identifican en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida. Esos factores (incluida la lengua, la religión, el origen, el color de la piel y la nacionalidad) son determinantes para establecer la posible influencia del origen racial o étnico. Existe discriminación por origen étnico cuando todos los contadores eléctricos en un barrio habitado principalmente por personas de origen gitano están instalados en postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis a siete metros, mientras que en los otros barrios los contadores están situados a una altura menor de dos metros, dicho concepto es aplicable con independencia de que esa medida colectiva afecte a las personas que tienen un origen étnico específico o a las que, sin tener ese origen, sufren junto con las primeras el trato menos favorable o la desventaja particular derivada de esa medida⁴⁹.

Pese a esta proscripción, se entiende que es lícita la práctica de una entidad de crédito que impone al cliente cuyo permiso de conducir indique un país de nacimiento que no sea Estado miembro de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio un requisito de identificación adicional, consistente en la aportación de una copia de su pasaporte o de su permiso de residencia⁵⁰.

⁴⁶ La STJUE de 15 de noviembre de 2018 (457/17), Maniero resuelve el caso de italiano nacido y criado en Alemania, obtiene título de Derecho en Universidad de Armenia; postula una beca para ampliación de estudios y las bases exigen superación del primer examen jurídico estatal alemán, *Erste Juristische Staatsprüfung*, cuando su título armenio equivale al segundo examen jurídico estatal, *Zweite Juristische Staatsprüfung*.

⁴⁷ STJUE de 6 de abril de 2017 (C-668/15), Jyske Finans.

⁴⁸ STJUE de 10 de julio de 2008 (C-54/07), Feryn. Conforme a ella, tales declaraciones constituyen serio indicio de discriminación y trasladan al empleador la carga de probar que no es así, por ejemplo, acreditando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones. El Derecho de la UE exige que en tales casos el régimen sancionador cuando no haya víctima identificable sea también efectivo, proporcionado y disuasorio.

⁴⁹ STJUE de 16 de julio de 2015 (C-83/14) CHEZ-Razpredelenie Bulgaria.

⁵⁰ STJUE de 6 de abril de 2017 (C-668/15), Jyske Finans.

G) Sexo

La arquetípica prohibición de trato discriminatorio que el ordenamiento laboral ha venido consagrando es la referida al sexo⁵¹. Su proyección, sin embargo, no está agotada puesto que constantemente aparecen muestras de ella, en especial de forma encubierta.

Así sucede, por ejemplo, con el tenor del art. 251 LGSS: al excluir la protección por desempleo en el sistema de Seguridad Social para empleados de hogar comportaba una desventaja particular de las mujeres (mayoría entre tal colectivo) con respecto a los trabajadores y no está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo⁵².

Lo mismo cabe afirmar respecto de la prohibición de compatibilizar dos pensiones de incapacidad permanente total (IPT) cuando son del mismo Régimen, mientras que se admite cuando dimanen de distintos Regímenes (por ejemplo, RGSS y RETA), puesto que afecta a una proporción significativamente mayor de varones (lo que debe calcularse sobre el conjunto de personas sometidas a las dos regulaciones), salvo que ello esté justificado por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo⁵³.

H) Religión

La protección frente a los diversos credos se traduce en una prohibición de discriminaciones basadas en la religión. Sobre esta cuestión resulta obligado recordar el conjunto doctrinal acuñado recientemente por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

- El reglamento interno de una empresa que impide a los trabajadores llevar signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo no comporta discriminación directa ni indirecta (en el caso, velo islámico). Es válido siempre que dicho régimen se aplique realmente de forma congruente y sistemática⁵⁴.
- La exigencia de un tercero (cliente) no es requisito profesional esencial y determinante (Directiva 2000/78/CE) para que los servicios contratados no sean prestados por trabajadora que lleva velo islámico. Lo que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante (excluyente de carácter discriminatorio) no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con dicho motivo⁵⁵.
- Es legítimo que una Fundación Evangélica rechace una solicitud de empleo por considerar que las convicciones religiosas constituyen un requisito profesional esencial. La exigencia de sintonía con el ideario es válida si va referida a actividad esencial (importante para la organización empleadora), es legítima (no se extiende a empleos neutros), está justificada (debiendo acreditarse la necesidad) y resulta proporcional (no excediendo de lo necesario); cabe control judicial sobre todo ello⁵⁶.
- El principio se opone a que el Viernes Santo solo libren (o perciban complemento sustitutivo) quienes pertenecen a determinadas Iglesias cristianas (cuatro confesiones minoritarias), sin exigirles práctica religiosa concordante. Quienes no pertenecen a las

⁵¹ Sobre ellas, SSTC 30.9.2019, 2.6.2020 y 21.9.2020; y TJUE 16.7.2020

⁵² STJUE de 24 de febrero de 2022 (C-389/20), Desempleo de empleada doméstica.

⁵³ STJUE de 30 de junio de 2022 (C-625/20), Comunidad de Castilla y León.

⁵⁴ STJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 (C-157/15), *Achbita*.

⁵⁵ STJUE (Gran Sala) de 14 de marzo de 2017 (C-188/15), *Bougnaoui y ADDH/Micropole*.

⁵⁶ La STJUE (Gran Sala) de 17 de abril de 2018 (C-414/16), *Egenberger*, surge al hilo de que una Entidad evangélica que busca persona cualificada para dirigir estudio sobre discriminación étnica, pide pertenencia a las Iglesias Cristianas o Protestantes y la candidata manifiesta que no pertenece a ninguna.

Iglesias de referencia deben disfrutar de los mismos beneficios, neutralizándose así la discriminación directa por motivos de religión, aunque el empleador sea privado⁵⁷.

Al cabo, de este acervo derivan varias conclusiones: 1ª) La política de neutralidad requiere que la empresa acredite que sin ella se vería perjudicada (“verdadera *necesidad*” y “acreditación”). 2ª) Es válida la norma empresarial si se aplica *indiscriminadamente*. 3ª) La política de neutralidad debe ser *absoluta*, referida a “toda forma visible” de símbolos y no solo a los de mayor tamaño o vistosidad⁵⁸.

I) Convicción u opinión

Además del respeto a la dimensión religiosa, la LITND acuña la prohibición de discriminar por convicción u opinión. De este modo queda protegido cuanto refiere a las convicciones religiosas, filosóficas o espirituales.

De modo similar a lo que sucede con el factor religioso, siempre que se aplique de forma general, no es discriminatorio que el empleador prohíba a los trabajadores manifestar sus convicciones, sea verbalmente, sea mediante el uso visible de signos o prendas de vestir con connotaciones religiosas, sea de cualquier otra forma⁵⁹.

J) Edad

Además de la mención al acceso a la mayoría de edad, la Ley acoge la generalizada proscripción de discriminar por razón edad, aunque justo respecto de este factor surgen dudas muy casuísticas acerca de la existencia de una justificación objetiva y razonable para el trato diverso.

La norma prohibiendo pilotar vuelos comerciales con más de 65 años no conculca la prohibición de discriminación. Otra cosa es que esa actividad se desarrolle en vuelos sin pasaje o de traslado, efectuados en el marco de la actividad comercial de una compañía aérea, en los que no se transporte ni pasajeros, ni carga ni correo, o como instructor y/o examinador a bordo de una aeronave sin formar parte de la tripulación de vuelo⁶⁰. Las medidas encaminadas a evitar los accidentes aéreos mediante el control de la aptitud y las capacidades físicas de los pilotos garantizan la seguridad pública y pueden legitimar excepciones a la no discriminación por razón de edad. No es exigible aplicar al piloto de aviones que actúa en materias relacionadas con la seguridad nacional la misma norma que a quienes pilotan líneas comerciales⁶¹.

De manera diversa, se considera discriminatorio establecer un límite de edad máxima para el ejercicio de la profesión de dentista concertado (68 años) cuando tiene como única finalidad proteger la salud de los pacientes contra la disminución de las facultades de los referidos dentistas

⁵⁷ La STJUE (Gran Sala) de 22 de enero de 2019 (C-193/17). Cresco Investigation, aborda el caso de empleado no perteneciente a una de las Iglesias, minoritarias en Austria, a cuyos fieles se les exime de trabajar en Viernes Santo o se les abona complemento retributivo si deben hacerlo; trabaja efectivamente ese día y solicita 109 € como compensación).

⁵⁸ Pueden verse en la STJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021 (C-804/18 y 341/19), Wabe., al hilo de dos empleadas de sendas empresas amonestadas por usar velo islámico. La Droguería había tenido conflictos en la plantilla por motivos religiosos. La Guardería quería clima neutral y había pedido a un empleado que no llevase el crucifijo.

⁵⁹ STJUE de 12 de octubre de 2022 (C-344/20), S.C.R.L., al hilo de empresa con un Reglamento obligando a “respetar la política de estricta neutralidad imperante en la empresa”, incluyendo “no manifestar en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean”. La Ingeniera musulmana L.F. descarta prescindir del pañuelo islámico, pese a que está desarrollándose un proceso de selección que discurre favorablemente para ella, y la empresa desiste de su contratación.

⁶⁰ STJUE 5 de julio de 2017 (C-190/16), Fries.

⁶¹ La STJUE de 7 de noviembre de 2019 (C-396/18), Cafaro, aborda el caso de piloto que tras 14 años en misiones relacionadas con la seguridad nacional, la empresa le comunica su inminente jubilación forzosa por cumplir 60 años; el afectado considera que existe despido ilegal.

a partir de la citada edad, puesto que ese mismo límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados⁶².

No es discriminatoria una normativa que permite a un empresario celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que deban realizarse, y despedir a ese trabajador en el momento en que cumpla 25 años, puesto que la referida disposición persigue un objetivo legítimo de política de empleo y los medios previstos para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios⁶³.

También se ha validado la normativa nacional que prohíbe a las administraciones públicas adjudicar misiones de estudio y de asesoramiento a personas jubiladas, aunque siempre que se persiga un objetivo legítimo de política de empleo y los medios aplicados sean adecuados y necesarios⁶⁴.

Respecto de los convenios colectivos que prevén la extinción automática de la relación laboral cuando el trabajador alcanza los 65 años de edad y tiene derecho a una pensión de jubilación se ha resuelto que persiguen una finalidad legítima (política de empleo) y son válidos siempre que los medios empleados se reputen adecuados y necesarios⁶⁵.

No hay discriminación (indirecta, por edad) cuando el personal docente ingresado a partir de cierta fecha se integra en nivel salarial y profesional inferior al precedentemente aplicado. El objetivo perseguido (reducción estructural de costes) justifica la medida, aunque el colectivo afectado sea mayoritariamente menor de 25 años⁶⁶.

El principio antidiscriminatorio no impide las rebajas retributivas al colectivo judicial, aunque, en un contexto de crisis y restricción del gasto público, porcentualmente afecten más a las categorías inferiores, por lo general con menor edad y antigüedad⁶⁷.

Desde la perspectiva de acceso al empleo, se ha entendido que no es discriminatoria la norma que establece que los candidatos a puestos de agentes de un cuerpo de policía que ejercen todas las funciones operativas o ejecutivas que corresponden a dicho cuerpo no deben haber cumplido la edad de 35 años⁶⁸. Pero sí se considera discriminatoria la norma estatal que fija en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local⁶⁹.

K) Discapacidad

La prohibición de discriminar por razón de discapacidad estuvo en la base de los debates sobre la validez del despido por absentismo y comportó la conclusión de que se opone al artículo

⁶² STJUE de 12 de enero de 2010 (C-341/08), Petersen.

⁶³ STJUE 19 julio 2017 (C-143/16), Abercrombie.

⁶⁴ STJUE de 2 de abril de 2020 (C-670/18), Comune di Gesturi. En el caso, el Ayuntamiento convoca concurso para adjudicar estudio y asesoramiento para el centro de reciclaje municipal, incluyendo requisitos [Licenciatura en Medicina y Cirugía. Especialidad en Higiene. Experiencia acreditada de gestión en el Servizio Sanitario Nazionale durante al menos cinco años. No tratarse de un trabajador jubilado de los sectores privado o público].

⁶⁵ STJUE de 16 de octubre de 2007 (C-411/2005), Palacios Villa.

⁶⁶ STJUE de 14 de febrero de 2019 (C-154/18), Horgan y Keegan respecto de docentes incorporados después de 1 de enero de 2011, con retribuciones 10% inferiores a las percibidas por quienes ingresaron antes; además, se integran en el primer escalón retributivo, mientras que los ingresados antes de esa fecha accedieron al escalón 2 o 3. “Doble escala salarial”, en terminología usual.

⁶⁷ STJUE de 7 de febrero de 2019 (C-49/18), Escribano Vindel, respecto de Magistrado de lo Social que impugna sus nóminas de 2011, al comportar una disminución considerable respecto de las retribuciones del año precedente y afectar desigualmente a las diversas categorías: el 7,16, el 6,64 o el 5,90 %. El Pleno del TC había inadmitido previamente la cuestión de inconstitucionalidad.

⁶⁸ STJUE de 15 de noviembre de 2016 (C-258/15), Salaberría Sorondo.

⁶⁹ STJUE de 13 de noviembre de 2014 (C-416/13), Vital Pérez.

52.d) ET que permitía despedir a un trabajador por faltas de asistencia, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente⁷⁰.

En este ámbito resulta obligado resaltar la importancia de que la empresa introduzca ajustes razonables. La regla se opone a la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva incumple los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en esa normativa, debiendo permitirse la comprobación de si puede desempeñar tales funciones, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables (incluyendo audífonos)⁷¹.

Tales ajustes son obligados también al contrato de trabajo en prácticas. Si la persona, por su discapacidad, es declarada no apta para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa debe ser destinada a otro para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario. El acondicionamiento del “lugar de trabajo” es medida prioritaria a fin de que la persona con discapacidad pueda seguir desempeñando su trabajo, lo que incluye cambio de “puesto”⁷².

La situación de enfermedad no está incluida en el ámbito protector de la Directiva 2000/78 por constituir una discapacidad⁷³. Pero, tras la aprobación de la Convención de la ONU, se admite como tal cuando acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración (dolores lumbares, latigazo cervical)⁷⁴.

A la vista de tales reflexiones se concluye que no existe un principio general de no discriminación por razón de obesidad que pueda derivarse de la categoría de “discapacidad”, pero esa circunstancia puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores⁷⁵.

Muy trascendente ha sido el caso Daouidi, precisando que lo incierto de la duración de unan incapacidad no significa, por sí solo, que la limitación de la capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad». Como indicios para evaluar si tal

⁷⁰ STJUE de 18 de enero de 2018 (C-279/16), Ruiz Conejero, al hilo de caso suscitado por limpiador con discapacidad reconocida [obesidad, problema lumbar, factores complementarios] que atraviesa varios períodos de IT por patologías relacionadas.

⁷¹ La STJUE de 15 de julio de 2021 (C-799/19), Tartu Vangla (Prisión de Tartu) aborda el caso de vigilante de prisiones despedido tras 15 años de servicios por no superar examen de agudeza acústica. Advierte que la defensa de los derechos de las personas con discapacidad requiere que su despido por ineptitud se justifique por la incompetencia, o incapacidad o indisponibilidad para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

⁷² La STJUE de 22 de febrero de 2022 (C-485/20), HR Rail SA recae en el caso de trabajador contratado para mantenimiento ferroviario; un año después se le coloca marcapasos sensible a radiaciones de las vías férreas y es declarado no apto para el desempeño de su actividad; la empresa lo despidió y le ayuda a buscar otro empleo.

⁷³ STJUE de 11 de julio de 2006 (C-13/05), Chacón Navas.

⁷⁴ STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11), Ring y Werge, rechazando la extinción del contrato por absentismo antes de adoptar la empresa medidas de adaptación al puesto de trabajo.

⁷⁵ STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13), Kaltoft; añade que corresponde al tribunal nacional comprobar si concurren dichos requisitos.

limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona⁷⁶.

L) Orientación o identidad sexual

Está prohibida la discriminación por razón de orientación⁷⁷ o identidad sexual, factor contemplado de forma autónoma respecto del sexo propio de cada persona.

A este respecto, la jurisprudencia del TJUE ha considerado inadmisile que, para valorar la credibilidad de la orientación sexual alegada por un solicitante de protección internacional, se realice y se utilice un examen psicológico que tiene por objeto proporcionar una imagen de la orientación sexual de dicho solicitante, basándose en cuestionarios de personalidad proyectivos⁷⁸.

Es necesario advertir la “ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género”⁷⁹.

M) Expresión de género

Al margen del debate sobre reformas normativas específicas, la LITND garantiza la protección frente a discriminaciones basadas en la expresión de género.

Resolviendo un complejo caso se ha considerado inadecuado que una persona (varón) transexual deba cumplir el requisito de no estar casada con otra de su nuevo sexo (femenino) para acceder a la pensión de jubilación con arreglo a las condiciones (más ventajosas) legalmente aplicadas a las personas (mujeres) del sexo adquirido. La situación de una persona que ha cambiado de sexo después de haberse casado es comparable a la situación de una persona que ha conservado su sexo de nacimiento y está casada. Debe evitarse su discriminación⁸⁰.

N) Enfermedad o condición de salud

Desde su promulgación, la LITND ha generado múltiples reflexiones acerca de las consecuencias de haber tipificado como circunstancia singularmente protegida frente a discriminaciones la enfermedad⁸¹ o condición de salud.

La cuestión es relevante porque hasta ahora solo se identificaba como discapacidad (circunstancia tutelada) el estado de salud de una persona especialmente sensible que no puede desempeñar determinado trabajo (al suponer un riesgo para ella u otras) si implica una limitación de la capacidad por dolencias (físicas, mentales o psíquicas) duraderas que, al

⁷⁶ STJUE de 1 diciembre de 2016 (C-395/15), Daouidi, respecto de ayudante de cocina que resbala trabajando y sufre lesión en codo, despidiéndole la empresa por bajo rendimiento, tras haber prorrogado poco antes su contrato temporal.

⁷⁷ Se trata de la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género.

⁷⁸ STJUE de 25 de enero de 2018 (C-473/16), F.

⁷⁹ STC 68/2022 de 2 junio, respecto de Ingeniero aeroespacial que a lo largo de los algo más de cuatro meses en que se mantuvo la relación laboral, acudía a su centro de trabajo vistiendo unos días pantalón y otros días falda.

⁸⁰ La STJUE (Gran Sala) de 26 de junio de 2018 (C-451/16), MB, aborda el caso de quien tras vivir como varón y casarse con mujer, años después cambia de sexo pero no disuelve su matrimonio; interesa jubilación como mujer, lo que determina la edad de acceso.

⁸¹ Su inclusión en el listado de circunstancias tuteladas viene acompañada de la especificación conforme a la cual la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública (art. 2.3 LITND).

interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva (en igualdad de condiciones) en la vida laboral. Y una persona “especialmente sensible” a determinados riesgos no está *necesitar* afectada por discapacidad, en sentido jurídico⁸².

O) Estado serológico

La prohibición de discriminar por estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos está en línea con la tutela de la enfermedad o condición de salud.

El artículo 9.5 LITND advierte que el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto.

P) Lengua

Aunque es evidente que para desempeñar determinadas actividades será preciso el dominio de uno o varios idiomas, siempre hay que recordar los principios que presiden las excepciones a la no discriminación.

En principio es admisible que una norma establezca que los nombres y apellidos de una persona sólo pueden transcribirse en los documentos acreditativos del estado civil con arreglo a las normas de grafía de la lengua oficial nacional⁸³.

Sin embargo, resulta ilícito obligar a todo empresario que tenga su centro de explotación en el territorio de un territorio a redactar los contratos laborales de carácter transfronterizo exclusivamente en la lengua oficial del mismo⁸⁴.

Q) Situación socioeconómica

Hay que tomar con mucha cautela la regla que prohíbe el trato distinto en función de la situación socioeconómica. Muchas prestaciones sociales, o incluso previsiones sobre mejora de condiciones de trabajo hacen lo contrario, en el sentido de equilibrar la disparidad originaria.

Pero el casuismo se impone en todo supuesto pues tan trabajador es quien percibe el SMI como el directivo que lo multiplica por un elevado guarismo. Es claro el caso de la protección frente a la insolvencia empresarial: dirigir una sociedad mercantil e integrar el Consejo de Administración no permite, por sí solo, presumir o excluir la existencia de laboralidad; no cabe presumir, sin posible prueba en contra, que quien dirige la empresa es responsable de su insolvencia⁸⁵.

R) Cláusula abierta

El elenco de circunstancias protegidas finaliza con la cláusula abierta referida a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. También aquí hay que multiplica las cautelas

⁸² La STJUE de 11 de septiembre 2019 (C-397/18), Nobel Plastiques Ibérica, recae al hilo de trabajadora contratada en 2004; diagnosticada de epicondilitis, como enfermedad profesional, en 2011; reconocida como especialmente sensible; pide varias veces adecuación del puesto de trabajo; se le cambia de destino transitoriamente; en 2016 es despedida por causas objetivas junto con otras nueve personas; tiene jornada reducida por cuidado de menor. En ese año presenta productividad media ponderada del 59,82 %, polivalencia muy reducida, absentismo del 69,55 %. La sentencia añade que el despido objetivo de persona elegida por criterios aparentemente neutros (menor productividad, menos polivalencia, absentismo) es indirectamente discriminatorio por discapacidad si el empresario no ha realizado antes los ajustes razonables que garanticen la igualdad de trato.

⁸³ STJUE de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn*, C391/09.

⁸⁴ STJUE de 16 de abril de 2013 (C-202/11), *Anton Las*.

⁸⁵ STJUE de 5 de mayo de 2022 (C-101/21), *Directivo de AA*, al hilo de quien ha sido Arquitecto y Director de la empresa e incluso acaba promocionando a Presidente del Consejo de Administración.

a la hora de considerar antijurídicas determinadas previsiones que inciden sobre aspectos sociolaborales.

Así, no hay obstáculo aparente a que la Administración concedente de beca para formación (médica) en el extranjero exija al beneficiario que ejerza su actividad profesional (acabada la formación) en su propio territorio y durante cierto tiempo (cinco años de los diez siguientes), obligando en otro caso a reintegrar parte de la ayuda (hasta el 70 % más intereses)⁸⁶.

Tampoco hay obstáculo en que la diversa condición profesional genere derechos diversos, como deriva de la regulación sobre Profesorado Universitario honorario (tras jubilarse) conforme a la cual quienes han alcanzado el grado de excelencia (pueden dirigir Tesis) poseen un estatuto superior (vinculación indefinida, remuneración mayor) al resto (temporalidad, menor remuneración)⁸⁷.

La fecha de incorporación al empleo a veces genera disparidad de derechos. La jurisprudencia de Luxemburgo⁸⁸ parece más tolerante que la nacional. La primera insiste en que el Derecho de la UE sobre igualdad de trato solo prohíbe la discriminación por las circunstancias expresamente tipificadas en él.

3. Dinámica de la tutela

El deber de trato igual (y la prohibición de discriminaciones) juega tanto en el momento de la contratación como a lo largo de la vida del contrato, incluido el momento de su extinción [«para el empleo» o «una vez empleados» los trabajadores, como dice el art. 4.2.c) ET⁸⁹]. El artículo 9º de la LITND contiene varias cautelas al respecto:

- No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.
- Se entenderán discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado, o en las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley.
- Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas deberán velar específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley, favoreciendo la aplicación de medidas para la consecución de tal fin como el currículo de vida anónimo.

⁸⁶ La STJUE de 20 d diciembre de 2017 (C-419/16), Simma Federspiel, entiende que existe justificación para lo anterior en la defensa del interés general (mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado), salvo que se comprubase que esta medida no contribuye de manera efectiva al fin perseguido.

⁸⁷ STJUE de 8 de octubre de 2020 (C-644/19), Universitatea “Lucian Blaga” Sibiu y otros, al hilo de Profesor Titular que cumple la edad de jubilación y ve denegada su solicitud de continuidad, motivada en que no posee la habilitación para dirigir Tesis Doctorales; a partir de ese momento es contratado temporalmente y remunerado por horas, realizando tareas idénticas a las precedentes.

⁸⁸ STJUE de 20 de octubre de 2022 (C-301/21), Curtea de Apel Alba Iulia y otros, concluye que es posible asignar retribuciones inferiores a los Magistrados incorporados tras su entrada en vigor, siempre que de ello no resulte discriminación directa o indirecta alguna por razón de la edad.

⁸⁹ El art. 3.1.a LITND insiste en que el principio se proyecta sobre el empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.

La protección en el acceso al empleo opera, aunque no esté en marcha o programado ningún proceso de selección de personal; así sucede, por ejemplo, en el caso de efectuar declaraciones discriminatorias respecto de determinado colectivo⁹⁰. Con mayor razón, si el trato desfavorable por alguna circunstancia tutelada aparece en las normas sobre convocatoria de plazas de nuevo ingreso⁹¹.

A este respecto debe tenerse en cuenta el derecho de quien participa en un proceso de selección a acceder a toda la información obrante en poder de la empresa. Una denegación total debe tenerse en cuenta a efectos de presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta⁹².

4. Tipos de discriminación

En concordancia con la preexistente jurisprudencia (de diverso orden) la LITND identifica la directa e indirecta, por asociación o por error, múltiple o intersectorial, inductiva o imperativa.

Directa.- Existe discriminación directa cuando una persona o grupo recibe trato menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas reseñadas; incluye la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. Por ejemplo, la inexistencia de evaluación del riesgo laboral por lactancia para determinado puesto de trabajo constituye una discriminación directa por razón de sexo⁹³.

Indirecta.- Existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón de las causas reseñadas. Por ejemplo, hay discriminación indirecta por razón de género si se exige una estatura mínima idéntica (1,70 cm.) para concursar al cuerpo de policía y ello supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino, sin que se acredite que la exigencia sea adecuada o necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue⁹⁴.

Asociativa.- Surge la discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas protegidas, es objeto de un trato discriminatorio. Por ejemplo, es el caso de la trabajadora que sufre un trato desfavorable a causa de ser madre de un hijo con discapacidad: es discriminación (“por asociación”) a causa de discapacidad, porque la prohibición de discriminación directa y de acoso no se circunscribe a las personas que sean ellas mismas discapacitadas⁹⁵. En este sentido, los

⁹⁰ STJUE (Gran Sala) de 23 de abril de 2020 (C-507/18), Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, en el caso de conocido titular de bufete, entrevistado telefónicamente; manifiesta que no incorporaría jamás alguien del colectivo LGTBI a su Despacho.

⁹¹ STJUE de 3 de junio de 2021 (C-914/19), Ministerio de Justicia (Notariado) afronta litigio surgido en el marco de la Convocatoria de 500 plazas para Notariado, estableciendo en 50 años la edad máxima de acceso. Considera que esa limitación no parece perseguir los objetivos de garantizar el ejercicio de esta profesión durante un período significativo previo a la jubilación, proteger el buen funcionamiento de las prerrogativas notariales y facilitar la renovación generacional y el rejuvenecimiento de la citada profesión.

⁹² La STJUE de 19 de abril de 2012 (C-415/10), Meister, aclara que incumbe al tribunal verificar si así sucede en el asunto principal, tomando en consideración todas las circunstancias del litigio del que conoce. Ello, al hilo de la reclamación de una ciudadana de origen ruso que concurre a solicitud de empleo en Alemania.

⁹³ La STJUE de 19 de octubre de 2017 (C-531/15), Otero Ramos, añade que incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo no se llevó a cabo conforme a las exigencias de la Directiva 92/85 y que permitan presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo. Corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de dicha disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.

⁹⁴ STJUE de 18 de octubre de 2017 (C-409/16), Maria-Eleni Kalliri.

⁹⁵ STJUE (Gran sala) de 17 de julio de 2008 (C-303/06), Coleman. Sienta la doctrina de que tener un hijo discapacitado no justifica trato discriminatorio. Este existe si se acredita que el trato desfavorable está motivado por la discapacidad que padece un hijo a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

trabajadores distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a aquélla. El Derecho antidiscriminatorio se opone a que solo esté protegido frente a represalias quien apoya a la persona eventualmente discriminada por razón de sexo en el marco de una prueba testifical; otras actuaciones de apoyo, formales o informales, incluso acaecidas en el interior de la empresa, deben beneficiarse de la no discriminación por irradiación⁹⁶.

Errónea.- Existe discriminación por error cuando el trato diverso se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas. Aunque la categoría está formulada de modo defensivo, es probable que también proteja el fenómeno inverso. Así, serviría para impedir que un contrato de trabajo, de duración indefinida, para actividad que debe ser efectuada de noche, celebrado sin que trabajadora y empleador conozcan el embarazo, sea declarado nulo debido a la prohibición legal del trabajo nocturno para embarazadas⁹⁷.

Múltiple.- En el caso de discriminación múltiple una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las protegidas. Dos o más circunstancias (edad y orientación sexual, por ejemplo) pueden concurrir en un mismo sujeto y respecto de determinada cuestión. Examinando alguno de tales casos se ha advertido que si una medida no constituye una discriminación por ninguno de los motivos prohibidos cuando dichos motivos se toman por separado, no puede dar lugar a una discriminación basada en el efecto combinado de varios de ellos (aquí, orientación sexual y edad)⁹⁸.

Interseccional.- Se habla de discriminación interseccional para aludir a la que surge cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación.

Acosadora.- Es acoso discriminatorio cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación y con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Inductora.- Es discriminatoria toda inducción (concreta, directa, eficaz), orden o instrucción de discriminar por cualquiera de las causas establecidas en esta ley.

5. La acción positiva

Los arts. 4.2.c) y 17 ET vedan al empresario la adopción de medidas laborales discriminatorias —tanto discriminaciones directas como indirectas—; bien entendido que discriminaciones y privilegios no deben confundirse con las «medidas especiales de protección o asistencia» (v. gr.: en favor de mujeres o menores) a las que se refiere el Convenio núm. 111, ni con las medidas

⁹⁶ STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18), Hakelbracht y otros, al hilo del caso de empleada de RRHH que entrevista y propone para su contratación a embarazada de tres meses; RRHH desecha la propuesta por la gestación, cosa que la entrevistadora reprocha; la candidata reclama y la entrevistadora es despedida meses después, al amparo de motivos genéricos.

⁹⁷ STJUE de 5 de mayo de 1994 (C-421/92), Habermann-Beltermann. Se trata de evitar que se anule el contrato alegando el empresario un error sobre las cualidades esenciales de la trabajadora en el momento en que se celebró el contrato.

⁹⁸ STJUE de 24 de noviembre de 2016 (C443/15), Parris, sobre el problema de afiliado a Plan de Pensiones solicita que la prestación de supervivencia se concediera a su pareja del mismo sexo. Pero se registraron como pareja tras haber cumplido 60 años, lo que el Plan descarta como hecho causante. Con anterioridad al registro no se permitía constituir pareja de hecho en Irlanda.

lícitas de «acción positiva» reconocidas por el art. 157.4 TFUE y la Dir. 76/207/CEE y por la LOI⁹⁹.

Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social.

Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan (art. 6.7 LITND).

El asunto sobre complemento de pensión por aportación demográfica¹⁰⁰ constituye bien ejemplo de lo escurridizo que resulta determinar cuándo estamos ante acción positiva válida y cuándo ante discriminación¹⁰¹.

Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva por razón de las causas establecidas en esta ley e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato y no discriminación real y efectiva en las relaciones entre particulares¹⁰².

6. La indemnidad

A) Enfoque constitucionalista

Se configura como represalia cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda sufrirse 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.

La garantía de indemnidad consiste en que «del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza», toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) no se satisface sólo «mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad», como dijera tempranamente la STC 14/1993, de 18 de enero.

Según se ha anticipado, la garantía de indemnidad incluye no sólo el estricto ejercicio de acciones judiciales, sino que asimismo se proyecta, y de forma necesaria, sobre los actos preparatorios o previos (conciliación, reclamación previa, etc.). De otra forma —afirma la propia STC 14/1993, de 18 de enero—, «quien pretenda impedir o dificultar el ejercicio de la reclamación en vía judicial, tendrá el camino abierto, pues para reaccionar frente a ese ejercicio legítimo de su derecho a la acción judicial por parte del trabajador le bastaría con actuar..., en el momento previo al inicio de la vía judicial».

⁹⁹ El art. 2.4 de dicha Directiva autoriza «medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas [...] a eliminar o reducir las desigualdades de hecho [...]» (TJCE 19.3.2002, caso *Lommers*). Vid. art. 11 LOI y nota 10.

¹⁰⁰ El artículo 60.1 LGSS reconoce «un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente», cifrado en un porcentaje (5, 10 o 15, según número hijos) de la cuantía inicial de la pensión.

¹⁰¹ STJUE de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18), INSS (Complemento de pensión para madres) entiende que carece de validez como acción positiva pues no aporta solución alguna a los problemas a los que puedan tener que hacer frente las mujeres durante su carrera profesional, ni compensa las desventajas a las que puedan verse expuestas.

¹⁰² Art. 33.1 LITND.

La posterior jurisprudencia constitucional ha precisado que «el artículo 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad resultará lesionado tanto si se acredita una reacción o represalia frente al ejercicio previo del mismo, como si se constata un perjuicio derivado y causalmente conectado, incluso si no concurre intencionalidad lesiva», de manera que, además de lesiones «intencionales» pueden darse lesiones «objetivas» contrarias a la garantía de indemnidad (STC 6/2011, de 14 de febrero).

Especial relevancia posee la jurisprudencia constitucional respecto de la indemnidad retributiva asociada al disfrute de créditos horario de quienes desempeñan cargo representativo. Concretando el alcance de la garantía de indemnidad económica de los liberados sindicales se ha otorgado el amparo en supuestos en los que el recurrente o bien dejaba de percibir una parte de la retribución o bien veía negado un complemento solicitado, con el consiguiente perjuicio económico, desde el momento en que pasaba a ostentar la condición de liberado. La STC 74/1998 de 31 marzo subraya que, dentro del contenido esencial del derecho de libertad sindical, garantizado por el art. 28.1 de la CE, se encuadraría, pues el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa.

La STC 191/1998, de 29 de septiembre, estima el amparo en un caso en que se denegó al liberado sindical recurrente el complemento de penosidad, peligrosidad y toxicidad que había sido declarado para la actividad profesional desarrollada por él.

La STC 173/2001, de 26 de julio, otorga el amparo en un caso en el que la empresa Renfe se negaba a abonar al trabajador liberado un plus compensatorio por jornada partida que, sin embargo, percibían el resto de los trabajadores que prestaban servicios efectivos en la misma dependencia.

Las SSTC 30/2000, de 31 de enero, 43/2001, de 12 de febrero y 58/2001, de 26 de febrero estiman los recursos de amparo en varios supuestos en los que la Dirección General de la Policía dejó de pagar el abono de una gratificación por turnos rotatorios a unos policías en el momento en que fueron liberados de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales.

La STC 92/2005 de 18 abril considera que la indemnización por residencia en Melilla debe seguir percibiéndose por el representante es trasladado a la Península para desempeñar funciones como liberado sindical.

La STC 326/2005 de 12 diciembre ampara al empleado de Ayuntamiento que dejó de percibir el plus de puesto de trabajo cuando accedió a la condición de liberado sindical.

La STC 151/2006 de 22 mayo otorga el amparo porque la absoluta imposibilidad de percibir el complemento de productividad como liberado sindical no es compatible con la garantía de indemnidad en cuanto prohíbe el perjuicio económico del funcionario que se dedica íntegramente a la actividad sindical.

La STC 100/2014 de 23 junio ampara el abono de complemento de productividad en cuantía inferior a la del resto de trabajadores que prestan servicios efectivos en las mismas dependencias, reconocida judicialmente.

La STC 148/2015 de 6 julio aplica también la doctrina sobre cobro del complemento de productividad de los trabajadores que tienen concedido un permiso para desarrollar labores sindicales y desestima el amparo porque considera que lo debatido es meramente la fijación de su cuantía, tema de legalidad ordinaria

B) Jurisprudencia ordinaria

La jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo es ya muy abundante y reiterada en materia de garantía de indemnidad¹⁰³. De conformidad con esta jurisprudencia, para que opere el desplazamiento hacia el empresario de la carga de prueba, no basta simplemente con que el trabajador afirme la vulneración de la garantía de la indemnidad (o de cualquier otro derecho fundamental), sino que ha de acreditar un indicio o un principio de prueba que permita deducir que aquella vulneración se puede haber producido¹⁰⁴.

Esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado, ciertamente, que, con carácter general, la mera reclamación de fijeza del trabajador no resulta indicio suficiente de la vulneración de la garantía de indemnidad si el contrato se extingue en la fecha que estaba inicialmente prevista (SSTS 196/2020, 3 de marzo de 2020, rcud 61/2018; 356/2020, 19 de mayo de 2020, rcud 4496/2017; y 540/2020, 29 de junio de 2020, rcud 2778/2017).

Las cuestiones relacionadas con la lesión de la garantía de indemnidad dependen mucho de las circunstancias concurrentes en cada caso¹⁰⁵.

¹⁰³ Basta con remitir, por todas, a las SSTS 17 de junio de 2015 (rcud 2217/2014), 27 de enero de 2016 (rcud 2787/2014), 18 de marzo de 2016 (rcud 1447/2014), 26 octubre 2016 (Pleno, rcud 2913/2014), 25 de enero de 2018 (rcud 3917/2015), 21 de febrero de 2018 (rcud 2609/2015) y 22 de enero de 2019 (rcud 3701/2016) y a las por ellas citadas.

¹⁰⁴ SSTS 26 de abril de 2018, rcud 2340/2016, y 22 de enero de 2019, rcud 3701/2016

¹⁰⁵ STS 1242/2021 de 9 diciembre (rcud. 92/2019).

Panel Primero

Igualdad efectiva de mujeres y hombres en la salud y asistencia sanitaria

PONENCIAS

DISCRIMINACIONES RELACIONADAS CON LA INVALIDEZ Y EL DESPIDO

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la
Universidad de Granada. Miembro del Comité Ejecutivo de la Junta Directiva de la Asociación Española de Salud y
Seguridad Social

ORCID: 0000-0002-1248-6015

“La fundamentación de la decisión en la norma abstracta tendría sólo significación secundaria: racionaliza a posteriori la decisión, en sí irracional y ejerce de esta manera, en todos los casos, una función de control... Cualquiera que sea el papel que puedan desempeñar las fuentes irracionales en el pronunciamiento del fallo judicial, el juez sólo puede responder profesionalmente y ante su conciencia de aquellas decisiones que están fundamentadas en la ley...”

ENGISCH, K¹

1. La discapacidad: un concepto evolutivo. La doctrina internacional y comunitaria

El Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social², constituye en la actualidad la norma que define que en España se entiende

¹ ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, E. GARZÓN VALDÉS, revisión y edición a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, pág. 55.

² BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013. Un estudio completo y exhaustivo del marco y régimen jurídico regulador de la discapacidad, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords): *La protección jurídico-social de las personas*

por discapacidad. Indica el artículo 2 en su letra a) que será discapacidad: “... una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Y serán personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013). Conceptos que, en definitiva, atienden a razones de índole social y que se refieren al reconocimiento por parte de la sociedad de las personas que muestran algún tipo de deficiencia³. De este modo, se incorpora al ordenamiento español el ansiado *modelo social* que tanto se venía proclamando a nivel comunitario y que, ciertamente, resulta de interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión⁴.

Sin embargo, esta calificación legislativa aparentemente sencilla se complica cuando se relaciona los conceptos de incapacidad temporal (IT), incapacidad permanente (IP), enfermedad y discapacidad. Ello refleja el carácter evolutivo⁵ y amplio de la definición de discapacidad⁶. En efecto, ya el propio Preámbulo de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 -DO 2010-) hace referencia a esta idea, de ahí que el artículo 1 otorgue una descripción amplia de discapacidad a saber: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La participación plena y efectiva de todas las personas discapacitadas, en igualdad de condiciones con los demás, se convierte para la ONU en un importante reto a lograr. Por lo que,

con discapacidad. *Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020. Véase, asimismo, RUÍZ SANTAMARÍA, J.L.: *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019.

³ BLASCO LAHOZ, J.F.: “La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la seguridad Social como instrumento para su desarrollo”, *Revista de Información Laboral*, N°11 de 2018, págs. 1 y 2 en su versión digital.

⁴ Sobre este cambio de paradigma que camina hacia la consideración de los factores sociales y biopsicosociales atendiendo a que se trata propiamente de un *fenómeno multidimensional*, véase MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 42 y sigs. Se ha realizado que “no es correcta la frecuente interpretación del artículo 49 CE que ve en él, al margen de la obsoleta terminología que utiliza, una consagración de una visión meramente reparadora o médica del tratamiento de la discapacidad, ya que en su texto se incluye una protección jurídica desde un enfoque de derechos que puede considerarse como una justificación implícita de una consideración social de la discapacidad, luego reconocida por la normativa internacional de derechos humanos y por la legislación interna que desarrolla el precepto constitucional y esa normativa internacional”. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Artículo 49”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M y CASAS BAAMONDE, M.E (Dir.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, pág. 1405. Para un estudio detenido sobre el artículo 49 CE, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas con minusvalías (Artículo 49 de la Constitución Española)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M.N. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, págs.1755-1801.

⁵ Recuérdese que ya el mismo Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York del año 2006 indicaba que: “... la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la aptitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.

⁶ LÓPEZ INSUA, B.M.: “Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 53, 2019. En una perspectiva más amplia, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018, *passim*.

en sintonía con el artículo 5 de la Directiva 2000/78 /CE⁷, la Convención de la ONU define la discriminación por razón de discapacidad como “... cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (artículo 2.4 de la Convención de la ONU). Para la jurisprudencia comunitaria el concepto de discapacidad debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar, desde los que debe entenderse que la discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, pero no incluyendo la enfermedad⁸.

A este respecto, la Directiva 2000/78/CE prohíbe en sus artículos 11, 12, 15 y 31 la discriminación por motivos de discapacidad. Interpretando conjuntamente ambos textos, se trata de asegurar el derecho al empleo y a la adaptación “razonable” del puesto de trabajo para así romper las barreras que dificulten o impidan que los discapacitados puedan participar plena y efectivamente en sociedad. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (elevada al rango de Tratado de la Unión ex artículo 61 del Tratado de la Unión Europea), en cuyo artículo 21.1 garantiza el principio de no discriminación por razón de discapacidad⁹.

Ahora bien, la cuestión se vuelve problemática cuando atendemos al concepto de discapacidad ya que ni la Directiva comunitaria, ni la Convención de la ONU la definen, lo que le convierte, en cierto sentido y medida, en un concepto jurídicamente indeterminado¹⁰ en el Derecho Internacional y en el Derecho de la Unión Europea. Se trata pues, de un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto. Cabe precisar que es un concepto no absolutamente indeterminado, pues existen elementos normativos para su concreción y, además, es un concepto normativo que remite a ámbitos precisos de la realidad objeto de regulación normativa. En nuestro ordenamiento interno, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aporta una definición legal instrumental, conforme al cual se entiende por discapacidad “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que

⁷ De 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁸ Ver la sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006, C-13-05, Asunto *Chacón Navas*.

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, nº 1 de 2019, indicando que “interesa retener asimismo el artículo 24 (“Derecho a protección en caso de despido”) de la Carta Social Europea Revisada y el “Anexo a la Carta Social Europea (Revisada) relativo a dicho artículo, a cuyo tenor: “3 A efectos de este artículo, no se considerarán motivos válidos para el despido, en particular (...) f) la ausencia temporal del trabajo debida a enfermedad o lesión”. Estas garantías de eficacia específicas (o de efectividad del derecho) sobre los motivos injustificados o ilegítimos de despido suponen una mejora importante del sistema de garantías mínimas previsto en el art. 24 CSE de la Parte II de la CSE. Así se protege los derechos fundamentales del trabajo y especialmente el principio de igualdad y no discriminación y señaladamente la protección de la persona en situación de incapacidad temporal (apartado f)”. Véase también, en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs y Coords.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 573 y 590; CUENCA GÓMEZ, P. y DE ASÍS ROIG, R.: “Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs y Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 683- 695.

¹⁰ ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, E. GARZÓN VALDÉS, revisión y edición a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, Capítulo VI, págs. 127 y sigs.

limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás“ (artículo 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).

Por ello, el concepto de “*discapacidad*” presenta una textura jurídica abierta y ha de entenderse referido a una “*incapacidad cualificada o agravada*” con una dimensión social, que inhabilita a la persona no ya para una actividad profesional, sino para una pluralidad de actividades que cualquier otro ser humano podría llevar a cabo de no padecer dicha incapacidad, impidiendo su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás individuos, incidiendo en su integración en la sociedad¹¹. En este orden de ideas, no se ha de confundir Incapacidad Temporal con enfermedad de duración incierta, puesto que la incapacidad temporal tiene tasada legalmente su duración.

Precisamente, en esta lógica de superación del modelo médico-asistencial y enfatización del modelo social de igualdad e integración de las personas discapacitadas¹² es en donde se mueve la doctrina del TJUE más reciente. La sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 en el asunto C-395-15, Mohamed Daouidi, precisa que puede existir discriminación en bajas médicas prolongadas que ocasionan una limitación duradera¹³. De este modo, el TJUE abre el camino hacia la tutela antidiscriminatoria de la discapacidad de la Directiva 2000/78. El TJUE subraya que, a estos efectos, la “limitación debe ser duradera” y afirma que “en la fecha del hecho discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento”.

A pesar del avance en esta materia, lo cierto es que el TJUE no establece que un despido por motivo de enfermedad revista sin más la consideración de discriminatorio a efectos de la Directiva 200/78/CE, sino que consagra un criterio de asimilación o equiparación de las enfermedades de larga duración y/o crónicas (y frecuentemente de pronóstico incierto) a efectos de discapacidad. Por lo que, amplía el concepto de discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria a la que se refiere la Directiva. De forma que, le corresponde al Juez Nacional (técnica de reenvío) verificar, a la luz del conjunto de indicios apartados en cada caso, si una enfermedad de larga duración puede ser calificada como de discapacidad¹⁴.

Rompiendo con la doctrina que hasta ahora se seguía de calificar los despidos producidos durante la IT como de improcedentes, los jueces españoles, a la vista de la jurisprudencia europea pueden ahora declarar como nulos y fraudulentos los despidos durante una IT, con la consiguiente obligación de readmisión. Cada supuesto de hecho puede ser valorado con este criterio, que exige diferenciar las situaciones de enfermedad prolongada y duradera de las que no lo son. Los indicadores de una IT “prolongada y de limitación duradera” son indeterminados, lo que conducen siempre a un inevitable juicio casuístico. Además, el carácter duradero y

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L.: “Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona”, en RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación* (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS) celebrado en Madrid, octubre de 2017), Murcia, Laborum, 2017, págs. 870 y siguientes.

¹³ MONTOTOY MEDINA, D.: “Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº28, 2021, págs. 60 y siguientes.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona”...*op. cit.*, págs. 862 y siguientes.

especialmente limitador de una dolencia solo se puede comprobar con el paso del tiempo y es de difícil apreciación en el momento de un despido. El juez valorará el supuesto de hecho tras el transcurso del tiempo, situando a la empresa en una complicada inseguridad jurídica, puesto que el despido fue realizado sin esta comprobación real. Aparte, cabe tener en cuenta que, la legislación de protección de datos impide acceder a la empresa a la realidad médica para actuar en consecuencia¹⁵. Por lo que cobrará aquí una enorme relevancia el sentido técnico-jurídico que el juez nacional otorgue al concepto de discapacidad, conforme al artículo 2. A) del Real Decreto Legislativo 1/2013 y la normativa comunitaria. En aplicación del marco normativo y de la doctrina del TJUE (asuntos C-13/05, Chacón Navas; C-335/11 y C-337/11, Ring; C-345/15, Daouidi; y, C-270/16, Ruiz Conejero), el Tribunal Superior de Justicia español concluye en ambas sentencias (de 9 de noviembre de 2018 y 18 de enero de 2019) declarando la nulidad del despido. Por todo ello, a partir de los hechos probados, entiende que hay indicios suficientes para poder afirmar que la situación de las trabajadoras es de discapacidad y no de una enfermedad, por tratarse la causa de la baja, un cáncer de útero (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de enero de 2019) y cáncer de mama (TSJ de Castilla-La Mancha de 9 de Noviembre de 2018), de una limitación duradera de la actividad laboral, “al tratarse de un proceso morboso que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo” y tratamiento cierto (empleando las palabras del TJUE y de los mismos TSJ), sino más bien la necesidad de tratamiento prolongado en el tiempo y con obvias consecuencias en términos de impedir la normal participación de las trabajadoras afectadas en la vida laboral.

La “limitación duradera” de las dolencias queda confirmada, por otra parte, gracias a todos los informes médicos aportados, siendo en sendos casos la situación irreversible. Lo que, en definitiva, lleva a la Sala a concluir que la situación jurídica de las trabajadoras queda incluida en el concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78/CE.

Finalmente, cabe citar el pronunciamiento del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18, caso DW y Nobel Plastiques Ibérica S.A) en donde se resuelve la cuestión prejudicial planteada mediante auto¹⁶, emitido por el Juzgado de lo Social Nº3 de Barcelona a fecha de 30 de mayo de 2018, y cuyo principal punto radica sobre si una trabajadora especialmente sensible a

¹⁵ LAHERA FORTEZA, J.: “Despidos durante la baja médica”, ver en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios, el cual entiende –como cuestión controvertida– que “este nuevo escenario incierto debe abrir un debate político sobre esta cuestión. Hay que tasar la nulidad del despido por enfermedad a cambio de flexibilizar más el despido objetivo, desde la mera perspectiva funcional de la incapacidad para desarrollar el trabajo convenido. A la vez, hay que distribuir mejor los costes empresariales y públicos durante las bajas médicas, desincentivando este tipo de despidos durante la enfermedad”.

¹⁶ En definitiva, la cuestión prejudicial elevada al TJUE contiene las siguientes preguntas: 1. ¿Deben ser consideradas como personas con discapacidad a los efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, tal como ha sido interpretad[a] por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las personas trabajadoras calificadas como especialmente sensibles a determinados riesgos cuando, por sus propias características personales o estado biológico conocido, son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y que por dicha razón no pueden desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas?

Si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, se formulan las siguientes: 2. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y por ello tiene dificultades para alcanzar los niveles de productividad requeridos para no ser candidata al despido?

3. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en la polivalencia en todos los puestos de trabajo, incluidos los que no puede desempeñar la persona discapacitada?

4. ¿Constituye un acto de discriminación indirecta en los términos [en los] que se define en el artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad y por ello ha sido reconocida como especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, las cuales han provocado

los riesgos derivados del trabajo es asimilable al concepto de “discapacidad” a efectos de declarar nulo o no su despido¹⁷.

Se analiza aquí el caso de una trabajadora que había sido declarada como “*trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo*” y adicionalmente, tras todas sus bajas médicas, se sometía a reconocimientos médicos, declarándose en todos ellos a la trabajadora como “*apta con limitaciones*”¹⁸. En particular, la trabajadora padecía epicondilitis, que es definida así: “conocida también como codo de tenista, es una lesión caracterizada por dolor en la cara externa del codo, en la región del epicóndilo, eminencia ósea que se encuentra en la parte lateral y externa de la epífisis inferior del húmero. Es provocada por movimientos repetitivos de extensión de la muñeca y supinación del antebrazo, lo que ocasiona microrroturas fibrilares y reparación inadecuada de los tendones de los músculos que se originan en la región del epicóndilo, principalmente del tendón del músculo extensor radial corto del carpo”.

A pesar de los antecedentes que se han señalado, el TJUE vuelve a reiterar aquí su criterio funcional al señalar que debe entenderse por “discapacidad” cuando existe una limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona y suponer un obstáculo para la realización de una actividad profesional. Asimismo, recuerda que la Directiva 2000/78 no limita el concepto de discapacidad a aquella que tiene su origen en el nacimiento o en accidentes, sino que debe incluirse también las propias causadas por enfermedades, aunque sean parciales. Ahora bien, no debe olvidarse que esa “discapacidad” debe contener el carácter de “duradera” (que no cabe equiparar necesariamente con “permanente”, ni con “definitiva”, pues puede producirse una “reversión” de la discapacidad), debiéndose valorar la misma en el momento en que se produjo el hecho supuestamente discriminatorio.

Sin embargo, tras repasar el TJUE su doctrina y recordar los concretos hechos de la trabajadora analizada, señala que el hecho de que haya sido calificada como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, no implica *per se* que automáticamente se reconozca la condición de persona con discapacidad en el sentido de la Directiva. Por lo que, concluye el Alto Tribunal europeo subrayando que ha de ser el órgano jurisdiccional nacional quien deba comprobar si se cumplen los requisitos previamente expuestos para determinar la existencia de la discapacidad, trasladando la responsabilidad de dicha calificación jurídica directamente a éste.

Al hilo del despido de un trabajador con discapacidad que realizaba un periodo en prácticas para el *Service public fédéral “Sécurité sociale”* (Servicio Público Federal de la Seguridad Social,

largos períodos de tiempo de ausencias o baja médica antes del despido y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en el absentismo de esta persona trabajadora?

¹⁷ Se alega por la demandante que, de acuerdo a la normativa española de prevención de riesgos laborales y a la jurisprudencia del TJUE (asuntos HD Danmark y Daoudi), ya que la trabajadora “... ha estado en situación de incapacidad temporal -y lo estaba en el momento en que fue despedida- debido a dolencias relacionadas con el trabajo desempeñado y porque ha sido declarada “apta con limitaciones”, por lo que tiene una limitación en la capacidad de trabajo duradera, lo cual se pone de manifiesto con la declaración de personal “especialmente sensible”...”. La tesis de la parte demandante es rechazada de plano por la empresa demandada, enfatizando que los criterios eran objetivos y sin ninguna carga peyorativa, en términos jurídicos para ninguna persona trabajadora, y que además, en base a la utilización de tales criterios, se designaban “a personas concretas -y no a los puestos de trabajo que ocupan, ya que los otros tres parámetros (productividad inferior al 95%, menor polivalencia y mayor índice de absentismo) estaban relacionados directamente con las circunstancias y condiciones personales de cada afectado, y desde esta perspectiva tenía sentido seleccionar las personas cuyo rendimiento es inferior a otras”. Recordemos que el primer criterio era que las personas afectadas trabajaran en un determinado departamento en el que se habían implantado mejoras técnicas que implicaban la disminución de personal.

¹⁸ El interés del caso radica en el estado físico de la trabajadora y el impacto que el mismo puede tener, a juicio del juzgador, en la resolución del supuesto si se constata que las largas ausencias por problemas físicos pudieran considerarse como una situación de discapacidad y por tanto ser merecedora de la misma protección que estas frente a decisiones empresariales que pudieran ser calificadas, con arreglo a la normativa comunitaria, de discriminación directa o indirecta.

Bélgica) el TJUE vuelve a pronunciarse, tratando así de definir el concepto de “discapacidad”, la garantista sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022 (en el asunto C-485/20 -HR Rail-)¹⁹ deja claro que el concepto de “discapacidad” evoluciona, debiendo en todo momento el mismo interpretarse desde una perspectiva teleológica y garantista. Así es, el hecho de que un trabajador que realiza un periodo en prácticas tras su incorporación haya sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, no le imposibilita a que sea destinado a otro puesto de trabajo para el que esté capacitado, siempre que dicha medida no suponga una carga excesiva para el empresario. Constituye una obligación jurídica ese deber de adaptación y ajuste razonable, con la única excepción de que se acredite la concurrencia de la referida “carga excesiva” para el empresario valoradora en términos que no tienen por qué ser exclusivamente económicos.

Como bien recuerda el TJUE, la Directiva 2000/78/CE se encarga de establecer el marco general para la garantía de una igualdad de trato de todas las personas. Protección que se extiende también al ámbito del “empleo y la ocupación” (tanto por cuenta propia, como por cuenta ajena, formación profesional, orientación profesional, reciclaje de trabajadores... etcétera), buscando así ofrecer una protección eficaz contra todas las discriminaciones, entre las que se encuentra la discapacidad. En efecto, los términos que emplea la Directiva son lo suficientemente amplios como para englobar a los trabajadores discapacitados en periodo en prácticas y ello es así porque, los términos-no exhaustivos- en los que se define la Directiva, deben de entenderse en un sentido general o de *numerus apertus*. En consecuencia, el hecho de que el agente no fuera, en la fecha de su despido, un agente contratado con carácter definitivo, no impide que su situación profesional esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

El principio de igualdad de trato deberá erigirse en guía para la consecución de una efectiva y justa aplicación de la Directiva comunitaria del año 2000, toda vez que en ella se contempla la posibilidad de realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas (ya sean de carácter físico, organizativo o educativo) en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, formar parte en el mismo o progresar profesionalmente o, a fin de que, se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Es más, la Directiva prevé “medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”. Por todo ello, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada y, en este sentido, un “ajuste razonable” como *medida de flexibilidad interna elusiva del despido* (típica medida, ésta última, de flexibilidad externa de salida). Esta interpretación es conforme con dicho concepto, que debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En definitiva, la Directiva no puede obligar a que un empresario adopte medidas que supongan una “carga excesiva” para él, incumbiéndole la carga de la prueba de que existe efectivamente esa “carga excesiva” capaz de exonerarle de llevar a cabo los “ajustes razonables” de *flexibilidad interna*. En este sentido, deberá operar aquí el principio de proporcionalidad, lo que supone tener en cuenta: “... los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos

¹⁹ Para un conocimiento más exhaustivo véase MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ VICO, S.: “Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3ª 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)”, *Revista La Ley Unión Europea*, N°102, 2022.

financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”. En cualquier caso, la obligación jurídica de destinar a una persona discapacitada a otro puesto de trabajo sólo operará cuando exista un puesto disponible o vacante que el mismo pueda ocupar al ser compatible con su situación de discapacidad funcional. Pero teniendo siempre en cuenta que “la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades” (artículo 5, último párrafo, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación).

2. Un cambio de rumbo en los conceptos de incapacidad permanente y discapacidad

La discapacidad y la incapacidad son términos que se relacionan, pero que se diferencian desde el punto de vista conceptual y técnico-jurídico²⁰. Ambas figuras producen cierta confusión, sobre todo cuando se trata de una incapacidad de carácter permanente y ello es porque se ha sustituido la antigua expresión “invalides” por la de incapacidad permanente que regula el artículo 8.5 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social. Mientras la incapacidad permanente del Sistema de Seguridad Social gira en torno al componente profesional²¹, lo que supone una imposibilidad o dificulta el trabajo en algún grado (que puede tener carácter sobrevenido²²), la discapacidad se refiere a una condición del ser humano que, de forma general, abarca las deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones de participación de una persona. El despliegue de la protección legal derivada de las situaciones de incapacidad y de discapacidad se vincula necesariamente a un presupuesto de hecho: que efectivamente se halle constatada la incapacidad o la discapacidad, administrativa o judicialmente.

Antes de entrar en materia cabe distinguir entre la incapacidad permanente de la protección que, en caso de lesiones permanentes no invalidantes recoge el artículo 201 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS). Y es que, aunque ésta última suponga una disminución o alteración de la integridad física del trabajador por una contingencia profesional, lo cierto es que no llega ésta a incapacitar para el desempeño de la actividad profesional, aunque pueda la misma dejar alguna secuela de importancia que implique la percepción de una indemnización tipificada en el baremo correspondiente.

Las diferencias entre discapacidad e incapacidad laboral se evidencian si se analiza la finalidad que persiguen una y otra, ya que la incapacidad permanente se basa en satisfacer una prestación económica sustitutiva de las rentas que no pueden obtenerse por no poder trabajar, valorándose su capacidad profesional mermada de forma sobrevenida por su estado de salud, observando aspectos como “un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia”

²⁰ La Incapacidad se refiere a la situación que impide desempeñar una actividad laboral (de manera transitoria -sería el caso de la IT- o permanente -hablaríamos de una IP-), mientras que la Discapacidad se relaciona con la dificultad para desempeñar -en la vida cotidiana- un rol en la vida diaria que sería el normal en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales.

²¹ TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords)., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 739 a 743.

²² Junto al concepto de incapacidad permanente hay otros cercanos al mismo, pero distintos, como son el de persona con discapacidad y el de persona dependiente. Para el concepto de persona dependiente y su delimitación y conexión con la discapacidad, puede remitirse a otro capítulo de esta misma obra. También puede verse ITURRI GÁRATE, J. A.: “Incapacidad permanente y personas con discapacidad y dependientes” en RIVAS VALLEJO, P (Dir.)., *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.

(sentencia del TSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2011), mientras que la discapacidad tiende a procurar la equiparación de oportunidades compensando las desventajas sociales que las situaciones discapacitantes generan valorando a las capacidades de la persona y su relación con el entorno en aras de facilitar su inclusión en la sociedad. Tanto la discapacidad, como la incapacidad permanente tienen que ser reconocidas y declaradas por equipos de valoración que son, en sendos casos distintos²³. En el caso de la discapacidad es irrelevante el momento en el que aparece, pudiendo ser de nacimiento o ser sobrevenida; mientras que en la incapacidad permanente se exige su manifestación (o agravamiento) posterior a la afiliación en la Seguridad Social²⁴.

2.1. La protección de las personas con discapacidad: derechos, garantías y medidas

Las relaciones entre la incapacidad permanente y la discapacidad resultan conflictivas, de ahí que ya el Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 (Nº de recurso 156/2020) haya aclarado que el reconocimiento de una incapacidad permanente (ya sea total, absoluta o por gran invalidez) no da derecho al reconocimiento automático de una situación de discapacidad a todos los efectos; pero sí a la *equiparación legal* prevista en el apartado 2 del artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²⁵.

²³ TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”..., *op. cit.*, pág. 742.

²⁴ GARCÍA SABATER, A.: “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.221, 2019 (BIB 2019/5830).

²⁵ Se trata de la *equiparación instrumental a efectos de tutela protectora* prevista explícitamente en el apartado 2 del artículo 4 (“Titulares de los derechos”) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, conforme al cual: “Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos [*rectius* a todos los efectos de este RD-Legislativo], tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará [*reténgase el imperativo categórico*] que *presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez*, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulen los *beneficios o medidas de acción positiva* podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”. Para las consecuencias jurídicas en la tutela protectora y en la titularidad de los derechos de esta asimilación o equiparación *ope legis*, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*. Cuestión relevante, por ejemplo, cuando la incapacidad permanente sobreviene durante la vida activa profesional y la persona trabajadora que es declarada incapacidad permanente pretende incorporarse a la empresa de procedencia (en una típica transición de ida y vuelta a la actividad profesional “debilitada” por el grado de incapacidad permanente). Piénsese, por ejemplo, en la operatividad del artículo 35 (“Garantías del derecho al trabajo”), artículo 40 (“Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo”, en el marco del “Empleo ordinario”) del RD-Legislativo 1/2013; o en el artículo 25 (“Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Los ajustes razonables en tales casos impiden que el trabajador que es declarado como afecto de una incapacidad permanente total o absoluta pueda ser despedido por el empleador ex artículo 49.1.e) del ET automáticamente sin que se intente llevar a cabo los ajustes razonables (desde el punto de vista jurídico una IP total no impide realizar otras tareas o puestos de trabajos distintos a los anteriormente desempeñados en la empresa de procedencia), y que, en su caso, aquél acredite la prueba pertinente de que ello le supone una “carga excesiva”. Todos ellos en relación con el artículo 15.1.d) LPRL (adaptación dinámica del trabajo a la persona), que transpone en nuestra legislación el artículo 6.2,d) de la Directiva-Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Véase RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección del trabajador con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, págs. 879-889; *Ibid.*, *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019, págs. 43 y sigs., y 195 y sigs.

Por otra parte, la STJUE de 10 de febrero de 2022, as.C-485/20: HR Rail, declara que el concepto de ajustes razonables para las personas con discapacidad recogido en el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) debe ser interpretado en el sentido de que un trabajador al cual se le reconozca una discapacidad sobrevenida vigente en el trabajo que le impida desarrollar las funciones esenciales del puesto para el cual fue contratado y que

Parecía que la cuestión estaba clara, no obstante, la práctica evidenciaba una cierta confusión que ha traído -como consecuencia- una cierta judicialización, así como una constante tira y afloja en sede doctrinal²⁶. Y ello es porque existe un cierto interés de la persona que ha sido declarada en incapacidad permanente en intentar que también se le reconozca discapacitada, para tratar de acceder a ventajas laborales, económicas, fiscales... y, de igual modo, la persona que es declarada discapacitada, si reúne los requisitos exigidos, suele intentar obtener también prestaciones de la Seguridad Social iniciando procedimientos de incapacidad permanente (contributiva y/o no contributiva); y de forma similar, ocurre con la dependencia. No existen, entre ambas figuras, “vasos comunicantes automáticos”, aunque sí es importante conocer que hay puntos de conexión²⁷; pero sí “vasos comunicantes legalmente establecidos” como los que infieren expresamente del citado artículo 4, apartado 2 del RD-Legislativo 1/2013. Resulta importante, en este punto, conocer las diferencias y puntos de proximidad entre ambas figuras para así marcar las fronteras o líneas que las separan y los puntos de conexión que las unen. Sin embargo, resulta innegable que la persona trabajadora que es declarada incapacitada permanente sobrevenida tiene derecho al trabajo con los correspondientes ajustes razonables –salvo prueba empresarial de carga excesiva- sin que automáticamente pueda ser objeto de despido ex artículo 49.1.e) del ET. Y ello con amparo no sólo en el RD-Legislativo 1/2013 (en los términos matizados ya indicados aquí), sino también por la preceptiva aplicación del artículo 25 (“Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales²⁸.

La incapacidad permanente se encuentra regulada en los artículos 193 y siguientes de la LGSS en donde se aclara que: “...es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. De dicho concepto legal se desprenden cuatro elementos que integran el

venía desarrollando debe ser destinado a otro puesto para el cual se disponga de las competencias, capacidades y la disponibilidad exigidas. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ VICO, S., “Trabajadores con discapacidad: principios de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2022, as.C-485/20: HR Rail)”, *La Ley Unión Europea*, n.º. 102, abril, 2022 (Editorial Wolters Kluwer), págs. 1-22.

Previamente, con arreglo al apartado 1 del artículo 4 (“Titulares de los derechos”) del Real Decreto Legislativo 1/2013, se establece funcional y estipulativamente que “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Se aprecia aquí la relevancia del *modelo social* presente en el hecho social de la discapacidad multidimensional, que lógicamente más allá de una específica disfuncionalidad profesional.

²⁶ Por todo ello, cuando se le reconoce a un trabajador una prestación por incapacidad permanente no deberá entenderse sin más que se le ha reconocido automáticamente un certificado de minusvalía del 33% (y por el que se obtiene beneficios adicionales). En efecto, la persona discapacitada deberá ser valorada y evaluada por la Administración conforme al baremo establecido en el Real Decreto 1971/1999 y por el que se regula el porcentaje de discapacidad. En este sentido SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos”, en BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. y BIEL PORTERO, I. (Coords.), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. Ahora bien: sin que sea posible desconocer tampoco la equiparación instrumental que se establece *ope legis* en el apartado 2 del artículo 4 (“Titulares de los derechos”) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que matiza legalmente la afirmación doctrinal de los autores anteriormente citados. Véase lo indicado en la nota 23.

²⁷ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, celebrado en Madrid, octubre de 2017)*, Murcia. Laborum. 2017, págs. 791-801, que expone claramente las diferentes pasarelas, y su oportunidad, que pueden relacionar las situaciones de discapacidad, incapacidad laboral, invalidez, dependencia o incapacidad judicial, si bien señala que no son absolutas ni automáticas entre todas ellas (pág. 791).

²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.

hecho causante²⁹: 1) Existe una determinación objetiva mediante dictamen científico-médico; 2) una reducción de la capacidad para trabajar; 3) las lesiones deben ser permanentes o previsiblemente definitivas y 4) persistencia previsiblemente definitiva de una alteración grave del estado de salud, pese a haber seguido un tratamiento e independientemente del carácter común o profesional de la contingencia.

Resulta especialmente conflictivo el último elemento de cara a la determinación de las fronteras entre la IP y la discapacidad. Y ello es porque, inicialmente, se exigen que las lesiones sean posteriores a la afiliación o al alta en la Seguridad Social, por lo que si dichas lesiones son previas no son evaluables a efectos de incapacidad permanente, considerándose con carácter general sólo protegible la incapacidad sobrevenida al trabajador. Quedan, por tanto, excluidas las lesiones congénitas o adquiridas con anterioridad a tener dicha condición, en aras de evitar lo que se podría considerar una especie de “compra de pensiones” si se permitiese que, a través de la afiliación, el alta y la cotización (durante un período de carencia ostensiblemente menor al requerido para la jubilación) en una fecha posterior a aquella en la que la contingencia protegida (la situación de incapacidad permanente) ya se habría materializado³⁰. Por su parte, el artículo 193 de la LGSS, en su segundo párrafo, realiza una inclusión expresa al prever que: “... las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación”³¹. En otras palabras, si se produce una agravación de las lesiones preexistentes con efectos invalidantes para el trabajo sí procederá el reconocimiento de la prestación correspondiente, pues la agravación de las dolencias anteriores a la afiliación o el alta es suficiente para producir un efecto invalidante posterior al alta que anule la capacidad laboral que permitió al afectado realizar los trabajos determinantes de su inclusión en la Seguridad Social. De este modo, se protegen situaciones de discapacidad sobrevenida o agravada a la afiliación del trabajador para producir la incapacidad permanente.

En el caso de una gran invalidez resultará necesario que las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético no se hayan producido antes de la afiliación o alta del trabajador, de lo contrario no podrán ser tenidas en cuenta para causar protección por este grado de incapacidad, salvo cuando se traten de personas con discapacidad en las que se hubiera producido el agravamiento que recoge el artículo 193.1, 2º párrafo de la LGSS. Ahora bien, en este último caso, la valoración deberá hacerse partiendo de la capacidad ya reducida que presentaba el propio trabajador. Ciertamente, la doctrina del Tribunal Supremo ha seguido aquí una línea evolutiva que resulta interesante analizar.

Primeramente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016 (número de recurso 675/2016) se afirma que las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad

²⁹ Sobre estos elementos puede consultarse más ampliamente, entre otros, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^aN. y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos. 2023, págs. 276 y sigs.; DE VAL TENA, Á. L.: “Capítulo 7. Incapacidad permanente. Concepto...”, *op. cit.*, págs. 772-792.

³⁰ En ese sentido, PANIZO ROBLES, J.A.: “De nuevo sobre las dolencias previas a la afiliación a la Seguridad Social: si la situación de dependencia existe antes de la afiliación a la Seguridad Social, no cabe lucrar pensión de gran invalidez, salvo agravación de aquella (Con ocasión de la STS de 19 de julio de 2016. Rcd 3907/2014 [JUR 2016, 193867])”, *Aranzadi digital*, núm.1, 2016, (BIB 2016\4963).

³¹ La jurisprudencia marcó el origen de este apartado ya que, si bien inicialmente venía negando que esas dolencias previas pudiesen tenerse en cuenta a los efectos de la declaración de la IP, la sentencia del TS de 26 de enero de 1999 (rec. 5066/1997), entre otras, abren una nueva línea jurisprudencial inclusiva que desemboca en la Ley 35/2002, que modificó el entonces artículo 136.1 LGSS.

permanente no son materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general. Ahora bien, cuando pueda apreciarse la existencia de contradicción entre las sentencias al constatar la discrepancia entre las resoluciones al interpretar el tratamiento que debe darse a un mismo hecho: acreditar los actores la necesidad de una tercera persona para los actos esenciales de la vida con anterioridad al ingreso en el Sistema de Seguridad Social. Así, resulta que en ambos casos se trata de beneficiarios que acreditan la necesidad de asistencia de tercera persona para los actos esenciales de la vida con anterioridad al alta en el Sistema de Seguridad Social. Los servicios prestados tras el alta en Seguridad Social son en ambos casos para la ONCE. Ambos acreditan la agravación de sus lesiones durante la prestación de servicios. En el caso de la sentencia recurrida por un traumatismo y en la de contraste por degeneración de las dolencias previas. Y a ambos trabajadores se les reconoce por el INSS la situación de incapacidad permanente absoluta, solicitándose en ambos casos el reconocimiento de la situación de gran invalidez³². De este modo, el Tribunal Supremo entra a conocer al entender que se trata de una cuestión jurídica y no fáctica: existe sustancial identidad fáctica acompañada de interpretaciones diversas del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el Tribunal Supremo aclara que las lesiones o enfermedades que se padecieran con anterioridad al alta en la Seguridad Social no han de tener incidencia en la valoración de una invalidez permanente, pues en caso de que existan algunas invalidantes del trabajo, la misma Seguridad Social tiene sistemas de protección o prestaciones para subvenir a esas situaciones o contingencias, como son las atenciones a las personas con discapacidad. No obstante, en el caso de concurrir el analizado párrafo segundo del citado precepto que prevé la protección vía IP de las personas con discapacidad agravada, “habrá que determinar si concurren los supuestos configuradores de los distintos grados de invalidez permanente, pero bien entendido siempre que la valoración no puede hacerse en comparación con la capacidad laboral normal de un trabajador ordinario, sino con la ya reducida que presentaba el propio trabajador. En definitiva, han de tenerse en cuenta, a tales efectos, las peculiaridades de su inserción en el mundo laboral, en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales del mundo laboral. Ello implica que la lesión preconstituida queda extraordinariamente relativizada en estos supuestos en los que, aun existiendo antes de la afiliación, el encuadramiento se ha producido teniendo en cuenta ya los padecimientos y la situación clínica del trabajador.

Por todo ello y teniendo en cuenta que el actor, “... con anterioridad al ingreso en el mundo laboral, una situación clínica que ya exigía la ayuda de una tercera persona, tal circunstancia no debe ser tenida en cuenta a efectos de la configuración de la nueva situación protegida que se produce como consecuencia exclusiva de la pérdida de la capacidad de trabajo que hasta entonces tenía el trabajador; de ahí que se le reconozca, por agravamiento de las lesiones que padecía y la aparición de otras nuevas, una Incapacidad Absoluta para todo Trabajo, pero, por lo mismo, ello le impide el reconocimiento de la Gran Invalidez, puesto que la situación clínica que podría dar lugar a la misma ya la padecía con anterioridad a su ingreso en el mundo laboral, sin

³² Se estiman las sentencias del TJS de la Comunidad Valenciana de 28 de febrero de 2006 (rec. 3807/2005) (sentencia de contraste), que procede la gran invalidez. En contra, cabe citar la sentencia del TJS Asturias de 24 de octubre de 2014 (rec. 2034/2014) (sentencia recurrida).

que las nuevas lesiones o el agravamiento de las ya padecidas hayan tenido ninguna incidencia a los efectos invalidantes que se pretenden”³³.

Otro tema que resulta muy conflictivo es el relativo a los distintos grados de incapacidad permanente y, en particular, a la relación que se refiere a la discapacidad e IP absoluta, total y gran invalidez. Todo ello, deviene de lo preceptuado en el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, sobre los derechos de las personas con discapacidad, en donde se indica lo que sigue: “...tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. El problema, en este punto, deviene de la posible equiparación de entre discapacidad e incapacidad permanente³⁴.

El Tribunal Supremo ha debido pronunciarse, en varias sentencias³⁵, para zanjar este polémico tema. Entiendo el Alto Tribunal que el 33% de discapacidad no se atribuye de manera automática a los afectados por una Incapacidad Permanente, al entender que el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, contiene una regulación “ultra vires” en relación con el mandato de desarrollo del Texto refundido que le otorgaba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, la cual mantenía en sus propios términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, en la que se basaba la doctrina tradicional de la Sala en este tema. A juicio del TS el reconocimiento de una IP (en grado total, absoluta o de gran invalidez) no equivale, de forma automática, a una discapacidad, a saber: “... la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no al de la Ley 51/2003. Así se indica de manera expresa en el art. 10 LISM, que atribuye a ‘equipos multiprofesionales de valoración’, entre otras competencias, ‘la valoración y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación’ (art 10.2.c. LISM). La disposición reglamentaria que desarrolla esta competencia de valoración y calificación es el RD 1971/1999, que contiene en su Anexo I un baremo de los valores porcentuales que corresponden a diferentes dolencias o enfermedades con secuelas discapacitantes” (STSS 21/3/2007 (rcud. 3872/2005); 7/7/2008 (rcud. 1297/2007); 7/4/2016 (rcud. 2026/2014)-entre otras muchas) sigue vigente bajo la nueva norma y ese 33% se atribuye exclusivamente a los propios efectos de la Ley 26/2011, no “a todos los efectos”, resultando palmario que si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33%

³³ El Tribunal Supremo consolida esta doctrina en sentencias posteriores, a saber: las sentencias del Tribunal Supremo núm. 730/2018 de 10 julio (RJ\2018\4148), y núm. 408/2018 de 17 abril (RJ 2018\1798). Sendas sentencias se pronuncian sobre agentes vendedores de cupones de la ONCE que, con anterioridad a su alta en el Sistema de Seguridad Social, presentaban patologías que hacían necesaria la ayuda de una tercera persona y que, con posterioridad, sus dolencias se ven agravadas impidiéndoles realizar el trabajo que venía desempeñando.

³⁴ TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”.... *op. cit.*; GARCÍA VALVERDE, M^a. D., “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 49/200714, 2007 (BIB 2007\1780); MORENO PUEYO, M. J.: “Asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad. Alcance y límites”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.220, 2019, (BIB 2019\6158).

³⁵ Véanse las sentencias de 29 de noviembre de 2018 (STS núm. 992/2018, rec. 3382/2016; STS núm. 993/2018, rec.1826/2017; STS núm. 994/2018 rec. 239/2018). En particular, la sentencia de 29 de noviembre de 2018 analiza si en los casos en los que un beneficiario de Seguridad Social tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez se le ha de reconocer -al amparo de lo previsto en el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013-, de manera automática y a todos los efectos, el 33% de discapacidad, o, por el contrario, esa atribución no cabe hacerla en esa forma porque el precepto del Texto Refundido incurre en “ultra vires” en relación con la autorización normativa concedida para desarrollar normativamente la Ley 26/2011, de 1 de agosto, entendiéndose -en tal caso- que se quiere decir tan sólo a efectos de los previsto en el RD-Legislativo 1/2013.

de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, “... *no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad*”.

A la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 se formula voto particular por parte de la Magistrada Doña Rosa María Viroles (y a la que se adhieren el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina y el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana), quien entiende que el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 no contiene una regulación “ultra vires”, y que el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo (es decir del 33%). Aluden a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y ello “supone la consagración del cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad. Supera definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos”. Afirman que el marco de la asimilación que se contiene en el Texto refundido es el mismo que existía antes, aunque ahora se ha encajado en el conjunto de servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en el Texto Refundido.

Esta doctrina se ha visto, a posteriori, ratificada por las sentencias del Tribunal Supremo núm. 156/2020, de 19 de febrero y núm. 302/2020, de 12 de mayo³⁶, al considerar que- efectivamente- el artículo 4.2 de la Ley de Discapacidad ha incurrido en *ultra vires* por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del art.1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto , que, además de atribuirle esa delegación, ratifica el contenido de aquel art. 2.1 de la Ley 51/2003 en los términos que hemos expuesto, y que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase “a los efectos de esta ley” por la de “a todos los efectos”, en una evidente alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar.

Tras esta doctrina se han abierto otros interrogantes³⁷, sobre todo respecto a los certificados de discapacidad que equipararon el grado de 33% a personas con grado inferior por asimilación o equiparación a situaciones de incapacidad permanente. Y es que, todos ellos, han dejado de tener validez a todos los efectos legales. Por otra parte, la doctrina se pregunta por las personas que accedieron a una plaza de empleo preferente u obtuvieron un tratamiento fiscal más favorable³⁸; teniéndose que respetar las situaciones adquiridas o consolidadas antes de la declaración de “ultra vires”.

2.2. La ley Zerolo a escena: ¿avance o retroceso?

El 14 de julio de 2022, sale a la luz la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (conocida como Ley Zerolo). En el cuerpo de esta ley ya se establece: 1) que nadie puede ser discriminado por razón de enfermedad (artículo 2.1), 2) que la enfermedad no puede amparar diferencias de trato distintas a las derivadas del ejercicio de algunas actividades o la salud pública (artículo 2.3) y que las disposiciones, actos o cláusulas discriminatorias serán

³⁶ VICENTE PALACIO, M.A.: “No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)”, *Revista Jurisprudencia Laboral*, N°6, 2020.

³⁷ TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”..., *op. cit.*

³⁸ TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”..., *op. cit.*

nulas (artículo 26). A pesar de esto, lo cierto es que todavía sigue generando controversia en sede judicial y doctrinal esta temática, sobre todo en materia de incapacidad temporal, lo cual cabe extrapolar también a los supuestos de incapacidad permanente. A buen ejemplo, las sentencias de 24 de enero de 2023 del Juzgado de lo Social de Almería (número de recurso: 710/2022) y la de 15 de febrero de 2023 del Juzgado de lo Social de Granada (número de recurso: 753/2022) en donde se afirma que la causa de despido por incapacidad laboral conlleva la nulidad, aunque no se haya declarado la existencia de una discapacidad. En efecto, la discriminación del trabajador por razón de enfermedad constituye causa suficiente para declarar la nulidad. Por el contra, la sentencia de 14 de febrero de 2023 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (número de recurso: 2636/2022) considera que, la entrada en vigor de la Ley 15/2022 no ha supuesto ningún cambio, pues no ha modificado el contenido del artículo 55 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), como tampoco la jurisprudencia anterior. Por lo tanto, aunque el despido sea discriminatorio, quedará a ojos del juez el declarar la improcedencia (como ya ocurría en la mayoría de los casos) o la nulidad del despido.

Parece que la opción a seguir por los tribunales va a ser, lamentablemente, esta segunda. Y es que, como bien indica la misma Exposición de Motivos de la Ley 15/2022, “no se pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen”. Queda claro que no se refuerzan, ni garantizan los derechos *per se* que les corresponden a los trabajadores en situación de baja por incapacidad temporal, sino que -por el contrario- se crea un efecto disuasorio que no apacigua el debate existente. No se olvide que el artículo 14 de la Carta Magna reconoce el derecho a la igualdad como un derecho fundamental (inserto en el Capítulo I del Título I de la Constitución). Y, de otra parte, el derecho a la salud se configuraría, desde una manifiesta interpretación asistemática y desconocedora de la unidad de la Norma Fundamental, dada su equivocada ubicación sistemática en el texto constitucional, como un principio rector de la política social y económica (artículo 43 de la Constitución, incardinado en el Capítulo III, “Principios rectores de la política social y económica”, del Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”) al que se le otorgaría una debilitada protección que no queda exenta de críticas, toda vez que tenía que haberse configurado como un derecho fundamental en el contenido del Título I de la Constitución Española. Son muchos los vaivenes que, en torno a esta materia, ha protagonizado la doctrina del Tribunal Constitucional. Sin embargo, lo cierto es que, a pesar del constante tira y afloja, el derecho a la salud se ha erigido en pilar fundamental para la construcción de un constitucionalismo democrático-social que pretende dar primacía a los ciudadanos (derecho subjetivo) frente a los intereses económicos y mercantilistas propios de sociedades poco inclusivas. Por todo ello, al derecho a la salud se le otorga y reconoce (tanto en la normativa internacional, como en la comunitaria y en la nacional) el carácter de derecho primario y fundamental vinculado al derecho a la vida, a la integridad física y la dignidad de toda persona. Para ello debe atenderse a una obligada interpretación sistemática y teleológica del artículo 43 de nuestra Constitución, poniéndolo necesariamente en conexión con el sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales, es decir, con el grupo normativo constitucional integrado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la propia Norma Fundamental³⁹. Hay que tener en cuenta que al amparo de este grupo normativo constitucional los jueces y tribunales

³⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones Laborales*, nº 9, 2014, págs. 1-15 en su versión digital. Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, espec., capítulo III (“La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”), págs. 137-212.
Del mismo autor: “La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Nº 5-6, 2010, págs. 69-94 y 59-86, respectivamente.

de la jurisdicción ordinaria pueden llevar a cabo el control de constitucionalidad⁴⁰. Por lo demás, la interpretación sistemática y teleológica en marco de ese sistema multinivel determina inequívocamente que la salud y asistencia sanitaria se configura como un verdadero derecho social fundamental y no meramente como un simple “principio rector”.

En la forma política de Estado Social y Democrático de Derecho que establece la Carta Magna se habrá de proteger el derecho a salud, procurando evitar intervenciones restrictivas de este derecho por parte de los Poderes Públicos. A tal fin, ¿por qué la Ley 15/2022 no ha protegido, como un derecho fundamental, los despidos durante los procesos de baja por IT y por IP? La respuesta a esta pregunta aparece en el mismo encabezado de la Ley 15/2022. En efecto, se trata ésta de una normativa que no tiene rango de ordinaria debido a que el Gobierno no alcanzó la mayoría absoluta que requería para aprobarla como Ley Orgánica. Por lo que, todo apunta a que de nuevo los trabajadores tendrán que litigar y luchar para conquistar derechos que no les reconoce expresamente el legislador⁴¹. No obstante, en este punto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de Europea de 18 de enero que, a continuación, expondremos, arroja bastante luz y ya vaticina la necesidad de una propuesta de reforma legislativa que afectará de lleno a la Ley del Estatuto de los Trabajadores, pues en todo momento se han de cumplir los estándares normativos comunitarios. Y, todo ello, de acuerdo con los principios de primacía y de jerarquía.

3. Un nuevo paso al frente en la doctrina comunitaria: la emblemática Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (C-631/22)

El panorama judicial en España ofrece diferencias en función del tribunal que evalúa el caso. Y es que, no existe aún una doctrina uniforme consolidada que proteja al trabajador en situación de incapacidad (tanto temporal, como permanente) frente al despido. Los pasos más relevantes que se han dado en la nación española han sido gracias a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pasito a pasito, se está avanzando en la materia.

3.1. Hechos relevantes

En este sentido, resulta muy relevante la sentencia del TJUE en su sentencia de 18 de enero de 2024 (C-631/22), caso J.M.A.R y Ca Na Negreta S.A con intervención del Ministerio Fiscal. Los hechos que describa la sentencia versan sobre un conductor de camión de retirada de residuos que sufrió, en tiempo y horas de trabajo, un accidente que le causó una fractura abierta en el calcáneo del pie derecho. El INSS dictó una resolución poniendo fin a la incapacidad temporal

⁴⁰ Cuya admisibilidad es nitidamente fundamentada en la STC 140/2018, Pleno, de 20 de diciembre de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 3754-2014, fj. 6º. Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. Véase, al respecto y en relación a los derechos de Seguridad Social, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, nº. 4, 2022, págs. 215-326. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622/719>; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis*, Murcia, Laborum, 2021, espec., págs. 11 y sigs., y 29 y sigs. Reafirmando la fuerza vinculante de los tratados y acuerdos internacionales y de sus organismos de control, STC 61/2024, de 9 de abril, fj.4, donde se declara que el cumplimiento de los tratados lleva aparejada la exigencia de respeto de los procedimientos y de las decisiones de los órganos internacionales de garantía de los derechos concernidos. En una perspectiva más general sobre el control de convencionalidad, véase JIMENA QUESADA, L.: “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Control de convencionalidad y Carta Social Europea”, en SALCEDO BELTRÁN, C. (Dir.), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social Europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2021; SALCEDO BELTRÁN, C., “Conclusiones 2021 del comité europeo de derechos sociales: más utopía que realidad en los derechos relativos a la salud, la seguridad social y la protección social”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57, 2022.

⁴¹ LÓPEZ INSUA, B.M.: “La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?”, *IUSLABOR*, Nº2, 2023.

y reconociendo una indemnización por “lesión permanente no invalidante”. A petición del trabajador, la empresa acordó un cambio de puesto de trabajo que le permitía trabajar con sus limitaciones físicas.

El trabajador recurrió judicialmente contra la resolución del INSS que le había denegado la invalidez permanente y, dos años más tarde, fue reconocido en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de conductor de camión de retirada de residuos (sin prever la posibilidad de revisión por mejoría).

La empresa comunicó al demandante su cese en el trabajo después de la sentencia, lo que llevó al demandante a interponer una reclamación judicial alegando despido discriminatorio. Sin embargo, la reclamación fue desestimada por el juzgado porque, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el reconocimiento de la incapacidad total conlleva la baja en la empresa y no hay obligación legal por parte de la empresa de ubicar al trabajador en otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa.

Dados los hechos, el TSJ Baleares formuló dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE, a saber:

“1) El artículo 5 de la [Directiva 2000/78], a la luz [de] los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo la aplicación de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría), sin previo condicionamiento al cumplimiento por parte de la empresa del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)?

2) Los artículos 2, apartado 2, y 4, apartado 1, de la [Directiva 2000/78], a la luz de los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual), sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación), constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?”

3.2. Límites a la extinción del contrato por incapacidad permanente: Adaptación del puesto, derecho al empleo e igualdad de oportunidades

El TJUE procede a examinar y responder conjuntamente las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Las Islas Baleares y lo hace apoyándose en la sólida fundamentación ya asentada a nivel del Derecho europeo. Por lo que tras recordar el contenido de la Directiva 2000/78 en relación al concepto de “discapacidad”, conforme a las disposiciones de la Convención de la ONU, indica que la “discriminación por motivos de discapacidad” se produce cuando ésta tenga: “... el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Este concepto incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. En efecto, el empresario queda obligado a “... adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y

prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario”.

En este sentido, el TJUE analiza, de un lado, el concepto de “carga excesiva y ajustes razonables” para, acto seguido, estudiar lo dispuesto por la Ley del ET en los supuestos de extinción por incapacidad permanente. Queda claro que el concepto de “ajustes razonables” habrá de realizarlo el empresario, siempre que sea posible y cuando, a causa de la discapacidad del trabajador, no pueda éste realizar sus funciones esenciales en el puesto de trabajo. Por tanto, de lo que se trata es de una adaptación o reubicación en un puesto para el que el trabajador disponga de competencias, capacidades y de la disponibilidad exigida al efecto. En este sentido, el hecho de que el trabajador (en cuestión) haya sido reubicado durante más de un año, evidenciaría (más si cabe) las carencias del marco normativo, porque parecía compatible con las limitaciones físicas resultantes de su accidente de trabajo. Motivo por el que afirma que la normativa admite así: “... dispensar al empresario de su obligación de realizar o, en su caso, mantener, ajustes razonables, como un cambio a otro puesto, aun cuando el trabajador de que se trate disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad requeridas para desempeñar las funciones esenciales de ese otro puesto (...). Además, dicha normativa tampoco parece obligar al empresario a demostrar que tal cambio de puesto podría imponerle una carga excesiva (...), antes de proceder al despido del trabajador”.

De acuerdo con esta idea, no entiende el TJUE la relevancia que, a efectos de esta controversia, supone el reconocimiento de una incapacidad permanente total a petición del trabajador y que le dé derecho a una prestación, conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones. Especialmente porque si se obliga a un trabajador con discapacidad a “soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social” se estará “menoscabando el efecto útil del art. 5 Directiva 2000/78, interpretado a la luz del art. 27. 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo”. Dicho en otras palabras, lo que el TJUE viene a reconocer es que pese a las previsiones que establece el 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores de extinción del contrato en caso de IP, prima aquí el derecho al empleo en igualdad de condiciones y la protección frente a las situaciones de discapacidad reconocidas (tal y como establece la normativa comunitaria), por lo que cabe deducir que el empresario adoptó libre y arbitrariamente la decisión de “despido”.

Por lo tanto, no cabe “asimilar” una “... incapacidad permanente total, que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una incapacidad permanente absoluta que (...), designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta”, salvo que dicha situación tenga una previsión de mejoría de dos años. En efecto, esta salvedad resulta aquí relevante, pues si la IP pudiera ser objeto de revisión antes de dicho plazo (dos años), no cabría entonces proceder a la extinción del contrato por vía del artículo 49.1 e) del ET, sino que procedería su suspensión (conforme al artículo 482. Del ET).

Ciertamente, el Estado español es el único competente para organizar su sistema de Seguridad Social y determinar los requisitos para la concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, lo cual no le exime de respetar el Derecho de la Unión Europea. Claramente aquí, el TJUE está imponiendo al empleador la obligación de intentar la realización de ajustes razonables en

otro puesto de trabajo para garantizar, siempre que sea posible, la continuidad en el empleo de una persona trabajadora afectada por una incapacidad permanente⁴².

En este orden de ideas, se aclara que la extinción del contrato por trabajo por declaración de IP no puede operar de manera automática, pues requiere de una justificación o valoración por parte de empresa al tratarse de una causa de terminación de la relación laboral autónoma y “ajena” por completo a la voluntad o no del trabajador.

En definitiva, los argumentos arrojados les lleva al TJUE a afirmar que la facultad extintiva que confiere el artículo 49.1 e) del ET en caso de incapacidad permanente es contraria al artículo 5 de la Directiva 2000/78. No significa ello que cuestione el Alto Tribunal europeo la posible resolución del contrato por incapacidad permanente, pero sí indica que antes de proceder a la extinción habrá que realizar una evaluación para determinar si son posibles ajustes razonables para permitir la conservación del empleo de la persona afectada. En este sentido, es probable que los servicios de prevención deban asumir aquí un papel determinante para hacer esta valoración. Entendemos, por todo ello, que habrá que modificar el artículo 49.1 e) del ET para ajustarlo a la Directiva europea, así como a la normativa internacional. Lo cual refuerza aún más la garantía de protección de las personas en situaciones de incapacidad para trabajar (temporal y permanente), sobre todo en caso de que se declare una discapacidad.

Justamente, en este punto, a fecha de 3 de abril de 2024 el Gobierno (en concreto, el Ministerio de Trabajo) ha sellado un acuerdo junto al presidente del Comité Español de Representación de Personas con Discapacidad (CERMI). Se pretende con este acuerdo, tras la sentencia del TJUE que aquí estudiamos, elevar la protección frente al despido automático de las personas en situación de incapacidad permanente. De aprobarse este anteproyecto de ley, el despido del trabajador quedaría condicionado “a la voluntad de trabajador o a la posibilidad de adaptar su puesto de trabajo a otro puesto compatible con su nueva situación”, lo que exige retocar el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no resuelve, por ser una cuestión de legalidad ordinaria interna, la suerte que debe correr la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en caso de incapacidad permanente sin indemnización alguna, como permite el artículo 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores, que introduce en el mismo saco a la muerte y a la gran invalidez con la incapacidad permanente como válidas causas de extinción del contrato. El TJUE lo califica como una extinción no consentida, y como tal, puede constituir un despido, salvo que se hayan cumplido los resortes de adaptación que la propia sentencia especifica. Ampliar el abanico de libertad en los supuestos de enfermedad en el ocaso de la carrera profesional debería permitir también poner fin a la vida laboral si así se desea o lo imponen las condiciones de salud, con la protección de la prestación contributiva de Seguridad Social correspondiente; pero el derecho a una indemnización en estos casos es una decisión de política legislativa todavía a resolver, a la luz, precisamente, de esta decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En consecuencia, la decisión de extinción no puede ser automática y ni ser considerada como una extinción basada en una causa legítima -no lo puede ser una mecánica baja ante la Seguridad Social- y en aplicación del artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, entendemos, que no se ofrece una justificación objetiva y razonable de la medida adoptada o,

⁴² Indica, de forma literal, el TJUE en su sentencia lo siguiente: “convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia”.

en los términos del artículo 4 de la Ley 15/2022, no puede justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla⁴³.

Con todo, es manifiesto que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supone, como efecto jurídico inmediato, la obligada observancia del “principio de interpretación conforme” al Derecho comunitario del grupo normativo regulador de esta materia en la legislación nacional (grupo normativo integrado, señaladamente, por los artículos 49.1.e) y 48.2 del ET y por el artículo 744 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social). De este modo no es admisible el despido automático del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente. Sólo podrá procederse al despido cuando –llegado el caso– concurra la ineptitud sobrevenida (cuya concurrencia ha de ser objeto de alegación y prueba por parte del empleador) prevista en el artículo 52.a) del ET⁴⁵, para el despido por circunstancias objetivas y con el abono de la correspondiente indemnización compensatoria de la pérdida del empleo (artículo 53.1 del ET). De manera que, en tal caso, estaríamos ante un despido objetivo indemnizado.

Asimismo, y lo antes posible, en aras de la seguridad jurídica y de la precisión exigible en una depurada técnica legislativa, debe conllevar la exigencia ineludible de una reforma legislativa de las referidas disposiciones legales; una reforma que esté en consonancia con dicha interpretación y ser plenamente coherente, así, con la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y con nuestra Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Empero a lo anterior, con motivo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22), se ha tramitado parlamentariamente la Propuesta de Anteproyecto de Ley por la que se pretende modificar el artículo 49.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores. La finalidad de la propuesta de reforma es clara, la de eliminar la automaticidad de la extinción del contrato de las personas que acceden a la situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, al tiempo que se condiciona la decisión empresarial a la voluntad de la persona trabajadora. En efecto, será ésta la que decida adaptar el puesto de trabajo, siempre que no suponga un coste excesivo para la empresa o cuando subsista una vacante compatible con la nueva situación.

En concreto, las modificaciones afectarán a la letra e) del artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores al eliminar la referencia a la extinción automática por “gran invalidez o incapacidad

⁴³ Sobre este punto el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, a fecha de 19 de enero de 2024, añade un dato importante acerca de la indemnización. Y es que, insiste en que pese a que se declare la nulidad del despido no cabe aquí indemnización por daños morales porque “no [se] puede aplicar de oficio indemnización alguna por la constatada vulneración de derechos fundamentales ya que no se pidió ni en la instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de la doctrina”.

⁴⁴ Del siguiente tenor: Artículo 7 (“Supuestos de declaración de invalidez permanente con reserva de puesto de trabajo”). “1. La subsistencia de la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo, que se regula en el apartado 2 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sólo procederá cuando en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento de invalidez, a tenor de lo previsto en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social, se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igual o inferior a dos años. 2. En el supuesto al que se refiere el apartado anterior, se dará traslado al empresario afectado de la resolución dictada al efecto por la correspondiente Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social”.

⁴⁵ “El contrato de podrá extinguirse: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa”.

permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio a lo dispuesto en el artículo 48.2” y dejando solamente la extinción por “muerte de la persona trabajadora.

Finalmente, a fecha de 21 de mayo de 2024 se ha elevado a definitiva la propuesta de modificación del artículo 49.1 letra e) del Estatuto de los Trabajadores. Por lo que, se permite ahora eliminar como causa automática de extinción de la relación laboral el reconocimiento de la IP de la persona trabajadores. De este modo, el Gobierno pretende reforzar la protección frente al despido de la persona en situación de IP Total, Absoluta o Gran Invalidez al garantizar el derecho al empleo de las personas con discapacidad, de acuerdo con las propuestas recogidas en el *Libro Blanco sobre empleo y discapacidad*.

Se precisa así por Consejo de Ministros que: “El objetivo es ofrecer un empleo decente para las personas con discapacidad, eliminando una discriminación como la que suponía el despido automático en determinadas situaciones de discapacidad, priorizando opciones como la adaptación del empleo o el pase a otras funciones.

Además, se van a desplegar las medidas contempladas en el *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad* para reforzar el acceso de las personas con discapacidad al empleo y ensanchar sus derechos, como se hizo en la reciente modificación del Artículo 49 de la Constitución Española.

Por tanto, será obligatorio que las empresas realicen los ajustes razonables que permitan a las personas con discapacidad ejerzan su derecho al trabajo, incluso si acceden a la situación de discapacidad con posterioridad al inicio de su actividad profesional”.

Una última importante novedad que introduce el texto es la de concretar cuando un determinado ajuste necesario constituye una carga excesiva para el empresario, buscando y ofreciendo así vías para subvencionar (de forma pública) total o parcialmente los gastos de adaptación en función del tamaño de la empresa.

4. Bibliografía

- CORDERO GORDILLO, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- CUENCA GÓMEZ, P. y DE ASÍS ROIG, R.: “Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs y Coords): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- DE ASÍS, R.: “De nuevo sobre Constitución y discapacidad”, *Universitas*, Nº31, 2020.
- DE ASÍS, R.: *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013.
- DE DOMINGO, T.: “La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflictivismo”, en MARTÍNEZ-PUJARTE, A.L. y DE DOMINGO, T.: *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2010.
- DE VAL TENA, Á. L.: “Incapacidad permanente. Concepto, grados y requisitos (Capítulo 7)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.): MALDONADO MOLINA, J. A.; DE VAL TENA, Á. L. (Coords.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Murcia, Laborum, 2017.
- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

- FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: “Incapacidad permanente y trabajadores de edad avanzada (Capítulo 3)”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.
- GARCÍA SABATER, A.: “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.221, 2019 (BIB 2019\5830).
- GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 49/200714, 2007.
- HOLMES. O.W.: *The Common Law*, trad. F. N. BARRANCOS y VEDIA, revisión, edición y estudio preliminar, “La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del “Common Law” tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes”, a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.
- ITURRI GÁRATE, J. A.: “Incapacidad permanente y personas con discapacidad y dependientes” en RIVAS VALLEJO, P. (Dir.): *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.
- LAHERA FORTEZA, J.: “Despidos durante la baja médica”, en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios.
- LLANO SÁNCHEZ, M.: “Trabajadores con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A y LÓPEZ INSUA, B.M (Dirs y Coords): *Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2016.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 53, 2019.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La inclusión de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos. Principios de justicia y obligaciones generales”, *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, N° Extraordinario 1, 2023. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/754>
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?,” *IUSLABOR*, N°2, 2023.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3/2022.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L.: *Derechos Fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015.

- MONEREO PÉREZ, J.L y GUINDO MORALES, S.: “Extinción contractual y discapacidad. Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción de la relación laboral por incapacidad sobrevenida”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Deslinde e interconexión entre discapacidad e incapacidad permanente: Norma y praxis jurisprudencial”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº. 62, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un trabajo decente”, *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, N°177, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Un nuevo paso al frente en la protección de las relaciones entre incapacidad permanente y discapacidad: La igualdad de trato como paradigma para futuras modificaciones legislativas”, en VV.AA., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E. (Dirs), LÓPEZ INSUA, B.M. y GARCÍA GIL, M^a.B. (Coords)., *Derecho vivo de la Seguridad Social. VIII Seminario Permanente de estudio y actualización URJC-AESSS 2023*, Murcia, Laborum, 2024.
- MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ VICO, S.: “Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3^a 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)”, *Revista La Ley Unión Europea*, N°102, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (Dirs y Coords): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas minusválidas (“discapacitadas”) (Artículo 49 de la Constitución Española)”, en MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M.N (Dirs y Coords): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J.L, GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, Á.L (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M (Coord): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº. 8, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.): *La protección jurídica-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. (Dirs.): *Empleo y protección social de las personas con discapacidad en Andalucía*, N° Extraordinario 5 (2023) de la *Revista de Derecho de la Seguridad Social*.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^aN. MÁRQUEZ PRIETO, A., y MALDONADO MOLINA, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos. 2023.

- MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “El modelo legal de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el derecho internacional”, *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, N^o Extraordinario 1, 2023. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/754>
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo en la Carta Social Europa (Artículo 1 de la Carta Social Europea Revisada)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Protección en caso del despido injustificado (Artículo 30)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona (Capítulo 3)”, en RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación* (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), celebrado en octubre de 2017), Murcia, Laborum, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, n^o 1, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación “anticipada” por razón de discapacidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n^o. 6 (2022). https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001922
- MONTOYA MEDINA, D.: “Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n^o28, 2021.

- MORENO PUEYO, M. J.: “Asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad. Alcance y límites”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.220, 2019.
- MORENO VIDA, M.N.: “Protección de la salud y atención integral a las personas con discapacidad”, *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, Nº Extraordinario 1, 2023. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/754>
- MUÑOZ RUIZ, A.B.: “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los ciudadanos. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06”, *Temas Laborales*, Nº 101, 2009.
- NAVARRO MARTÍNEZ, C.: “Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación”, en ARENAS ESCRIBANO, R y CABRA DE LUNA, M.A (Coords): *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015.
- NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Paidós, 2012.
- PANIZO ROBLES, J.A.: “De nuevo sobre las dolencias previas a la afiliación a la Seguridad Social: si la situación de dependencia existe antes de la afiliación a la Seguridad Social, no cabe lucrar pensión de gran invalidez, salvo agravación de aquélla (Con ocasión de la STS de 19 de julio de 2016. Rcd 3907/2014 [JUR 2016, 193867])”, *Aranzadi digital*, núm.1, 2016, (BIB 2016\4963).
- PÉREZ BUENO, L.C.: “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en PÉREZ BUENO, L. C (Ed): *2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Cinca, 2012.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Celebrado en Madrid, octubre 2017), Murcia, Laborum. 2017.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “La compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente y el trabajo por cuenta propia: una vía para el emprendimiento de las personas con discapacidad”, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, celebrado en Madrid, octubre, 2017), Murcia, Laborum. 2017.
- ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014.
- RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección del trabajador con discapacidad, en MONEREO PÉREZ, J.L.,y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs): *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016.
- RUÍZ SANTAMARÍA, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019.

- SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos”, en BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. y BIEL PORTERO. I. (Coords): *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- VICENTE PALACIO, M.A.: “No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)”, *Revista Jurisprudencia Laboral*, N°6, 2020.

LA SALUD DE LAS PERSONAS CANDIDATAS A UN EMPLEO: NO SABE NO CONTESTA

PEPA BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO

*Prof.a. Titular (A.) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social
Universidad de Barcelona*

1. De la salud y la nueva tutela antidiscriminatoria en las relaciones laborales

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, Ley 15/2022) introduce, con objeto de promover la igualdad y no discriminación, de manera transversal y omnicomprensiva, la prohibición de discriminación por “(...) enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos” (art. 2.1).

Cuatro (no tres) puntos clave a analizar en relación con la salud, como concepto amplio, y las relaciones laborales.

De esta Ley se derivan derechos y obligaciones en materia de no discriminación, norma aplicable a personas físicas, jurídicas, al sector público, al sector privado, extendiéndose a diferentes ámbitos entre los que se incluyen, por lo que nos interesa, el empleo y su acceso, por cuenta propia o por cuenta ajena y está incluido el empleo público por mención expresa (art. 1 en relación con el art. 3.1 a) y b) Ley 15/2022).

La salud es definida por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) como “(...) un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones

o enfermedades”¹. Además, en el mismo Preámbulo de la Constitución de la OMS se indica que “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.

Si bien el articulado del texto no lo incluye como derecho fundamental, ni humano, ni aparece así expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) son muchos los que lo consideran (consideramos) incluido en el derecho a la vida (art. 3 DUDH)². Formulado a la inversa una ausencia de salud, entendida como ese bienestar amplio, incide directamente en la vida de las personas y en la calidad de esta. Dentro de este mismo artículo también se recoge el derecho a la seguridad de la persona, si bien no va referido directamente a la seguridad en el trabajo si queremos lograr esa ausencia de enfermedades debemos necesariamente conectar el art. 3 con el art. 23.1 DUDH que propugna el derecho “(...) a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo”. Derechos que se deben entender y aplicar teniendo en cuenta el prisma de la igualdad y no discriminación en su disfrute para todas las personas (art. 7 DUDH)³.

El derecho a la salud -siguiendo a la OMS- es un derecho inclusivo, que debe permitir a las personas el acceso no solo a la atención sanitaria, sino, también, a otros elementos que son básicos para determinar la salud de una persona, como el medio ambiente, la igualdad de género, el agua potable o las condiciones de acceso a un empleo y las del propio trabajo, entre otros.

La Ley 15/2022 supone un hito en la tutela antidiscriminatoria en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad social, como su propio Preámbulo pone de manifiesto (II) “(...) tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas”. Una Ley que pone el listón muy alto, denominándose “de derecho antidiscriminatorio específico”.

Por lo que se refiere a nuestro ámbito de estudio es necesario poner de manifiesto la importancia de la salud como parámetro de medición socioeconómica. Hay evidencias de cómo las sociedades con importantes desigualdades sociales y económicas tienen, a su vez, una población con importantes problemas de salud y de acceso sanitario⁴. Problemas que influirán en el contexto de las relaciones laborales, pues no es lo mismo una persona trabajadora proveniente de una zona marginal, donde el acceso a los servicios sanitarios es más complejo, que una persona trabajadora de una zona no marginal y con un buen acceso a servicios sanitarios, entre otros.

En este sentido, y siguiendo diversas teorías, consideramos que las personas tienen una especie de *stock* inicial de salud⁵, compuesto por diversas variables como son, fundamentalmente, las siguientes: sus características biológicas y genéticas, su alimentación, que, también va a

¹ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada en Nueva York el 22 de julio de 1946.

² El art. 3 DUDH literalmente expresa que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

³ Por su parte, no perdemos de vista el art. 7 DUDH que manifiesta indubitadamente que: “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”.

⁴ En este sentido, puede leerse: LONDON, S., TEMPORELLI, K. y MONTERUBBLANESI, P.: “Vinculación entre salud, ingreso y educación”, *Economía y Sociedad*, Vol. 14, Núm. 23, 2009, p. 127, entre otras.

⁵ El primer modelo en este sentido se crea por Michael Grossman en 1972. Ese *stock* inicial del que extraemos las variables en el texto se incrementa, según el autor citado con la inversión económica en sistemas de salud y se deprecia

depender de sus circunstancias socioeconómicas e, incluso de su lugar de residencia o medio ambiente⁶, su forma de vida y el acceso a servicios sanitarios. Algo que influirá en el momento inicial de búsqueda de empleo o ingreso en una empresa.

Pero, además, las desigualdades en materia de salud en una sociedad pueden provenir del diferente trato y la discriminación no solo de la población más desfavorecida o con peor situación socioeconómica sino de otras personas a las que, a nuestro juicio, la Ley 15/2022 intenta proteger con un enfoque preventivo que era necesario en pleno siglo XXI⁷. Así la discriminación por salud, por condición de salud, por estado serológico y por predisposición genética a sufrir algún tipo de alteración de la salud se erigen como el centro de una nueva y ampliada garantía de tutela constitucional.

Por último, no se puede desconocer que cualquier sociedad de manera transversal debe proteger a sus individuos, si viene a denominarse un Estado del Bienestar y, por ende, toda inversión en capital humano lleva implícita una fuerte inversión en salud⁸. Inversión que entendemos no solo en el sentido puramente economicista, sino en el de garantías de protección de esa salud de todas las personas, con independencia de cuál sea su *stock* inicial.

2. La discriminación por salud. Aproximación del estado de la cuestión

2.1. Cuatro ¿nuevos? supuestos de no discriminación

La Ley 15/2022 introduce la prohibición de discriminación en cuatro aspectos clave relacionados con la salud de las personas.

La primera es la enfermedad. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, RAE) enfermedad se define como “estado producido en un ser vivo por la alteración de la función de uno de sus órganos o de todo el organismo”. Clave la palabra “alteración” en este concepto, pero no cualquiera sino aquella que afecta a alguna de las funciones del sistema de la persona, situándola en condiciones peores que un “estándar médico” previamente establecido⁹. La Ley 15/2022 no añade, cuando incluye la enfermedad como motivo de discriminación, ninguna característica más; es decir, no incorpora solamente las enfermedades incapacitantes, o graves y duraderas, sino que su reconocimiento de manera independiente -y sin condiciones- como causa de discriminación se aleja de la doctrina jurisprudencial mayoritaria que asimilaba enfermedad incapacitante a discapacidad.

Algo que ha sido considerado por la doctrina mayoritaria como acertado, centrándose en especial en el despido, donde se había instalado, con cierta frecuencia, la extinción con única base en la enfermedad de la persona trabajadora¹⁰. Agustí Maragall llega a afirmar -con acierto,

con el tiempo. GROSSMAN, M.: “On the Concept of Health Capital and Demand for Health”, *Journal of Politic Economy*, Núm. 80, 1972, pp. 223-255.

⁶ No es lo mismo nacer, provenir o residir en una zona deprimida económicamente o en una zona en guerra con escasez que no hacerlo.

⁷ Preámbulo III: “La ley persigue un doble objetivo: prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas, intentando combinar el enfoque preventivo con el enfoque reparador, el cual tiene también un sentido formativo y de prevención general. Para ello, el texto articulado se caracteriza por tres notas: es una ley de garantías, una ley general y una ley integral”.

⁸ Así se expresan: LONDON, S., TEMPORELLI, K. y MONTERUBBLANESI, P.: *op. cit.*, p. 126.

⁹ Nos referimos a estándar como nivel óptimo de algunas funciones del organismo, previamente establecidas no al azar sino tras un profundo estudio al respecto. Un claro ejemplo es la función de la glándula tiroidea.

¹⁰ En este sentido, se supera la doctrina del TJUE “(...) que venía entendiendo que los despidos realizados a trabajadores enfermos que se encuentran en situación de incapacidad temporal de larga duración, de previsible larga duración o de duración incierta se podían considerar discriminatorios por su equiparación o asimilación a la discapacidad presunta”. Así puede leerse en MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no

desde nuestro punto de vista- que: “La nueva ley acaba definitivamente con un criterio doctrinal que, al anteponer el legítimo interés empresarial al insoslayable derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, nunca debió producirse”¹¹.

Sin embargo, otros autores, recurriendo a la doctrina del Tribunal Constitucional (en especial a la STC 62/2008), y pese a que consideran necesario el replanteamiento del concepto de discriminación, insisten en que la ausencia de definición de la enfermedad en la Ley 15/2022 no permite considerar cualquier enfermedad como discriminatoria, dado que toda discriminación produce estigmatización y marginación de un colectivo, y solo en ese sentido, la enfermedad y cualquier estado, condición de salud o serología implicarían trato prohibido. Así lo hace Aguilera afirmando que:

*“Lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es “la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes” (STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 5). La Constitución, al enumerar determinadas causas de discriminación, en realidad estaría realizando un diagnóstico sobre el peligro de ciertos fenómenos sociales de segregación que deberían evitarse y erradicarse”.*¹²

Si bien pudiera ser criticable la ausencia de una definición de enfermedad y del resto de conceptos incorporados¹³ en la prohibición de cualquier trato discriminatorio y la cita de la autora transcrita es elocuente y sustentada por la doctrina constitucional no puede por más aceptarse, dado que la Ley 15/2022 no incorpora elementos valorativos, no adjetiva ninguna de las causas de discriminación que incorpora¹⁴, no dice enfermedad duradera ni de duración incierta, ni siquiera enfermedad grave, sino que simplemente intenta incrementar la tutela anti discriminatoria, superando la situación actual y mejorando la extinta consideración del despido nulo en fraude de ley ante la inexistencia de causa.

Por tanto, a nuestro modo de ver, debe prevalecer tanto el sentido literal de las palabras (primera interpretación, siguiendo el art. 3.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil) como la máxima o principio general *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

discriminación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum Editorial, Núm. 4, 2022, p. 38. Sin embargo, los autores destacan la necesidad de mayores cambios en el Estatuto de los trabajadores, en concreto en el despido por ineptitud para la erradicación del despido por enfermedad. P. 40, entre otras.

¹¹ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La nueva Ley 15/2022, Integral para la Igualdad y no Discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía”, *Jurisdicción Social*, Núm. 235, 2022, p. 20.

¹² Extraído de: AGUILERA IZQUIERDO, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Colección de Derecho del trabajo y Seguridad social, Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, p. 42. De manera muy expresiva a lo largo del texto citado insiste en esta idea, considerando la interpretación del Preámbulo de la Ley 15/2022. Se recomienda lectura de las pp. 43-49, entre otras.

¹³ Una crítica al respecto, considerando que dará lugar a inseguridad jurídica, puede leerse en: GORDO GONZÁLEZ, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, Núm. 4, 2023, doi: 10.20318/labos.2023.7933, p. 113.

¹⁴ Adjetivar es el término utilizado por AGUSTÍ MARAGALL, J.: *op. cit.*, p. 19. LOUSADA AROCHENA, J.F., “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*, Tribuna, Lefebvre, 29/12/2022. Accesible en: <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>. Considera que “Ya no es necesario acudir al concepto de discapacidad para cubrir la laguna de la enfermedad como causa discriminación. Por sí misma, esta ya es causa de discriminación”.

Muy expresivo el art. 2.3 Ley 15/2022 que quiere, en cierta medida establecer algunas bases para la protección de la discriminación por enfermedad, señalando que la enfermedad no puede dar lugar a diferencias de trato, salvo las siguientes:

Del propio tratamiento de la enfermedad.

- De las limitaciones objetivas causadas por la enfermedad.
- De las exigidas por razones de salud pública.

Lista completamente cerrada de excepciones que, implícitamente, reproducen la restricción legítima de cualquier derecho fundamental.

La segunda de las causas de prohibición de discriminación introducida por la Ley 15/2022 es la “condición de salud”, sin más aclaración, lo cual ha recibido críticas de parte de la doctrina¹⁵. Esta causa se presenta como alternativa a la “enfermedad”, con la utilización de la preposición copulativa “o”.

Si buceamos en los términos de esta expresión alcanzamos una conclusión preliminar que nos daría el siguiente concepto, esto es: situación especial que afecta al organismo, ya sea física o psíquicamente, de una persona. No hablamos en *strictu sensu* de una patología. Por ejemplo, a nuestro modo de ver una condición de salud podría ser la miopía, afección que afecta a uno de cada tres españoles y que, si no alcanza una determinada graduación, según la Sociedad española de medicina interna se habla de entre 8 y 10 dioptrías (en ese caso se habla ya de miopía magna o patológica), no puede ser considerada como una enfermedad.

Innovadora, aunque no reciente, fue la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (sala de lo social, sección 1ª), Sentencia núm. 1609/2007 de 2 noviembre¹⁶, en la que el despido de la trabajadora se produce durante su baja médica por síndrome ansioso-depresivo reactivo a padecimiento de situación de violencia de género. Esta última en la que el juzgador destaca la ausencia de pruebas sobre causas reales extrañas a esa situación y donde se aprecia vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora. Se trata de una condición mental, no una enfermedad en sí misma, y puede provocar otras patologías., y así es puesto de manifiesto por la Sentencia.

La tercera causa incorporada por la Ley 15/2022 es el “estado serológico”. De nuevo una expresión que, en este caso, se refiere a la presencia o la ausencia de algún “marcador” en la sangre. No determina cuales son los marcadores buenos o los malos porque, parece, que se quiere dar la suficiente amplitud para incorporar situaciones novedosas, como pudo suceder con la pandemia de la Covid-19.

Si bien encontramos algunos interesantes precedentes sobre el VIH/SIDA¹⁷ se trae a colación la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Murcia, Sentencia núm. 231/2020 de 10 diciembre¹⁸ en la que el despido de una trabajadora se produce por el miedo al contagio de la Covid-19, considerándola el juzgador como “elemento de segregación y de estigmatización”. Aquí, de manera previa a la Ley 15/2022 n se está utilizando el estado serológico como causa de

¹⁵ De manera muy expresiva, AGUILERA IZQUIERDO, R.: *op. cit.*

¹⁶ Recurso de Suplicación núm. 1117/2007, Ponente: Ilmo. Sr. D. José Montiel González.

¹⁷ En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de octubre de 2013 (Asunto Caso IB contra Grecia) una persona trabajadora fue despedida precisamente por ser portadora de ese “marcador” y ante el miedo generado en la empresa por un posible contagio. En España se aplica el mismo elemento segregacionista del VIH/SIDA en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de La Plana de 7 de junio de 2005, Procedimiento núm. 128/2004, Ponente: Ilma. Sra. Begoña Puertos García.

¹⁸ Procedimiento núm. 275/2020, Ponente: Ilmo. Sr. D Ricardo Barrio Martín.

discriminación independiente, sino sólo por ese elemento de estigmatización que la Covid-19 tuvo en los primeros momentos.

Al respecto, y dado la importante incidencia del virus en las relaciones laborales, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) se vio obligada a emitir un comunicado, que transcribimos por su interés, en el que ponía el acento en la consideración de la información sobre padecer o haber padecido la enfermedad y el especial tratamiento de este dato, lo que lo hacía inidóneo como requisito para el acceso a un empleo y supondría, hoy en día y sin lugar a dudas, una discriminación por el estado serológico. La AEPD decía así:

“La información de haber padecido el coronavirus y desarrollado anticuerpos de esta enfermedad es un dato personal relativo a la salud, que el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) califica de categoría especial en su artículo 9, por lo que su recogida y utilización por la posible empresa empleadora está sujeta a la normativa de protección de datos, fundamentalmente el citado RGPD y la Ley Orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD), que resultan plenamente aplicables. El RGPD requiere para el tratamiento de datos personales la existencia en todo caso de una base jurídica de las previstas en su artículo 6.1, y cuando se traten categorías especiales de datos personales, como son los datos relativos a la salud, es necesaria también la concurrencia de una de las excepciones previstas en el artículo 9.2 del RGPD que permiten levantar la prohibición de su tratamiento. Entre las bases jurídicas que en principio podrían fundamentar dicho tratamiento por la empresa empleadora estarían el consentimiento del interesado, conforme al artículo 6.1.a) del RGPD, o la prevista en su artículo 6.1.b), relativa al tratamiento necesario para la ejecución de un contrato en el que la persona candidata es parte o para la aplicación a petición de esta de medidas precontractuales. Sin embargo, ni una ni otra base serían aplicables en el presente caso”¹⁹.

Se resume así, de manera excelente, cómo un dato de la salud de las personas es un dato personal especialmente sensible, y, además, se trata de personas que, todavía no son trabajadoras de una empresa por lo que no puede ser ni cedido no tratado, dado esa especial consideración de cara al Reglamento europeo, y sin que quepan las excepciones previstas en dicha normativa.

La cuarta y última es la prohibición de discriminación por predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, una cuestión del todo interesante que nos remonta al Proyecto de genoma humano. La aplicación más relevante de dicho Proyecto en el ámbito de la salud ha sido, sin lugar a duda, el diagnóstico de patologías genéticas, permitiéndonos conocer que hay enfermedades genéticas que inciden de manera diferente en mujeres y en hombres. Las pruebas genéticas, con un coste cada vez más bajo, tienen diferentes objetivos; pueden permitir el diagnóstico de una enfermedad para su tratamiento; pueden determinar una predisposición de una enfermedad que puede no padecerse en el futuro; e identifican a una persona a través de su huella genética, única e intransferible. Cualquiera de estos objetivos trasladado al ámbito de las relaciones laborales provoca que debemos prestarle la misma atención que a cualquier otro estado o condición de salud.

La normativa internacional deja muchas lagunas sin cubrir, en parte porque existen más compromisos y declaraciones que derecho imperativo²⁰. De los documentos más interesantes hasta el momento, jurídicamente no vinculante, el Informe sobre los aspectos éticos de los análisis genéticos en el lugar de trabajo (n. 18) de 28 de julio de 2003 d el Grupo Europeo de

¹⁹ “Comunicado de la AEPD sobre la información acerca de tener anticuerpos de la COVID-19 para la oferta y búsqueda de empleo”, 18 de junio de 2020.

²⁰ En este sentido puede leerse BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “El desnudo integral genético en el mundo laboral: Revolución industrial 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* Vol. 6 Núm. 1, 2018, pp. 72-84

Ética en Ciencia y Nuevas Tecnologías de la UE. En él, desde un punto de vista ético, eso sí, se afirmaba que las pruebas predictivas en el mundo laboral eran inaceptables, pero se establecían supuestos en los que la empresa, con la finalidad de protección de la salud de los trabajadores podría llevarlas a cabo. Para ello se establecían algunas restricciones, esto es:

Que la realización de la prueba genética fuera necesaria para garantizar la protección de la salud y de la seguridad de la persona trabajadora o de terceros.

- Que la realización de la prueba no comprometiera aspectos de la relación laboral.
- Que los resultados de la prueba no supusieran una vulneración del principio de no discriminación.
- Que se obtuviera de manera previa a la realización de la prueba el consentimiento libre e informado de la persona trabajadora.
- Junto con las críticas que podemos extraer de estos puntos que nos llevan a conceptos jurídicos indeterminados – “comprometer el futuro de la relación laboral”, entre otros- subyace la desigual posición de una persona, candidata a un puesto de trabajo, frente a la empresa en las negociaciones o tratos previos a la contratación. En la misma línea que cualquier otra prueba médica o con intenciones médicas, pero, en este caso, se trata de una prueba cuya invasión en la personalidad no tiene parangón -solo con los neurodatos, diríamos-.

La Ley 15/2022 al incorporar este motivo dentro de la tutela antidiscriminatoria intenta equilibrar la desigual posición en el acceso al empleo.

En definitiva, y en los cuatro supuestos recurrimos al art. 9.5 Ley 15/2022 prohíbe preguntar sobre las condiciones de salud (art. 9.5) por lo que debemos considerar si “preguntar” equivale a investigar, con la realización de pruebas diagnósticas.

2.2. Salud y apariencia: posibles conexiones

La Ley 15/2022 recoge la discriminación por apariencia, denominándolo “por error” por primera vez en nuestra legislación, art. 6.1 b), centrándola en una acción u omisión que parte de una “apreciación incorrecta” de las características de la persona. Por lo que es claro que la base de esta discriminación es la intencionalidad, pues apreciando la existencia de una condición se provoca el comportamiento no deseado, pero, sin haberse percatado de que la condición realmente no existe o porque no sea fácilmente identificable.

Si bien esta realidad no es nueva en la sociedad, la expresión “discriminación por aspecto” o por *lookism*, utilizando el término anglosajón, se acuña en el año 2000. Y aquí se entremezclan cuestiones interesantes en las que nos detenemos brevemente.

Cada sociedad y cada momento histórico se ha caracterizado por unos cánones de belleza o ideales estéticos, que, en parte, se han unificado con la globalización y la “viralización” con independencia de la zona geográfica o de la cultura. Pero, en otras épocas existía -y hoy en día existe también- una estigmatización social a quién se alejara rotundamente de unos establecidos ideales. Por ejemplo, el poeta romano Ovidio en su “Arte de amar” evidencia la fealdad como defecto o tara²¹, y en muchas obras pictóricas el diablo, el mal en las religiones, se suele representar con rasgos de fealdad y deformidad en un hombre, incluso con rasgos de animal.

²¹ De hecho, Ovidio invita a usar eufemismos para disimular los defectos y señala con objeto de invitar a la seducción de las mujeres: “(...) llamarás morena a la que sea más negra por su raza que la pez de Iliria; si es bizca, “parecida a Venus”, si es de ojos grisáceos, “parecida a Minerva; la que a duras penas vive por culpa de su delgadez, calíficala de “esbelta”;

También Velázquez pinta personajes feos, grotescos, como aquellos seres inferiores, bufones que divierten a la Corte.

Aunque se han superado algunos de estos cánones de fealdad a lo largo de la historia es claro que las personas que tienen una buena apariencia son mejor tratadas en contextos laborales y también tienen mejoras o ventajas sociales.²² Pero claro ¿qué entendemos por una buena apariencia?

En una búsqueda rápida en internet cualquier definición de la expresión se asocia a “belleza”, “guapura”, “encanto” e, incluso, “maravilla”. Una buena apariencia incluye no solo elementos externos como un buen andar, o una buena vestimenta sino también elementos corpóreos que implican una ausencia de limitaciones físicas²³. Un aspecto enfermizo -que no una enfermedad- se encuentra cuando una persona tiene rasgos de debilidad física, como falta de pelo o pelo ralo, delgadez extrema, ojeras o, uñas quebradizas. Y esto se asocia a lo negativo. Sin duda la apariencia puede influir en el éxito de una persona, y en que sea elegida para un puesto de trabajo; diversos estudios concluyen que hay aspectos fácilmente observables como la edad, fuerza física, calvicie, barba, el uso de gafas, el origen étnico y otros rasgos, como el peso corporal y la forma de andar que inciden directamente en la contratación²⁴. También la apariencia puede reflejar la pertenencia a una religión, o el acento de una persona revelar una procedencia que podría conllevar a una apreciación, en ocasiones, errónea de la identidad de una persona y justificar una discriminación por error.²⁵

Una persona que habla con inseguridad, con tics²⁶, puede aparentar una enfermedad mental o un trastorno de salud mental con todos los estereotipos que esto genera y el miedo y rechazo de la sociedad, pese a que en los últimos años se hable con mayor frecuencia de este tipo de patologías. Incluso dentro de estas, hay graduación en cómo se perciben, desde aquellos “(...) *problemas citados de salud mental “que pueden afectarnos a todos” y podemos entender hasta problemas más cercanos a la imagen tradicional de la “locura” (esquizofrenia y similares)*”²⁷. Todos ellos pueden provocar actitudes discriminatorias.

En este orden de cosas, desde mi punto de vista la apariencia se puede relacionar con la salud, porque en ocasiones la apariencia de una mala salud -un ejemplo simple, una persona usando unas gafas con un cristal grueso, o con brote en la cara por dermatitis por piel atópica- genera una dificultad de ingreso en la empresa que, en definitiva, puede ser considerada discriminación tanto por apariencia como por salud en el caso de que exista algún parámetro condicionante en este sentido.

la que sea de corta estatura, llámala “bien proporcionada”; la que esté gorda, “rellenita” y que la cualidad más próxima oculte el defecto”. Extraído del Arte de Amar II, pp. 657-663.

²² QUINTAS ALFONSÍN, M.M.: “La discriminación por apariencia en la evolución histórica. Revisión”, en SANDRA OLIVERO GUIDOBONO, S. y PAZ REVEROL, C.L. (coord.): *Pueblos y culturas de la prehistoria a la actualidad*, Colección: Conocimiento Contemporáneo, Madrid, editorial Dykinson, 1ª edición, 2023, p. 17, entre otras.

²³ En la mayor parte de las civilizaciones antiguas se consideraba inservible para la sociedad a una persona con limitaciones físicas. Así puede leerse en: QUINTAS ALFONSÍN, M.M.: *op. cit.*, pp. 17-18, entre otras.

²⁴ En este sentido, puede leerse: LITTLE, A. C. y, CRAIG, R.: “Evolution, appearance and occupational success”, *Evolutionary Psychology* Núm. 10 (5), 2012, accesible en: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/147470491201000503>, p. 788, quienes llegan a estudiar la altura y el peso de los presidentes estadounidenses para hablar de su éxito (pp. 783-784).

²⁵ Ilustrativos los ejemplos de LOUSADA AROCHENA, J.F.: *op. cit.*, al respecto.

²⁶ Según la RAE el “tic” se define como: “Movimiento compulsivo que se repite con frecuencia, producido por la contracción involuntaria de uno o varios músculos”.

²⁷ LÓPEZ, M., LAVIANA, M., FERNÁNDEZ, L., LÓPEZ, A., RODRÍGUEZ, A.M., & APARICIO, A.: “La lucha contra el estigma y la discriminación en salud mental: Una estrategia compleja basada en la información”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 28(1), 2008, pp. 48-83.

En este sentido, se considera que la primera Sentencia por razón de discriminación por apariencia (de discapacidad) que aplica la Ley 15/2022 ha sido la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Granada, de 15 febrero 2023²⁸. Haciendo una búsqueda rápida nos encontramos algunas más, incluso con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 15/2022²⁹. De ellas -de las previas- se destacan las que siguen, a saber:

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sala de lo social), Sentencia núm. 975/2021, de 13 de abril³⁰, por ser la primera que aplica en nuestros tribunales el concepto de discriminación por apariencia de discapacidad³¹. Como destaca García Romero, en este caso, se produce una discriminación por asociación “(...) admitida por la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 17 julio 2008, Caso Coleman, C-303/06) en aplicación de la definición comunitaria de este tipo de discriminación, más flexible que la del derecho interno (art. 2.c Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), y sobre el que prevalece. Aquella no exige que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que lo sea “por razón de la discapacidad”. Así, en el caso de la discriminación por apariencia, la persona es discriminada por la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto cree que tiene, y ello con independencia de que aquel tenga o no tal situación”³².

En segundo lugar, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sala de lo social, sección 1ª) núm. 578/2022, de 1 febrero³³, concluye también la existencia de discriminación por apariencia dado que la trabajadora había sufrido un accidente de trabajo grave y su recuperación se estaba prolongando más de 2 meses, con diagnóstico de amputación de un dedo incluido.

Todas ellas, las dos expuestas y las citadas al pie de página, son supuestos en los que se produce el despido a consecuencia de la enfermedad de la persona trabajadora, más o menos incapacitante o duradera, relacionadas con la apariencia de enfermedad prolongada, incapacitante. No se refieren a la problemática previa, esto es, al ingreso en la empresa y asocian la discriminación por apariencia a otro tipo de discriminación, en este caso, la discapacidad o enfermedad asimilable. Ninguna en puridad trata de la discriminación por apariencia o aspecto físico, ni tan siquiera nosotros, que, utilizamos el aspecto como espejo, porque el “(...) aspectismo cede ante otras categorías de discriminación”³⁴.

Así sucedía, aunque referida al acceso al empleo -¡por fin!- la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala segunda), de 19 de abril de 2012, C-415/2010, (Caso Galina

²⁸ Rec. 753/2022 Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Rodríguez Alcázar.

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sala de lo social, sección 1ª), 664/2023, de 30 junio, Recurso de Suplicación núm. 275/2023, Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángela Mostajo Veiga; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (sala de lo social, sección 1ª) 788/2023, de 23 mayo, Recurso de Suplicación núm. 598/2023, Ponente: Ilma. Sra. Dña. María de La Almodena Veiga Vázquez; Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Burgos, núm. 204/2023 de 4 mayo, Procedimiento núm. 847/2022, Ponente: Ilma. Sra. Dña. María de las Nieves Pérez Martín; o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sala de lo social, sección 1ª) núm. 2947/2022, de 20 junio, Recurso de Suplicación núm. 2406/2022, Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Villarino Moure.

³⁰ Recurso de suplicación Núm. 160/2020., Ilmo. Sr. D. José Fernando Lousada Arochena.

³¹ Así lo anunciaba el propio portal del Consejo General de Poder Judicial: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-TSXG-aplica-por-primera-vez-en-Espana-la-discriminacion-por-apariencia-de-discapacidad-para-anular-un-despido-tras-un-accidente-laboral->.

³² GARCÍA ROMERO, B.: “Discriminación por apariencia de discapacidad: despido tras accidente de trabajo con baja de duración incierta o duradera”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* Núm. 5/2021, accesible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001288

³³ Recurso de Suplicación núm. 5120/2021, Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Macarena Martínez Miranda.

³⁴ Aunque excede del objeto del presente texto se recomienda encarecidamente la lectura del artículo de donde se extrae la cita, porque realiza un tratamiento jurídico excelente, previo a la Ley 15/2022, sobre el aspectismo como fuente de discriminación independiente. GARCÍA ÁLVAREZ, M. R., “Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 226, 2021. Accesible en: <https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/10/26-Revista-Social-Octubre.pdf>, p. 16.

Meister contra *Speech Design Carrier Systems GmbH*)³⁵. Discriminación de edad, sexo y origen étnico en el acceso al empleo aducía la Sra. Meister. El debate se centra en el acceso al empleo y no en la extinción. Aunque no trate sobre la salud sí que son interesantes los considerandos del TJUE ante el planteamiento de la Sra. Meister al haber sido rechazada en las dos ofertas de empleo de la misma empresa, cumpliendo aparentemente los requisitos, y sin ninguna explicación, en los que recuerda al Tribunal nacional que

“(...) le corresponde tomar en consideración todas las circunstancias del litigio principal a fin de determinar si existen indicios suficientes para que se consideren acreditados los hechos que permiten presumir la existencia de tal discriminación”, considerando 46; y,

“(...) no cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Incumbe al tribunal remitente verificar si así sucede en el asunto principal, tomando en consideración todas las circunstancias del litigio del que conoce” (considerando 47).

Por tanto, el TJUE pone de manifiesto -además de que no quiere implicarse en exceso en este laberinto- la dificultad de determinación de la discriminación en el acceso al empleo, sea cual sea la causa de discriminación aducida.

3. Ingreso en la empresa. De la selección a la prevención

3.1. Marco inicial

La Ley 15/2022 determina, como hemos ido indicando, que el acceso a un empleo también está protegido por la tutela antidiscriminatoria que propugna la norma. Esto nos sitúa en el momento inicial de “ingreso en la empresa”, lo que nos obliga a detenernos en esta expresión.

Es decir, en qué momento comenzamos a prestar atención, ¿una vez entré en vigor el contrato de trabajo y las partes estén obligadas? ¿De manera previa, en el caso de existir un precontrato, o, incluso, en el proceso de selección, oferta, entrevista? Es interesante realizar este punto de inflexión, dado que podría ser que la normativa y correspondientes garantías fueran diferentes.

El art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRET) dice así:

“Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

Precepto de vital importancia no solo para determinar el concepto de persona trabajadora al amparo de esta norma sino para, en nuestro caso, poner el acento en la imposibilidad de aplicación de determinados preceptos de intimidad, de protección a la salud e incluso de buena fe contractual al no existir una relación laboral (en especial el art. 4.2 d) TRET, integridad física y una adecuada política en materia de prevención de riesgos laborales y el art. 19 TRET en su doble dirección, de derechos de las personas trabajadoras, obligaciones de la empresa y de la relativa protección a su salud)³⁶. Sin embargo, el apartado c) del art. 4.2 TRET recoge el

³⁵ Similar pero no tan “atrevido” el TJUE en la Sentencia de 21 de julio de 2011, Patrick Kelly contra National University of Ireland (University College, Dublin), Asunto C-104/10.

³⁶ Esto no significa que no pueda aplicarse con carácter general la prohibición de discriminación en el acceso al empleo, por aplicación tanto de nuestra norma constitucional como del art. 3.1.a) de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la

derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados, estableciendo claramente que hay dos estadios de protección posibles, el de las personas trabajadoras contratadas con una relación laboral vigente, algo aparentemente obvio, y el previo a la contratación, aunque sin mayor concreción. Por su parte, el art. 17 en sus apartados 2 y 3 TRET contiene referencia a estadios previos a la relación laboral, pero con indicaciones al poder gubernamental³⁷.

La Ley 15/2022 adquiere una importancia manifiesta al establecer no solo la prohibición de discriminación en aspectos clave relacionados con la salud sino al determinar en qué momentos debe cumplirse, dotando de garantías adicionales a las ya previstas con carácter ordinario en nuestra Constitución en materia de discriminación por salud y estado de salud.

En este punto cobra vital importancia el art. 9 de la Ley 15/2022, “Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena”, porque no solo prevé la prohibición de limitaciones, segregaciones o exclusiones en el empleo y las condiciones de trabajo por los motivos cualificados en el trabajo, sino también en el acceso, incluyendo expresamente los criterios de selección (art. 9.1)³⁸. El ámbito de aplicación de la Ley 15/2022 (art. 3.1, en concreto) ya indicaba que se aplicaría al empleo público y privado, haciendo especial mención al “acceso” al empleo, en la misma línea que las condiciones de trabajo, la promoción profesional, la formación en el empleo o la extinción del contrato. Un “parecido razonable” con el art. 3.1) de la Directiva 2000/78/CE al incluir el proceso de selección, pero con un contenido más claro que el recogido escuetamente en el Estatuto de los Trabajadores.

Esta prohibición se refuerza, por lo que a nuestro tema se refiere, con el art. 9.5 al establecer que la empleadora “(...) no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto”. Condiciones de salud que como hemos dicho previamente se convierten en un añadido evidente a la tutela antidiscriminatoria.

3.2. Selección y prevención: juntas, pero no revueltas

Pero ¿eso significa que con carácter previo se podía preguntar sobre “las condiciones de salud” de una persona candidata a un empleo? Como hemos visto en el epígrafe anterior la Agencia de Protección de Datos Española ya se manifestó con respecto a la enfermedad generada por la Covid-19. Y, también con carácter previo a la pandemia podíamos afirmar que no, que la empresa no podía preguntar válidamente sobre las condiciones de salud, ni sobre otras cuestiones de carácter íntimo, pues con expresión de la doctrina “(...) deben considerarse ilegítimas todas las averiguaciones sobre el comportamiento del trabajador, así como las intrusiones en la esfera

ocupación. También la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (art. 1.a) insiste en que la prohibición de discriminación en el empleo afecta, también, al momento del acceso en el que, en puridad, no tenemos un contrato privado.

³⁷ El art. 17 TRET reza así, en su segundo y tercer apartado: “2. Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo.

Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido”.

³⁸ La STC 89/2024, de 5 junio de 2024, recurso de inconstitucionalidad 6706/2022, resuelve la impugnación de diversos preceptos de esta Ley 15/2022. Por lo que se refiere a la pretendida inconstitucionalidad del art. 9.1 manifiesta que “Los preceptos impugnados no hacen sino proyectar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación sobre dos ámbitos esenciales para la vida de los ciudadanos, como son el empleo y la vivienda, prohibiendo que en ellos puedan producirse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en el art. 2.1 de la Ley”.

personal y familiar carente de relación inmediata y directa con el trabajo”³⁹. Cualquier dato relativo a la salud no solo forma parte de la categoría especial de datos, de conformidad a la normativa, sino que forma parte del derecho a la intimidad, donde pesa la carencia conceptual se incluye la denominada “intimidad corpórea”, pues como bien señala Díez-Picazo⁴⁰ se encuentran incluidos la protección a los registros corporales e informaciones relativas a la salud y a las vicisitudes médico-sanitarias de las personas. Así quedaba reflejado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en numerosas Sentencias, entre ellas, la de 16 de diciembre de 1996, 24 julio de 2000 y 2 de julio de 2001⁴¹.

La incorporación del art. 9.5 responde a una forma de hacer más visible la protección de las personas desde nuestro punto de vista cuando sea un algoritmo el que tome la decisión prescindiendo de las personas que no sean perfectas, desde el punto de vista biológico; o, incluso, alguna autora añade cuando estas decisiones sean adoptadas por la mente humana prescindiendo de las personas con “salud problemática”.⁴²

Ahora bien, en este punto surgen algunas cuestiones fundamentales, la primera es, hasta qué punto puede una persona mentir o ser inexacta con respecto a su salud, con carácter previo al ingreso en la empresa; la segunda, si existe una cierta obligación -jurídica o moral- de la futura persona trabajadora de revelar su estado de salud real -estado alterado, entiéndase- cuando es claro que será contratada o solo debe hacerlo cuando pueda poner en peligro el desarrollo normal de la empresa y su política de prevención de riesgos laborales. E, incluso, la tercera, hasta qué punto la empresa tiene el derecho a conocer el estado de salud de las personas trabajadoras a las que puede contratar y puede realizar comprobaciones, como prerequisite de contratación, entre otros, reconocimientos médicos previos, análisis de orina o sangre, para comprobar la predisposición las personas candidatas a un empleo a padecer determinadas enfermedades.

Con respecto a las dos primeras cuestiones, hay que establecer cuál es el tipo de mentira, puesto que no es lo mismo ofrecer una respuesta vaga o no responder sobre cuestiones de carácter estrictamente privado⁴³ que hacerlo sobre aquellas que pueden afectar a los elementos esenciales del consentimiento del contrato y del desarrollo de este. Así parece que se ha manifestado la doctrina judicial también justificando el despido de la persona trabajadora ante falsedades del currículo que, incluso, han podido dar lugar a responsabilidades en el ámbito penal o civil.

En este sentido, la candidata a un puesto de trabajo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias de 7 de abril de 2014⁴⁴ podría haberse negado a contestar las preguntas absolutamente personales que le hicieron los entrevistadores a un puesto de trabajo en Aena Aeropuertos S.A. en Tenerife. Desde su procedencia (se desplazaba desde Valladolid), hasta su estado civil, la existencia de descendencia y la imposibilidad de tener más hijos por haberse realizado una intervención médica al respecto. Este caso en el que se condena a la empresa a pagar una indemnización de 3000 euros a la candidata -a la que no contrataron- reviste una

³⁹ GOÑI SEÑIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Madrid, Editorial Civitas, 1988, p. 49.

⁴⁰ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 2013, pp. 290 y ss.

⁴¹ Al respecto, véase: TORTUERO PLAZA, J. L.: “La información relativa a la salud y el derecho a la intimidad en la doctrina del TC”, en *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999- 2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, Madrid, editorial La Ley, 2015, pp. 339-352.

⁴² En este sentido, AGUILERA IZQUIERDO, R.: *op. cit.*, p. 125.

⁴³ En esta línea, GOÑI SEÑIN que si se produce la injerencia en la vida privada está justificado dar una respuesta inexacta, dada la previa intromisión injustificada. *op. cit.*, pp. 90 y 91.

⁴⁴ Recurso de Suplicación Núm. 923/2012. Ponente: Ilmo. Sr. D Eduardo Ramos Real.

singularidad interesante desde el punto de vista estrictamente procesal, pues proviene de un procedimiento de oficio instado por la propia Inspección de trabajo y de la Seguridad social⁴⁵.

Es interesante plantearse si la empresa estaría obligada a realizar ajustes razonables a una persona trabajadora en el inicio de la relación laboral, cuando el puesto de trabajo al que aspiró no incluía una adaptación a su persona aunque lo exija la normativa de prevención de riesgos laborales con carácter general⁴⁶ y no se aclararon sus condiciones de salud en los contactos preliminares. Todo ello en el hipotético caso de que no existe discapacidad reconocida y que, por tanto, no existe la obligación, en un principio. Cuál sería la solución ¿desistir del contrato durante el periodo de prueba o considerar viciado el consentimiento? Esta ocultación de datos de las posibilidades reales del desarrollo de la relación laboral sí parece que exigieran, por parte de la persona trabajadora, una explicación de su identidad completa.

Como ya se manifestó en otro momento y siguiendo a Mangialardi en cuando a la revelación de la predisposición genérica de la persona trabajadora⁴⁷, ese derecho a la intimidad de la persona trabajadora a revelar cualquier condición de salud de las cuatro incluidas en la Ley 15/2022 debe tener excepciones; nos quedamos con dos de las que cita, porque estaría en juego la protección de la vida de muchas personas:

- - Cuando la persona trabajadora sepa con seguridad que no podrá realizar el trabajo que se le asigna debido a su situación.
- - Cuando una determinada ocupación requiera un grado de fiabilidad absoluta por parte de la persona trabajadora, que se vería gravemente afectada por alguna condición de salud, como por ejemplo la narcolepsia.

Por lo que se refiere a la tercera cuestión -hasta qué punto la empresa tiene derecho a conocer el estado de salud-, nos situamos si quiera brevemente en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. La LPRL establece cómo la persona titular de la empresa debe cumplir sus obligaciones como garante de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, teniendo tal deber su fundamento en el contrato de trabajo. El art. 22 LPRL y otros artículos concordantes regulan la vigilancia periódica de la salud de las personas trabajadoras, derecho que parte de la regla general de la voluntariedad y necesidad del consentimiento de aquellas. Consentimiento que debe ser previo, exteriorizado, escrito o verbal o a través de comportamientos concluyentes que permitan deducirlo, según la doctrina consolidada del TC.

Junto con otros momentos y circunstancias en los que nuestra legislación habilita la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras, cambiando de norma, acudimos al art. 243 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS). Este precepto parece cubrarnos

⁴⁵ Explica la propia Sentencia: “Por tanto se trata de un procedimiento iniciado por comunicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) cuando aún no hay resolución administrativa firme que determine la existencia de una infracción sancionable, es decir, cuando el procedimiento sancionador no ha concluido, cuando aún no hay ningún pronunciamiento acerca de la conducta infractora del empresario y las actas de infracción han constatado la existencia de una discriminación por razón de sexo, a los solos efectos de determinar la indemnización correspondiente.

En estos casos, como anteriormente referimos, lo que se persigue es supeditar la efectividad de la sanción administrativa al conocimiento previo del fondo de la cuestión por parte del orden social de la jurisdicción. La comunicación de oficio provoca aquí una especie de cuestión prejudicial devolutiva, por cuya virtud es remitido al conocimiento del órgano judicial del orden social un tema sobre el que hay opiniones encontradas de la Administración sancionadora y el sujeto responsable sobre la existencia de discriminación y la valoración de los perjuicios estimados, pues dicho sujeto responsable impugna las actas de infracción en cuanto a ese concreto extremo”.

⁴⁶ No olvidemos que uno de los principios de acción preventiva es precisamente la adaptación del trabajo a la persona (art. 15.1 d) LPRL).

⁴⁷ MANGIALARDI, E.: “El proyecto de genoma humano. Su incidencia en las relaciones laborales y asegurativas”, *Revista Iberoamericana de Seguros*, Bogotá, Pontificia Universidad, Javeiae, Núm. 20, septiembre, 2003, p. 10.

el supuesto en el que se pueden realizar reconocimientos médicos a las personas candidatas a un empleo cuando se trate de cubrir puestos de trabajo con un riesgo de enfermedad profesional.

El apartado 1 del art. 243 LGSS indica que: *“Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, apruebe el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.”*

Debemos fijarnos en la expresión “previo a la admisión de los trabajadores”, pues de ahí se deriva que el reconocimiento médico es antes de la contratación cuando se trate de enfermedades profesionales. En relación con el apartado 4 del mismo art. 243 LGSS se incluye como un supuesto excepcional que la normativa específica prevea la realización de dichos reconocimientos con posterioridad a la contratación; se habla de “conceder un plazo” para que dicho reconocimiento previo no sea previo a la contratación sino una vez iniciada la relación laboral.

A su vez, el apartado 2 indica que los reconocimientos médicos serán obligatorios para los trabajadores, de lo que debemos deducir que se refiere a la vigilancia de la salud en momentos posteriores a la contratación, y, por tanto, de vigilancia periódica o, una vez empleados, entrando en la excepción indicada del art. 243.4 LGSS. Ahora bien, siendo personas trabajadoras existe esa obligación contractual, pero una persona que todavía no es trabajadora no está sometida, por lo que la única sanción posible será la no contratación. Esta argumentación se refuerza con el apartado 3 del art. 243 citado en la que se establece la prohibición para las empresas de contratar a quienes no hayan sido calificados como aptos para los puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales; prohibición que sin desarrollo jurídico no nos lleva a ninguna parte, pues ¿cuál será la sanción para las empresas si es la persona candidata la que se niega al reconocimiento y aun así la empresa la contrata? Parece que una posible solución sería considerar que cualquier despido no podrá encontrar como fundamento esta circunstancia, so pena de ¿nulidad por enfermedad? No parece fácil la respuesta puesto que el supuesto no está contemplado normativamente como tal. La única responsabilidad más clara para la empresa sería la administrativa; acudiendo al 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 (en adelante, LISOS) podríamos ubicarla como infracción grave, art. 12.2, que contempla como tal la no realización de la empresa de los reconocimientos médicos y vigilancia de la salud de sus trabajadores; si bien se refiere a trabajadores -por tanto, con un contrato vigente- al hacer referencia a la vigilancia de la salud y al permitirse en esta los reconocimientos previos a la contratación en el supuesto señalado podría considerarse incluido en una interpretación teleológica de la norma.

En todo caso, si esta tesis no fuera acogida siempre podríamos acudir al art. 11.4 LISOS en caso de que la omisión del reconocimiento médico previo no haya tenido una importante trascendencia en la integridad física o la salud de los trabajadores.

Por su parte, el art. 22.4 LPRL indica que solamente podrán utilizarse los datos sobre la salud de los trabajadores, con la finalidad exclusiva de prevención y nunca para discriminar ni perjudicar a las personas trabajadoras; pero, nótese que habla de trabajadores y, en puridad, una persona candidata a un empleo no es, todavía, trabajadora o puede que incluso no llegue a serlo jamás, en esa empresa. Por lo que, según ya hemos indicado, los datos de la salud de las personas candidatas a un empleo no pueden tratarse. ¿entonces es compatible la normativa de prevención de riesgos laborales con la reglamentación de protección de datos? No parecen encajar adecuadamente.

En este orden de cosas, relacionando nuestras cuestiones problemáticas la STSJ de Castilla y León (sala de lo social, sección 1ª), de 16 abril 2021⁴⁸, trae a colación un caso interesante, a propósito de esta cuestión. Se produce en abril de 2020 la contratación de una persona trabajadora, con discapacidad reconocida y a través de un Centro especial de empleo, en el que no se produce el examen médico previo por parte del Servicio de prevención al encontrarnos en los inicios del periodo de confinamiento por la declaración del estado de alarma. La persona trabajadora firma una declaración responsable en la que afirma no poseer limitaciones para la realización del trabajo, comprometiéndose a informar de cualquier variación al respecto. De la declaración de discapacidad tampoco se deriva que la tuviera. Un mes y medio más tarde, la persona trabajadora se niega a la realización del cualquier control médico, accediendo poco después. De dicha vigilancia de la salud se deriva que posee una limitación funcional importante para la realización del puesto de trabajo y que tal limitación existía al inicio de la relación laboral y no fueron declaradas. Es así como se considera justificado el despido disciplinario.

En este punto no debemos perder de vista los métodos y formas en los que se puede realizar un proceso de selección, pues las nuevas tecnologías nos han abierto desde hace ya tiempo un campo, que se ha visto muy influenciado con la aplicación de la inteligencia artificial y los algoritmos a este momento inicial o previo a la contratación algo que va más allá de la comprobación del perfil digital de una persona candidata a un empleo.

Es probable que la mayor parte de laboristas recuerden la obra de teatro *El Método Grönholm*, de Jordi Galcerán, en 2003, que dio lugar a la posterior política película *El Método*, dirigida por Marcelo Piñeyro, en 2005. La trama gira en torno a un proceso de selección a un puesto de trabajo en el que la personas candidatas debían superar una serie de pruebas para obtener, supuestamente, el empleo al que se habían presentado. Las pruebas le situaban en el límite de lo emocional, se generaban conflictos y los laboristas podríamos estar pensando en esos momentos en el choque evidente con los derechos fundamentales de esas personas, quienes además en un momento determinado no podían ni siquiera salir de la sala en la que se encontraba. Ninguno de ellos, aparentemente, conocía cómo se iba a desarrollar ese proceso de selección.

Pues bien, en la actualidad, en los procesos de selección en los cuales se aplica la inteligencia artificial también debemos vigilar el cumplimiento de la normativa nacional e internacional al respecto, con especial atención al Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

La problemática radica, en uno y en otro caso, en el conocimiento por parte de las personas candidatas a un puesto de trabajo de qué sistemas se están utilizando. Porque, también estas nuevas tecnologías pueden revelar más datos de los necesarios para el puesto de trabajo; desde datos relacionados con la salud, por ejemplo, con el uso de sistemas biométricos, para comprobar ritmos cardíacos o formas de caminar, datos que son únicos de cada persona e intransferibles. O utilizar determinados artilugios que, con objeto de comprobar las capacidades, las reacciones de las personas candidatas extraigan neurodatos de los que se pueden predecir afecciones o trastornos neurológicos, por ejemplo⁴⁹.

Estos son los sistemas más intrusivos que existen, que invaden la intimidad mental, más allá del clásico análisis de orina que algunas empresas, fundamentalmente del sector de hostelería y

⁴⁸ Núm. recurso suplicación 404/2021, Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Carlos Galán Parada.

⁴⁹ En este sentido, puede leerse: Agencia Española de Protección de Datos, TechDispatch Neurodatos, enero 2024, AEPD, Madrid, 2024. accesible en: <https://www.aepd.es/guias/neurodatos-aepd-edps.pdf>.

turismo también han implantado o el reconocimiento médico previo al que algunos convenios colectivos han dado luz verde desde hace años, como el Convenio colectivo del sector de la construcción, considerándolo incluido en la excepción del art. 22.1 LPRL.

Y todo ello, sin olvidar que los algoritmos pueden introducir sesgos discriminatorios en base al sexo y al género de las personas.

En definitiva, puede ser ciertamente conflictivo cuando estamos hablando de personas candidatas a un empleo que ni siquiera son todavía trabajadores o trabajadoras y para los que la tutela de sus derechos no presenta un panorama claro. Si bien es cierto que la Ley 15/2022 ha mejorado la tutela jurisdiccional de las situaciones descritas, entre ellos, en los arts. 26-32, y otorga funciones a un organismo de nueva creación para el inicio de las actuaciones judiciales que correspondan⁵⁰ la articulación jurídica de estos mecanismos en la jurisdicción social no es sencilla para una persona, candidata a un empleo. Al margen de la sanción administrativa que puede recaer en una empresa⁵¹ la tutela en los juzgados y tribunales a nivel particular requiere accionar, y presentar indicios de discriminación por circunstancias relacionadas con la salud, pues no parece incluirse una nulidad objetiva⁵².

Titulares como este: “Barcelona triplica los casos de discriminación por motivos de salud”⁵³ nos llevan al Observatorio de las discriminaciones en Barcelona, a modo ilustrativo, donde en su último informe de 2022 pone de manifiesto cómo en una de las grandes ciudades de nuestro territorio, próspera económica y avanzada socialmente, de las 631 situaciones discriminatorias registradas -téngase en cuenta esto- 120 situaciones responden de a discriminación por salud, en especial salud mental y VIH⁵⁴.

La discriminación en materia de empleo no es fácil de detectar fundamentalmente cuando se produce en el acceso al empleo, como en procesos de selección porque puede formar parte más de una conversación privada, sin testigos, y, sobre todo, puede ser difícil demostración, así como de difícil registro⁵⁵. Efectivamente si el proceso de selección no ha sido público esta carga puede ser excesiva para la persona candidata a un empleo, cuya prioridad puede ser, precisamente, encontrar uno.

⁵⁰ Destacamos el art. 40 d) Ley 15/2022, que crea y otorga las funciones indicadas, a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y no discriminación. Que salvo error u omisión por nuestra parte todavía no ha sido puesta en funcionamiento.

⁵¹ La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, ha modificado el art. 16.1 c) LISOS incorporando los supuestos de discriminación por salud para el acceso al empleo.

⁵² Muy interesantes por referirse a la discriminación en el acceso al empleo, aunque no relacionadas con la salud, la STC (sala segunda) 214/2006, de 3 julio, Recurso de Amparo Núm. 5499/2003, Ponente: Ilma. Dña. Elisa Pérez Vera; y la STC (sala primera) 108/2019, de 30 de septiembre, Recurso de Amparo Núm. 2925/2018, Ponente: Ilmo. D. Juan José González Rivas.

⁵³ CAMACHO, L.: “Barcelona triplica los casos de discriminación por motivos de salud”, 3 agosto 2023, *Redacción Médica*. Accesible en: <https://www.redaccionmedica.com/autonomias/cataluna/barcelona-triplica-los-casos-de-discriminacion-por-motivos-de-salud-1654>.

⁵⁴ Dirección de Servicios de Derechos de Ciudadanía; Área de Derechos Sociales, Salud, Cooperación y Comunidad: *Informe del Observatorio de las Discriminaciones en Barcelona 2022*, Ajuntament de Barcelona, julio 2023, pp. 46, 58-59, en especial.

⁵⁵ En el Informe del Observatorio de discriminaciones de Barcelona citado previamente se evidencian situaciones, por ejemplo, de denegación de contratación de un seguro por padecer VIH, lo cual, es más fácil de registrar y acreditar. P. 53. En este sentido, es interesante traer a colación la disposición adicional quinta de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, modificada por última vez a través del Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 junio para incluir no solo la prohibición de discriminación de personas con VIH/SIDA u otras condiciones de salud sino también con patologías oncológicas una vez transcurridos 5 años desde la finalización de su tratamiento sin recaídas.

4. Reflexiones finales

1. La salud es un hecho social, producto de una circunstancia sociopolítica, económica y cultural, que se da en una población en determinado tiempo y lugar; en este sentido, las actitudes, las conductas, las desigualdades en el poder o la profunda división sexual del trabajo afectan directamente a la salud de las personas trabajadoras y a su desarrollo en el mundo del trabajo. Y, es aquí, donde el conocimiento y tratamiento de datos con respecto a la salud puede dar lugar a prácticas discriminatorias en el ámbito de las relaciones laborales.

2. Asimismo, es importante no perder de vista el alto porcentaje de personas de más de 15 años que según el Ministerio de Sanidad padece de problemas crónicos de salud. En primer lugar, de media en España, colesterol alto tienen un 25.2% de la población, seguido de un 22.3% de hipertensión, un 19.5% de problemas de salud mental, dolor lumbar un 15.2% y artrosis un 11.3%.⁵⁶

3. Según la Encuesta Europea de Salud en España 2020 son más las mujeres con algún problema de salud o enfermedad crónicos, el 5.1% frente al 49,3% de hombres, de 15 años o más. Porcentajes que se incrementan con la edad, siendo siempre superiores en las mujeres. Mayor esperanza de vida y sometimiento a una sociedad patriarcal que afecta considerablemente a la salud de las mujeres, teniendo en cuenta que, en la salud son determinantes las diferencias entre sexo y género, diferencias que también se aprecian a nivel genético.

4. Dentro de los problemas de salud existen estados de salud y enfermedades con mayor estigma social cómo pueden ser las enfermedades mentales a las que hemos aludido brevemente en el presente estudio. Y, otras condiciones de salud que, sin ser enfermedades pueden limitar la autonomía funcional de las personas, para las que no hay ajuste razonable previsible en la normativa. Los hombres de 55 años y más tienen más autonomía funcional para realizar las actividades básicas de la vida diaria (alimentarse, sentarse o levantarse, vestirse, asearse) que las mujeres, lo que decisivamente influirá en el empleo y en el acceso a él a partir de una determinada edad⁵⁷.

5. Hoy debemos plantearnos no solo la mejora de la salud ocupacional dentro de las empresas y de la prevención de situaciones discriminatorias, sino de la “cultura de la enfermedad” en el siglo XXI. Puesto que, además, dado que la población tiene una esperanza media de vida más alta, también, estadísticamente son mayores las probabilidades de padecer enfermedades con las que se convive y que no implican necesariamente una imposibilidad para el trabajo. Solo hay que pensar cómo conjugar trabajo y salud, sin dejar de lado ninguno de los factores que comprenden ambas.

6. Se debe reconocer la importancia y el giro en nuestra legislación de la mano de la Ley 15/2022 en materia de prohibición de discriminación en todos los aspectos que engloban la salud de las personas en el ámbito de las relaciones laborales. Este cambio comprende la discriminación por motivos de salud también antes de ser trabajadores en una empresa y, por tanto, reflejando de manera más fiel la normativa internacional al respecto.

7. La Ley 15/2022 responde a una evolución jurídica muy importante en materia de salud y relaciones laborales, blindando a las personas trabajadoras y procurando el equilibrio en la

⁵⁶ Ministerio de Sanidad, “Principales problemas crónicos de salud, porcentaje de población de 15 y más años que padece determinados problemas crónicos, registrado en atención primaria, por comunidad autónoma”, 2022, accesible en: <https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/sanidadDatos/tablas/tabla5.htm>.

⁵⁷ Según la Encuesta Europea de Salud en España de 2020 un 11,6% de mujeres tienen dificultad para sentarse o levantarse, frente al 5,8% de los hombres de 55 años o más. Tienen dificultad para asearse, un 13,9% de mujeres y un 7% de hombres en esa misma franja de edad.

desigual posición de las personas versus empresa en el acceso al empleo. La Ley ha cambiado el panorama en cuanto a los comportamientos empresariales previos a la contratación y hasta ahora amparados por la libertad de empresa.

Se considera que ahora no son válidos los reconocimientos médicos que se amparen en un convenio colectivo, salvo que sean referidos a puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales. “Preguntar” dice la Ley sobre los estados de salud lo cual debe interpretarse en un sentido amplio, puesto que no olvidemos que el Preámbulo de aquella denominaba a la Ley como “derecho antidiscriminatorio específico”.

E, igualmente, si la empresa pretendiese implantar un sistema en los procesos de selección de los trabajadores que invadiese su intimidad -tecnológico o no-, al referirse a cualquier aspecto de la salud (estado serológico o predisposición genética incluidas) deberíamos partir del principio de minimización de datos y realizar, en todo caso, una evaluación de impacto en protección de datos.

8. Pese al despliegue de la Ley 15/2022 y la introducción de interesantes aspectos de protección jurídica (y procesal) sigue siendo compleja su articulación; en particular la defensa judicial de la discriminación de cualquiera de las condiciones atinentes a la salud y a la condición biológica examinadas en el presente trabajo cuando se refieren al momento previo a la existencia de una relación contractual. Se afirma que en una relación precontractual - como un precontrato de trabajo- podrían mejorar las posibilidades de acción judicial de una pretendida vulneración del derecho a la no discriminación en caso de no llevarse a término la prometida contratación.

5. Bibliografía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, TechDispatch Neurodatos, enero 2024, AEPD, Madrid, 2024. accesible en: <https://www.aepd.es/guias/neurodatos-aepd-edps.pdf>.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Colección de Derecho del trabajo y Seguridad social, Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.
- AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La nueva Ley 15/2022, Integral para la Igualdad y no Discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía”, *Jurisdicción Social*, Núm. 235, 2022.
- BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “El desnudo integral genético en el mundo laboral: Revolución industrial 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* Vol. 6 Núm. 1, 2018.
- CAMACHO, L.: “Barcelona triplica los casos de discriminación por motivos de salud”, 3 agosto 2023, *Redacción Médica*. Accesible en: <https://www.redaccionmedica.com/autonomias/cataluna/barcelona-triplica-los-casos-de-discriminacion-por-motivos-de-salud-1654>.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 2013.
- DIRECCIÓN DE SERVICIOS DE DERECHOS DE CIUDADANÍA; ÁREA DE DERECHOS SOCIALES, SALUD, COOPERACIÓN Y COMUNIDAD: *Informe del Observatorio de las Discriminaciones en Barcelona 2022*, Ajuntament de Barcelona, julio 2023.

- GARCÍA ÁLVAREZ, M. R.: “Discriminación laboral sobre la base de la apariencia física”, *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 226, 2021. Accesible en: <https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/10/26-Revista-Social-October.pdf>.
- GARCÍA ROMERO, B.: “Discriminación por apariencia de discapacidad: despido tras accidente de trabajo con baja de duración incierta o duradera”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* Núm. 5/2021, accesible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001288.
- GOÑI SEÍN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*. Madrid, Editorial Civitas, 1988.
- GORDO GONZÁLEZ, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, Núm. 4, 2023.
- GROSSMAN, M.: “On the Concept of Health Capital and Demand for Health”, *Journal of Politic Economy*, Núm. 80, 1972.
- LÓPEZ, M., LAVIANA, M., FERNÁNDEZ, L., LÓPEZ, A., RODRÍGUEZ, A.M., & APARICIO, A.: “La lucha contra el estigma y la discriminación en salud mental: Una estrategia compleja basada en la información”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 28(1), 2008.
- LITTLE, A. C. y, CRAIG, R.: “Evolution, appearance and occupational sucess”, *Evolutionary Psychology* Núm. 10 (5), 2012, accesible en: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/147470491201000503>
- LONDON, S., TEMPORELLI, K. y MONTERUBBLANESI, P.: “Vinculación entre salud, ingreso y educación”, *Economía y Sociedad*, Vol. 14, Núm. 23, 2009.
- MANGIALARDI, E.: “El proyecto de genoma humano. Su incidencia en las relaciones laborales y asegurativas”, *Revista Iberoamericana de Seguros*, Bogotá, Pontificia Universidad, Javeiae, Núm. 20, septiembre, 2003.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Contribuyendo a garantizar la igualdad integ.ral y efectiva: la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum Editorial, Núm. 4, 2022.
- QUINTAS ALFONSÍN, M.M.: “La discriminación por apariencia en la evolución histórica. Revisión”, en SANDRA OLIVERO GUIDOBONO, S. y PAZ REVEROL, C.L. (coord.): *Pueblos y culturas de la prehistoria a la actualidad*, Colección: Conocimiento Contemporáneo, Madrid, editorial Dykinson.
- TORTUERO PLAZA, J. L.: “La información relativa a la salud y el derecho a la intimidad en la doctrina del TC”, en *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999- 2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, Madrid, editorial La Ley, 2015.

EDADISMO Y DISCRIMINACIÓN EN LA ATENCIÓN A LA SALUD

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA
orcid.org/0000-0002-1946-6682
Universidad de Jaén

1. Planteamiento general

La discriminación por edad es en nuestros días una realidad innegable que, a diferencia de otros factores de discriminación, sólo desde hace relativamente escaso tiempo, ha despertado interés y preocupación, puesto que hasta la década de los sesenta, ni siquiera se había acuñado el concepto de edadismo.

Pese a ello, lo cierto es que la consideración de la edad como fuente de discriminación es uno de los factores que más relevancia ha adquirido en los últimos años. De una parte, ello puede obedecer a la necesidad de eliminar estereotipos sociales basados en el factor edad, que conlleva la clasificación de las personas sobre la base de un criterio etario. Por otro lado, guarda una estrecha relación con la necesidad de asegurar la participación en sociedad, a través de múltiples vías, de una población cada vez más creciente de personas de edad avanzada.

El edadismo está presente en las sociedades occidentales a nivel cultural y en el ámbito institucional, mediante leyes, reglas, normas sociales, políticas y protocolos que restringen las oportunidades de las personas mayores, generando un impacto importante en sus vidas y en su bienestar y en concreto, en su salud, tanto física como mental. Actualmente se reconoce que el edadismo es un determinante social que influye poderosamente sobre la salud, y el hecho de que haya sido tradicionalmente muy poco tenido en cuenta, no ha hecho más que aumentar su

influencia e impacto negativo, haciéndose especialmente alarmante en los grupos sociales que ya de por sí se encuentran desfavorecidos, como es el caso de las mujeres.

Por tanto, los factores biológicos, culturales y sociales inciden, junto con la edad cronológica, en el modo en el que las personas mayores son representadas y percibidas socialmente y, de este modo, influyen en la efectividad de sus derechos, especialmente en la medida en que el envejecimiento se concibe no como una etapa vital más, a la que poder aspirar como consecuencia de la mayor esperanza de vida de la población, sino como un problema y una carga para el sistema.

Desde el punto de vista jurídico, lo cierto es que abordar esta discriminación por razón de edad plantea dilemas importantes, comenzando por la propia delimitación precisa del grupo de sujetos que son objeto de esta discriminación y cuál es la razón en la que debemos basar su tutela reforzada. Además de ello, y a diferencia de lo que ocurre con otros factores reconocidos como fuentes de discriminación, como puede ser el caso de la raza o el sexo, la edad es por su propia esencia impermanente, por lo que se encuentra en continua evolución, lo que supone nuevos retos a la hora de diseñar las actuaciones que, desde el ámbito jurídico, traten de contrarrestar estas prácticas discriminatorias.

2. Definición y tipologías de edadismo

2.1. Definición de edadismo

El término edadismo fue acuñado por primera vez por Robert Butler en 1969, para referirse al “proceso de estereotipos y discriminación sistemáticos contra las personas por el hecho de ser viejas”¹.

Se denomina edadismo a la práctica sumamente extendida a nivel internacional², consistente en utilizar el dato biológico de la edad para categorizar o dividir a las personas, provocando daños, desventajas o discriminación. Éste puede tener su reflejo tanto en la forma de pensar, generando estereotipos, como en la forma de sentir, generando en este caso prejuicios, como también finalmente a la hora de actuar, provocando en este último caso discriminaciones basadas en este factor edad.

Se trata, por tanto, de una construcción social en la que las personas desarrollan una percepción negativa del envejecimiento, tanto respecto de otras personas como de sí mismas, que va arraigando desde las primeras etapas de la vida. Esta percepción negativa, con el tiempo, se materializa en formas de discriminación, exclusión y aislamiento social y afectivo hacia las personas mayores, llegando en muchos casos el propio individuo a autoinfringirse esta exclusión y aislamiento debido a sus propias percepciones edadistas.

Por tanto, el edadismo excede la simple discriminación basada en la edad biológica, para abarcar también las facetas de estereotipos y prejuicios, por lo que todas estas dimensiones deben ser tenidas en cuenta a la hora de diseñar estrategias destinadas a combatir estas situaciones. Es por ello que se ha llegado a afirmar que el edadismo constituye una agresión objetiva a la

¹ BUTLER, R. 1975. *Why Survive? Being Old in America*, Harper & Row, New York, pág. 12

² En este sentido, en el estudio realizado en 57 países sobre prevalencia de actitudes edadistas entre la población, se concluye que una de cada dos personas presenta una presencia entre moderada y alta de este tipo de prejuicios y estereotipos basados en la edad, siendo mucho más propensos los hombres a presentar estas actitudes, frente a las mujeres. Vid. OFFICER, A. AMUTHAVALLI THIYAGARAJAN, J. SCHNEIDERS, M.L. NASH, P. DE LA FUENTE-NÚÑEZ, V. Ageism, Healthy Life Expectancy and Population Ageing: How Are They Related? *Environmental Research and Public Health*, 2020, V. 17 (9) <https://doi.org/10.3390/ijerph17093159>

persona de edad avanzada, tanto en su dimensión individual, como en su dimensión colectiva, al formar parte de un colectivo de la sociedad³.

Se trata de una práctica bastante extendida, no sólo en el ámbito de sanitario, sino en el conjunto de la sociedad, que se encuentra en ocasiones tan asentada que resulta muy difícil de detectar y, por tanto, de contrarrestar. Además, con suma frecuencia, estas formas de edadismo aparecen entremezcladas con otros factores de discriminación, tales como el sexo o la discapacidad, incrementando así sus efectos perversos sobre el bienestar y la salud de las personas que resultan afectadas por las mismas. Se trata, por tanto, de una vulneración de los derechos fundamentales más básicos, que se encuentra profundamente arraigada y contra la que es necesario luchar.

2.2. Tipologías de edadismo

Dentro de la categoría de edadismo se diferencian distintas tipologías, tales como edadismo interpersonal, autoinflingido e institucional. Así:

- El edadismo interpersonal es el que se produce en las relaciones desarrolladas entre sujetos privados.
- El edadismo autoinflingido hace referencias a aquellas situaciones en que estas consideraciones llegan a estar tan interiorizadas por las personas, que afectan a la propia consideración que las personas mayores tienen de sí mismas.
- El edadismo institucional se manifiesta a través de la inclusión de principios etarios en reglas y procedimientos formales, que se encuentran plenamente aceptadas socialmente, de forma natural, por lo que es difícil que se puedan criticar, cuestionar y, por tanto, modificar, lo que las convierte en un fenómeno de coerción social. Para corroborar su existencia no es necesario que exista intención o propósito de provocar un perjuicio a las personas mayores, dado que, en general, en estos casos no se reconoce la existencia de tal perjuicio institucional.

La existencia de esta forma de edadismo institucional ha sido denunciada a nivel internacional⁴, así como su materialización a través de normas jurídicas, sociales y políticas llevadas a cabo desde las instituciones y poderes públicos cuyo efecto en la práctica consiste en restringir injustamente las oportunidades y perjudicar sistemáticamente a un sector de la población por razón de su edad.

La pandemia y lo ocurrido con las personas mayores, además de mostrar la fragilidad del sistema existente de atención y sus múltiples carencias, condujo a la máxima expresión del edadismo en su vertiente institucional, impregnando la toma de decisiones injustas y claramente discriminatorias basadas en el factor edad y con efectos perversos sobre la salud y las condiciones de vida e incluso de muerte, de las personas integrantes de este colectivo de la población⁵.

Todas estas tipologías de edadismo presentan como elemento común el considerar el envejecimiento, en lugar de un proceso natural y evolutivo de todas las personas, al que poder aspirar y vivir de forma saludable, a percibirlo desde una visión sumamente negativa,

³ Fundación Helpage España, Informe sobre *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud*, 2023, pág. 36. Disponible en <https://www.helpage.es/helpage-international-espana-publica-el-informe-la-discriminacion-de-las-personas-mayores-en-el-ambito-de-la-salud/> (Consulta 8 de junio 2024).

⁴ ONU: Informe mundial sobre edadismo, 2021. Disponible en español <https://iris.paho.org/handle/10665.2/55871>, pág 20-41.

⁵ FOUCÉ FERNÁNDEZ, G.: “¿Imaginamos un mundo sin prejuicios sanitarios contra las personas mayores?”, AAVV: *La discriminación por edad de las personas mayores: Las múltiples caras del edadismo*, Imerso, 2022, pág. 57-61.

identificándolo prácticamente con un proceso de enfermedad en sí mismo, basada en la fragilidad y el deterioro, convirtiéndose así en una especie mal endémico a combatir.

El resultado que se provoca con ello es que, en la medida en que considera la vulnerabilidad o fragilidad una cuestión individual, las políticas también se impregnan de esta misma dimensión. Cuando la vulnerabilidad se entiende asociada a condiciones de salud, como ocurre en buena medida con las personas mayores, se tiende a abordar la situación de éstas como un problema médico, y así se trata de “curar” o, en todo caso, de cuidar de estas personas. Sin embargo, se desatienden otras muchas dimensiones o necesidades que pueden concurrir en esta etapa de la vida y en muchos casos, no se tiene en cuenta sus opiniones ni, por tanto, son consideradas como titulares de derechos, sino que se abordan las respuestas políticas desde una perspectiva que los concibe más como sujetos tutelados, dignos de protección y no como sujetos de pleno derecho.

3. La consideración del edadismo como problema internacional de vulneración de derechos humanos

La protección del derecho a la salud, sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación, en concreto por razón de edad, forma parte del bloque esencial del Constitucionalismo Democrático Social universal y europeo. Se trata de un derecho social fundamental de carácter primario que encuentra sus raíces en el derecho básico a la vida y a la dignidad personal.

3.1. En el ámbito internacional

En este sentido, el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) reconoce el derecho universal a disponer de un nivel de vida adecuado que garantice la salud y el bienestar, en especial, la alimentación, la vivienda, la vestimenta, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Por su parte, el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), aprobado en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el 16 de diciembre 1966, supone el reconocimiento a nivel internacional del derecho de toda persona a gozar del más alto nivel de salud física y mental, comprometiendo a los Estados parte a adoptar una serie de medidas encaminadas a lograr su efectividad⁶.

Por tanto, su reconocimiento va más allá del simple derecho de acceso a los servicios de salud, para abarcar “una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven condiciones en las que las personas pueden llevar una vida saludable y se extiende a los determinantes subyacentes de la salud”⁷.

En este sentido, el derecho a la salud no puede considerarse de forma aislada, sino que se encuentra íntimamente unido al reconocimiento de otros derechos básicos y fundamentales, tales como el derecho a la vida, a la dignidad, a la igualdad y no discriminación, a la alimentación, a la vivienda, a la educación, al trabajo. Se trata, por tanto, de componentes esenciales del propio derecho a la salud que promueven otros tantos factores socioeconómicos gracias a los cuales, las personas pueden desarrollar una vida sana. Por tanto, el derecho a la salud debe entenderse como

⁶ En concreto, se recoge: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad

⁷ BARRANCO AVILÉS, M.C; VICENTE ECHEVARRÍA, I.: *La discriminación por razón de edad en España: Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en Derechos*, Fundación Helpage España, 2020, pág. 22.

el derecho a disfrutar de un conjunto de bienes, servicios y prestaciones necesarias encaminadas a gozar del más alto nivel de salud que sea posible⁸, sin que resulte admisible ningún tipo de discriminación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CESCR) estableció cuatro componentes fundamentales del derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Estos aspectos se han convertido en determinantes para la cobertura universal de la salud y la adopción de un enfoque de salud basado en las personas.

Desde la perspectiva de los derechos humanos, las personas mayores son un grupo en situación de vulnerabilidad por el impacto del edadismo y los obstáculos que encuentran para su participación plena y efectiva en la sociedad, como resultado de las estructuras sociales y de las prácticas y normas institucionales que los discriminan⁹.

El compromiso de nuestro país con los derechos humanos convierte en obligatoria una revisión de las normas y de las políticas que se dirigen a las personas mayores, basada en un enfoque orientado a garantizar el pleno disfrute y ejercicio de los derechos de esta población. Y para ello, resulta necesario tener una representación adecuada del alcance de las desventajas que enfrentan estas personas debido precisamente a su mayor edad.

Así en el ámbito concreto del acceso a los sistemas de salud, las principales formas de discriminación que afecta a las personas mayores, en comparación con el resto de la población, han sido agrupadas en torno a tres bloques¹⁰:

Las derivadas de prejuicios sobre las capacidades o el valor mismo que merecen las personas mayores. Dentro de este grupo, las que se identifican con mayor frecuencia son las consistentes en no informar ni consultar convenientemente a las personas sobre el tratamiento que deseen o su estado de salud; no utilizar todos los medios necesarios para tratar, rehabilitar o minimizar el dolor que padecen.

- Las derivadas de defectos en la accesibilidad a los servicios, como las consistentes en dificultades para la accesibilidad física al centro sanitario, la falta de proximidad con el lugar de residencia y la ausencia de medios necesarios para poder llegar hasta ellos. Junto a esta accesibilidad física, es necesario igualmente garantizar la accesibilidad cognitiva, garantizando que se facilite a las personas mayores suficiente información y en forma que les resulte comprensible, de modo que puedan tomar las decisiones relativas a su salud, desde un conocimiento fundado de la situación que les afecta.
- Las derivadas de la configuración estructural de los sistemas de salud. En la actualidad, los sistemas de salud están estructurados para el tratamiento de enfermedades agudas y puntuales, y no tanto, para abordar el tratamiento de condiciones crónicas de salud a largo plazo. Ello provoca una falta de atención ante las demandas específicas que con frecuencia precisan las personas mayores. Es por ello que desde la investigación científico-sanitaria se reclama “la necesidad de asumir un cambio en los sistemas sanitarios que permita atender a enfermedades no transmisibles, de carácter crónico y cuya prevalencia aumenta con la

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Fundamentos del derecho fundamental a la salud en los sistemas europeos”, *Revista de Seguridad Social Laborum*, n° 4 extraordinario, 2022, pág. 13-54.

⁹ BARRANCO AVILÉS, M.C; VICENTE ECHEVARRÍA, I.: *La discriminación por razón de edad en España: Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en Derechos*, HelpPage España, 2020, pág. 9

¹⁰ BARRANCO AVILÉS, M.C; VICENTE ECHEVARRÍA, I.: *La discriminación por razón de edad en España: Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en Derechos*, op. cit.pág. 22.

edad”¹¹. La observación general N° 14/2000 del CDESC, relativa al *Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*¹², afirma que los Estados deben tomar medidas para garantizar la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos, ahorrándoles dolores evitables, debido al aumento de la prevalencia de enfermedades crónicas.

3.2. Los fundamentos del derecho europeo a la igualdad y no discriminación por razón de edad

En el ámbito del Derecho Europeo, tanto el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) como en el Tratado de su Funcionamiento (TFUE), se reconoce la igualdad como valor básico y de obligado cumplimiento para todos los Estados miembros. En concreto, el TUE declara en su artículo 3.3, el compromiso de la UE en la lucha contra la exclusión social y la discriminación, con el derecho a la igualdad de la ciudadanía (art. 9) y recoge el mandato dirigido a luchar contra toda discriminación que pueda estar basada, entre otros motivos, por razón de sexo o edad (art. 10 TUE).

Del mismo modo, el TFUE recoge en su artículo 8, referencias expresas a la eliminación de las desigualdades entre el hombre y la mujer, al tiempo que faculta a la UE a adoptar acciones encaminadas a luchar contra la discriminación basada en motivos de sexo, discapacidad, edad, entre otros (art. 19).

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) preconiza en su artículo 20 los principios de igualdad y prohibición de discriminación, recogiendo su artículo 21, una amplia serie de causas de discriminación, entre las que se menciona explícitamente el criterio de edad, que permite incluso el reconocimiento de la discriminación múltiple, que se produciría como resultado de la confluencia simultánea de varios factores de discriminación. El artículo 25, relativo a los derechos de las personas mayores establece: “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”. Posteriormente, el artículo 35 reconoce el derecho a la prevención sanitaria y a la asistencia sanitaria en las condiciones que sean establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales.

En el sistema europeo, la preocupación por garantizar este derecho a la igualdad, sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación basada en la edad, se puso de manifiesto en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la promoción de los derechos de las personas mayores de 2014¹³. Este documento establece una serie de principios orientados a promover, proteger y asegurar la efectividad y la igualdad en el disfrute por parte de las personas mayores de los derechos reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la Carta Social Europea revisada. Entre otros, incluye la referencia a la no discriminación, en torno a la cual se señala que los Estados deberían considerar incluir explícitamente la edad como fundamento prohibido. El texto se refiere además a la autonomía y participación, a la protección de la violencia y el abuso, protección social y empleo, cuidado, y administración de justicia.

Posteriormente, tras la debilidad evidenciada por nuestro sistema de derecho europeo a la hora de garantizar los derechos de las personas mayores en la situación de crisis sanitaria

¹¹ INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES (IMSERSO), *Informe Las Personas Mayores en España*, Madrid, 2006, pág. 284.

¹² Disponible en <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf> (consulta de 8 de mayo 2024).

¹³ Recomendación CM/Rec (2014) 2 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores, adoptada por el Comité de Ministros el 19 de febrero de 2014 durante la 1192ª reunión de viceministros. Disponible en https://fiapam.org/wp-content/uploads/2014/05/cmrec_2014_2_es.pdf

experimentada por nuestras sociedades, se adoptó la Resolución 2020/2008(INI) del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2021, sobre el Envejecimiento del viejo continente: posibilidades y desafíos relacionados con la política de envejecimiento después de 2020¹⁴.

Sin embargo, pese a este reconocimiento formal al máximo nivel de que goza el derecho a la igualdad y no discriminación en el ámbito de la UE, no todas las políticas de la Unión dirigidas a las personas mayores, superan en nuestros días el test de estar libres de edadismo y, por tanto, responden a un enfoque basado en el reconocimiento efectivo de sus derechos¹⁵.

Ocurre incluso, que muchas de las desventajas que afectan a estas personas mayores, no se cuestionan como infracciones del principio de igualdad porque la percepción social justifica las exclusiones o las restricciones que les provocan, y de esta forma, no se aplica el test de proporcionalidad que se requiere en nuestro contexto europeo para justificar un tratamiento diferenciado¹⁶. Al mismo tiempo, el edadismo provoca que el nivel de quejas y reclamaciones sea bajo, puesto que son las propias personas mayores las que no reconocen ser objeto de discriminación, por esta percepción social e individual que, como venimos poniendo de manifiesto, se encuentra tan aceptada de las situaciones de edadismo.

Un documento que sí adopta una perspectiva adecuada en el tratamiento de estas situaciones es el Pilar Europeo de Derechos Sociales¹⁷. Entre los veinte principios que aparecen enumerados en este instrumento, algunos aparecen referidos se refieren específicamente a las personas mayores, pero, aun sin una referencia expresa, hay principios especialmente relevantes en relación con las personas mayores y las dificultades específicas que encuentran en el ejercicio de sus derechos. Y en este ámbito se reconoce el principio 18, relativo al Derecho a los cuidados de larga duración¹⁸, sobre la base del cual, se ha elaborado la Estrategia Europea en materia de Cuidados¹⁹. El principal problema es que estos veinte principios incorporados en el Pilar Europeo de Derechos Sociales expresan un compromiso político, pero no son vinculantes para los Estados ni para las instituciones europeas.

3.3. Fundamentos del derecho a la salud en el ámbito del Derecho Europeo

Por lo que respecta al tratamiento que merece el derecho a la salud en el ámbito del Derecho Europeo, es el artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), el encargado de garantizar su protección²⁰. Posteriormente, el artículo 35 garantiza la protección a la salud como derecho social de prestación universalista a toda persona en los términos y

¹⁴ DOCE C 99/122 de 1 de marzo 2022.

¹⁵ Así por ejemplo, las Directivas antidiscriminatorias, que obligan a los Estados miembros, sólo contemplan la prohibición de discriminación por razón de edad en relación con el empleo y la ocupación y sin embargo, no se contempla en relación al acceso a los sistemas de salud. De ello podríamos entender que pervive una cierta visión basada en la dimensión económica o mercantilista en el tratamiento de esta cuestión y no tanto, desde la perspectiva de los derechos humanos.

¹⁶ BARRANCO AVILÉS, M.C; VICENTE ECHEVARRÍA, I.: *La discriminación por razón de edad en España: Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en Derechos*, op. cit, pág. 14

¹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el establecimiento de un Pilar Europeo de Derechos Sociales COM/2017/0250 Final. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52017DC0250>

¹⁸ 18. Cuidados de larga duración: “Toda persona tiene derecho a cuidados de larga duración asequibles y de buena calidad, en particular de asistencia a domicilio y servicios comunitarios.”

¹⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre La Estrategia Europea en materia de Cuidados COM/2022/440 final.

²⁰ Según el cual: “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de la responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas endémicas y otras, así como los accidentes

condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales²¹, configurándose con una dimensión compleja en cuanto a su contenido, que excede del ámbito exclusivo de la asistencia sanitaria para extenderse al amplio entramado de la salud pública, donde encuentran acogida todas aquellas condiciones sociales, ambientales y espaciales que influyen en la buena salud en las sociedades europeas²².

En base a esta caracterización que se realiza del derecho a la salud, como derecho social de solidaridad, se impone a los poderes públicos que arbitren las medidas necesarias para garantizar el acceso a los servicios y prestaciones que conduzcan a su plena satisfacción para el conjunto de la sociedad. De ello, a su vez, se hace derivar la necesidad de que la racionalidad económica del gasto público dirigida a la satisfacción de este derecho, se alinee junto a la racionalidad social.

De esta forma, la política sanitaria en el ámbito de la Unión Europea debe promover y proteger la salud entre una población que envejece, correspondiendo a los Estados la competencia en este ámbito, sin que resulte admisible ningún tipo de discriminación que pueda actuar como menoscabo de este derecho²³. Sin embargo, en la práctica, son precisamente estos factores de discriminación, como venimos poniendo de manifiesto, como pueden ser el factor sexo o edad, los que de hecho suponen un fuerte obstáculo al pleno disfrute del derecho a la salud en condiciones de igualdad.

4. Tutela antidiscriminatoria desarrollada contra el edadismo

4.1. Formas de discriminación directa, indirecta y múltiple

La tutela antidiscriminatoria abarca tanto la discriminación directa como la indirecta. En la primera modalidad, para que resulte admisible la diferencia de tratamiento dispensado es necesario aplicar por el intérprete judicial los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la hora de identificar la causa objetiva y razonable que avala la diferencia de trato, descartando así el trato discriminatorio directo²⁴.

Un ejemplo de este tipo de discriminación directa basada en criterios de edad, en el que trata de restringirse el acceso a la asistencia sanitaria, lo encontramos en el caso resuelto por la Sentencia del Juzgado de lo Social de Valladolid de 24 de octubre de 2022, (EDJ 761350)²⁵. Se trata de una demanda interpuesta por una mujer que padece esclerosis múltiple y mayor de 60 años, que solicita el cambio de medicación con el que ha venido siendo tratada y que sea sustituido por otro tratamiento. Esta solicitud le fue denegada, argumentando razones de edad, al no reunir los requisitos fijados en el Informe de Posicionamiento terapéutico del medicamento solicitado, que fija una edad de 55 años para el acceso al mismo y también en base a argumentos económicos, por entender la autoridad sanitaria que la prescripción de este medicamento, podría suponer una alteración del equilibrio económico financiero del sistema de salud.

²¹ En concreto, se reconoce en este artículo 35: “Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”.

²² MONEREO PÉREZ, J.L.: “Fundamentos del derecho fundamental a la salud en los sistemas europeos”, *Revista de Seguridad Social Laborum*, op. cit., pág. 24.

²³ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Fundamentos del derecho fundamental a la salud en los sistemas europeos”, *Revista de Seguridad Social Laborum*, op. cit., pág. 17

²⁴ En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha extendido la lista de causas de discriminación, apreciando también en ocasiones la enfermedad (STJUE de 1 de diciembre de 2016, Asunto C-395/15, Mohamed Daouidi) o la obesidad (STJUE de 18 de diciembre de 2014, Asunto C-354/13 FOA).

²⁵ Sentencia extraída de Redacción Lefebvre “Discriminación por razón de edad o edadismo”, *El Derecho.com* disponible en <https://elderecho.com/la-discriminacion-laboral-por-edad#66a31a142f480>

El Juzgado entiende en su sentencia que el informe terapéutico carece de fuerza vinculante, al no tratarse de norma jurídica, y al mismo tiempo, que no cabe admitir las razones económicas expuestas como determinantes para la denegación de acceso al medicamento solicitado, ni tampoco se ha logrado demostrar que su prescripción suponga la argumentada alteración del equilibrio económico del sistema de salud. Por tanto, entiende que no concurren fines constitucionalmente protegidos que impongan el sacrificio por razones de edad, del derecho fundamental de la paciente de acceso a los servicios de salud, concretado en este caso en el acceso al medicamento solicitado.

En los supuestos de discriminación indirecta, ésta viene provocada por disposiciones o prácticas aparentemente neutras, pero cuya aplicación suponen situar en desventaja a un colectivo frente a otro. Por tanto, en estos casos, se trata de reaccionar frente a un tratamiento jurídico formalmente neutro, del que derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que provocan sobre los miembros de uno y otro colectivo²⁶.

Otra forma de discriminación que puede ser directa o indirecta pero que, en todo caso, supone un trato desfavorable es la discriminación múltiple o interseccional. La discriminación múltiple hace referencia a una situación en la que varios motivos de discriminación interactúan al mismo tiempo, de forma que son inseparables, como puede ser, por ejemplo, la edad, la discapacidad, el origen étnico o social, el género, etc., produciendo una forma única y nueva de discriminación, que implica que dichos motivos no puedan analizarse de forma separada.

Aunque sin utilizar esta denominación, existen pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que reconocen la vulneración múltiple del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950. Entre estos cabe citar la Sentencia de 24 de julio de 2012, *B.S. contra España*, en la que se advierte la confluencia de discriminación basada en el origen étnico y en la condición de mujer, por no investigar una denuncia de maltrato policial, y la Sentencia recaída en el Asunto *Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal*, de 25 de julio de 2017, en la que se reconoce la existencia de discriminación basada en este caso en los factores de sexo y edad, debido a la reducción practicada indebidamente por daños sufridos durante una intervención ginecológica, por haber superado la paciente los 50 años de edad.

En el ámbito interno de nuestro país esta misma situación de discriminación múltiple es apreciada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 3/2018, de 22 de enero (BOE 21 de febrero 2022), al entender concurrente la discriminación por discapacidad y por edad que produce como resultado que la afectada se vea excluida de la atención sanitaria que precisa como resultado de la discapacidad psíquica que padece.

En estos casos, la interseccionalidad no se produce por la simple concurrencia simultánea en el tiempo de dos o más factores de discriminación. Por el contrario, para apreciar su concurrencia, cabe exigir que se fundamente en estereotipos sociales negativos que afectan a esa intersección, describiendo un resultado final, particular y propio, consecuencia de la sincrónica actuación de dos o más factores discriminatorios concurrentes²⁷.

²⁶ BARRERO ORTEGA, A.: "La tutela antidiscriminatoria en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea" MORALES ORTEGA, J.M. (Dir.): *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión social*, Laborum, 2022, pág. 43-57.

²⁷ ABRIL STOFFELS, R.: "El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, 2013, pág. 309-326

Por el momento, ni el derecho de la UE ni tampoco en la mayoría de los Estados miembros, se establecen fórmulas jurídicas capaces de luchar y hacer frente a estas fórmulas de discriminación múltiple²⁸.

4.2. La discriminación múltiple por razón de edad y sexo en el ámbito de la asistencia sanitaria

Esta discriminación múltiple se produce con suma frecuencia en el ámbito de la asistencia sanitaria, y sería ésta precisamente la que afecta a las mujeres integrantes de la población de edad avanzada, postergándolas y situándolas en peores condiciones de acceso a esta asistencia o a los servicios incluidos en la misma, en relación con los hombres que integran este mismo grupo de edad, y a su vez, en relación con otros colectivos de mujeres no mayores²⁹.

En este sentido, de las evidencias científicas de que se disponen en este ámbito se desprende que los hombres mayores “se les hacen generalmente exámenes más completos y se les aplica un mayor seguimiento y una mayor atención, en comparación con las mujeres; y que los hombres tienen también una mayor probabilidad de que se les proporcione una atención preventiva” en comparación con las mujeres que integran este colectivo³⁰.

A su vez en este ámbito, la pervivencia de normas patriarcales y la imposición social por el mantenimiento de la juventud provocan un deterioro más rápido de la salud de las mujeres mayores, en comparación con los hombres, lo que genera desventajas específicas y agravadas para las mujeres de edad. En este sentido, a menudo se espera que las mujeres mayores sigan desempeñando funciones de cuidados mientras dejan de lado su propio bienestar, su salud física y mental y su independencia. Las mujeres mayores también se ven afectadas de forma desproporcionada por algunos problemas de salud, como la depresión. Su salud sexual y reproductiva puede dejar de recibir atención por el mero hecho de que ya no se encuentran en edad reproductiva³¹.

Sin embargo, este tipo de situaciones difícilmente llegan a ser denunciadas por las afectadas y, por tanto, son muy escasos los pronunciamientos judiciales que han tenido ocasión de abordar este tipo de discriminaciones que se producen y que llegan a condicionar el ejercicio del derecho a la salud.

5. Actuaciones contra el edadismo y el sexismo llevadas a cabo en el ordenamiento jurídico español

5.1. Tratamiento constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación

Por lo que respecta al tratamiento que recibe el edadismo en nuestro país, es necesario recordar que la Constitución reconoce el principio de igualdad como valor supremo que informa todo nuestro ordenamiento jurídico, al proclamar en su artículo 1.1 que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento, entre otros, la igualdad.

²⁸ Existe en este sentido un proyecto de Directiva horizontal que, por el momento, aún no ha visto la luz, con la consiguiente dificultad para la ciudadanía europea pueda hacer valer sus derechos en aquellos casos en que se encuentran ante estas situaciones de discriminación múltiple.

²⁹ HERRANZ GONZÁLEZ, R.: “El edadismo y la discriminación por edad y sus clases” en AAVV, *La discriminación por edad de las personas mayores: las múltiples caras del edadismo*, op. cit. pág. 42

³⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Informe Mundial sobre Edadismo, 2021, op. cit., pág. 12.

³¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Informe de la experta independiente Claudia MAHLER sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, en cumplimiento de la Resolución 14/42, 2021*, considerando 53 y 54.

Posteriormente, es el artículo 14 C.E el encargado de proclamar el derecho a la igualdad y no discriminación, por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, añadiendo la cláusula abierta relativa a “cualquier otra circunstancia personal o social”. Fue el Tribunal Constitucional, a través de su Sentencia TC 75/1983, de 3 de agosto, (BOE 18 de agosto de 1983) el que, por vía interpretativa, incluyó la edad como causa de discriminación en esta cláusula genérica del art. 14 C.E

De esta forma, siguiendo a este artículo 14 CE, la discriminación conlleva una diferencia de trato que menoscaba el disfrute de ciertos derechos al sujeto sobre el que actúa, llegando a afectar a su propia dignidad y a los derechos inherentes a la persona.

De entre los motivos de discriminación, el que hace referencia a la discriminación que sufren las mujeres es la más antigua y la más extendida aún en nuestros días, y por ello, la que ha venido mereciendo una respuesta más incisiva, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, puesto que tiene la capacidad de provocar otras causas con el mismo efecto peyorativo contra las mujeres³². Es tal su arraigo que aún en nuestros días no ha logrado vencerse esta tradicional discriminación y por tanto, no resulta posible reconocer el logro de la igualdad real entre hombres y mujeres en el conjunto de roles y atributos asignados universalmente a una persona, en función del sexo al que pertenece, con lo que la diferencia sexual sigue perviviendo como diferencia social y cultural aun en nuestros días³³.

Precisamente, con el propósito de avanzar en la conquista de esta igualdad real y efectiva de las mujeres respecto de los hombres, se aprobó en nuestro país la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello sanciona tanto la discriminación directa como la indirecta³⁴ que tengan su origen en el factor sexo.

Por lo que respecta al tratamiento que recibe el colectivo de personas mayores en nuestro país, se trata de uno de los colectivos directamente reconocidos en nuestra Constitución, junto con otros, como es el caso de “los niños” (art. 39.4CE), “los trabajadores españoles en el extranjero” (art.42 CE), o “las personas con discapacidad” (art.49 CE). De este modo, nuestra C.E reconoce que pueden afectarle problemas específicos y plantea soluciones y derechos a nivel constitucional. De esta forma disfrutarían de lo que se ha dado en denominar “derechos específicos de grupo”, definidos como “aquellos cuya titularidad reside en el individuo en función de su pertenencia a un determinado grupo, protegiéndose intereses individuales, pero en un ámbito colectivo concreto”³⁵.

En el derecho español la edad legal a partir de la cual una persona es considerada mayor, coincide con la edad de 65 años, con una clara influencia, por tanto, respecto a la edad tradicional a la cual las personas han venido pasando a la situación de jubiladas y con ello, a devenir dependientes del sistema de prestaciones derivadas del régimen de Seguridad Social al que habían cotizado durante su vida activa.

³² MONEREO PÉREZ, J.L. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, nº 4, 2022, págs. 11-42.

³³ CASAS BAAMONDE, M.E.: “La igualdad de género en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho Social*, nº 88, 2020, pág. 14.

³⁴ Esta discriminación indirecta se entiende como “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ponen a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados” (art. 6.2 LOIEMH).

³⁵ HERRANZ GONZÁLEZ, R.: “El edadismo y la discriminación por edad y sus clases” en AAVV, *La discriminación por edad de las personas mayores: las múltiples caras del edadismo*, op. cit., págs. 32-49.

Sin embargo, seguir utilizando actualmente esta edad cronológica para determinar el colectivo de personas mayores, no parece ya que tenga mucho fundamento jurídico, derivado entre otros muchos motivos, del propio retraso progresivo que nuestro ordenamiento jurídico viene estableciendo respecto a la edad que determina el acceso a esta situación de jubilación con posibilidad de alcanzar el 100% de la pensión contributiva³⁶. En este mismo sentido, Informe Mundial sobre el Envejecimiento y la Salud publicado por la OMS en 2015 ya mostraba, en palabras de la entonces Directora General, Margaret Chan, cómo “la pérdida de capacidad generalmente asociada con el envejecimiento solo se relaciona vagamente con la edad cronológica de una persona”. En el mismo informe se plantea que es la separación rígida entre las distintas etapas vitales por las que atravesamos las personas, la consecuencia de los estereotipos que tenemos asociados a las personas adultas mayores y, por tanto, son los que generan la discriminación que afecta a estas personas. De este modo, es la propia discriminación la que construye al grupo.

5.2. Tratamiento de la discriminación por razón de edad en la Ley 15/2022

Desde el ordenamiento jurídico, la lucha contra el edadismo debe partir de actuaciones legislativas que desarrollen la prohibición de discriminaciones e inequidades basadas en el factor edad.

Precisamente, a este propósito responde la Ley 15/2022, de 12 de julio, de Igualdad de Trato y no discriminación³⁷. Esta ley se inscribe en el objetivo amplio, manifestado en su propio Preámbulo, consistente en “crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos”. Incorpora, además, a nuestro ordenamiento los elementos más desarrollados del derecho antidiscriminatorio y de la promoción de la igualdad en los textos internacionales y, particularmente, en los europeos, debidamente aquilatados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la idea de consolidar el reconocimiento efectivo del principio de igualdad y establecer “nuevas garantías” para su disfrute³⁸.

En su Exposición de Motivos se recoge expresamente la petición del Parlamento Europeo dirigida a que los Estados miembros intensifiquen la lucha contra todo tipo de discriminación que se recoge en su Resolución sobre la situación de los Derechos Humanos en la Unión Europea, en la que se solicita a la UE y a sus Estados, incluir la discriminación múltiple en sus políticas. Por tanto, tal y como indica la propia norma, no se dirige tanto a reconocer nuevos derechos sino a garantizar los ya existentes³⁹. Sin embargo, algunas de sus previsiones siguen sin desarrollarse aun en nuestros días, como la relativa a la creación de una Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y no Discriminación que asegure su adecuada implementación.

³⁶ Para un análisis detallado de las consecuencias que supone, desde la perspectiva de género, el retraso progresivo y el endurecimiento de los requisitos para el acceso a esta pensión de jubilación y, en particular, de las medidas que las últimas reformas han introducido para compensar la posición de desventaja en la que se encuentran las trabajadoras, derivada de su posición en el mercado de trabajo, *Vid.* VILLAR CAÑADA, I. M.: “La última –por el momento– reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n° 477, 2023, págs. 95-122.

³⁷ BOE 13 de julio 2022.

³⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, *op. cit.* pág. 35.

³⁹ MATEOS Y DE CABO, O.I.: “La discriminación en la normativa internacional, constitucional y la legislación específica española”, AAVV: *La discriminación por edad de las personas mayores: las múltiples caras del edadismo*, Imsero, 2022, pág. 5-30.

Por lo que respecta al contenido de su articulado, su artículo 2.1 reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá por tanto en nuestro país ser discriminado por razón de “nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. De esta forma, junto a los más tradicionales motivos de discriminación, introduce también otros más novedosos, basados en la enfermedad, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos.

En su artículo 2.3 reconoce que “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”. Se incluye, por tanto, la enfermedad o la condición de salud como causa expresa de discriminación.

Por tanto, esta Ley 15/2022 recalca específicamente en su artículo segundo que nadie podrá ser discriminado por razón de edad y se refuerza esta idea en el concreto ámbito sanitario. De esta forma, este precepto resulta bien expresivo de la preocupación por la más que posible violación de derechos a la atención sanitaria de las personas mayores que se produjo en nuestro país durante la pandemia, tratando de sentar las bases jurídicas para que este tipo de situaciones no puedan volver a reproducirse en el futuro⁴⁰. En este sentido, si bien el edadismo no es la principal preocupación de esta norma, sí que supone un importante avance el hecho de que se contemple esta específica forma de discriminación, incluyendo una serie de sanciones que garanticen las condiciones básicas en materia de igualdad de trato y no discriminación⁴¹.

Por su parte, el art. 6 de la Ley 15/2022, recoge el concepto de discriminación directa e indirecta, que ya se había establecido la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, tratando ahora de completar qué debemos entender por cada una de ellas. Así, tratándose de la discriminación directa, comprende aquella situación en la que se puede encontrar una persona o el grupo en el que se integra, a la hora de que pueda originar un trato menos favorable, que el que se produce en otras situaciones análogas o comparables.

La discriminación indirecta se entiende que se produce “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras”, debida a las causas previstas en el art. 2.1 de esta Ley.

Por último, debemos entender que estamos ante una discriminación múltiple e interseccional en el caso de que una persona sea discriminada, al mismo tiempo o de forma conjunta, por dos o más de las causas que se prevén en la Ley 15/2022⁴².

⁴⁰ Fundación Helpage Internacional España, *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud*, 2023, pág. 85 y ss. En este informe se señala que el derecho de acceso a servicios y prestaciones sanitarias sin discriminación resultó gravemente afectado en el caso de las personas residentes en centros de mayores durante la primera ola de la pandemia sufrida en el año 2020, debido a que no fueron trasladados a los hospitales, por aplicación de las recomendaciones y protocolos que se establecieron y que priorizaban en el acceso a recursos sanitarios, sobre la base de criterios de edad, discapacidad o el estado de salud de las personas que pudieran requerirlos.

⁴¹ HERRANZ GONZÁLEZ, R.: “El Edadismo o discriminación por edad y sus clases”, *op. cit.* pág. 37

⁴² Así, esta norma define en su artículo 6.3 letra a) la discriminación múltiple “cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley” y en la letra b) de este mismo precepto se refiere a la discriminación interseccional como aquella que se produce cuando concurren o interactúan diversas causas, generando una forma específica de discriminación. Por tanto, en ambos casos actúan varias causas de discriminación, pero en el caso de la discriminación interseccional, la confluencia de discriminaciones genera una forma distinta de discriminación, que permite ser distinguida de la mera suma de las discriminaciones.

6. Edadismo y su impacto sobre la salud de las personas mayores

6.1. Principales manifestaciones del edadismo en los sistemas de salud

Pese a la construcción jurídica con la que nos hemos dotado tanto en el ámbito internacional, como europeo, como también en nuestro propio ordenamiento, para poner freno a estas situaciones de discriminación basadas en el factor edad, que impiden el disfrute a las personas mayores del derecho a la salud en condiciones de igualdad, lo cierto es que el edadismo está muy presente en nuestros días. En concreto, se estima que a nivel internacional una de cada dos personas son edadistas contra las personas mayores. En España, el 45% de la población ha percibido discriminación hacia las personas mayores⁴³.

En concreto, en el ámbito de la salud conlleva serias consecuencias sobre el bienestar y la salud física, emocional y mental de las personas de edad avanzada, con las consiguientes repercusiones en su calidad de vida. En este contexto de los servicios de salud, los efectos que se hacen derivar de estos estereotipos, prejuicios y discriminaciones que experimentan las personas mayores, llegan a restringir en muchos casos, su propio acceso a la asistencia sanitaria, al diagnóstico y tratamiento, y se asocian significativamente con peores condiciones de salud, reducción de la esperanza de vida, baja calidad de vida y bienestar, una recuperación más lenta después de sufrir una causa de discapacidad⁴⁴, conductas de riesgo para la propia salud, malas relaciones sociales, enfermedades físicas, mentales y deterioro cognitivo⁴⁵.

En este sentido, los estudios científicos que abordan esta problemática en el concreto acceso a los sistemas de salud han puesto de manifiesto que a las personas mayores, cuando utilizan estos servicios, se les realizan menos investigaciones diagnósticas, se les restringe el acceso a camas de Unidades de Cuidados Intensivos, y a diferentes tratamientos e intervención quirúrgica y que, también, en general, reciben una atención inadecuada, que se manifiesta mediante el uso de lenguaje inapropiado por parte de los profesionales de la salud. Incluso estas actitudes edadistas llegan a afectar a los propios familiares de las personas mayores, provocando así que reciban menos apoyo psicológico, lo que denota el sesgo etario en la prescripción de estos servicios sanitarios⁴⁶.

Otro de los efectos del edadismo en el ámbito de la salud, se manifiesta en la escasa atención que ha venido recibiendo la investigación científica encaminada a poner de manifiesto, precisamente, sus principales repercusiones en este ámbito de la salud⁴⁷.

En este sentido, es necesario tener en cuenta que las personas mayores no constituyen un grupo homogéneo, sino que, sobre las mismas, influyen al mismo tiempo otras variables que determinaran su grado de salud, sus condicionamientos sociales y económicos y las aportaciones que pueden realizar al conjunto de la sociedad. La escasez de datos fiables y de investigaciones que existe sobre este parte de la población a nivel mundial, contribuye a perpetuar la situación de invisibilidad y exclusión que padece una gran parte de ésta. Tal y como pone de manifiesto

⁴³ ONU: *Informe Mundial sobre edadismo* op. cit. pág 10.

⁴⁴ WYMAN MF, SHIOVITZ-EZRA S, BENDEL J.: *Ageism in the Health Care System: Providers, Patients, and Systems*. Ayalon L, Tesch-Romer C, (edit.). *Contemporary Perspectives on Ageism*. New York, Sheying Chen Pace University; 2018. Pág. 193-212. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-73820-8>

⁴⁵ CHANG ES, KANNOTH S, LEVY S, WANG SY, LEE JE, LEVY BR.: "Global reach of ageism on older persons health: A systematic review", *PLoS One*. 2020,15(1). <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0220857>

⁴⁶ ARAÚJO PO, SOARES IMSC, VALE PRLF, SOUSA AR, APARICIO EC, CARVALHO ESS.: Ageism directed to older adults in health services: A scoping review. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*. 2023, <https://doi.org/10.1590/1518-8345.6727.4020>

⁴⁷ LLOYD-SHERLOCK PG, EBRAHIM S, MCKEE M, PRINCE MJ.: *Institutional ageism in global health policy*. *BMJ*. 2016. <https://doi.org/10.1136/bmj.i4514>

la Experta Independiente de la ONU en su informe⁴⁸, las personas mayores siguen siendo en gran medida invisibles en lo que se refiere a datos y estadísticas, así como por la falta de datos desglosados. Con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación de recopilar y analizar datos e información desglosados para detectar y hacer visibles las desigualdades y las prácticas de discriminación, incluidos los aspectos estructurales de la discriminación, y para analizar la eficacia de las medidas que promueven la igualdad. Es por ello que resulta primordial impulsar la obtención de datos y el desarrollo de investigaciones en este ámbito, que incorporen la perspectiva de género y que permitan la rápida incorporación de las evidencias científicas que se obtengan, a las legislaciones internacionales e internas de los distintos Estados.

Estos datos e investigación permitirán, al mismo tiempo, sustentar el proceso de formación de los profesionales de la salud encaminado a reducir los impactos del edadismo en la tercera edad⁴⁹. Por ello, se considera necesario aumentar la formación de los profesionales de la salud en la especialidad de geriatría⁵⁰.

También como expresiones del edadismo se viene poniendo de manifiesto la exclusión abrumadora que sufren estas personas mayores de los estudios clínicos, que con suma frecuencia limitan la edad de los participantes a los 65 o 75 años, a pesar de que es más probable que sean precisamente las personas de edad más avanzada las usuarias finales de los medicamentos y tratamientos resultantes de estos ensayos y estudios clínicos.

En concreto, la Fundación Helpage España, en su *Informe relativo a la Discriminación de las personas mayores en el ámbito de la Salud*⁵¹, elaborado en 2023, detalla algunos ejemplos significativos de discriminación por edad que están presentes en nuestros servicios de salud. Entre ellos cabe destacar los que se producen:

- En el acceso y uso de los servicios de atención primaria y promoción de la salud, tales como la falta de formación específica de facultativos, la exclusión de las personas de edad avanzada de numerosos programas públicos de promoción de la salud y cribado de enfermedades, su escasa representación en programas de intervención sobre factores de riesgos conocidos, así como en ensayos clínicos o farmacológicos orientados de forma específica a la población de más edad, el trato discriminatorio dispensado en algunos servicios de urgencias y en el establecimiento de criterios de hospitalización.
- En el caso de acceso a unidades especiales y alta tecnología, se denuncia la persistencia de criterios etarios para determinar qué personas pueden tener acceso a servicios de IVI, UCI y unidades coronarias. Así mismo, se pone de manifiesto el tradicional descarte, que aún pervive en base a estos criterios etarios, y que lleva a denegar el acceso a programas de diálisis crónica a las personas de edad avanzada, en las dificultades que enfrentan para acceder a técnicas diagnósticas completas, en el campo de la imagen –CT, SPECT, PET, RNM, algunas técnicas ecográficas, etc.- en cardiología –ergometrías, Holter, ecocardiogramas, etc.- en medicina nuclear, en algunas técnicas costosas y sofisticadas

⁴⁸ ONU, Asamblea General, *Informe de la experta independiente Claudia MAHLER sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad* op. cit. considerando 86

⁴⁹ BURNES D, SHEPPARD C, HENDERSON CR JR, WASSEL M, COPE R, BARBER C., et al. :Interventions to Reduce Ageism Against Older Adults: A Systematic Review and Meta- Analysis. Am J Public Health. 2019;109(8) [https:// doi. org/10.2105/ajph.2019.305123](https://doi.org/10.2105/ajph.2019.305123)

⁵⁰ LÓPEZ L. CHIPÍA J.: “Envejecimiento y edadismo: un problema de salud pública”, *GICOS*, 7(3), pág. 21-34 DOI: [https:// www.doi.org/10.53766/ GICOS/2022.07.03.02](https://www.doi.org/10.53766/GICOS/2022.07.03.02)

⁵¹ FUNDACIÓN HELPAGE INTERNACIONAL ESPAÑA, *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud*, 2023, Pág. 42 y ss.

de laboratorio, en la práctica de biopsia diagnóstica sobre determinados órganos, como el riñón, en los criterios para acceder a algunas técnicas endoscópicas.

- En el caso de procedimientos terapéuticos, se denuncia la marginación que afecta con frecuencia a las personas mayores a la hora de conseguir su consentimiento informado, la aplicación de criterios de edad que les lleva a quedar excluidas de algunas intervenciones quirúrgicas. En especialidades como la oncología son excluidas sistemáticamente de numerosos protocolos diagnósticos y/o terapéuticos, tales como cirugía, radio o quimioterapias.
- En el ámbito de la terapia farmacológica, estos criterios etarios determinan que no se prescriban fármacos de eficacia comprobada en algunos procesos que afectan a personas de edad avanzada, así como la exclusión de tratamientos anticoagulantes.
- La especialidad geriátrica no está presente en muchos de los hospitales españoles, ni siquiera existe en todas las provincias de nuestro país, ni en todas las Comunidades Autónomas. La importancia de contar con una mayor implantación de esta especialidad y con mayor formación del personal sanitario tanto médico como enfermero en la misma, resulta fundamental para prestar la mejor atención sanitaria posible a las personas mayores, libre de estereotipos y perjuicios edadistas.
- El edadismo en el sistema sanitario también provoca que la prevención de determinadas enfermedades comunes en las personas mayores y su adecuado tratamiento no se produzca de forma correcta. Esto resulta especialmente palpable en los accidentes cardiovasculares o ictus, cuya probabilidad aumentan a partir de los 55 años de edad⁵².
- Otro ámbito en el que también influyen estas actitudes edadistas en la salud afectan a la salud sexual de las personas mayores, ya que la idea preconcebida de que no existe sexualidad a estas edades, hace que no se pregunten a las personas mayores por su actividad sexual y por tanto no se detecten a tiempo enfermedades de esta tipología. Esto está provocando un aumento de las enfermedades de transmisión sexual entre las personas mayores en nuestro país.

Son muy intensas y variadas como vemos, las repercusiones que conlleva el edadismo en el derecho a la salud de las personas mayores, que en situaciones extremas no se limita a una atención más deficiente, sino que llega a suponer una limitación en el acceso a servicios o tratamiento de salud en base a criterios de edad, lo que en definitiva, se traduce en una limitación del propio derecho fundamental a la vida, en base a estos criterios⁵³.

Se trata ni más ni menos que de actuaciones que someten el derecho universal y básico a la salud a fecha de caducidad.

A ello, además, hay que unir las importantes consecuencias que en términos sociales y económicos conlleva el mantenimiento de estas manifestaciones edadistas en el ámbito de la

⁵² Según el estudio denominado Previctus, la población mayor de 60 años de nuestro país, unos dos millones, presentan un alto riesgo de sufrir un ictus en los próximos años y, sin embargo, el 97% de los pacientes que lo han sufrido, no han sido adecuadamente tratados.

⁵³ INOUE, S.K.: "Creating an anti-ageist healthcare systems to improve care for our current and future selves", Nature Aging 1 2021, Creating an anti-ageist healthcare system to improve care for our current and future selves | Nature Aging La autora hace referencia al estudio realizado antes de la Covid-19 sobre más de 9000 pacientes hospitalizados se puso de manifiesto que los profesionales de la salud tenían una probabilidad significativamente mayor de no aplicar tratamientos de soporte vital a los pacientes mayores en comparación con las personas más jóvenes. En otras ocasiones, se evidenciaba una atención insuficiente y un retraso en el acceso a servicios de salud, provocando una menor supervivencia, una peor calidad de vida, un aumento del deterioro cognitivo y funcional.

salud⁵⁴. Pese a ello, lo cierto es que aún no ha sido reconocida como una cuestión de salud pública. Precisamente, las voces autorizadas del ámbito de la salud a nivel internacional, están uniendo sus esfuerzos encaminados a que se produzca este reconocimiento a nivel internacional⁵⁵.

6.2. Instrumentos de intervención contra el edadismo en el ámbito de la salud: el decenio del envejecimiento saludable 2021-2030

La población mayor está incrementándose a un gran ritmo a nivel internacional. Se estima que, a finales de la presente década, las personas mayores de 60 años representarán el 34% de la población, alcanzando unos 1400 millones a nivel mundial, incrementándose hasta los 2100 millones en el año 2050. Por lo que respecta a nuestro país, se calcula que la población mayor en España crecerá de 9 a 12,8 millones entre el año 2021 y 2035, llegando a constituir el 26,5% del total de la población de nuestro país⁵⁶.

Sin embargo, esta mayor esperanza de vida que se registra en diferentes zonas del mundo no siempre va unido, como vemos, a una mayor calidad de vida o a gozar de mejor salud que en las épocas históricas que nos han precedido, por lo que se considera necesario evitar que siga aumentando la brecha de inequidad intergeneracional que impida aprovechar las oportunidades que genera esta mayor esperanza de vida.

Además la mayor cotas de salud entre la población de más edad, no se encuentra distribuida de manera equitativa, y sin embargo, se reconoce que gozar de buena salud en la vejez “añade vida a los años”⁵⁷. En cambio, si estos años adicionales de vida vienen marcados por malas condiciones de salud o aislamiento social, las repercusiones negativas afectan a las personas mayores y al conjunto de la sociedad⁵⁸. Y en este sentido, se reconoce que el género⁵⁹, el nivel educativo⁶⁰ y la etnia son factores que influyen decisivamente, dando lugar a trayectorias muy desiguales de envejecimiento.

La lucha contra el edadismo tiene como hito internacional la adopción en el año 2002 del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento. Posteriormente, en mayo 2016, los 194 Estados integrantes OMS, llevaron a cabo la Campaña mundial contra el edadismo para mejorar el día a día de los adultos mayores y optimizar la implementación de políticas públicas. El objetivo que perseguía esta campaña era dar visibilidad a esta situación que sufren las personas

⁵⁴ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Informe de la experta independiente Claudia MAHLER sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, en cumplimiento de la Resolución 14/42*, 2021.

⁵⁵ LÓPEZ L. CHIPIA J.: “Envejecimiento y edadismo: un problema de salud pública”, *GICOS*, 7(3), 21-34 DOI: <https://www.doi.org/10.53766/GICOS/2022.07.03.02>

⁵⁶ Fuente: SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GEREONTOLOGÍA <https://www.segg.es/actualidad-segg/2023/08/31/vania-de-la-fuente-nu%C3%B1ez-el-edadismo-se-debe-ver-como-un-problema-de-salud-publica>

⁵⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Decenio del Envejecimiento Saludable, 2021-2030*, pág. 2 Disponible en <https://www.who.int/es/initiatives/decade-of-healthy-ageing>

⁵⁸ AAVV: “Burden of disease scenarios for 204 countries and territories, 2022–2050: a forecasting analysis for the Global Burden of Disease Study 2021”, *The Lancet*, V. 403, mayo 2024, DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(24\)00685-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(24)00685-8)

⁵⁹ Así, por ejemplo, como consecuencia de las menores oportunidades que padecen las mujeres en el mercado de trabajo, cuando llegan a la edad avanzada se enfrentan a una peor situación en cuanto a la seguridad de sus ingresos y al acceso a pensiones contributivas. Además, es precisamente sobre este colectivo de mujeres mayores sobre las que recae principalmente la carga de la prestación de los cuidados en el ámbito familiar y por tanto, no remunerados.

⁶⁰ En este sentido, se reconoce que en los países pertenecientes a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), los hombres con educación universitaria pueden ver incrementada su esperanza de vida en 7,5 años más que aquellos que no poseen este nivel de estudios. En el caso de las mujeres, esta diferencia alcanza a los 4,6 años *Vid. Preventing ageing unequally*. París, OCDE, 2017 Disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/employment/preventing-ageing-unequally_9789264279087-en#page17 consultado el 10 de julio 2024.

mayores, tratando de contrarrestar estos pensamientos, actitudes y estereotipos que rodean a la edad y el envejecimiento⁶¹.

Posteriormente, este compromiso contra el edadismo queda reafirmado en la Década de las Naciones Unidas del Envejecimiento Saludable 2021-2030, alcanzado el 14 de diciembre de 2020. De esta forma, la prevención y la lucha contra el edadismo se ha convertido en una de las cuatro áreas de acción prioritarias de Naciones Unidas.

El envejecimiento saludable debe ser entendido en sentido amplio, más allá de la simple ausencia de enfermedades, y requiere una actuación integral encaminada a lograr el aumento de la capacidad funcional de las personas mayores, prestándole el apoyo necesario para que puedan tomar sus propias decisiones.

De hecho fue en la Conferencia de Beijing celebrada en 1995, cuando se adoptó esta definición de salud, más allá de la simple ausencia de enfermedad, para reconocer el derecho de las mujeres a gozar del máximo nivel de salud física y mental que resulte posible⁶², definición que, ha sido adoptada por la OMS⁶³.

Este plan de actuación de la OMS denominado Decenio del Envejecimiento Saludable, 2021-2030, es el segundo que esta Organización dedica al envejecimiento y la salud, y recoge la estrategia acordada a nivel internacional en el Plan de Acción de Madrid sobre Envejecimiento de las ONU⁶⁴, teniendo en cuenta la Agenda 2030, en cuanto a sus objetivos y calendario. Para ello, adopta un enfoque basado en los derechos humanos, que corresponden con carácter universal a toda persona y que incluyen el derecho a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental que resulte posible, a un nivel de vida adecuado, a la educación, a no sufrir violencia o abuso, a participar de la vida pública, política y cultural.

Ello exige al mismo tiempo, reconocer la capacidad de opinión de las personas mayores y su derecho a participar en el diseño y puesta en práctica de las medidas que se dirigen a esta población, con pleno reconocimiento de su dignidad y autonomía individual. Por ello se reconoce la necesidad de promover su participación activa.

En este plan de actuación tendente a conseguir el envejecimiento saludable se trata de contrarrestar los estereotipos y prejuicios existentes en torno a la edad, como carga económica para los sistemas de salud, mediante el reconocimiento de los importantes beneficios sociales y económicos que se pueden derivar cuando las personas mayores se encuentran sanas y activas⁶⁵. Por tanto, frente a la idea errónea que ha ido calando entre un amplio espectro de la población, tendente a considerar a la población de más edad como una carga económica para el sistema, es necesario poner de manifiesto que es el edadismo y las graves consecuencias sociales que conlleva, en términos de pérdida de condiciones de salud y funcionalidad de las personas

⁶¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: The Global Campaign to Combat Ageism calls on us to act together. *Nature Aging*. 2021;1(2):146. <https://doi.org/10.1038/s43587-021-00036-4>

⁶² CUARTA CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LAS MUJERES DE NACIONES UNIDAS: Beijing, China. Septiembre de 1995. C. Mujer y salud. Punto 89. Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/health.htm>

⁶³ OMS, Preámbulo de su constitución. La constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946 por los representantes de los Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Disponible en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁶⁴ Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, Madrid, España, 8-12 de abril de 2002. Nueva York, Naciones Unidas, 2002 disponible en <https://www.un.org/development/desa/ageing/madrid-plan-of-action-and-its-implementation.html> consultado el 10 de julio 2024.

⁶⁵ En concreto, se destacan distintas contribuciones en forma, por ejemplo, de pago de impuestos y al consumo de bienes y servicios, las transferencias de dinero y propiedades a las generaciones más jóvenes, así como su participación en actividades de voluntariado y colaboración en el ámbito familiar.

que lo sufren, el origen y la causa del gasto económico que supone la necesidad soportar estas consecuencias. Subyace por tanto, un importante sustrato económico, encaminado a evitar el “desperdicio económico”⁶⁶ que puede suponer prescindir de este amplio sector de la población.

El Decenio de Envejecimiento saludable dedica un gran esfuerzo en diseñar una serie de actuaciones que deben emprender los Estados miembros para asegurar la prestación de servicios de salud integral y primaria para las personas mayores⁶⁷. Para ello, se recomienda a los países miembros el desarrollo de distintas líneas de actuación, que vengán a incidir en cada una de las facetas que presenta este fenómeno del edadismo, unas de carácter legislativo, destinadas a poner freno a las discriminaciones basadas en el factor edad, y otras de carácter formativo y de sensibilización, destinadas en este caso, a luchar contra los estereotipos y prejuicios que se encuentran en la base de estas actuaciones. Entre ellas cabe destacar:

- La adopción de un enfoque basado en los derechos humanos como la mejor forma de afrontar el edadismo, especialmente en el ámbito de la salud, haciendo posible que las distintas leyes y prácticas institucionales transiten desde un modelo basado en la asistencia social hacia las personas mayores, por considerarlas frágiles, enfermas y prácticamente necesitadas de tutela, hacia un modelo basado en su consideración como sujetos de derechos, con plena vigencia, por tanto, de sus derechos a la dignidad, igualdad, autonomía durante toda su existencia, sin que quepa admitir que estos queden sometidos a una suerte de fecha de caducidad por el hecho de ir cumpliendo años.
- También se realizan propuestas de reforma de los sistemas de salud. La mayor parte de estos sistemas fueron diseñados para abordar enfermedades agudas y no están preparados para abordar afecciones crónicas o más complejas, como son las que tienden a surgir a medida que se avanza en la edad. Muchas de las actuaciones médicas para el tratamiento de estas enfermedades se basan en la aplicación de protocolos de actuación que no tienen en cuenta la capacidad funcional de las personas mayores, lo que, con frecuencia, provoca que se realicen diagnósticos erróneos.
- Por ello, se destaca que resulta fundamental la promoción de sistemas de salud que atiendan a las necesidades específicas de esta población mayor. La atención primaria es el principal punto de acceso de las personas mayores a los sistemas de salud, por lo que se considera necesario reforzar la prestación de estos servicios para garantizar a las personas mayores una atención accesible, asequible, equitativa y segura.

También desde el ámbito de la UE se ha anunciado la elaboración de una Estrategia europea de personas mayores⁶⁸, y se ha aprobado la Convención Interamericana sobre los Derechos de las Personas Mayores⁶⁹, dentro de la Organización de Estados Americanos. A su vez, en el Grupo de Composición Abierta sobre Envejecimiento (OEWSA), creado en el ámbito de Naciones

⁶⁶ MERCADER UGUINA, J.: “¿El edadismo es relevantemente similar al racismo? Y otras reflexiones relativas a la discriminación por edad”, *Foro Labos*, entrada de 4 de julio 2024.

⁶⁷ OMS, *Decenio Envejecimiento Saludable... op. cit.*, pag. 15.

⁶⁸ En concreto, a petición de la Presidencia Española del Consejo de Europa, se solicitó Dictamen al Consejo Económico y Social, con el fin de abordar los retos y oportunidades que plantea el envejecimiento demográfico de la población europea y cómo conciben los interlocutores sociales que deben ser enfocar las políticas dirigidas a esta población. Dictamen disponible en https://imsero.es/documents/20123/140652/estrategia_europea_ppmm_20230830.pdf/d52a165a-a81e-c8ef-493c-844aef904b7b (consulta 20 de julio 2024).

⁶⁹ Disponible en https://imsero.es/documents/20123/1810482/enlace29_11convencion.pdf/0d09d87a-5745-79df-7aea-c037deda6758 (consulta 20 de julio 2024).

Unidas, viene realizando una destacada labor en pro de la aprobación de una Convención Internacional por los Derechos de las Personas Mayores⁷⁰.

7. La necesidad de contemplación de las variables edad y género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales

También las manifestaciones de edadismo dejan sentir sus efectos en el ámbito específico de la prevención de riesgos laborales, con las importantes repercusiones que de ello se pueden hacer derivar sobre el derecho a la salud de las personas trabajadoras de más edad. Es por ello que consideramos necesario realizar siquiera, algunas breves referencias a este concreto ámbito de actuación.

En efecto, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales reclaman una especial atención las personas trabajadoras de edad avanzada, debido precisamente, a la mayor vulnerabilidad que presentan y la mayor propensión que se produce, a medida que avanzamos en la edad biológica, a sufrir problemas de salud. En este sentido, como hemos analizado en las páginas anteriores, la incidencia de enfermedades crónicas, degenerativas y el riesgo a sufrir determinadas patologías es proporcional al cumplimiento de años. Al mismo tiempo, el retraso progresivo en el acceso a las situaciones protegidas de jubilación y por tanto, la extensión de la vida profesional en el tiempo, conlleva una exposición más duradera a los riesgos existentes en el lugar de trabajo⁷¹.

Por tanto, cabe afirmar que la población trabajadora de mayor edad queda sometida a limitaciones físicas y psicológicas específicas, lo que reclama la necesidad de prestar una atención singular a este colectivo a la hora de realizar una adecuada planificación de la prevención de riesgos laborales en las empresas.

Sin embargo, más allá de esta reivindicación, lo cierto es que, en la práctica, el panorama de la prevención de riesgos laborales en nuestro país muestra la escasa atención que recibe el factor edad en el desarrollo de los sistemas de prevención de riesgos y, por ende, las importantes repercusiones negativas que de ello se pueden producir sobre el derecho a la salud de las personas trabajadoras de más edad.

De esta necesidad de prestar una mayor atención al factor edad en el ámbito de la prevención de riesgos laborales resulta bien expresivo V Acuerdo Nacional de Negociación Colectiva y Empleo para el periodo 2023-2025. En concreto, a esta materia aparece dedicada su capítulo VIII, donde se recogen referencias relativas al envejecimiento y a la necesidad de abordar un enfoque intergeneracional. También se aborda en este Acuerdo la gestión de la reincorporación de las personas a la actividad laboral tras un periodo de baja médica de larga duración, poniendo de manifiesto la mayor incidencia que de estas situaciones cabe esperar y, por tanto, la mayor demanda de atención sanitaria y en particular, hospitalaria, que se producirá entre la población trabajadora de más edad, como consecuencia del aumento progresivo de la edad y del endurecimiento de las condiciones para el acceso a la situación protegida de jubilación.

Es en este contexto, precisamente, cuando la causa de discriminación derivada de la denegación de ajustes razonables, establecida en la Ley 15/2022, puede llegar a desplegar todos sus efectos. Así, teniendo en cuenta esta necesidad, sería posible la adopción de medidas preventivas, tendentes a evitar la salida anticipada de estas personas trabajadoras del mercado de

⁷⁰ Vid. 14ª Sesión del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Envejecimiento de la población mundial (OEWGA), creado en el ámbito de Naciones Unidas, celebrada del 20 al 24 de mayo de 2024.

⁷¹ CHABANÉS, M.: “Los trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: análisis desde la negociación colectiva”, *Lan Harremanak*, nº 44, 2020, p. 310, pone de manifiesto la mayor incidencia que padecen las personas trabajadoras a partir de los 55 años, en los accidentes de trabajo graves y mortales. Sin llegar a estos extremos, también los días de baja médica necesarios para la recuperación de las personas trabajadoras, aumentan con la edad.

trabajo, entre las cuales, podemos considerar la posibilidad de adoptar medidas de flexibilidad interna en la empresa, que contemplen el cambio de puesto de trabajo, aquellas dirigidas a la adaptación del puesto de trabajo, reconocimientos médicos específicos o el fomento de hábitos de vida saludables por parte de las empresas, entre otras.

Junto al factor edad, la atención al género es otra de las variables específicas que deben ser contempladas para dispensar un adecuado tratamiento en el panorama de la prevención de riesgos laborales, puesto que el derecho a gozar de un entorno de trabajo seguro y saludable no podrá ser una realidad sino atendemos a la diferencia biológica existente entre hombres y mujeres⁷². De esta forma, la acción preventiva debe atender de forma singularizada a los riesgos diferenciados que afectan a las mujeres y a los hombres en todas las etapas de la vida profesional, y de manera particular, entre la población laboral de edad más avanzada.

Respecto a las actuaciones llevadas a cabo en este ámbito de la prevención de riesgos laborales a nivel internacional, destaca especialmente la labor realizada por la OIT consistente en la proclamación del derecho fundamental a un entorno de trabajo seguro y saludable, a través de la aprobación de su Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981⁷³, y Convenio 187, sobre marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006⁷⁴, que pasan a tener la consideración de convenios fundamentales, encaminados a conseguir la salud laboral real y efectiva. Posteriormente, en su reunión 349ª del Consejo de Administración de la OIT en 2023, mostró su apoyo a la Estrategia Global en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2024-2030 y al plan de acción para su aplicación, donde se menciona la perspectiva de género de forma expresa.

El Convenio 155 tuvo su repercusión en nuestra legislación española sobre Prevención de Riesgos Laborales, materializada en la Ley 1/1985, que traspone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 89/391 CEE, del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora en la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo.

Con posterioridad a la aprobación de la LPRL, tuvo lugar como hemos analizado, la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, convirtiendo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en un principio informador también en este ámbito de la prevención de riesgos laborales.

En este mismo ámbito es necesario también atender a la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo 2023-2027, aprobada como consecuencia del Marco Estratégico adoptado en el ámbito de la Unión Europea en materia de Salud y Seguridad en el Trabajo 2023-2027⁷⁵ y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁷⁶. Como objetivos de estas normas se encuentran la lucha contra la discriminación de género en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo.

Sin embargo, y pese a la valoración positiva que nos merece los esfuerzos desarrollados tanto desde el ámbito legislativo, como por parte de los interlocutores sociales, lo cierto es que la incorporación de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales sigue siendo una asignatura pendiente y mucho más cuando se trata de las trabajadoras de más edad⁷⁷.

⁷² RICO CASAL, M.: "OIT: Visibilizar la diferencia biológica hombre-mujer: clave para una real y efectiva salud laboral", *Revista de estudios jurídicos laborales y de Seguridad Social*, nº 8, 2024, pág. 193-209.

⁷³ Disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155

⁷⁴ Disponible en https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C187

⁷⁵ BOE 28 de abril 2023.

⁷⁶ Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>

⁷⁷ Así, se calcula que en España el pasado año 2023, se produjeron 14.800 casos de cáncer cuya causa principal son exposiciones a agentes cancerígenos en el trabajo. Sin embargo, en el mismo año sólo se han comunicado 94 partes de enfermedad profesional por cáncer. De esos 94 partes, sólo 3 corresponden a mujeres. Una parte de este desequilibrio

La necesidad de garantizar la seguridad y salud en el trabajo también para las personas de mayor edad, desde la perspectiva de género, es un tema que reclama en la actualidad un mayor desarrollo y atención por parte de todos los sujetos implicados, tanto públicos como privados.

8. A modo de conclusiones

Actualmente se reconoce a nivel internacional que el edadismo presenta una gran repercusión en todos los aspectos de la salud, asociándose a una menor esperanza de vida, una más deficiente salud física y mental y menos probabilidades de recuperación en caso de incurrir en causa de discapacidad. En definitiva, disminuye la calidad de vida de las personas mayores y aumenta su aislamiento social.

Estos efectos perniciosos sobre la salud de gran parte de la población en edad avanzada, lejos de superarse parecen estar incrementando su incidencia en los últimos años, debido sobre todo a las consecuencias de las crisis económicas y el aumento que las mismas conllevan sobre los prejuicios y las situaciones de discriminación. En este sentido, los efectos más perversos del edadismo quedaron al descubierto con la crisis sanitaria internacional propiciada por la Covid-19, pero se trata de comportamientos ya existentes con anterioridad y que se encuentran sumamente arraigados en el ámbito de los servicios y las políticas de salud.

Así, como expresiones de edadismo se vienen destacando cómo las personas mayores cuando acuden a los servicios de salud, son con frecuencia menospreciadas y cómo la edad cronológica puede hacer que reciban una atención de menor calidad, y al mismo tiempo, provocar que enfrenten barreras en el acceso a los recursos de salud, como intervenciones quirúrgicas, servicios de rehabilitación, prescripción de medicamentos y diferentes tratamientos, falta de asistencia, demoras injustificadas, entre otras.

En la medida en que las políticas estén impregnadas por el edadismo, las acciones que se emprendan sobre las personas mayores partirán de estos mismos estereotipos socialmente aceptados, que se basan en la consideración de estas personas construida a partir de su falta de productividad, fragilidad incapacidad y que en general, tiende a identificadas sin más con personas enfermas que representan una carga para el sistema. Estos estereotipos edadistas que identifican la enfermedad como una condición intrínseca a la vejez, lleva a prescindir de otros muchos condicionamientos que pueden estar influyendo en el estado de salud que presentan las personas mayores, dependiente de su propia funcionalidad física, su capacidad cognitiva, estado nutricional, entre otros indicadores importantes que contribuyen a determinar el tratamiento adecuado que deben recibir en cada caso concreto.

Con el fin de contrarrestar estas prácticas edadistas en el ámbito de la salud, resulta necesario que se implementen enfoques más reflexivos, centrados en las necesidades específicas que presentan las personas mayores y que se incluya la variable edad en los análisis del ciclo de vida del ser humano, en el abordaje de los aspectos fisiológicos del envejecimiento, en evaluaciones geriátricas y gerontológicas amplias orientadas por el propósito de brindar una atención basada en la promoción de la salud y la prevención de riesgos y lesiones, que contemple de forma integral a la persona de edad avanzada y su contexto social, familiar, económico y cultural.

se debe a que los agentes cancerígenos son más habituales en ocupaciones altamente masculinizadas. Sin embargo, la evidencia científica nos avisa de exposiciones en profesiones feminizadas, pero tampoco se notifican casos de cáncer profesional en estas ocupaciones, lo que conduce a afirmar que “el cáncer laboral en las trabajadoras está doblemente invisibilizado” Vid. MANCHEÑO POTENCIANO C. BAYONA PLAZA, O.: “Salud/cáncer de ovario”, *Revista Trabajadora*, nº 81, febrero 2024. Disponible en https://www.ccoo.es/noticia:687423--Salud_Cancer_de_ovario_de_Carmen_Mancheno_Potenciano_y_Oscar_Bayona_Plaza&opc_id=3f4aab5a06bf3cf965b5397fe82c277c

El informe de la OMS ha supuesto un importante hito, representando una llamada de atención sobre esta problemática que enfrentan las personas por razón de edad y abriendo así una etapa entre los distintos Estados miembros de acciones legislativas y políticas encaminadas a poner freno a esta discriminación que sufren las personas mayores en distintos ámbitos de su vida.

Por tanto, lejos de silenciar la existencia de estos enfoques y prácticas edadistas como ha venido sucediendo tradicionalmente, se hace necesario reconocer la presencia del edadismo en los servicios de salud y entre los propios profesionales sanitarios, con el fin de crear la conciencia colectiva que nos lleve a estar atentos a detectar y poder así modificar este tipo de prácticas inspiradas en estereotipos, prejuicios y discriminación por edad, así como a reclamar que la gestión de los servicios de salud fomente e implemente intervenciones formativas para los profesionales de la salud, orientadas en la lucha contra el edadismo. La evidencia demuestra que los mayores niveles de conocimiento sobre la etapa del envejecimiento se asocian con menos actitudes discriminatorias contra las personas que se encuentran en esta etapa vital.

Igualmente, resulta necesario reclamar el diseño de políticas públicas participadas por las propias personas a las que van dirigidas, que resulten coherentes con un enfoque basado en su consideración como titulares de derechos humanos y como tales, básicos y universales, con independencia de la edad cronológica que presentan, puesto que estos derechos no se encuentran sometidos a fecha de caducidad.

9. Bibliografía

- AAVV: “Burden of disease scenarios for 204 countries and territories, 2022–2050: a forecasting analysis for the Global Burden of Disease Study 2021”, *The Lancet*, V. 403, 2024, DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(24\)00685-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(24)00685-8)
- ABRIL STOFFELS, R.: “El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 44, 2013.
- ARAÚJO PO, SOARES IMSC, VALE PRLF, SOUSA AR, APARICIO EC, CARVALHO ESS. Ageism directed to older adults in health services: A scoping review. *Rev. Latino-Am. Enfermagem*, 2023, <https://doi.org/10.1590/1518-8345.6727.4020>
- BARRANCO AVILÉS, M.C. y VICENTE ECHEVARRÍA, I.: *La discriminación por razón de edad en España: Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en Derechos*, Fundación Helpage España, 2020.
- BARRERO ORTEGA, A.: “La tutela antidiscriminatoria en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, MORALES ORTEGA, J.M. (Dir.): *Realidad social y discriminación: estudios sobre diversidad e inclusión social*, Laborum, 2022.
- BURNES D, SHEPPARD C, HENDERSON CR JR, WASSEL M, COPE R, BARBER C, et al.: Interventions to Reduce Ageism Against Older Adults: A Systematic Review and Meta- Analysis. *Am J Public Health*. 2019;109(8) <https://doi.org/10.2105/ajph.2019.305123>
- BUTLER, R.: *Why Survive? Being Old in America*, Harper & Row, New York, 1975.
- CASAS BAAMONDE, M.E.: “La igualdad de género en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho Social*, nº 88, 2020.
- CHABANÉS, M.: “Los trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: análisis desde la negociación colectiva”, *Lan Harremanak*, nº 44, 2020.

- CHANG ES, KANNOTH S, LEVY S, WANG SY, LEE JE, LEVY BR.: “Global reach of ageism on older persons health: A systematic review”, *PLoS One*. 2020,15(1). <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0220857>
- FOUCE FERNÁNDEZ, G.: “¿Imaginamos un mundo sin prejuicios sanitarios contra las personas mayores?” AAVV *La discriminación por edad de las personas mayores: Las múltiples caras del edadismo*, Imsero, 2022.
- FUNDACIÓN HELPAGE ESPAÑA: Informe sobre *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud*, 2023, Disponible en <https://www.helpage.es/helpage-international-espana-publica-el-informe-la-discriminacion-de-las-personas-mayores-en-el-ambito-de-la-salud/>
- INOUE, S.K.: “Creating an anti-ageist healthcare systems to improve care for our current and future selves”, *Nature Aging* 1 2021.
- INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES (IMSERSO): *Informe Las Personas Mayores en España*, Madrid, 2006.
- LLOYD-SHERLOCK PG, EBRAHIM S, MCKEE M, PRINCE MJ.: *Institutional ageism in global health policy*. BMJ. 2016. <https://doi.org/10.1136/bmj.i4514>
- LÓPEZ L. y CHIPIA J.: “Envejecimiento y edadismo: un problema de salud pública”, *GICOS*, 7(3), DOI: <https://www.doi.org/10.53766/GICOS/2022.07.03.02>
- MANCHEÑO POTENCIANO, C. BAYONA PLAZA, O. “Salud/cáncer de ovario”, *Revista Trabajadora*, nº 81, febrero 2024. Disponible en https://www.ccoo.es/noticia:687423--Salud_Cancer_de_ovario_de_Carmen_Mancheno_Potenciano_y_Oscar_Bayona_Plaza&opc_id=3f4aab5a06bf3cf965b5397fe82c277c
- MATEOS Y DE CABO, O.I.: “La discriminación en la normativa internacional, constitucional y la legislación específica española” AAVV.: *La discriminación por edad de las personas mayores: las múltiples caras del edadismo*, Imsero, 2022.
- MERCADER UGUINA, J.: “¿El edadismo es relevantemente similar al racismo? Y otras reflexiones relativas a la discriminación por edad”, *Foro Labos*, entrada de 4 de julio 2024.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Fundamentos del derecho fundamental a la salud en los sistemas europeos”, *Revista de Seguridad Social Laborum*, nº 4 extraordinario, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 4 2022.
- OCDE: *Preventing ageing unequally*, París, OCDE, 2017 https://read.oecd-ilibrary.org/employment/preventing-ageing-unequally_9789264279087-en#page17
- OFFICER, A. AMUTHAVALLI THIYAGARAJAN J. SCHNEIDERS, M.L. NASH, P. DE LA FUENTE-NÚÑEZ V.: Ageism, Healthy Life Expectancy and Population Ageing: How Are They Related?, *Environmental Research and Public Health*, 2020, V. 17 (9) <https://doi.org/10.3390/ijerph17093159>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: Asamblea General, *Informe de la experta independiente Claudia MAHLER sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, en cumplimiento de la Resolución 14/42*, 2021.

- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: The Global Campaign to Combat Ageism calls on us to act together, *Nature Aging*. 2021;1(2):146. <https://doi.org/10.1038/s43587-021-00036-4>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Decenio del Envejecimiento Saludable, 2021-2030*. Disponible en <https://www.who.int/es/initiatives/decade-of-healthy-ageing>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: *Informe Mundial sobre el Edadismo*, 2021, Disponible en <https://iris.paho.org/handle/10665.2/55871> (consulta 10 junio 2024).
- RICOU CASAL, M.: “OIT: Visibilizar la diferencia biológica hombre-mujer: clave para una real y efectiva salud laboral”, *Revista de estudios jurídicos laborales y de Seguridad Social*, nº 8, 2024.
- VILLAR CAÑADA, I. M.: “La última –por el momento– reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 477, 2023.
- WYMAN MF, SHIOVITZ-EZRA S, BENGEL J.: *Ageism in the Health Care System: Providers, Patients, and Systems*. Ayalon L, Tesch-Romer C, (edit.). *Contemporary Perspectives on Ageism*. New York, Sheying Chen Pace University, 2018. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-73820-8>

IGUALDAD EN ACCESO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD Y CUIDADOS. EL PAPEL DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL

AGUSTÍN REOYO JIMÉNEZ

Adjunto a la secretaría de Políticas Públicas y Protección Social de CCOO

CARLOS BRAVO FERNÁNDEZ

Secretario de Políticas Públicas y Protección Social de CCOO

1. Introducción

Siempre se ha preocupado la sociedad en conocer o intentar saber cuáles son los condicionantes de o circunstancias que determinan la salud. En los años 70 del siglo pasado se realizaron varios estudios que intentaban delimitar las distintas áreas de la repercusión en la salud. El más importante y por la repercusión científica que tuvo, fue el estudio de Laframboise en 1973, pero que desarrolló y creo estrategias de actuación a partir de 1974, el Ministro de Sanidad canadiense Marc Lalonde, en el documento de “Nuevas perspectivas de salud de los canadienses”.

Se basa en una valoración holística de los determinantes en salud: Estilos de vida, biología humana, medio ambiente y sistemas de salud. En estudios posteriores durante los años siguientes se realizan valoraciones sobre la importancia de cada uno de estos grupos en mortalidad y gasto real. El sistema de salud requiere el 90% o más del gasto pero sólo repercute en un 11% en la mortalidad. Los estilos de vida, especialmente, las condiciones del medio ambiente o

las características biológicas de los individuos, resultan muchísimo más importantes como determinantes en salud que el gasto en sanidad.

Este documento sirvió para realizar un cambio en las estrategias en salud, en la valoración de priorizar la prevención y promoción de la salud, con cambios en los estilos de vida. Actualmente ya no se considera el gasto en sanidad como un determinante en salud específico y se han ido desarrollando multitud de nuevos modelos de condicionantes en salud, pero siempre desde la perceptiva de lo aportado en los años 70.

A partir de estos estudios se han aportado cada vez más propuestas y se han desarrollado criterios más amplios. Somos conscientes que todos los determinantes en salud se encuentran en interconexión, y resulta difícil poder estudiar de forma aislada los determinantes de salud clásicos.

Por eso se ha considerado el género, las cuestiones de género, como un determinante social de la salud, así lo reflejan las Organizaciones Mundial Y Panamericana de la salud (OMS y OPS). Probablemente el más importante por todas las connotaciones que representa: por distinta biología, los componentes sociales, el acceso y recursos económicos.

2. Género y Salud

2.1. Factores biológicos que implica el sexo de la persona

Es evidente que existen diferencias físicas entre los sexos, pero la diversidad del género hace que se diluyan o tengan distintas referencias. Características específicas en relación a procesos endógenos de tipo hormonal, por órganos o constitución, provocan patologías determinadas con sus consecuencias y establecidas con una mayor o menor cronificación. Como ejemplo típico, conocemos los beneficios que presentan los ciclos hormonales regulares al proteger, al menos en parte, de procesos cardiovasculares a las mujeres.

Factores socio-culturales del género

Sin embargo el género en sí mismo no es suficiente causa para diferenciar las consecuencias en salud entre hombre y mujer.

En el Informe Anual del Sistema Nacional de Salud 2019, el Ministerio de Sanidad realiza una valoración de los últimos 9 años. Se hace la siguiente referencia¹:

“Hemos mejorado las cifras en mortalidad, casi un 30% desde el 2000 al 2018, en el nivel de hospitalizaciones en enfermedades cardíacas, cerebro vasculares, diabetes, cáncer... Existe una alta prevalencia de las distintas enfermedades pero con menor grado de hospitalización y de muerte, por tanto con un alto grado de control de las distintas patologías. Aunque siguen existiendo importantes diferencias según el nivel de renta, que aún es más llamativo según el género y el nivel económico o social (mujeres de nivel social bajo)”.

Los factores sociales, culturales, económicos,... son más importantes en la incidencia y en la prevalencia de las enfermedades que el género tomado de forma aislada. Las inequidades sociales “facilitan” la aparición de enfermedades de tipo crónico con afectaciones posteriores, pero aún muestra sus peores consecuencias si ocurre en mujeres.

¹ https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/InfAnualSNS2019/Informe_SNS_2019.pdf

2.2. Acceso y control de los recursos sociales, económicos, políticos y culturales por razones de género

Desde hace más de 3 lustros la Sociedad Española de Cardiología advertía de las diferencias entre hombres y mujeres en sus características clínicas.

De forma literal el informe exponía²:

“Este informe detecta diferencias entre hombres y mujeres en el perfil clínico y demográfico y en el uso de recursos terapéuticos que explican parte de las diferencias en la mortalidad y morbilidad observadas en las mujeres, lo que es más evidente en las patologías más graves, como la insuficiencia cardíaca y, sobre todo, el síndrome coronario agudo. La mayor prevalencia de diabetes, hipertensión arterial, obesidad, enfermedades concomitantes y perfil de riesgo global en la mujer pueden influir de forma importante en esas diferencias, puesto que el papel del sexo por sí solo se diluye algo y se reduce cuando se realizan análisis multivariantes. Existen oportunidades de mejora que deben pasar por campañas dirigidas a la mujer que apuesten por la concienciación de que la cardiopatía isquémica es una enfermedad que afecta de manera tan importante a la mujer como otras incluidas ya en la mentalidad preventiva de la mujer como el cáncer de mama. Por otra parte, parecen necesarios programas que cambien la actitud de todos los ámbitos asistenciales para mejorar la identificación precoz de la mujer con SCA y conseguir la optimización de su tratamiento en la práctica real de acuerdo con las recomendaciones de las Guías de las diferentes Sociedades Científicas. Estos programas y campañas también deben hacer énfasis en el resto de las patologías relacionadas con la cardiopatía isquémica, como la insuficiencia cardíaca y la hipertensión arterial, entre otras”.

A pesar de que han pasado más de 15 años estas recomendaciones siguen vigentes en las distintas áreas: prevención, terapéuticas, investigación (ensayos clínicos específicos), acceso a las pruebas diagnósticas...

En agosto de 2018 la OMS publica un documento sobre Género y Salud³.

Aunque son recomendaciones de carácter general y a nivel mundial, no dejan de tener una absoluta vigencia en cuanto a los temas que pone de relieve:

- *Prestación de servicios*: realizar intervenciones de calidad: integradas, aceptables y basadas en datos comprobados, al tiempo que se garantiza la equidad de género en el acceso a todos los servicios (promoción de hábitos saludables, prevención y tratamiento, desde la atención primaria hasta la terciaria).
- *Información e investigación*: garantizar la recogida, el registro, el análisis y la utilización de datos desglosados por sexos para que las respuestas de los sistemas de salud se basen en datos comprobados sobre los factores determinantes y la salud de las personas, y asignar recursos en consecuencia.
- *Productos y tecnologías médicas*: garantizar el acceso equitativo de hombres y mujeres a medicamentos, vacunas y tecnologías esenciales.

² <https://www.sanidad.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/enfCardiovascMujerEspana.pdf>

³ <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>

- *Personal sociosanitario*: promover políticas y estrategias que transformen las relaciones de género, a fin de evitar los prejuicios y las inequidades relacionados con el género en el personal sanitario y de garantizar un trabajo digno para todos los profesionales sociosanitarios, e integrar la igualdad de género en la formación, la capacitación, el empleo y la progresión profesional.
- *Financiación de la atención sanitaria*: lograr el acceso universal a los servicios sanitarios al tiempo que se garantiza la equidad de género en el acceso a las estrategias de protección financiera. Promover la inclusión de la perspectiva de género en las evaluaciones de los riesgos financieros y la elaboración de presupuestos.
- *Liderazgo y gobernanza*: fomentar la buena gobernanza sanitaria y la integración de la perspectiva de género en las políticas y las estructuras de gobernanza de la salud pública, promover estrategias que tengan en cuenta las cuestiones relacionadas con el género y legislación que las favorezca en lo relativo a la capacidad de respuesta, la equidad y la eficiencia. Fomentar la paridad de sexos en los puestos directivos y asegurarse de que los sistemas de salud rinden cuentas a todos.

Seguimos solicitando la solución a los mismos problemas que se plantean desde hace años: la equidad de género en el acceso a los servicios, investigación científica centrada en los géneros con el mismo peso específico por género, acceso a las tecnologías médicas en equidad por género y edad, estrategias de salud pública específicas por género.

El personal socio-sanitario es uno de los problemas más importantes que tenemos en estos momentos en nuestra sociedad, dedicaremos un apartado específico en este documento.

2.3. Condicionantes profesionales en cuidados

En marzo de este año 2024, la OMS publica: “Participación justa en la salud y los cuidados: el género y la infravalorización del trabajo sanitario y asistencial”.

En su nota de prensa⁴ indica que las desigualdades de género están en el origen mundial del trabajo en el sector de la salud y asistencial.

Este documento hace especial mención a la atención profesional en cuidados, la suficiencia en la financiación por parte de los sistemas de salud y asistenciales, y la calidad en el empleo y sus retribuciones salariales

“El informe destaca que la falta de inversión en los sistemas de salud provoca un círculo vicioso de trabajo no remunerado en el sector de la salud y asistencial, lo que reduce la participación de las mujeres en los mercados de trabajo remunerados, perjudica el empoderamiento económico de estas y supone un obstáculo para la igualdad de género.

Las mujeres representan el 67% de los trabajadores de la salud y asistenciales remunerados en todo el mundo. Además de esta labor retribuida, se estima que llevan a cabo aproximadamente el 76% de todas las actividades asistenciales no remuneradas. Las tareas que recaen principalmente en las mujeres están, por lo general, peor retribuidas y se llevan a cabo en malas condiciones”

Retomaremos este informe cuando valoremos el empleo en cuidados en España.

⁴ <https://www.who.int/es/news/item/13-03-2024-who-report-reveals-gender-inequalities-at-the-root-of-global-crisis-in-health-and-care-work>

3. Situación actual del sistema de cuidados de larga duración

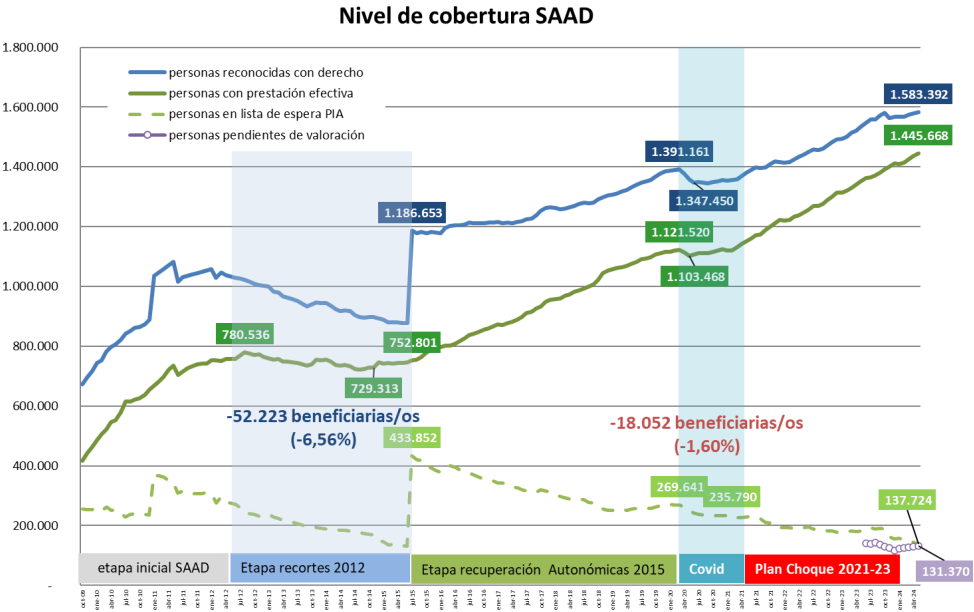
En una visión temporal de evolución de cobertura del SAAD se puede comprobar las distintas fases de nivel de cobertura en relación a las personas reconocidas con derecho (Grado reconocido) y con prestación efectiva.

En la siguiente figura se puede observar el inicial suave ascenso de cobertura en el comienzo de desarrollo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. El periodo de recortes en el 2012, así como el despunte de recuperación tras la apuesta concreta en las elecciones autonómicas del 2015 y el cambio de ciclo político que iniciaron tras la etapa de austeridad a ultranza impulsada en España y en el ámbito internacional para afrontar la crisis financiera mundial, con el agravante español de la doble crisis, al sumarse a la anterior, la inmobiliaria que, en nuestro caso, se manifestó primero. El COVID, la pandemia y las consecuencias de esta trágica etapa, pusieron en evidencia, de nuevo, al Sistema de Dependencia.

En el año 2020 se firmó, dentro de la Mesa de Diálogo Social, el “Plan de Choque para el impulso del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia”. Con una aportación económica anual de 600 millones de euros adicionales, acumulativos en los años 2020 a 2023. Se recuperaba, con ello, el Nivel Acordado, retirado desde el 2012, y se promovían mejoras en la lista de espera, compatibilidades de servicios, mejoras en las condiciones laborales de los trabajadores y en sus salarios...

A partir de este momento se puede apreciar un claro ascenso en el número de personas registradas, evaluadas y con una prestación efectiva.

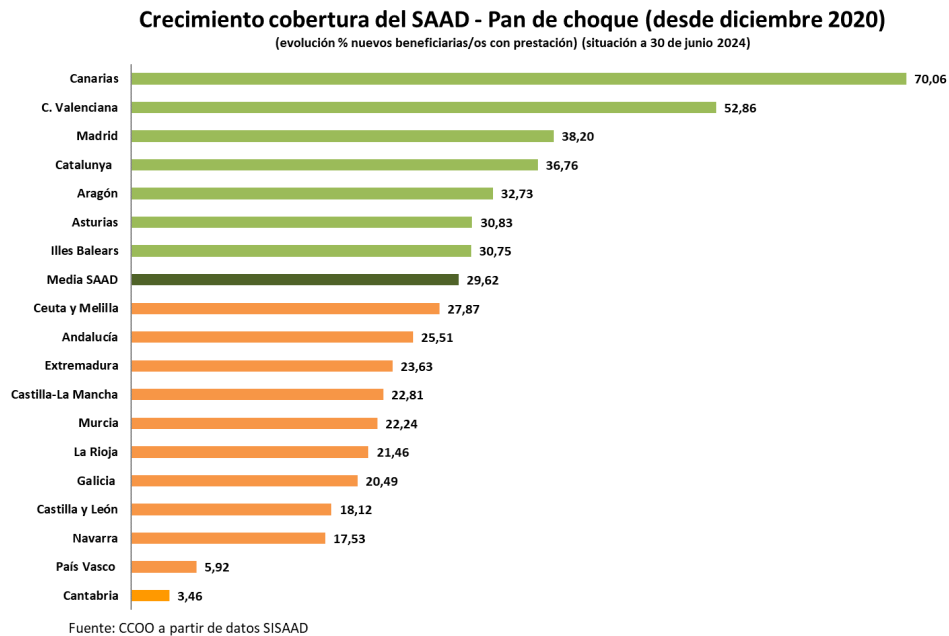
De algo más de 2.000.000 de solicitudes con una valoración de “sin grado” en un 20% de los evaluados, se han registrado en junio del 2024 1.583.392 personas que tienen reconocido su derecho a prestación y 1.445.668 personas con prestación efectiva. Este casi millón y medio de personas con ayudas o servicios para su situación de dependencia, nos debería poner en valor la importancia que muestra el SAAD y su relevancia a nivel social.



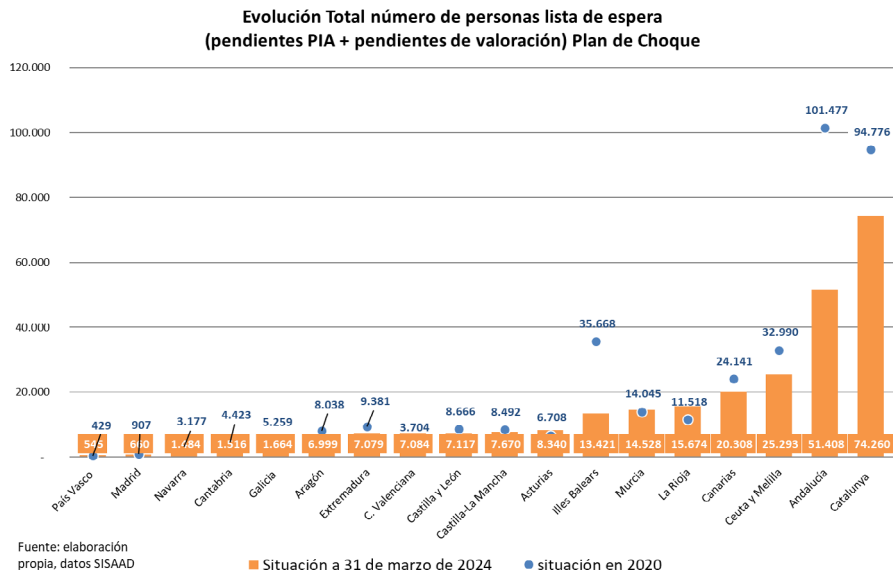
Fuente: elaboración propia, a partir de datos SISAAD

La siguiente gráfica hace referencia al crecimiento de la cobertura del SAAD.

No todas las comunidades autónomas (en adelante CCAA) mantenían las mismas condiciones de desarrollo del Sistema, ni todas mantenían por igual el nivel de listas de espera o de prestaciones de servicios. Algunas CCAA han hecho un esfuerzo importante en este periodo 2021-2023 para equilibrar su situación a un nivel de cierta estabilidad para su Sistema de Dependencia. No obstante, el punto de partida determina la valoración de lo conseguido en este periodo. Si observamos los datos de las CCAA, algunas han ascendido de forma llamativa y partían de un nivel con más necesidades y otras se han adaptado a las necesidades de los nuevos usuarios, con un nivel alto de estabilidad. En su conjunto, podemos decir que la mejoría global del crecimiento de cobertura del SAAD ha sido positiva



a) Solicitudes, prestaciones y listas de espera



Si tomamos como referencia el año 2020 y la implementación progresiva del Plan de Choque hasta el año 2024, comprobamos una mejoría generalizada en todas las CCAA en la lista de espera. Las personas pendientes de valoración más las personas pendientes de Programa Individual de Atención (PIA), han descendido en número en todo el territorio con mayor proporción en algunas CCAA concretas. Tenemos que considerar que también han aumentado

en estos años el número de solicitudes y que se hace un esfuerzo por cubrir las nuevas peticiones y reducir la lista de espera.

Pero no podemos olvidar que mantenemos una lista de espera estructural de unas 300.000 personas que o no han sido valoradas, no tienen su PIA o no reciben una prestación efectiva.

El otro gran problema es el tiempo de resolución del proceso.

Se ha mejorado respecto al periodo anterior al Plan de Choque, pero con los datos a junio de 2024 la media de tiempo empleado desde que se entrega la solicitud de valoración hasta la resolución de la prestación, es de 331 días.

Varias CCAA requieren más de 550 días para completar este proceso. La diversidad de actuaciones entre los distintos territorios nos debería hacer pensar en una inequidad para los usuarios para la que estamos obligados a buscar soluciones y métodos que permitan ser más ágiles y eficientes.

Tiempo de resolución calculado sobre las Resoluciones realizadas entre el 1 de julio de 2023 y el 30 de junio de 2024						
ÁMBITO TERRITORIAL	Tiempo medio desde la Solicitud de dependencia hasta la Resolución de Grado (1)		Tiempo medio desde la Resolución de Grado hasta la Resolución de Prestación (2)		Tiempo medio desde la Solicitud de dependencia hasta la Resolución de Prestación (2)	
	Nº de Resol. de Grado	Tiempo medio (días)	Nº de Resol. de Prestación	Tiempo medio (días)	Nº de Resol. de Prestación	Tiempo medio (días)
Andalucía	28.355	355	35.492	233	35.492	585
Aragón	7.629	157	7.228	53	7.228	211
Asturias, Principado de	4.596	256	6.266	92	6.266	320
Balears, Illes	8.329	122	5.889	125	5.889	246
Canarias	10.334	395	8.013	180	8.013	591
Cantabria	3.032	147	1.879	69	1.879	209
Castilla y León*	24.282	119	17.390	0	17.390	127
Castilla - La Mancha	15.577	130	13.183	67	13.183	195
Cataluña	61.768	176	23.729	101	23.729	273
Comunitat Valenciana	35.699	217	27.649	99	27.649	314
Extremadura	8.550	130	4.452	157	4.452	294
Galicia	5.961	283	8.658	99	8.658	380
Madrid, Comunidad de*	41.624	176	28.862	59	28.862	290
Murcia, Región de	10.050	295	5.738	253	5.738	515
Navarra, Comunidad Foral de	1.681	118	1.953	82	1.953	193
País Vasco*	17.806	74	9.239	51	9.239	131
Rioja, La	2.471	57	1.438	150	1.438	199
Ceuta	408	31	284	29	284	60
Melilla	379	124	319	159	319	276
TOTAL	288.531	195	207.661	112	207.661	331

(1) Para el cálculo del tiempo medio desde la Solicitud hasta la Resolución de Grado sólo se tienen en cuenta la primera Resolución de Grado de cada persona solicitante.

(2) Para el cálculo del tiempo medio desde la Solicitud hasta la Resolución de Prestación y desde la Resolución de Grado hasta la Resolución de Prestación sólo se tiene en cuenta la primera Resolución de Prestación de cada persona solicitante

* Castilla y León, la Comunidad de Madrid y el País Vasco tienen un procedimiento de gestión en el que la mayoría de Resoluciones de Grado y Resoluciones de Prestación se realizan de manera conjunta

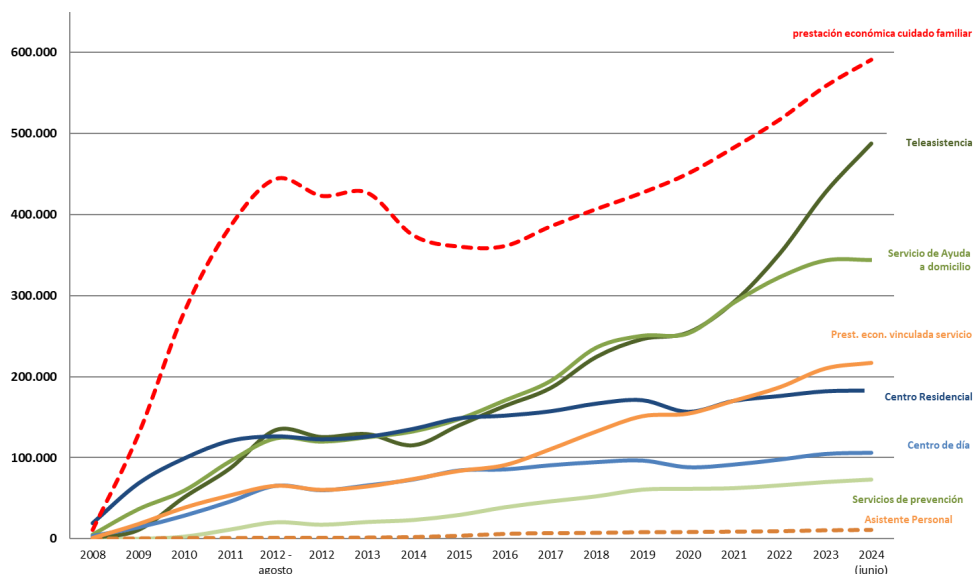
Fuente: IMSERSO

- b) Tipos de prestaciones
- c) De carácter profesional
 - a. Prestaciones vinculadas a servicios

- b. Prestaciones vinculadas a cuidados profesionales
- c. Calidad de las prestaciones según el grado de dependencia de cada usuario.
- d. En la siguiente gráfica podemos observar los cambios que se han ido produciendo desde el 2008 hasta junio de 2024.

Volvemos a advertir el aumento global de las prestaciones, especialmente con la puesta en marcha del Plan de Choque. Especialmente crecen las Prestaciones Económicas para Cuidado Familiar (PECF) y la teleasistencia. Se mantiene más o menos estable la atención residencial, y el resto de prestaciones, tras un aumento inicial pasan a estabilizarse.

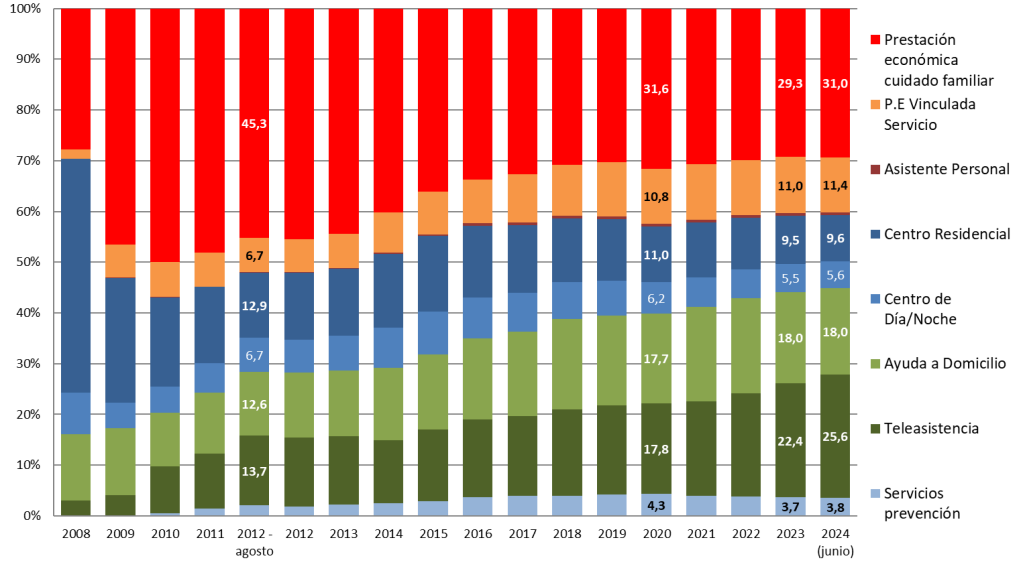
Evolución número prestaciones SAAD



Fuente: elaboración propia CCOO a partir datos SISAAD

De forma conjunta anual, con las prestaciones ponderadas, comprobamos que la PECF (alrededor del 30% en los últimos años), y la teleasistencia, que ahora llega al 25%, son las más utilizadas. La ayuda a domicilio se mantiene estable en los últimos años, en un 18%. Han bajado la proporción de personas atendidas en centros residenciales y en centros de día/noche.

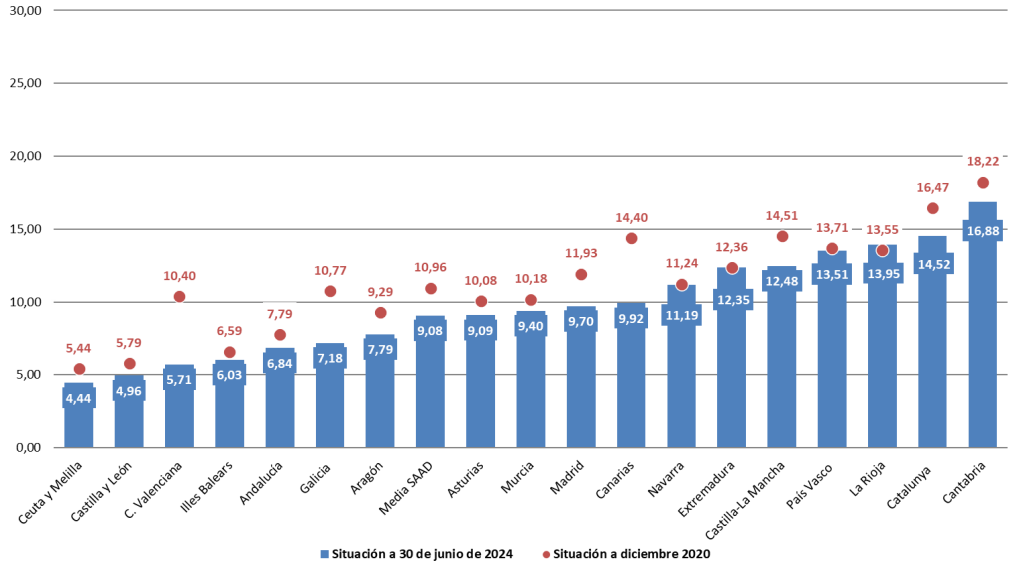
Evolución de las prestaciones del SAAD por CCAA
(pocentaje sobre el total prestaciones reconocidas)



Fuente: elaboración propia CCOO a partir de datos SISAAD

Existe un descenso generalizado en todas las CCAA de personas atendidas en centros residenciales durante el periodo 2020 a junio de 2024. La valoración de estos datos debemos referenciarlos y tomarlos en el contexto posterior a los duros periodos de la pandemia. Habrá que realizar evaluaciones y sacar conclusiones sobre una posible desinstitucionalización de la atención a personas que requieren cuidados de larga duración.

Evolución Servicios Centro residencial Plan de Choque
(porcentaje respecto total prestaciones)



Fuente: elaboración propia CCOO a partir de datos SISAAD

En el caso de la Ayuda a Domicilio (AD) ya hemos reseñado que no se ha observado una mejora llamativa en la proporción de esta prestación dentro del total de ayudas.

Resulta mucho más interesante, especialmente para el usuario, que valoremos la intensidad de estos servicios, sobre todo en el número de horas prestadas al mes.

El Real Decreto 675/2023, de 18 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, establece un aumento de horas, referidas a mes de atención, de ayuda a domicilio por grado de gravedad.

	Intensidades de la ayuda a domicilio	
	Intensidades actuales	Intensidades 2023
Grado I	Máximo 20 horas	De 20 a 37 horas
Grado II	De 21 a 45 horas	De 38 a 64 horas
Grado III	De 46 a 70 horas	De 65 a 94 horas

Los datos que publica el IMSERSO, en junio de 2024, sobre la intensidad de la ayuda a domicilio indica que no se han adaptado a la nueva normativa, en cuanto a los rangos de intensidades. Pero podemos analizar las medias de intensidad en horas, según grado y territorios, y comprobar que son cifras bajas para realizar una buena asistencia. Una estrategia en cuidados centrada en la persona y su atención en el domicilio, debería conllevar una eficiente asistencia de todo tipo de servicios, con una apuesta rotunda en la AD.

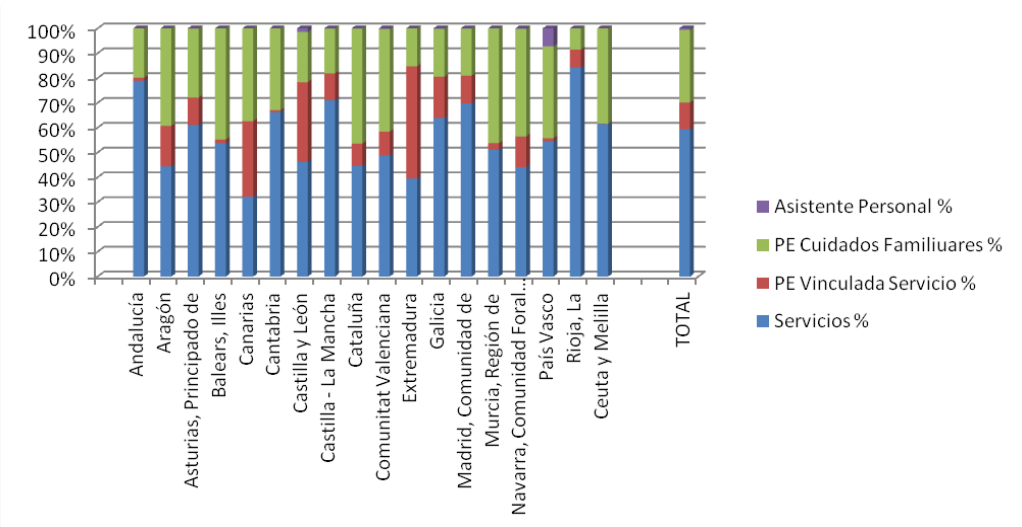
Las mejoras en el número de horas de atención tienen que implicar mejoras laborales inmediatas: horarios más dilatados en domicilios únicos, menos desplazamientos, menor contratación a tiempo parcial, mayor número de contrataciones,... Es imprescindible efectuar una auditoría real de los cambios laborales de las trabajadoras y trabajadores que participan en este servicio. Es otro objetivo que se debe incluir en la Concertación Social.

Por el contrario debemos tomar como referencia el copago, y que las aportaciones del usuario no limiten la posibilidad de aumentar el número de horas de atención. Volveríamos a poner de relieve la falta de equidad por motivos sociales y económicos.

Intensidad de la Ayuda a Domicilio por CCAA. Junio 2024. Datos IMSERSO

ÁMBITO TERRITORIAL	GRADO I		GRADO II		GRADO III	
	Media (horas)	Coefficiente de variación ($\sigma/ \mu $)	Media (horas)	Coefficiente de variación ($\sigma/ \mu $)	Media (horas)	Coefficiente de variación ($\sigma/ \mu $)
Andalucía	12,1	0,37	42,4	0,24	64,9	0,29
Aragón	10,3	0,35	22,6	0,26	47,3	0,12
Asturias, Principado de	21,7	0,22	44,3	0,14	70,5	0,11
Balears, Illes	19,2	0,28	28,7	0,42	33,6	0,59
Canarias	20,2	0,09	39,3	0,26	60,6	0,33
Cantabria	21,4	0,59	35,2	0,38	44,0	0,49
Castilla y León	21,9	0,20	45,4	0,17	72,5	0,14
Castilla - La Mancha	18,1	0,34	30,0	0,50	40,1	0,56
Cataluña	17,3	0,29	26,5	0,50	35,1	0,59
Comunitat Valenciana	20,2	0,11	32,2	0,16	56,3	0,13
Extremadura	20,5	0,18	43,6	0,17	68,5	0,16
Galicia	21,2	0,23	45,7	0,15	71,9	0,15
Madrid, Comunidad de	21,1	0,17	37,2	0,34	56,0	0,38
Murcia, Región de	21,1	0,34	40,1	0,31	67,4	0,23
Navarra, Comunidad Foral de	56,0	1,00	95,1	0,64	100,8	0,58
País Vasco	20,6	0,70	27,3	0,67	33,0	0,67
Rioja, La	17,7	0,36	27,6	0,48	37,6	0,47
Ceuta y Melilla	20,3	0,09	45,0	0,03	70,3	0,05
TOTAL	17,6	0,47	39,6	0,35	60,7	0,36

En la siguiente gráfica observamos la ponderación de prestaciones (Servicios, Prestaciones económicas vinculadas a servicios, Prestaciones económicas a cuidados familiares y en Asistente Personal) en las distintas CCAA

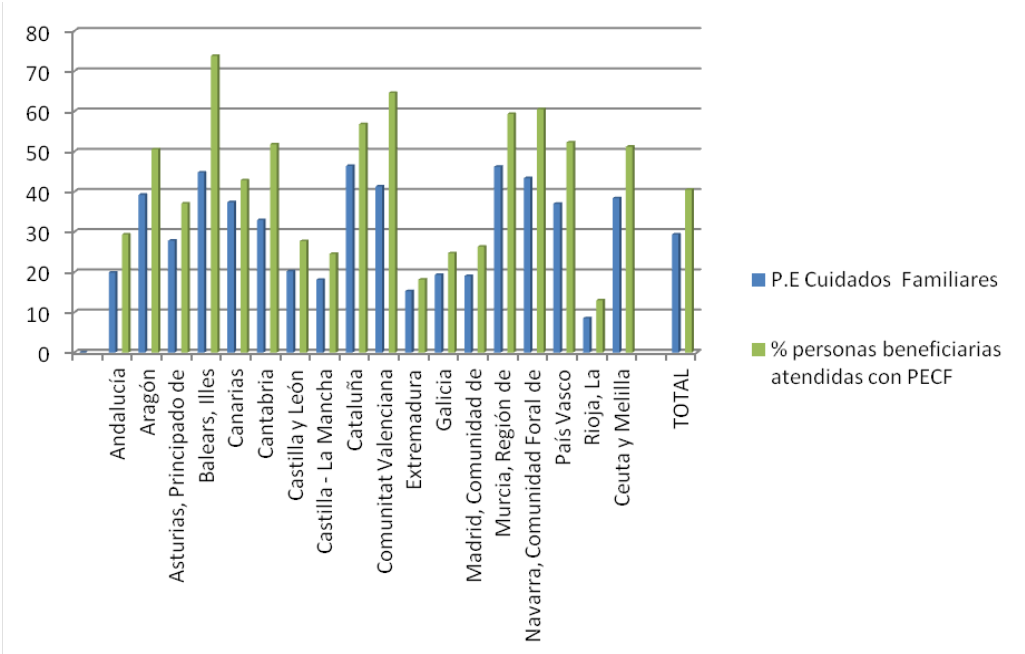


Elaboración Propia. Datos SISAAD. IMSERSO

Si hacemos una valoración de las prestaciones que se producen, a fecha de junio de 2024, según el ESTISAAD del Imserso, en una clasificación sencilla: servicios profesionales. Asistente personal, Prestación Económica Vinculada a servicios, y la prestación económica para cuidados familiares, podemos visualizar realidades muy distintas entre CCAA. La situación ideal sería que el porcentaje más amplio y cercano al 100% se diera en servicios profesionales, al menos en prestaciones económicas que permitan la contratación de servicios profesionales.

Las prestaciones económicas para cuidados familiares deberían ofrecerse de forma excepcional y en situaciones específicas y ante la posibilidad de implementar servicios de tipo profesional. Sin embargo, algunas CCAA: Illes Balears, Cataluña, Comunitat Valenciana, Murcia y la Comunidad Foral de Navarra, se encuentran por encima del 40% de todas las prestaciones que se realizan en este momento (junio 2024 datos estadísticos mensuales IMSERSO). Con una media a nivel estatal del 29,36 %.

Elaboración propia a junio 2024. Datos del SISAAD. IMSERSO

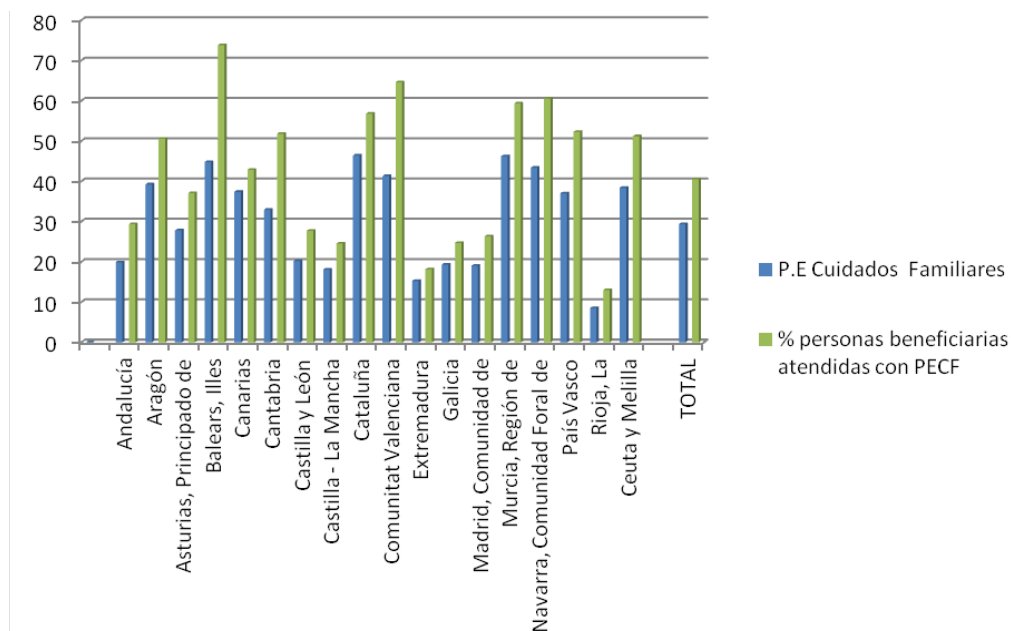


P.E Cuidados Familiares (30 junio 2024)

	Nº personas atendidas con PECF	% PECF resepecto total prestaciones SAAD	% personas atendidas con PECF
Andalucía	84.303	19,91	29,39
Aragón	21.174	39,25	50,59
Asturias	11.731	27,83	37,05
Balears, Illes	22.268	44,81	73,81
Canarias	18.262	37,39	42,83
Cantabria	9.180	32,96	51,82
Castilla y León	34.585	20,22	27,73
Castilla - La Mancha	18.053	18,09	24,56
Cataluña	121.980	46,42	56,83
C. Valenciana	100.786	41,33	64,57
Extremadura	6.538	15,25	18,19
Galicia	18.627	19,34	24,72
Madrid	48.543	19,07	26,32
Murcia	25.608	46,23	59,35
Navarra	9.715	43,37	60,51
País Vasco	36.414	37,00	52,28
Rioja, La	1.208	8,54	13,02
Ceuta y Melilla	1.833	38,40	51,22
TOTAL SAAD	590.808	29,36	40,54

Fuene: CCOO, datos SISAAD

Si consideramos estos porcentajes en función del número de personas beneficiarias que son atendidas por el Sistema y reciben una prestación económica para cuidado familiar (PECF) estas cifras se disparan. Hasta 8 CCAA superan el 50% de PECF, además de Ceuta y Melilla. Illes Balears utiliza la PECF en casi 3 de cada 4 personas con derecho a prestación, la Comunitat Valenciana supera el 60%, un poco más que Navarra. La media en España de personas en situación de dependencia que reciben la prestación de PECF es del 40,54%.



Elaboración propia. CCOO. Datos mensuales del ESTSISAAD IMSERSO junio 2024.

Las cuantías medias de esta prestación se mueven entre los 167,4 euros mensuales para el grado I, a los 383,3 euros mensuales en el grado III, (276,1 para el grado II).

Debemos tener en cuenta la gran dispersión entre las distintas CCAA a la hora de encuadrar las distintas aportaciones por Grado reconocido y que la cuantía final depende de la concesión de otras prestaciones complementarias o de la capacidad económica de las familias.

Estas valoraciones nos llevan a las siguientes reflexiones:

- Sobre las 590.808 ayudas familiares, se debería realizar un estudio que permitiera conocer la composición de estas prestaciones. En muchos casos, son servicios no profesionales:
 - Contrataciones a empleadas de hogar, con altas o no en la SS, con posibilidad de realizar trabajos de cuidado
 - Atención por parte de la familia con posibles reducciones de jornada, normalmente recae en el ámbito laboral de la mujer.
 - Dejar sus contratos laborales para realizar el cuidado de la persona dependiente.
 - Únicas opciones de ayuda en el área rural, al no disponer de medios o recursos profesionales.
 - Todas estas posibilidades podemos encontrar y con cierta probabilidad serán varias a la vez, en función de la diversidad de cada una de las CCAA, provincias o municipios.
- Por otro lado, conocemos que alrededor de 880.000 personas, el 60% restante de personas con prestaciones en el ámbito de la dependencia, requieren unos 600.000 trabajadores para realizar los servicios. En términos globales podemos decir que se necesitan, al menos, 600.000 profesionales para atender a un 60% de personas en situación de dependencia y que al otro 40% de personas se les presta la ayuda con una prestación económica muy limitada.

- En una valoración conjunta de la atención a personas en situación de dependencia, se puede decir que se realiza con un 50% de profesionales de los cuidados y otro 50% de no profesionales. Son cifras preocupantes que nos obligan a plantearnos hacia que tipo de asistencia queremos ir y cuál va a ser el futuro de la Atención en la Dependencia.

En una población que envejece, con una pirámide poblacional claramente regresiva, con muchas personas muy longevas, necesitamos crear una estrategia global, plurianual, que establezca mejoras con objetivos, metas y criterios de evaluación, que nos lleven a realizar una atención profesional de los cuidados.

Desde la preferencia clara por la provisión pública de estos servicios, debemos ser conscientes de que la realidad hoy es bien distinta. La financiación pública es muy mayoritaria, pero en la prestación de servicios profesionales predomina claramente el modelo de concierto con el sector privado. Sin perjuicio de que la nueva inversión pública debe contribuir a equilibrar esa situación, en este momento cuando la prioridad debe ser acabar con la lista de espera y prestar servicios profesionales de forma preferente y muy mayoritaria, no podemos descartar ningún tipo de colaboración, pública, privada, comunitaria, asociativa,... pero siempre desde la perspectiva de los cuidados profesionales.

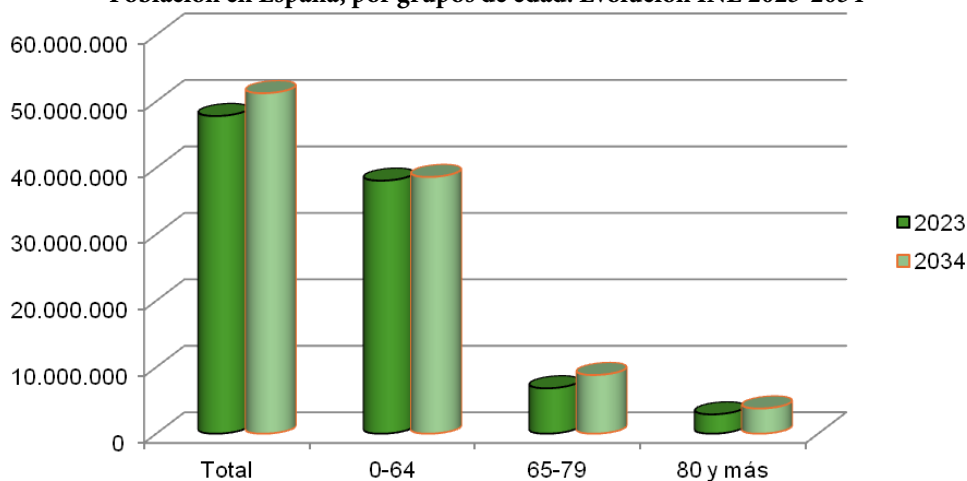
4. Cambios demográficos

Con los datos publicados en el Instituto Nacional de Estadística (INE)⁵, podemos establecer una aproximación de las características demográficas poblacionales en España.

En la siguiente gráfica hemos evaluado el cambio poblacional en los próximos 10 años y en tres grupos de edad: 0-64, 65-79 y 80 y más años, para semejarnos a los grupos etarios que se manejan en dependencia.

Se observa un ligero aumento de la población total, que no influye en la población de 0 a 64 años, pero sí aumenta en los grupos de 65-79 y 80 y más, con un incremento significativo de la población más mayor, especialmente de personas que superan la centena de edad.

Población en España, por grupos de edad. Evolución INE 2023-2034



Elaboración propia. Datos INE.

⁵ <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=36643>

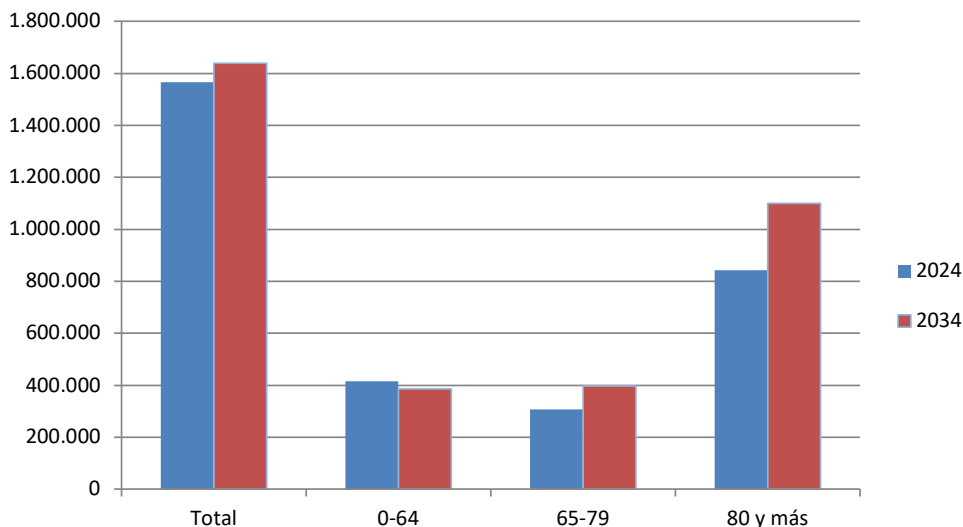
Hemos realizado una proyección teórica de las personas en situación de dependencia para dentro de 10 años, con los datos actuales del número prestaciones del SAAD por grupos de edad y las predicciones del INE.

No hemos considerado, como sí hace el IMSERSO, que todos los mayores de 80 años sean una referencia de posibles personas en situación de dependencia. Hemos observado que alrededor de un 17% de solicitudes de valoración en personas mayores de 80 años quedan registradas como “Sin Grado”, por tanto sin ayudas. Por ello las proyecciones expuestas se efectúan sobre prestaciones reales en cada grupo etario.

La realidad es que, con las predicciones más benévolas, se va a necesitar algún tipo de ayuda o prestación para unas 300.000 personas más en situación de dependencia.

Con una población longeva y el aumento de los grupos etarios de más de 100 años, presuponemos un aumento del Grado de dependencia y de las necesidades, número, características y compatibilidad de los servicios.

Población de personas en situación de dependencia en España por grupos de edad. Según evolución INE 2024-2034



Elaboración propia. Datos INE. Datos SISAAD

5. El género en el empleo de cuidados

Resulta complicado llegar a hacer un mapa real de las personas profesionales que se dedican al ámbito de los cuidados en todos sus aspectos y características. Deberíamos incluir a todas las personas con responsabilidades asistenciales sanitarias, sociales o sociosanitarias, tanto en el entorno público o concertado, como en el sistema privado.

5.1. Sanidad

El informe de mayo 2024 del INE⁶ sobre la Estadística de Profesionales Sanitarios Colegiados en el año 2023, nos permite hacer una aproximación de las personas con titulación de grado que

⁶ <https://www.ine.es/dyngs/Prensa/EPSC2023.htm>

puedan mantener un tipo de relación con el ámbito de los cuidados. Es un gran informe que nos permite evaluar la evolución de las colegiaciones en los últimos años, su ponderación por edad y por género. Debemos asumir que no todos los colegiados realizan labores profesionales relacionadas con la rama de su formación o en el entorno de los cuidados.

	2019	2020	2021	2022	2023	Tasa de variación (%) 2023/2022
Enfermeros	314.862	323.915	329.255	336.203	345.969	2,9
- Con título de Matrona	9.534	9.499	9.744	9.880	10.286	4,1
Médicos	267.991	276.192	283.811	292.413	301.684	3,2
Farmacéuticos	75.260	76.821	78.128	79.288	80.293	1,3
Fisioterapeutas	57.147	59.791	62.691	66.178	68.838	4
Dentistas	38.809	39.764	40.417	40.968	42.075	2,7
Psicólogos con especialidad sanitaria	33.188	34.827	37.611	38.427	40.417	5,2
Veterinarios	33.752	34.443	35.561	36.337	36.989	1,8
Ópticos-Optometristas	18.036	18.271	18.784	19.113	19.469	1,9
Logopedas	10.156	10.483	10.900	11.462	12.017	4,8
Podólogos	8.010	8.234	9.049	9.698	10.247	5,7
Terapeutas ocupacionales	4.963	5.870	6.782	7.560	8.450	11,8
Protésicos dentales	7.530	7.395	7.510	7.463	7.430	-0,4
Biólogos con especialidad sanitaria	503	536	625	651	653	0,3
Químicos con especialidad sanitaria	303	302	308	342	367	7,3
Físicos con especialidad sanitaria	270	302	307	319	345	8,2

En la misma base de datos se hace referencia a los tramos de edad en las distintas profesiones.

Llama la atención el número de colegiados facultativos mayores de 65 años, el 25,3% de todos ellos, en relación al resto de profesiones. Con estos datos parece que el relevo generacional se va a complicar también en farmacéuticos y enfermeros, pero tiene un significado más preocupante entre los médicos, solo el 39,2 % tienen menos de 45 años.

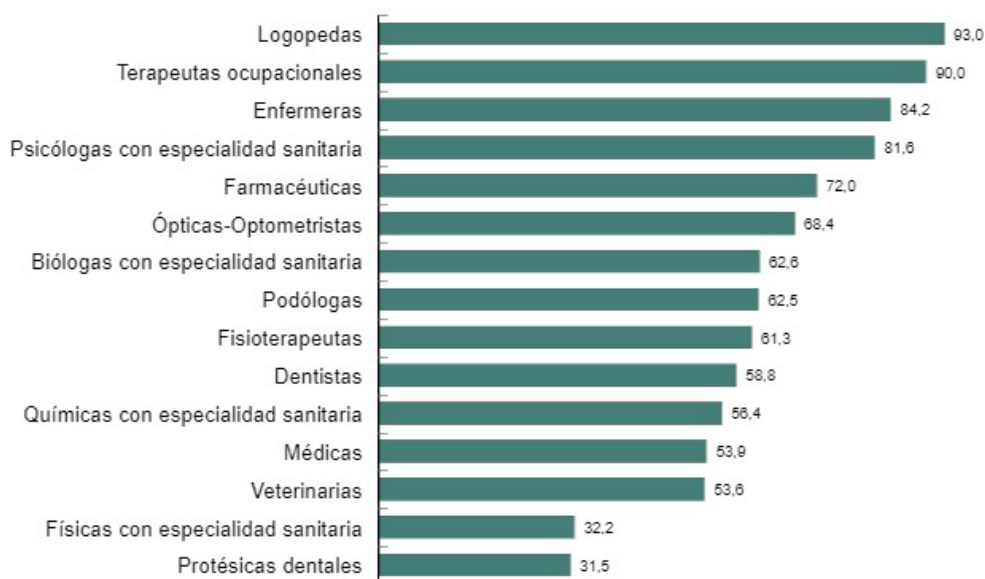
	Total	Menos de 45 años	De 45 a 64 años	De 65 y más años
Biología con especialidad sanitaria	100	38,7	52,8	8,4
Protésicos dentales	100	38,8	55,2	5,9
Médicos	100	39,2	35,4	25,3
Farmacia	100	40,1	42,1	17,8
Veterinaria	100	45,6	46,1	8,3
Ópticos-Optometristas	100	51,2	43,7	5,1
Enfermería	100	53,3	34,8	11,8
Psicología con especialidad sanitaria	100	55,5	40	4,5
Dentistas	100	56,9	32,7	10,4
Logopedas	100	69,3	27,3	3,4
Podología	100	69,4	24,5	6,1
Fisioterapeutas	100	76,8	21,6	1,6
Terapeutas ocupacionales	100	87,9	11,8	0,3

Al revisar los mismos cuadros profesionales colegiados, en relación al género, podemos observar como las enfermeras ocupan el tercer lugar con un 84,5% de colegiadas, y las terapeutas ocupacionales y logopedas superan el 90%.

Prácticamente en todos los grados profesionales son mayoría las mujeres, y con un cambio aún mayor en los próximos años al producirse un aumento de egresadas, especialmente en medicina. El número de jubilaciones de las distintas especialidades de medicina en los próximos 5 años puede establecerse entre un 25-33%, pero con un porcentaje alto de hombres. Las expectativas para los próximos 10 años rondará el 70-30%, mujeres-hombres.

Mujeres colegiadas por tipo de profesión sanitaria. Año 2023

Porcentajes



Otro grupo profesional de gran importancia son los Técnicos y Técnicas en Cuidados Auxiliares de Enfermería (TCAE). Aunque ejercen una función de carácter sanitario, pueden realizar su labor en el sistema asistencial sanitario o social.

Según las tablas estadísticas del Ministerio de Sanidad en el año 2020⁷, trabajaban en los hospitales generales públicos unos 112.064 TCAEs, y casi 160.000 enfermeras.

Existen datos posteriores que indican que 113.787 TCAEs realizan sus funciones en hospitales públicos y alrededor de 14.587 en hospitales privados. Siempre en cifras que se han de contrastar, ya que carecemos de información concreta del número real y que puedan compatibilizar su trabajo en el entorno público y el privado, además de ejercer en el ámbito exclusivamente social.

En el estudio de CCOO del 2023⁸ sobre: “Estudio sobre las condiciones laborales del colectivo TCAE”, realizado con encuestas a los profesionales, se pudo constatar que el 87% de las respuestas corresponden a mujeres trabajadoras TCAES.

5.2. Social

El IMSERSO publica trimestralmente un informe de empleo⁹ con datos que provienen de la base de datos de afiliados a fin de mes de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), en concreto los que están en situación de alta en actividades del Sector Servicios Sociales.

Se consideran los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas de 2009 (CNAE09)¹, relativos a una parte de la Sección Q ‘Actividades sanitarias y servicios sociales’, en

⁷ https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/docs/TablasSIAE2020/INFORME_SIAE_2020.pdf

⁸ <https://sanidad.ccoo.es/8815378ca94b5ef7e5d2a744ae899c43000058.pdf>

⁹ https://imserso.es/documents/20123/120137/inf_empleo_ss_1trim_2024.pdf/2a1decd3-76a9-dfea-daad-a8bcfdde9c38

concreto a las divisiones 87 ‘Asistencia en establecimientos residenciales’ y 88 ‘Actividades de servicios sociales sin alojamiento’.

Otros códigos que se incluyen dentro de otros Servicios Sociales pero no se encuadran dentro del ámbito de la dependencia son el 8790 ‘Otras actividades de asistencia en establecimientos residenciales’, 8891 ‘Actividades de cuidado diurno de niños’ y el 8899 ‘Otras actividades de servicios sociales sin alojamiento n.c.o.p.’.

Dentro del Sector Servicios Sociales, se encuadran los cuidadores no profesionales, los cuales pueden suscribir un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) en virtud del RD 615/2007. A partir del RD Ley 20/2012 las cuotas dejaron de abonarse por la Administración General del Estado, recuperándose la financiación por parte de la AGE con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Dichas cuotas son abonadas conjunta y directamente por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

Los datos que mostramos a continuación, hacen referencia al 2º trimestre del año 2024, y analiza las afiliaciones de finales de junio de este año.

	Nº de personas afiliadas	%
Sección Q: Servicios Sociales	736.267	100,0
Div.88: Servicios sin alojamiento	237.903	32,3
8790+8891+8899: Otros SS.SS.	123.299	16,7
Convenio especial Cuidadores	82.648	11,2
Div.87: Asistencia establecimientos Residenciales	292.417	39,7

Servicios Sociales: Afiliados a final de mes en la Seguridad Social, 2º trimestre 2024. Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Datos registrados por IMSERSO

% Trabajadores por genero	Asistencia Establecimientos Residenciales	Servicios sin alojamiento	Otros códigos ss.ss.	Cuidadores no profesionales
Hombres	15,1	21,2	21,4	12,1
Mujeres	84,9	78,8	78,6	87,9

Servicios Sociales: Afiliados a final de mes Seguridad Social 2º trimestre 2024. Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Datos registrados por IMSERSO

Al revisar todas las profesiones relacionadas con los cuidados, asumimos que es difícil diferenciar entre las categorías profesionales de atención estrictamente sanitaria y la social. Algunas de las personas con estudios concretos pueden realizar otros tipos de trabajo, no relacionados con los cuidados. En el ámbito social sí tenemos más claro que las cualificaciones profesionales de ayuda a domicilio y gerontología corresponden a esa área. Nos pueden faltar algunos grupos específicos por incluir, pero no desdibujan las características de las personas que trabajan en cuidados.

Las cifras de trabajadores que realizan sus labores profesionales en sanidad, servicios sociales o sociosanitarios, son mayoritariamente mujeres. Desde los grupos laborales más cualificados hasta los que exigen una menor preparación o formación, el porcentaje de empleo femenino se encuentra por encima del 75%, superando el 80% en muchos casos.

Todas las ramas de actividad en cuidados se realizan mayoritariamente por mujeres y los cuidados no profesionales son efectuados también de forma mayoritaria por mujeres. Es esencial potenciar el trabajo, mejorar las condiciones laborales, recuperar la consideración social, facilitar planes de conciliación familiar,... Tanto para una mejora de calidad en el empleo como para evitar y paliar que se suman los cuidados en el ámbito familiar de estas trabajadoras.

6. Evolución en el empleo en las actividades del SAAD Periodo 2020-2024

Con los datos facilitados por el IMSERSO en el primer trimestre del año 2024, existen 284.401 personas empleadas en establecimientos residenciales (un 75% con contrato indefinido). Otras 234.410 trabajadoras en Servicios sin alojamiento, 75,4 % con contrato indefinido.

Un 20,10% registran un contrato eventual, 22,% en residencias y un 17,80% en servicios sin alojamiento.

Situación actual del empleo en el SAAD

Datos afiliación a la Seguridad Social en el sector Servicios Sociales asociados a las actividades del SAAD CNAEs 87 y 88...(4 dígitos asociados actividades SAAD) Datos afiliación 2024 - T1

afiliados fin de mes Seguridad Social	TOTAL	CONTRATO INDEFINIDO						FIJO DISCONTINUO	
	número	INDEFINIDO COMPLETO		INDEFINIDO PARCIAL		TOTAL INDEFINIDO		número	% s/Total
		número	% s/Total	número	% s/Total	número	% s/Total		
CNAE: 87 Establecimientos Residenciales	284.401	157.159	55,3	56.222	19,8	213.381	75,0	2.285	0,80
CNAE: 88 Serv. sin alojamiento	234.410	90.389	38,6	87.414	37,3	177.803	75,9	9.002	3,80
Total Servicios Sociales asociados SAAD	518.811	247.548	47,7	143.636	27,7	391.184	75,4	11.287	2,18

afiliados fin de mes Seguridad Social	CONTRATO EVENTUAL						INDETERMINADO	
	EVENTUAL COMPLETO		EVENTUAL PARCIAL		TOTAL EVENTUAL		número	% s/Total
	número	% s/Total	número	% s/Total	número	% s/Total		
CNAE: 87 Establecimientos Residenciales	44.786	15,70	17.659	6,20	62.445	22,00	4.226	1,50
CNAE: 88 Serv. sin alojamiento	19.758	8,40	22.077	9,40	41.835	17,80	3.907	1,70
Total Servicios Sociales asociados SAAD	64.544	12,44	39.736	7,66	104.280	20,10	8.133	3,20

Fuente: IMSERSO

Al analizar los datos de afiliación en los periodos 2020-2024, comprobamos el cambio de las particularidades de los cambios en el empleo. Según nuestros estudios:

- Han aumentado en 119.310 las contrataciones de personal indefinido casi al 50% entre Indefinido a tiempo completo o Indefinido a tiempo parcial.
- Han descendido en 53.033, el número de personas contratadas de forma eventual, un tercio de los contratos eventuales completos y dos tercios de los eventuales parciales.
- El número de total de nuevas contrataciones es de 74.975 personas.
- Habrá que analizar la repercusión real del Plan de Choque con su aumento de financiación, en las nuevas contrataciones y posible aumento de los ratios profesionales.

- El cambio de contratos eventuales a indefinidos viene propiciado normativamente con los nuevos criterios de la Reforma Laboral. Pero debemos valorar con detenimiento si estas variaciones se corresponden también con el tiempo de trabajo, a tiempo completo o parcial.

Evolución del empleo en el marco del Plan de Choque SAAD

Evaluación impacto Plan Choque SAAD (2021-2023) - Creación y Calidad del empleo desde 2020

CNAEs 87 y 88...(4 dígitos asociados actividades SAAD)

CNAEs 87 y 88...(4 dígitos asociados actividades SAAD)				situación		Datos afiliación 2024 - T1		respecto		Datos afiliación 2020 - T4	
TOTAL	CONTRATO INDEFINIDO						FIJO DISCONTINUO				
	INDEFINIDO COMPLETO		INDEFINIDO PARCIAL		TOTAL INDEFINIDO						
número	número	% s/Total (evol. puntos porcentuales)	número	% s/Total (evol. puntos porcentuales)	número	% s/Total (evol. puntos porcentuales)	número	% s/Total (evol. puntos porcentuales)			
afiliados fin de mes Seguridad Social											
CNAE: 87 Establecimientos Residenciales	29.432	35.407	7,50	16.122	4,10	51.529	11,52	1.660	0,60		
CNAE: 88 Serv. Sin alojamiento	45.543	24.006	3,50	43.775	14,20	67.781	17,65	6.087	2,30		
Total Servicios Sociales asociados al SAAD	74.975	59.413	-	59.897	-	119.310	-	7.747	-		

		CONTRATO EVENTUAL						INDETERMINADO	
		EVENTUAL COMPLETO		EVENTUAL PARCIAL		TOTAL EVENTUAL			
afiliados fin de mes Seguridad Social		número	% s/Total (evol. puntos porcentuales)	número	% s/Total (evol. puntos porcentuales)	número	% s/Total (evol. puntos porcentuales)	número	% s/Total (evol. puntos porcentuales)
CNAE: 87 Establecimientos Residenciales		-11.346	-6,30	-13.008	-5,83	-24.354	-12,04	-1.467	-0,70
CNAE: 88 Serv. Sin alojamiento		-5.430	-4,90	-23.249	-14,60	-28.679	-19,54	-1.509	-1,20
Total Servicios Sociales asociados al SAAD		-16.776	-	-36.257	-	-53.033	-	-2.976	-

Fuente: elaboración propia secretaría confederal de políticas públicas y protección social CCOO, datos IMERSO

7. Concertación social

Como ya se ha dicho, en el año 2020 se firmó, dentro de la Mesa de Diálogo Social, el “Plan de Choque para el impulso del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia”. Con una aportación económica anual de 600 millones de euros adicionales, acumulativos en los años 2020 a 2023. Se recuperaba el Nivel Acordado, retirado desde el 2012, y se proponían mejoras en la lista de espera, compatibilidades de servicios, mejoras en las condiciones laborales de los trabajadores y en sus salarios...

Fue un gran avance de la concertación social en un momento muy delicado, inmediatamente posterior a los efectos más álgidos de la pandemia y que dejaron en evidencia las limitaciones del sistema de protección social en dependencia.

Se han empleado unos 3.600 millones de euros en estos tres años. Es el momento de realizar una evaluación de cómo ha afectado al Sistema este impulso presupuestario y cuáles son las áreas de mejora o de nuevas oportunidades.

También debemos considerar la Nueva Estrategia de Cuidados, con una visión de atención centrada en la persona y desinstitucionalización. En estos casos va a ser imprescindible una reforma estructural donde la Concertación Social es necesaria en muchas áreas que afectan a distintos ministerios: Derechos Sociales, Sanidad, Trabajo, Vivienda, Igualdad....

En el ámbito de la Mesa de Diálogo Social del Ministerio de Derechos Sociales mantenemos el compromiso del Seguimiento de Plan de Choque, además de sustentar acuerdos en el marco de las estrategias en cuidados.

Algunas de las propuestas que resultan prioritarias mantener y seguir progresando en su mejora y desarrollo, dentro de la Concertación Social, son:

- Mejora en las listas de espera, en las distintas fases del proceso:

- Desde la solicitud a una ayuda en dependencia, a resolución de valoración del grado, PIA y prestación efectiva. Tanto en el número total de solicitantes como en los tiempos de espera.
- Ofrecer y desarrollar servicios profesionales:
- Creemos que la atención en los cuidados, a las personas en situación de dependencia, en cualquier situación, lugar o emplazamiento de asistencia se debe realizar, muy preferentemente, con servicios profesionales y, si es posible, de forma coordinada desde distintos medios.

Como hemos expresado en puntos anteriores, es preocupante que en la atención a cuidados de larga duración se utilicen un 50% de trabajadores profesionales y otro 50% de no profesionales. En este momento nos debemos plantear hacia donde queremos que se desplace la balanza: a un sistema de atención a personas en situación de dependencia por trabajadores con formación en cuidados o a un sistema de atención de cuidados no profesionales, que, con alta probabilidad, recaerá en las mujeres del entorno de la persona dependiente.

Probablemente no sean excluyentes los dos sistemas de atención, con apoyos comunitarios, locales, asociaciones, cooperativas,... pero siempre con una base y referencia de cuidados profesionales.

Volvemos a referenciar el estudio OMS marzo 2024¹⁰:

Tomamos de forma literal algunas de sus conclusiones:

“Las inversiones en los sistemas de salud y asistenciales no solo aceleran los avances para lograr la Cobertura Sanitaria Universal (CSU), sino que redistribuyen el trabajo no remunerado en el sector de la salud y asistencial. Cuando las mujeres desempeñan empleos remunerados en el sector de la salud y asistencial, se empoderan económicamente y los resultados de salud son mejores. Los sistemas de salud deben reconocer, valorar e invertir en todas las formas de trabajo en el sector de la salud y asistencial”.

- Crear recursos estructurales ante el previsible aumento de personas en situación de dependencia.
- En los próximos 10 años es previsible que necesitemos atender a unas 300.000 personas más de las que reciben prestaciones actualmente en el Sistema de Dependencia. En recursos profesionales supondrán entre 100-150.000 trabajadores más de los que en este momento tenemos registrados, con la dificultad añadida de encontrar personal cualificado en estas áreas. Además necesitaremos mayor número de infraestructuras (centros de día, centros residenciales, infraestructura de cuidados en domicilios,...) para cubrir las plazas existentes y las de previsible escasez, con una evolución demográfica claramente regresiva en las próximas décadas
- Evaluación del Plan de Choque.

Es necesario realizar un estudio de evaluación del Plan de Choque en cada uno de los criterios básicos de actuación del SAAD: listas de espera, cobertura, prestaciones, servicios profesionales, compatibilidades...

¹⁰ <https://www.who.int/es/news/item/13-03-2024-who-report-reveals-gender-inequalities-at-the-root-of-global-crisis-in-health-and-care-work>

También es prioritario conocer la forma y disposición de la financiación que se ha dispuesto en este Plan de Choque a las CCAA, y de qué manera se ha empleado. Singularmente, es preciso valorar aquellas CCAA que han utilizado los fondos adicionales para reforzar su sistema de atención a la Dependencia, de aquellos otros casos, más frecuentes de lo que deberían ser, que han utilizado los nuevos recursos para reducir sus propias partidas destinadas a este fin, dedicando esos recursos a otras políticas o, simplemente a financiar reducciones de contribución fiscal de su población.

Se trata de evitar, en lo posible, la inequidad de atención asistencial entre los distintos territorios, además de realizar un desarrollo similar del Sistema en las CCAA asumiendo sus características específicas y singulares.

Tanto los criterios de evaluación del Plan, así como los principios y objetivos de progreso del Sistema de Dependencia deberían ser concertados en la Mesa de Diálogo Social. Esto requiere una planificación estratégica consensuada con cambios sociales, laborales, asistenciales y de equidad que deberían ser pactados previamente a su resolución.

Los resultados de ese proceso deben ser también consensuados en el marco del Consejo territorial, con las distintas CCAA. A su vez en cada territorio autonómico, se deben desarrollar, existe en un número significativo de casos, mecanismos de diálogo y concertación social que permitan actuar en un marco de atribución competencial claramente descentralizada, desde criterios de coordinación entre administraciones y coherencia, con objeto de preservar los elementos de cohesión social en el conjunto de territorio, que deben primar estas políticas de asistencia social de importancia creciente por el número de personas a proteger y por el empleo existente y las necesidades futuras en un yacimiento de empleo más que evidente, que debe atenderse con empleo de calidad, reconocimiento social y económico, así como con una mejora sustancial de las condiciones de trabajo actuales.

— Financiación.

En relación a los puntos anteriores, es evidente la necesidad de un pacto a largo plazo, plurianual, de presupuestos específicos en cuidados, con objetivos priorizados, y con el compromiso de todas las CCAA, que nos permita adaptarnos a los futuros cambios demográficos, sociales y asistenciales de los próximos años.

— Valoración del Acuerdo de Acreditación de Servicios.

Dentro de las negociaciones de la Mesa de Diálogo Social se desarrolló un nuevo Acuerdo de Acreditación de Servicios del SAAD durante el año 2022 y con implementación durante el año 2023. A criterio de las organizaciones sindicales (OOSS) el resultado final, acordado en el marco del Consejo Territorial, constituyendo un avance, no satisfacía las expectativas planteadas en el inicio de las conversaciones y no se plasmó con un Acuerdo tripartito, aunque mejorase los ratios profesionales de los últimos años, ya que el anterior Acuerdo databa del año 2008.

El Acuerdo de Acreditación actual establece que se realice una evaluación de su progreso en su primer año de implementación, es por tanto el momento de iniciar los trámites para realizar esta auditoría de inicio.

— Coordinación sociosanitaria.

Diferenciar el sistema de los cuidados en sanitarios o de ayuda social carece de valor. La atención de la persona se encuentra en el mismo entorno, una variación en salud repercute en las necesidades de ayuda en el ámbito social, de la misma forma ocurre en sentido inverso. Es crucial llegar a acuerdos, tanto con los responsables sanitarios (Ministerio de Sanidad) como sociales (Ministerio de Derechos Sociales), con cambios normativos que faciliten la coordinación sociosanitaria, probablemente incluido en el nuevo Proyecto de Ley de Universalidad del Sistema Nacional de Salud, después de años de negociación o concertación social.

- El conocimiento real del copago por parte de los usuarios.

Incluido como una de las medidas principales de acuerdo dentro del Plan de Choque. Se manejan cifras de copago próximas al 20% de los costes de los servicios, que han de abonar los usuarios, pero seguimos sin conocer los datos reales. Las distintas variaciones y criterios de las distintas CCAA, incluida la diversidad de gestión de las distintas provincias o municipios, dificultan averiguar el copago real de los ciudadanos en el entorno de los servicios sociales.

Hay una evidente falta de transparencia en esta materia que, sin embargo, es clave. La recuperación del nivel de financiación acordado por parte del Estado, relevante pero aún insuficiente, ha equilibrado un poco la distribución de costes entre las administraciones, situándose la financiación estatal entre un 25-30% del total. Pero eso no significa que las CCAA estén soportando la totalidad el resto. Es así, en su mayor parte, pero para poder analizar adecuadamente la situación, es imperativo conocer los niveles de copago que hay en cada territorio. La opacidad general en esta materia no es buen augurio en este sentido.

También debemos considerar que este copago se hace en relación a las rentas o pensiones de las personas en situación de dependencia con prestaciones, de tal forma que si la cuantía económica media de las pensiones sube, lo hace también el pago proporcional de los beneficiarios. Las organizaciones sindicales han solicitado esta información tanto en la Mesa de Diálogo Social con el Gobierno de España, que tampoco parece disponer de esa información, como dirigiéndose a todas y cada una de las comunidades autónomas. Contar con ello significaría, mejorar claramente la cooperación entre administraciones, de un lado, permitir analizar mejor las necesidades y la equidad actual en el SAAD.

Mejora en las intensidades de los distintos servicios. En los últimos años se han producido cambios de tipo estructural en el ámbito de los cuidados. Por un lado, la valoración de la atención centrada en la persona, por otro las recomendaciones europeas de desinstitucionalización. No se logrará una variación del sistema si no se potencia la atención domiciliaria y se provocan cambios en los domicilios, un aumento de la intensidad de los servicios de ayuda a domicilio, más plazas para centros de día, una mejora en calidad y en propuestas de atención en teleasistencia y desarrollar la teleasistencia avanzada.

- Cambios y mejoras en las compatibilidades de las distintas prestaciones.

Como una consecuencia del punto anterior se requiere un aumento de las compatibilidades entre los distintos servicios. Sería la única manera de poder prestar una atención centrada en la persona, respetando los deseos de ésta en la consideración de su plan de vida.

- Seguimiento del cambio normativo de traslado a la jurisdicción social de las reclamaciones de las personas solicitantes de dependencia.

Valorar las posibles mejoras en relación al tiempo empleado en la resolución de las reclamaciones y el posible beneficio al usuario.

- Evolución en la calidad en el empleo: indefinido, a tiempo completo, mejoras en los ratios profesionales, salarios.....
- Es el último punto que referenciamos, pero el más importante y sobre el que se sustenta el sistema de cuidados y la evolución social y económica de un país.

Recuperar la imagen social, la proyección en la sociedad de las trabajadoras de cuidados, es crucial. La pérdida de imagen después de la pandemia ha sido excesivamente llamativa. En un futuro con más requerimientos y necesidades en el ámbito de los cuidados necesitamos, de forma urgente, unas mejoras de las condiciones laborales, salariales, de las estrategias en los planes de trabajo, organizativos y de coordinación.

Desde el 2020 con el desarrollo del Plan de Choque y el aumento del nivel de financiación a partir del 2021, hemos observado un cambio en el número de nuevos empleos, cerca de 75.000. Pero necesitamos un análisis más exhaustivo de la calidad de estas nuevas contrataciones.

Con la puesta en marcha del Acuerdo sobre criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del SAAD, también se inician nuevos ratios de atención para los profesionales. Una mejora de ratios profesionales debe, y se exige, que represente una disminución de las cargas de trabajo, y actualmente representa uno de los grandes problemas laborales en el sector. Es necesario comprobar que se cumplan los criterios establecidos en este Acuerdo.

Después de casi 6 años de negociaciones se logra firmar el VIII Convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. Se reflejan mejoras salariales que se venían reclamando desde hace años. Aún así, se mantienen franjas salariales que no son suficientes para compensar el trabajo realizado, en esfuerzo, responsabilidades, cargas y calidad.

Con todas estas premisas parece claro que se debe mantener y reforzar el esfuerzo presupuestario, orientado a objetivos concretos como los señalados y que para ello, la negociación colectiva y la concertación social, deben seguir jugando un papel relevante, jnto con el desarrollo de acuerdos entre los distintos niveles de la administración, central, autonómica y local, para solucionar y crear nuevas estrategias en una necesidad social creciente y de vital importancia en términos de protección y asistencia social, de un lado, y en el terreno de la igualdad entre hombres y mujeres, de otro.

COMUNICACIONES

INTERRELACIÓN INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD A EFECTOS DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Miguel Hernández (Elche)

1. Planteamiento de la cuestión objeto de análisis

El objetivo de estas páginas es el de, comprobar si se cumple el principio de igualdad en el acceso a la salud y en la acción protectora de la Seguridad Social, tanto en las personas con discapacidad como en las que resultan afectadas por una incapacidad permanente.

Partiendo de la base de que discapacidad e incapacidad permanente son dos conceptos distintos y separados, pero no incompatibles, la metodología del estudio se inicia con una mínima pero necesaria clarificación de ambos conceptos partiendo de la normativa aplicable, para seguir con sus conexiones, en particular la forma en que los tribunales nacionales y comunitarios han resuelto situaciones en las que se han visto envueltas personas con discapacidad, incapacidad permanente o ambas a la vez. Todo ello, desde la perspectiva del intangible principio de igualdad que debe informar el ordenamiento jurídico.

Nos encontramos ante dos formas de proteger a las personas: una, la que tiene como destinatarias a la población objeto de la acción protectora por la Seguridad Social, como la incapacidad permanente, y la otra, dirigida a un sector más reducido de personas, precisamente

las que presentan más dificultades para desarrollar su vida diaria a causa de su discapacidad. Ambas medidas, siendo distintas, no son dos compartimentos estancos, especialmente, desde la perspectiva de la Seguridad Social que afecta a las personas con discapacidad. Precisamente el análisis conjunto de ambas realidades (incapacidad permanente – discapacidad) es de actualidad, porque se han producido algunos cambios legislativos y resoluciones judiciales que han acercado el régimen jurídico de la incapacidad permanente a la discapacidad (modificación del art. 4.2 RD-leg.1/2013; STJUE 18 enero 2024), estrechando las relaciones entre ambas instituciones. Esto ha planteado algunos problemas, porque siendo diferentes sus respectivos regímenes jurídicos -la incapacidad permanente (IP) es Seguridad Social, mientras que la discapacidad pertenece al ámbito de la asistencia social, de los servicios sociales, cuya competencia corresponde a las CCAA¹-, con regulaciones separadas pero que en muchos casos coinciden en una misma persona. De manera, que, siendo dos instituciones autónomas y diferentes, sucede que en determinadas circunstancias se entrecruzan hasta el punto de “prestar” la regulación jurídica propia de una de ellas a la otra², por eso, parece oportuno comprobar si existen diferencias de cara al acceso a la protección de la salud y de la Seguridad Social de ambos colectivos o, si, en efecto, se cumple la igualdad de acceso, con independencia del punto de partida: IP o discapacidad. Todo ello se manifiesta en aspectos tales como esa equiparación de la incapacidad permanente con la discapacidad o en sentido inverso, por el que resulta discriminatorio el despido de un trabajador, al que se le ha reconocido una incapacidad permanente, sin aplicar (como a las personas con discapacidad) los ajustes razonables.

Pero antes de analizar todo ello, considero necesario incorporar un apartado que justifique el trato diferenciado que debe regularse a las personas con discapacidad, porque debemos partir del principio de que las disposiciones legales establecidas con carácter general no deben establecer tratos diferenciados o excepciones, salvo que la propia ley lo prevea, por lo que procede argumentar, las razones jurídicas que justifican un trato diferenciado con relación a las personas con discapacidad.

2. Justificación del trato diferenciado

Si, con carácter general, el principio de igualdad es incontestable, debe matizarse, pues, su aplicación no debería interpretarse como un lineal igualitarismo entre personas. Eso sería así, si todas las personas presentaran las mismas condiciones sin diferencia alguna, es decir, si la humanidad estuviera formada por una serie de sujetos-clones (hoy se hablaría de avatares) idénticos. Solo entonces sería posible aplicar las normas de forma igualitaria, y aun así pese a ser idénticas, las circunstancias no tendrían por qué ser las mismas. Por tanto, en esta cuestión no es posible la identidad absoluta entre las personas, sino que, perteneciendo a la genérica naturaleza humana, nos distinguimos por una serie de características diferenciadas que nos convierten en seres únicos, con peculiaridades diferentes unas de otras, pero sin que ello nos lleve al establecimiento de normativas personalizadas hasta el punto de que, si en España se contabilizan 45 millones de habitantes, para cada materia deberían existir 45 millones de leyes. Esto como es obvio resultaría una labor imposible y crearía una suerte de problemas inasumibles. Por eso, existe un acuerdo implícito en los Estados, de establecer normas a las que llamamos leyes, cuyo cumplimiento, se dirige a todas las personas que forman parte de sus territorios. Y es,

¹ Sin embargo, el art. 42.1.e) Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) comprende en la acción protectora de la Seguridad Social “las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de formación y rehabilitación de personas con discapacidad”. En cualquier caso, aunque formalmente la Seguridad Social se atribuya la competencia, es una realidad que quien realmente lleva a cabo la prestación son las Comunidades Autónomas, por lo que sería de agradecer que se clarificara esta cuestión.

² Especialmente, la dirección más frecuente parte de la incapacidad permanente para acogerse a la normativa sobre discapacidad.

precisamente su aplicación con carácter general a todos los ciudadanos, la principal característica de la ley, además de otros elementos como su obligatoriedad y su vocación de permanencia en el tiempo con carácter indefinido.

Sin embargo, si la ley se aplicara de forma idéntica para todas las personas sin excepción, por ser abstracta e impersonal, es decir que no se establece para supuestos individuales, nos encontraríamos con una normativa igualitaria que no respetaría las circunstancias de las personas, especialmente si quienes se encuentran en tales situaciones representan un colectivo significativo; no tanto por sus diferencias en sí mismas consideradas, eso no es lo esencial, sino porque en comparación con otras personas, podrían encontrar grandes dificultades para cumplir con la normativa. Para contrarrestar este problema, cabría que fuera la propia ley la que desde su contenido establezca condiciones especiales para determinados colectivos. Es en este supuesto, cuando esos casos especiales se convierten en generales, porque el legislador entiende que son merecedores de una regulación especial. Se trata de supuestos generales, dentro de otros más generales, aunque a nadie se le escapa que en realidad son especialidades de la norma general prevista por esta.

Este estudio tratará sobre aquellas cuestiones que figuran en la norma fundamental de la Seguridad Social (LGSS)³, así como la normativa básica sobre discapacidad que afectan a las personas con discapacidad LGDPD⁴, coordinando el estudio de ambas normas.

3. Relación entre la acción protectora del sistema especial para personas con discapacidad y la cobertura de la Seguridad Social

El art. 8 LGDPD justifica el establecimiento de un específico sistema de protección de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad, porque no se encuentran incluidas en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social debido a que no realizan ninguna actividad laboral. Sin embargo, conviene recordar que la Seguridad Social no solo comprende a los trabajadores, también a todos los ciudadanos, como las personas que sufren algunas discapacidades, que reuniendo determinados requisitos se incluyen en la modalidad no contributiva del Sistema de Seguridad Social⁵. Además, a la vista del art. 13.2 LGSS se pueden mejorar las condiciones de Seguridad Social de las personas con discapacidad sean o no trabajadores desde el propio Sistema.

En consecuencia, no es imprescindible, como se desprende del contenido del art. 8.1 LGDPD *sensu contrario*, que quien no desarrolla una actividad laboral, no pueda *iuris et de iure*, ser incluido en al sistema de la Seguridad Social.

Asimismo, del contenido del art. 8.1 LGDPD, se desprende que la acción protectora específica para personas con discapacidad es subsidiaria de la acción protectora de la Seguridad Social, o lo que es igual, ambas acciones son incompatibles, porque si tiene derecho a la acción protectora de la Seguridad Social, se descarta que pueda acogerse a la acción protectora específica para personas con discapacidad. Se propone, por tanto, que se permita la plena compatibilidad de ambas instituciones, respetando, eso sí, los límites de ingresos respectivos, y permitiendo el acceso a las prestaciones de Seguridad Social (sea o no persona trabajadora) así como a las

³ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁴ Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social.

⁵ En la modalidad no contributiva de la Seguridad Social, se acogen las personas con discapacidad beneficiarias específicamente de la pensión de invalidez no contributiva, prestaciones familiares o del complemento por discapacidad y otras cuestiones sobre discapacidad contenidas en la prestación del Ingreso Mínimo Vital.

específicas prestaciones sociales y económicas previstas para personas con discapacidad del art. 8 LGDPD⁶. Teniendo en cuenta, además, que estas prestaciones, en su mayoría son de naturaleza técnica, en muchos casos de vital importancia para la persona con discapacidad, en especial en lo que se refiere a la formación y orientación⁷. Esta propuesta responde a la necesidad de equiparar a las personas con discapacidad, de acuerdo con sus circunstancias, con las personas sin discapacidad, mediante esa acción positiva, consistente en la expresa declaración de compatibilidad de ambos sistemas de acción protectora, que permitiría el acceso de las personas con discapacidad a prestaciones sociales en condiciones de igualdad.

4. Incapacidad permanente y discapacidad

Incapacidad permanente (IP) – discapacidad, dos conceptos distintos pero cercanos entre sí, y también al sistema de atención a la dependencia (SAAD)⁸, requieren refrescar sus específicas regulaciones. Las pensiones de IP se crearon como sustitución de rentas, mientras que el reconocimiento de la discapacidad pretende compensar las desventajas sociales que suponen situaciones de discapacidad proporcionando acceso a derechos y prestaciones, con el fin de equiparar oportunidades con los demás, de manera que se trata de ámbitos diferentes de apoyo⁹.

4.1. Perspectiva desde la incapacidad permanente

La IP¹⁰, es una situación indefinida de incapacidad para realizar una actividad laboral o por cuenta propia. La pensión de IP, como cualquier otra prestación contributiva, es una prestación económica cuya finalidad consiste en sustituir aquellas rentas de trabajo que se han perdido, como consecuencia de la aparición de la incapacidad que imposibilita al trabajador continuar realizando aquella actividad que desempeñaba. El órgano encargado de calificar la IP es el Instituto Nacional de la Seguridad Social, (INSS) a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, a quien corresponde declarar la situación de incapacidad permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas (art. 200.1 LGSS). La IP únicamente puede darse en caso de que las carencias funcionales se manifiesten posteriormente a la incorporación de la persona a la actividad laboral¹¹, precisamente porque supone una reducción de su capacidad de trabajo causada por una contingencia común o profesional, y para acreditar esta circunstancia es necesario que el trabajador haya trabajado previamente al momento del hecho causante de la IP. En cambio, la discapacidad es independiente

⁶ Téngase en cuenta que determinadas prestaciones de la modalidad no contributiva de la Seguridad Social sustituyeron a las anteriores otorgadas por la asistencia social, como se confirma a la vista de la DT vigésima cuarta LGSS, que establece la incompatibilidad de las prestaciones no contributivas con los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona del art. 8.3 LGDPD.

⁷ Concretamente, la acción protectora del sistema especial de prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad comprende: a) asistencia sanitaria y prestación farmacéutica; b) subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte; c) recuperación profesional; d) rehabilitación y habilitación profesionales (art. 8.1 LGDPD). Además, las personas beneficiarias de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona, continuarán con el derecho a la percepción de los mismos siempre que continúen reuniendo los requisitos exigidos reglamentariamente para su concesión y no opten por pasar a percibir pensión no contributiva de la Seguridad Social o asignación económica por hijo a cargo (art. 8.3 y DT única LGDPD).

⁸ El SAAD se regula por Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

⁹ GARCÍA SABATER, A.: “El tribunal supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”. *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 221/2019, (BIB 2019/5830), pág. 6.

¹⁰ La IP “es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación (de IP) la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo” (art. 193 LGSS).

¹¹ GARCÍA SABATER, A.: “El tribunal supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *cit.*, pág. 6.

a cualquier relación laboral. De hecho, la consideración como persona con discapacidad puede venir reconocida antes de trabajar, al inicio, o durante la relación laboral.

4.2. Óptica desde la discapacidad

Entre los compromisos que asumen los Estados parte de la CDPD¹², se encuentra el de tomar las medidas pertinentes para que ninguna persona organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad [art. 4.1.e) CDPD]. En ese sentido, el art. 5 establece el significado de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad que deberán asumir los Estados partes en cuatro puntos:

El primero, que todas las personas son iguales ante la ley. El segundo, que los Estados partes deben prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad, garantizando en tercer lugar, la adopción de todas las medidas necesarias para asegurar la realización de “ajustes razonables”. Y finalmente, no se consideran discriminatorias las medidas específicas que sean necesarias para lograr la igualdad de las personas con discapacidad, lo que denominamos como acciones positivas contra la discriminación.

En el plano nacional, según el art. 2.a) LGDPD, la discapacidad, “es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Esta definición es plenamente coherente con la CDPD y literalmente casi idéntica con su art. 1¹³. Lo resaltante de la definición son las conexiones entre el elemento subjetivo (deficiencia) de la discapacidad y el elemento objetivo que se materializa por esas barreras u obstáculos externos a la persona que impiden desarrollar la actividad laboral en iguales condiciones que cualquier otra persona sin discapacidad. La LGDPD, completa el concepto, al definir en el art. 4.1 no solo el concepto de discapacidad sino concretando las deficiencias a que se refiere el art. 2.a), que deberán ser, deficiencias *físicas, mentales, intelectuales o sensoriales*.

En suma, para que exista discapacidad, es imprescindible que simultáneamente se encuentren en la persona, una deficiencia y al menos una barrera que le impida desarrollar su vida en cualquiera de las diversas facetas, en igualdad con las demás personas que no sufren discapacidad.

Es oportuno dejar constancia que la LGDPD, entiende que “se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas” (art. 63 LGDPD).

La discapacidad presenta otra vía de acceso, quizá la única que se aplica en España, según la cual (art. 4.2 LGDPD), “a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior

¹² Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

¹³ “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1 CDPD).

al 33 por ciento”¹⁴. Sobre ello, considero que el concepto genérico de discapacidad del art. 4.1 que se contiene en la LGDPD, acorde con el concepto de la Convención, no exige, en principio, la concreción de ningún grado de discapacidad, por lo que quienes encajen en los términos de la definición deberían considerarse personas con discapacidad, algo que no se aplica ni se contempla en la práctica. Pero esta es otra cuestión que exigirá con toda probabilidad constancia en la reivindicación para que se aplique en sus términos legales la condición de persona con discapacidad, sin la exigencia de que acredite un grado del 33% de discapacidad para ser considerada como tal.

4.3. Conexión incapacidad permanente-discapacidad

Siendo independientes ambas instituciones pueden asentarse en la misma persona trabajadora por lo que son compatibles, si bien, como sucede con el art. 193.1 párrafo segundo LGSS, no se habilita la posibilidad de que personas con discapacidad puedan ser consideradas previamente al inicio de la relación laboral como sujetos de una enfermedad o lesión congénita y de ese modo acceder a la pensión de IP, sino que, se atenderá únicamente la agravación que disminuya su capacidad laboral respecto al momento del inicio de la relación laboral, hasta que, efectivamente, se compruebe que existe una reducción de su capacidad de trabajo declarada por el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección provincial del INSS, con posterioridad a la afiliación cuando se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

Otra conexión, se ubica en el apdo. 2º del art. 4.2 LGDPD, al considerar que presentan discapacidad en grado del 33% (y por ello cumple el requisito porcentual para considerarse persona con discapacidad) “las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”¹⁵. Esta equiparación fue anulada por el TS¹⁶, en la redacción original del art. 4.2 LGDPD¹⁷, siendo posteriormente corregido por la legislación y permitiendo de este modo su aplicación¹⁸.

La conexión IP-discapacidad también se ha manifestado recientemente, en la STJUE 18 enero 2024¹⁹, a causa de la equiparación de una incapacidad permanente total con la discapacidad, a los efectos de cumplir con la obligación de realizar “ajustes razonables” y a la discriminación

¹⁴ El procedimiento para el reconocimiento del grado de discapacidad se regula por el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, correspondiendo a los órganos competentes de las comunidades autónomas o, en el caso de las ciudades de Ceuta y Melilla, al Instituto de Mayores y Servicios Sociales (art. 5.1 RD 888/2022).

¹⁵ A este respecto, debe tenerse en cuenta, que esta posibilidad solo es de aplicación, a los efectos de la sección 1.ª del capítulo V (disposiciones generales sobre el Derecho a la vida independiente) y del capítulo VIII del título I (Derecho de participación en los asuntos públicos), así como del título II sobre igualdad de oportunidades y no discriminación, todos ellos de la LGDPD.

¹⁶ SSTs 992/2018, 993/2018, 994/2028, en ud. 29 noviembre.

¹⁷ Concretamente el TS, señaló que la LGDPD “ha incurrido en ultra vires por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del art. 1 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que, además de atribuirle esa delegación, ratifica el contenido de aquel art. 2.1 Ley 51/2003, que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase “a los efectos de esta ley” por la de “a todos los efectos”, en una evidente alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar”.

¹⁸ Los apartados 1 y 2 art. 4 LGDPD, se modificaron por la disposición final 2.1 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

¹⁹ Caso Na Negreta Asunto C-631/22. Se trata de una sentencia de hondo calado, que, a la par de clarificar diversos aspectos, plantea numerosas cuestiones, como con gran perspicacia expone en su comentario de urgencia, SEMPERE

por razón de discapacidad en caso de despido por no haberse llevado a cabo por la empresa tales ajustes. Se trata de una sentencia que plantea la necesidad de una reforma del art. 49.1.e) ET porque se opone al art. 5 Directiva 2000/78, en particular al despido de un trabajador con incapacidad permanente.

El problema nuclear no era exactamente que no le procurara al trabajador “ajustes razonables”, que ya lo hizo, pues el trabajador estaba trabajando con la correspondiente adaptación materializada en el cambio de puesto de conductor cuando extinguió el contrato de trabajo, sino que, pese a la obligación del Estado de salvaguardar y de promover el ejercicio del derecho al trabajo para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, del art. 27.1 CDPC, así como de la integración profesional de las personas del art. 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y del art. 5 de la Directiva 2000/78, que le obliga a permitir a las personas con discapacidad al acceso al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, sin embargo, le extinguió directamente el contrato de trabajo sin contar con la voluntad del trabajador con discapacidad sobrevenida, especialmente porque la discapacidad se le reconoció automáticamente en el momento en que fue calificado con una incapacidad permanente total²⁰.

5. Acceso a la salud en condiciones de igualdad

A la asistencia sanitaria para beneficiarios de IP se accede en condiciones de igualdad con los trabajadores y demás personas incluidas en la acción protectora del sistema de Seguridad Social [art. 42.1.a) LGSS]. Lo que se plantea es, si sucede lo mismo en el caso de las personas con discapacidad. Desde luego, si la persona con discapacidad, no estuviera encuadrada en ningún régimen contributivo de Seguridad Social, ni tampoco en la modalidad no contributiva no solo no sería igual, sino que la intensidad de la protección sería inferior.

En cambio, en el caso de que la persona con discapacidad presentara una IP reconocida, o cualquier otra prestación de la Seguridad Social, tendría derecho a la protección de la salud del sistema, igual que si no presentaran ninguna discapacidad. A ello, habría que preguntarse si esa cobertura igualitaria lineal sería suficiente para cubrir las necesidades de las personas con discapacidad, y si se cumple el principio de igualdad en el acceso a la asistencia sanitaria en condiciones de igualdad con los sujetos protegidos de la Seguridad Social o si se prevé algún tipo de cobertura sanitaria específica para personas con discapacidad. Porque, pese a que la mayoría de personas con discapacidad no son ni se sienten enfermas y son atendidas en los sistemas normalizados e integrados de atención sanitaria, como el resto de ciudadanos, muchas de ellas necesitan una atención de salud más frecuente e intensa que el resto de la población²¹, comenzando por el acceso a la misma, ya que las leyes sanitarias españolas aluden claramente al sistema sanitario, y desde este punto de vista, la equidad se conseguiría igualando el acceso entre aquellos con igual necesidad sanitaria (equidad horizontal) y facilitando un mayor acceso a aquellos con mayor necesidad sanitaria (equidad vertical)²².

NAVARRO, A. V.: “El caso “Na Negreta” conmueve la IPT (al hilo de la STJUE 18 enero 2024)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 1004, 2024.

²⁰ En realidad, la STJUE plantea diversas cuestiones, si bien, subyace de fondo la intención del trabajador de que se declarara la improcedencia, en lugar de la nulidad, pues, si retornaba al puesto de trabajo con la declaración de IP existía el riesgo de perder la pensión por incompatibilidad de la misma con la recuperación del trabajo.

²¹ LETURIA ARRAZOLA, F. J. et al.: “La atención sanitaria a las personas con discapacidad”, *Revista Española de Discapacidad*, Vol. 2, núm. 1, 2014, pág. 152.

²² ABASOLO, I., PINILLA, J. y NEGRÍN, M.: “Equidad en la utilización de servicios sanitarios públicos por Comunidades Autónomas en España: un análisis multinivel”, *Hacienda Pública Española / Revista de Economía Pública*, núm. 187, 2008, pág. 88.

A nivel internacional, el art. 25 CDPD, establece las pautas para que el derecho a la salud se respete para personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Concretamente los Estados Partes que firmaron y ratificaron el CDPD, “reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad”, incluida la rehabilitación. Sin embargo, esta necesidad, no siempre es atendida de modo adecuado y satisfactorio por el sistema sanitario²³.

Pero, además, la propia Convención, especifica algunas acciones que deben llevar a cabo los Estados para las personas con discapacidad.

Resumidamente son las siguientes:

- Deben proporcionar programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas.
- También deben proporcionar los servicios de salud que necesiten, específicamente como consecuencia de su discapacidad y lo más cerca posible, incluso en zonas rurales.
- Prohibición de discriminación en la prestación de seguros de salud y de vida.
- Impedirán que se nieguen, de forma discriminatoria servicios de salud por motivos de discapacidad

Tales acciones pueden sintetizarse tomando como base el propio concepto de discapacidad, adoptando aquellas medidas que sean necesarias para que el acceso a la atención de la salud de personas con discapacidad se lleve a cabo en iguales condiciones que quienes no presentan discapacidad. Debo subrayar que las medidas que se adopten no deben aplicarse de forma igualitaria, sino mediante la adaptación personalizada, según el tipo y grado de discapacidad de cada persona, que permita el acceso y disfrute del derecho a la salud en igualdad con las demás personas.

En el plano nacional, el derecho a la protección de la salud se reconoce por el art. 43.1 CE, si bien, “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública²⁴ a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”.

Asimismo, el reconocimiento de la igualdad en la protección de la salud se contiene en el art. 6 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, según el cual, “todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad, sin que pueda producirse discriminación por razón”, entre otras circunstancias, de discapacidad. Por su parte el art. 10.1 LGDPD, siguiendo los criterios que marca la CDPD, señala que “las personas con discapacidad tienen derecho a la protección de la salud, incluyendo la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva”.

Difícilmente se estará en desacuerdo con estos pronunciamientos, pero, en todo caso, habrá que establecer acciones positivas que impidan discriminaciones en el acceso a los servicios de salud por razón de discapacidad. La mayoría de las acciones en ese sentido, se refieren tan solo a tratar la discapacidad y no tanto a una ampliación de la protección de la salud en aspectos

²³ LETURIA ARRAZOLA, F. J. *et al.*: “La atención sanitaria a las personas con discapacidad”, *cit.*, pág. 152.

²⁴ Según, *Estrategia de Salud Pública 2022 (ESP 2022). Mejorando la salud y el bienestar de la población*. Ministerio de Sanidad (pág. 1): “La salud pública es el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones Públicas con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad, así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales”.

que no tengan que ver la propia discapacidad. Me explico, creo que, si de verdad se pretende llevar a cabo una acción positiva en esta materia se requiere que la atención de la asistencia sanitaria sea más amplia que la establecida para quienes no presentan discapacidad con objeto de compensar ese desnivel de protección en la atención de la salud, que, en ocasiones, exigirá coberturas de mayor amplitud, que permitan alcanzar esa igualdad que tanto se predica. De ahí, que las actuaciones de las administraciones públicas y de los sujetos privados deberían dedicar, no solo, una *atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad*, conforme a la legislación sanitaria general y sectorial vigente (art. 10.2 LGDPD), sino que requeriría ofrecer una atención de mayor alcance, no solo atender a sus circunstancias personales. Así, por ejemplo, en el campo de la prevención, la asistencia sanitaria debe encaminarse a minimizar y reducir las situaciones que puedan incrementar la discapacidad, prestando particular atención a las enfermedades que inciden de forma determinante en la capacidad funcional global de la persona, por tener repercusión en el entorno sociofamiliar y laboral (enfermedades degenerativas, como el Alzheimer o adquiridas como lesiones medulares, accidentes cerebrovasculares, etc.)²⁵.

Vemos pues, que el derecho a la salud de personas con discapacidad exige una especial atención por parte de los poderes públicos, para evitar discriminaciones respecto a las demás personas. De ahí que, el art. 10.3 LGDPD, exija a las administraciones públicas que desarrollen actuaciones necesarias para la coordinación de la atención de carácter social y de carácter sanitario. Y no de cualquier manera, sino que deben dirigirse de forma efectiva y eficiente a las personas que por problemas de salud asociados a su discapacidad tienen necesidad simultánea o sucesiva de ambos sistemas de atención (social y sanitario). Todo ello deberá concretarse en la promoción de las medidas necesarias para favorecer el acceso de las personas con discapacidad a los servicios y prestaciones relacionadas con su salud *en condiciones de igualdad* con el resto de ciudadanos. Lo que podría conducir a pensar que la discapacidad se identifique como un estado de salud, en lugar de entenderse en el ámbito de las condiciones sociales y de los factores ambientales que desfavorecen a las personas con discapacidad²⁶.

En el acceso a la salud, se ha encontrado que las personas en situación de discapacidad no tienen un acceso equitativo a las prestaciones de salud²⁷, sin embargo, van surgiendo buenas prácticas que reducen la discriminación de las personas con discapacidad en el sistema de salud, como sucede con las personas con reducciones auditivas, al abordar la discapacidad desde el modelo social²⁸.

En realidad, el legislador tan solo enuncia una serie de principios genéricos a seguir, especialmente, el de igualdad y no discriminación, pero no establece medidas concretas que garanticen a las personas con discapacidad esa igualdad en el acceso a la protección de la salud. Además, en su gran mayoría, las personas con discapacidad se enfrentan a barreras -arquitectónicas, de información-, para acceder a los sistemas de salud, lo que dificulta la atención adecuada a sus necesidades o que no reciban la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos²⁹. Porque, una de las consecuencias potencialmente discriminatorias de asociar la discapacidad exclusivamente como una condición de salud es que

²⁵ LETURIA ARRAZOLA, F. J. *et al.*: “La atención sanitaria a las personas con discapacidad”, *Revista Española de Discapacidad*, *cit.*, pág. 158.

²⁶ TAMAYO, M, BESOÁIN, A., y REBOLLEDO, J.: “Determinantes sociales de la salud y discapacidad: actualizando el modelo de determinación”, *Gac Sanit.* 2018, Vol. 32, núm. 1, pág. 97.

²⁷ HERNÁNDEZ C. y JIMÉNEZ D.: “Inequidad en la utilización de servicios sociosanitarios en España para las personas discapacitadas”, *Gac Sanit.* 2011, Vol. 25, págs. 85–92.

²⁸ MUÑOZ-BAELL, I. M, RUIZ-CANTERO M.T, ÁLVAREZ-DARDET C., *et al.*: “Comunidades sordas: ¿pacientes o ciudadanas?”, *Gac Sanit.* 2011, Vol. 25, núm. 1, págs. 72–78.

²⁹ MORENO VIDA, N.: “Protección de la salud y atención integral a las personas con discapacidad”, *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N.,

las intervenciones serán menos efectivas para las personas con discapacidad. De manera, que se ha propuesto³⁰ incluir la discapacidad desde el modelo social, como uno de los determinantes sociales de la salud estructural, por ser una situación generadora de desigualdad en salud y de exclusión social.

En ese sentido, se puede afirmar, con carácter general, que las personas con discapacidad, no reciben una asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos, en particular, en el caso de personas con discapacidad intelectual, al encontrarse discriminadas por nuestro sistema sanitario, que, pese a presentar más problemas de salud que la población general, acuden con menor frecuencia a los servicios sanitarios, debido a la innumerable cantidad de barreras que encuentran³¹.

6. Acción protectora de la Seguridad Social de personas con discapacidad en condiciones de igualdad

No hay duda de que la acción protectora de los beneficiarios por IP es Seguridad Social, que comprende la protección de la salud y económica que otorga el nivel contributivo. En el caso de personas con discapacidad incluidas en el sistema de Seguridad Social, pueden contemplarse numerosas acciones positivas, en materia de Seguridad Social, que han tratado de facilitar la equiparación con las personas que no presentan discapacidad.

El propio marco regulatorio de la Seguridad Social en el art. 13.2 LGSS, abre la puerta a que normas que con carácter general se aplican a todos los sujetos protegidos del sistema de la Seguridad Social, experimenten cierta flexibilidad para adaptarse a las circunstancias de las personas con discapacidad, lo mismo que sucede para otros colectivos, como víctimas de violencia de género o víctimas de terrorismo.

La LGSS, alude a las personas con discapacidad en numerosas ocasiones, siendo el art. 13.2 LGSS el que ordena al Gobierno que apruebe normas específicas para las personas con discapacidad en dos aspectos, respecto a sus condiciones de trabajo, y en lo que ahora nos afecta, el acceso a la acción protectora de la Seguridad Social.

Por eso, se irán analizando algunas de las mejoras destinadas a las personas con discapacidad por el tipo de beneficio, según se refiera a los requisitos exigidos para causar derecho a las prestaciones, a la duración o a las cuantías de las mismas. Con ello, se podrá verificar, si las acciones positivas adoptadas, incluidas en la LGSS para este colectivo resultan adecuadas, si podrían mejorarse o sería preferible otras más adecuadas de acuerdo con la naturaleza de la deficiencia o de la barrera que afecta a la persona.

6.1. Exclusión del requisito de la edad

Uno de los requisitos exigidos para el acceso a determinados beneficios de Seguridad Social, es el de no superar una determinada edad, que, en algunos supuestos, no se exige cuando el interesado es una persona con discapacidad. Sucede en el caso del autónomo que ocupa a sus hijos en el negocio; o en el de adopción de hijos menores de edad; la consideración como

MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), Ediciones Laborum, Murcia, 2020, pág. 1014.

³⁰ TAMAYO, M., BESOAÍN, A., y REBOLLEDO, J.: “Determinantes sociales de la salud y discapacidad: actualizando el modelo de determinación”, *cit.*, pág. 97.

³¹ LETURIA ARRAZOLA, F. J. *et al.*: “La atención sanitaria a las personas con discapacidad”. *Revista Española de Discapacidad*, *cit.*, pág. 152. El autor realiza un interesante análisis sobre las limitaciones de la atención sanitaria, características, problemas específicos que presentan las personas con discapacidad intelectual, así como algunas recomendaciones, basadas en diversos estudios internacionales (págs. 158-162).

miembro de la unidad familiar de mayores de 26 años con discapacidad con relación al requisito de responsabilidades familiares en el subsidio por desempleo, o, a los efectos de calcular las cuantías máxima y mínima de la prestación por cese de actividad, en que se tiene en cuenta el número de hijos a cargo menores de 26 años o con discapacidad.

6.1.1. Contratación por trabajadores autónomos de hijos mayores de 30 años con discapacidad

Es posible ampliar la posibilidad de que los trabajadores autónomos puedan contratar a sus hijos mayores de 30 años como trabajadores por cuenta ajena, aunque convivan con ellos, en el caso de que los hijos sufran discapacidad. Si bien, debe reconocerse que para que esto sea posible, el grado de discapacidad del hijo, debe referirse a alguno de los siguientes grados y circunstancias (art. 12.2 LGSS):

a) Personas con parálisis cerebral, con enfermedad mental con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad igual o superior al 33% e inferior al 65%, cuando causen alta por primera vez en el sistema de la Seguridad Social.

c) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad igual o superior al 65%”.

La finalidad es clara: iniciar en el trabajo a los hijos jóvenes de los trabajadores autónomos que los ocupen en su negocio, que sean menores de 30 años o con discapacidad. De esta forma, pueden optar entre que el hijo se dé de alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), que sería lo ordinario, o bien se abre esta posibilidad, por la DA 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, reproducida en el art. 12.2 LGSS, de darles de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, como trabajadores por cuenta ajena.

6.1.2. La prestación por adopción de menores de edad mayores de seis años con discapacidad

A efectos de la prestación por nacimiento se consideran situaciones protegidas, según art. 177 LGSS, el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar. En estos casos, el límite de edad de los menores en los supuestos de adopción y acogimiento, puede alcanzar, con carácter general hasta los 6 años³². Sin embargo, en el caso de personas con discapacidad³³ o de quienes tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, ya sea por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, para que se produzca la situación protegida el adoptado o acogido deberá ser menor de dieciocho años (art. 2.3, del RD 295/2009).

En consecuencia, se amplía la edad para poder ser adoptado, cuando el menor sufre cualquier tipo de discapacidad, desde los 6 años hasta los menores de 18 años para poder ser adoptado y acceder al subsidio por nacimiento, siempre que se acredite que se cumplen los demás requisitos exigidos en la mencionada prestación.

³² Según art. 2.3 párrafo 2º RD 295/2009, en relación con el artículo 48.5 de acuerdo con el artículo 45.1.d) ambos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).

³³ Se entiende que los menores de edad, adoptados o acogidos, que sean mayores de seis años, presentan alguna discapacidad cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33% (art. 2.3. 2º párrafo RD 295/2009).

6.1.3. La consideración como miembro de la unidad familiar de mayores de 26 años con discapacidad con relación al requisito de responsabilidades familiares en el subsidio por desempleo (a partir de 1 de noviembre de 2024)

Con respecto al requisito de carencia de rentas y responsabilidades familiares del subsidio por desempleo, según el art. 275 LGSS³⁴, se entiende cumplido el requisito de carencia de rentas propias cuando las rentas de cualquier naturaleza del solicitante o beneficiario durante el mes natural anterior no superen el 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

El requisito de responsabilidades familiares, se entenderá cumplido en la fecha de la solicitud del alta inicial o de las prórrogas o reanudaciones del subsidio cuando la suma de las rentas obtenidas durante el mes natural anterior a dichas fechas por el conjunto de la *unidad familiar*, incluida la persona solicitante o beneficiaria, dividida entre el número de miembros que la componen, no supere el 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Y se entiende a estos efectos, por *unidad familiar* la compuesta por la persona solicitante o beneficiaria, su cónyuge o pareja de hecho y los hijos e hijas menores de veintiséis años, o *mayores con discapacidad*, o menores acogidos y acogidas o en guarda con fines de adopción o acogimiento, que convivan o dependan económicamente de la persona solicitante o beneficiaria.

Lo anterior se refiere a la mejora que se producirá a partir de 1 de noviembre de 2024. Mientras tanto, en lo que nos atañe -la discapacidad-, la anterior redacción tan solo entiende “por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores *incapacitados*. La mejora sustancial, supone la sustitución de ese término equívoco -incapacitados³⁵- por el de “mayores con discapacidad”.

6.1.4. La consideración de hijos a cargo, para determinar el límite máximo o mínimo de la prestación por cese de actividad

Como sucede en las prestaciones por desempleo, para determinar la cuantía de las prestaciones por cese de actividad, una vez calculada, existen ciertos límites, que vienen determinados en función del número de hijos a cargo del beneficiario. De manera, que según el art. 339.3 LGSS, con dos o más hijos el límite a percibir será del 225% del Indicador Público de Efectos Múltiples (IPREM)³⁶; con un hijo a cargo, el límite será del 200% del IPREM, y finalmente sin hijos a cargo será del 175% del IPREM. Los mismos porcentajes que en la prestación por desempleo.

³⁴ Redacción del art. 2.6 RD-ley 2/2024, de 21 de mayo, que entró en vigor el 23 de mayo de 2024, cuya aplicación efectiva se producirá el 1 de noviembre de 2024. Hasta el 31 de octubre de 2024, continuará siendo de aplicación lo previsto en su redacción anterior, salvo el apdo. 5.c).

³⁵ El termino, “incapacitados” parece referirse a la incapacidad permanente, pero también podría pensarse que el legislador quiso aludir a la anterior redacción de la DA vigésima quinta LGSS, que entendía que se encontraban afectadas por una discapacidad igual o superior al 65%, las personas que fueron declaradas incapaces judicialmente. En la actualidad, “se entenderá que están afectadas por una discapacidad, en un grado igual o superior al 65 por ciento, aquellas personas para las que, como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos” (DA vigésima quinta LGSS, modificada por art. único 31 Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo).

³⁶ Según la disposición adicional nonagésima de la Ley 31/2023, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (prorrogados al 2024), el IPREM para el año 2023 es de 20 euros al día, de 600 euros al mes y de 7.200 euros al año. En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional haya sido sustituida por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 8.400 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 7.200 euros.

Y se entiende que se tienen hijos a cargo, según el art. 339.4 LGSS, “cuando estos sean menores de veintiséis años, o mayores con una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, carezcan de rentas de cualquier naturaleza iguales o superiores al salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias³⁷, y convivan con el beneficiario”. De manera que, también, en esta ocasión se equipara la menor edad con la condición de persona con discapacidad. Nueva manifestación de acción positiva a favor de quienes tienen hijos con discapacidad, pues, aunque sean mayores de 26 años, el límite del importe de la prestación puede verse ampliado si conviven con el beneficiario de la prestación por cese de actividad y acreditan que no perciben otros ingresos iguales o superiores al SMI sin incluir las pagas extras.

En este sentido, se observa un tratamiento diferenciado respecto a la prestación por desempleo, pues según el art. 270.3 LGSS, el límite de los respectivos porcentajes de 200% y de 225%, según tenga, respectivamente uno o más hijos a cargo del trabajador, sin que en este caso se distinga la edad de los hijos ni si tienen discapacidad o cualquier otra circunstancia, sino solo que estén a cargo del trabajador³⁸.

6.2. Incrementos en la duración de la prestación

Debido a las circunstancias de las personas con discapacidad, es frecuente que su recuperación de enfermedades o accidentes sea más lenta y necesiten más tiempo para recuperarse. Por eso, es coherente que algunas prestaciones de Seguridad Social, prevean esta circunstancia, estableciéndose un período más largo de percepción hasta su completa recuperación.

6.2.1. Incremento del tiempo de duración del subsidio por nacimiento y cuidado de menor en el supuesto de discapacidad del hijo o hija

El art. 48.6 ET, establece que, en el supuesto de discapacidad del hijo o hija en el nacimiento, adopción, en situación de guarda con fines de adopción o de acogimiento, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas, una para cada una de las personas progenitoras. De manera que, en lugar de 16 semanas la duración se amplía a 17 semanas, por cada persona progenitora. Si bien, se trata de una medida laboral sobre la duración del descanso, tiene su correlativa prestación económica de Seguridad Social prevista en el art. 8.3 RD 295/2009.

Pero, además, en el caso de haber una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas para el caso de familias con dos personas progenitoras (18 semanas), según art. 48.6 ET. Sin embargo, en estos casos no se prevé que se acumulen las 16 semanas ordinarias del otro progenitor.

En estos supuestos, la norma no distingue la clase de discapacidad (física, sensorial, mental o intelectual), ni siquiera el grado de discapacidad que tenga reconocido el hijo o hija, algo que debería corregirse para adecuar con mayor precisión el incremento en las duraciones de la prestación.

6.2.2. Incremento del periodo de duración del subsidio en el supuesto especial de nacimiento y cuidado de menor

El supuesto especial por nacimiento y cuidado de menor, tiene lugar, en los casos de parto de la trabajadora, en los que reúne los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo

³⁷ El Salario mínimo interprofesional para el año 2024, es de 37,80 euros al día, 1.134 euros al mes o de 15.876 euros al año, incluidas las pagas extraordinarias, según arts. 1 y 3 del Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024.

³⁸ Tampoco se especifica el concepto de “hijo a cargo” a los efectos de la prestación contributiva de desempleo.

el período mínimo de cotización exigido. Es entonces cuando la trabajadora tendrá derecho a un subsidio equivalente al 100% del IPREM vigente en cada momento, salvo que al calcularse la base reguladora resultase inferior³⁹, en cuyo caso se estará a esta (art. 182.2 LGSS).

La duración del subsidio es de 42 días naturales a contar desde el parto. Sin embargo, en los casos de discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65%, la duración se incrementa en 14 días naturales [art. 182.3.d) LGSS].

Con respecto al grado de discapacidad exigido del 65%, cabe señalar que tampoco en este caso, se distingue la clase de discapacidad, pues no es igual una discapacidad intelectual del 65% que otra discapacidad física o sensorial de igual grado. Esto constituye un tratamiento discriminatorio que debería ser subsanado.

Por otro lado, la duración incrementada en dos semanas en los casos de personas con discapacidad, especialmente con el grado exigido, no parece que sea suficiente, no tanto por la cuantía del subsidio, sino por el descanso que como es lógico necesitará más tiempo cuanto mayor sea el grado de discapacidad.

En consecuencia, considero que debería relacionarse el tiempo de duración del subsidio con el grado de discapacidad, distinguiendo la clase de discapacidad y estableciéndose una mayor duración en los casos de discapacidad intelectual.

6.2.3. Incremento del período de duración de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave

Se trata de la última de las disposiciones aprobadas que permiten que se alargue el período de duración de una prestación económica de Seguridad Social por causa de la discapacidad del sujeto protegido. En este caso, se refiere a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave⁴⁰, que, si en principio, se tiene derecho a percibir hasta los 18 años del menor, la norma prevé hasta tres tramos más que permiten alargar la prestación económica:

En el primero, *se mantiene* la prestación económica hasta los 23 años cuando, alcanzada la mayoría de edad, *persistiera* el padecimiento del cáncer o la enfermedad grave, diagnosticada anteriormente, y *subsistiera* la necesidad de hospitalización, tratamiento y cuidado durante el mismo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos con carácter general⁴¹.

En segundo lugar, *una vez cumplidos los 18 años*, se podrá *reconocer* la prestación hasta que el causante cumpla 23 años en los supuestos de padecimiento de cáncer o enfermedad grave diagnosticada antes de alcanzar la mayoría de edad, siempre que en el momento de la solicitud se acrediten los requisitos exigidos con carácter general, salvo la edad⁴².

³⁹ Se refiere al cálculo ordinario a tiempo completo, según el art. 179 LGSS, o a tiempo parcial, según el art. 248.1.b) LGSS.

⁴⁰ Conviene recordar que en esta prestación, “se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo de, al menos, un 50% que (según lo previsto en el art. 37.6 párrafo 3º ET), lleven a cabo los progenitores, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, o cuando solo haya un progenitor por tratarse de familias monoparentales, para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad” (art. 190.1 LGSS).

⁴¹ Previsión establecida por la DF 28.3 Ley 22/2021, de 28 de diciembre.

⁴² Art. 190 LGSS, modificado por el art. único.20 Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo.

En tercer lugar, en lo que nos atañe más directamente, se eleva un escalón más en la edad del menor, de manera que “*se mantendrá la prestación económica hasta que el causante cumpla 26 años si antes de alcanzar los 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento*”⁴³. Creo, sin embargo, que sobra la advertencia del art. 192.2 LGSS, en la que se establece la extinción de la prestación, si la persona enferma deja de acreditar el grado de discapacidad requerido. Sobre todo, porque, una vez declarada la discapacidad con ese grado, y se le declarara, por ejemplo, un grado del 64%, como consecuencia de alguna revisión, no parece equitativo que se le extinga la prestación al cuidador. Si acaso, se podría haber previsto, en el peor de los casos, que se extinguiera la prestación en el caso de que deje de tener la condición de persona con discapacidad (menos de un 33%), algo poco probable que suceda.

Aunque algo alambicada y tortuosa, se trata de una interesante medida de acción positiva, de cara al cuidado del menor, que necesita de los cuidados de sus familiares, y que además de sufrir una grave enfermedad, presenta, al menos un grado del 65% de discapacidad. También en este caso, el grado de discapacidad que debe alcanzarse es una importante barrera para que las personas con discapacidad intelectual puedan acogerse a esta prolongación de los cuidados. Una vez más, debería tenerse en cuenta esta circunstancia.

6.3. Reducción en la edad ordinaria de jubilación

La pensión de jubilación contributiva es la prestación reina del sistema de la Seguridad Social en la que los trabajadores fijan su interés de cara al cumplimiento de la edad que les permita cesar en el trabajo, y, si reúnen los requisitos, percibir la correspondiente pensión. En el caso de los trabajadores con discapacidad, el esfuerzo en alcanzar los requisitos y condiciones o el importe de la pensión de jubilación de un trabajador sin discapacidad puede ser enorme, pues su capacidad de trabajo es más reducida y lenta, por lo que el legislador ha establecido una serie de acciones positivas con objeto de que esa distancia se reduzca tratando que se equipare el logro de los requisitos o el importe de la pensión a las personas sin discapacidad.

La edad ordinaria de jubilación ha venido siendo desde la creación del retiro obrero en 1919, de 65 años hasta la llegada de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, que la estableció en 67 años a partir de 2027, manteniéndose los 65 años, en el caso de que el trabajador acredite un determinado período de tiempo cotizado, concretamente 38 años y 6 meses [art. 205.1.a) LGSS]. Hasta entonces, es posible jubilarse con 65 años aplicando un período transitorio, incrementándose gradualmente, por cada año desde 2013 a 2027, el tiempo cotizado⁴⁴, de manera que la edad ordinaria de jubilación en 2024, es de 66 años y 6 meses. Pero también podría jubilarse a los 65, con la contrapartida de haber cotizado 38 años o más en este año 2024. En términos generales, se ha alargado la edad que permite jubilarse ordinariamente. Y ello afecta naturalmente a las personas con discapacidad. Para ellas, se estableció un sistema –antes incluso de las previsiones de alargamiento de la edad de jubilación por la Ley 27/2011–, cuya finalidad es la de reducir su edad ordinaria, en función del tiempo que han trabajado en situación de discapacidad, teniéndose en cuenta también su grado de discapacidad. Es obvio, que un mayor grado de discapacidad requerirá un mayor esfuerzo y, por tanto, una mayor reducción en su edad ordinaria de jubilación en función del período trabajado en tales condiciones.

⁴³ Apdo. 3 del art. 190 LGSS, modificado por el art. único.20 Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo.

⁴⁴ Ese período de aplicación gradual desde 2013 a 2027, figura en la tabla de la disposición transitoria séptima LGSS.

Esta medida permite a las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65% el acceso anticipado a la jubilación, en consonancia con sus expectativas de vida laboral⁴⁵. También se reduce la edad de quienes acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción significativa de la esperanza de vida de esas personas (art. 206 bis.2 LGSS).

6.4. Reducción del período de carencia exigido en la jubilación

Otra posibilidad que puede ayudar a las personas con discapacidad al acceso de la pensión de jubilación es el de la reducción del tiempo de cotización exigido, pues, al necesitar más esfuerzo para alcanzar el mismo tiempo requerido a quienes no presentan discapacidad, la realidad es que tardarían más en alcanzar la jubilación. Por eso, se han previsto algunas medidas de acción positiva que reducen el requisito de cumplir con el período de cotización exigido de 15 años, 2 de ellos en los últimos 15 años.

6.4.1. Reducción del período de tiempo exigido de cotización con un grado igual o superior al 45% en el caso de personas con discapacidad y nuevo criterio sobre la consideración de la multidiscapacidad

Con la aparición del Real Decreto 370/2023, de 16 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1851/2009 y se desarrolla el art. 161 bis LGSS en cuanto a la anticipación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%, se da respuesta a algunas de las Recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo, así como del Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad, que se podrían resumir en las siguientes:

- Se reduce a 5 años (en lugar de los anteriores 15 años) la acreditación de cotización exigida a personas afectadas con un grado de discapacidad de al menos el 45% debido a patologías que figuran en un nuevo listado, mucho más ágil que el anterior⁴⁶. De manera que ya no se exige para reunir el requisito de la carencia mínima de jubilación, que lo sean presentando ese grado de discapacidad durante los 15 años.
- Los 5 años, deben encontrarse en el período mínimo de los 15 años exigidos para causar derecho a la pensión de jubilación. Con ello, se acreditará más fácilmente, por ser menor el período exigido con el grado de discapacidad del 45%, porque anteriormente se exigía que acreditara la discapacidad, al menos durante el período mínimo de cotización exigido de 15 años⁴⁷.
- Se flexibiliza la acreditación de la discapacidad, al tener en cuenta la multidiscapacidad, que sigue la doctrina de la STS 729/2017, 27 septiembre, al admitir el grado del 45% con la suma de las diversas dolencias, siempre que al menos una de ellas se encuentre en el nuevo anexo con un grado de discapacidad del 33%⁴⁸.

⁴⁵ Se desarrolla en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

⁴⁶ Art. 1 RD 1851/2009, modificado por el art. único. Dos RD 370/2023, de 16 de mayo.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Concretamente, establece el modificado apdo. 3 del art. 5 RD 1851/2009: “Se entenderá que concurre un grado de discapacidad en total igual o superior al 45 por ciento en aquellos casos en los que, conforme a los certificados a que se refiere el apartado anterior, se acrediten, conjuntamente, las siguientes condiciones:
a) Que de la suma de los porcentajes de discapacidad alcanzados en las diferentes dolencias que figuren en el certificado, así como del porcentaje correspondiente a los “baremos complementarios”, de ser el caso, resulte un porcentaje de discapacidad total igual o superior al 45 por ciento.

Son estas, las últimas medidas de acción positiva que se han incorporado al acervo de acciones positivas en favor de las personas con discapacidad incluidas en el sistema de Seguridad Social español.

6.4.2. El período de carencia exigido en la jubilación parcial para personas con discapacidad

La jubilación parcial es la modalidad de jubilación, que permite combinar el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial con parte de la pensión de jubilación.

Es una realidad, que se han ido endureciendo los requisitos exigidos para acceder a este tipo específico de jubilación. Uno de ellos consiste, como establece el art. 215.2.d) LGSS, en haber cotizado como mínimo durante 33 años⁴⁹. De modo que quien no cumpla este requisito no podrá acceder a la jubilación parcial, en su versión más interesante, la establecida con antelación a la jubilación ordinaria en vigor, pues la prevista con posterioridad, apenas exige requisito alguno, y supone tan solo renunciar a una parte del importe de la pensión para completarla prestando servicios por cuenta ajena.

La acción positiva incorporada para las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, con respecto al período de carencia exigido, consiste en una rebaja del número de años cotizados. Concretamente, son 25 años cotizados, en lugar de 33 años. Supone una rebaja de 8 años, respecto a quienes no sufren discapacidad.

Se observa que la rebaja sigue siendo discriminatoria entre personas con discapacidad, pues al igual de otros supuestos analizados, se exigen los mismos años, con independencia del grado de discapacidad que presente el trabajador. Esto, pese a tratarse de una medida de acción positiva hacia las personas con discapacidad, solo lo es respecto de quienes no presentan discapacidad, sin embargo, representa cierta desigualdad entre los propios trabajadores con grados de discapacidad diferentes. No debe valorarse igual cada año trabajado de una persona con un grado de discapacidad del 33%, que otra con un 75%, pues el trabajo realizado en estas condiciones por la última, le habrá supuesto un esfuerzo mucho mayor para alcanzar esos 25 años. Por eso, creo en la necesidad de distinguir el período de carencia exigido, en función del grado y de la clase de discapacidad, es decir, según sea discapacidad física, sensorial, intelectual, etc. Y si la norma prevé 25 años cotizados para personas con un grado de discapacidad del 33%, debería reducirse a 15 años si esa discapacidad fuera intelectual, o con un mayor grado de discapacidad, reduciendo el número de años exigidos a medida que se incrementa el grado de discapacidad, hasta llegar incluso, creo que las circunstancias lo merecen, a no exigir período de carencia alguno.

6.5. Se mantiene el límite de pensiones en el supuesto de jubilación anticipada de personas con discapacidad

Con carácter general, una vez calculado el importe de la pensión de jubilación, si supera el límite máximo establecido anualmente por el Gobierno, el sujeto, solo puede percibir el importe de ese límite, en el caso de que sea superior. Cuando la persona solicita la pensión de jubilación anticipada con coeficientes reductores, por causas no imputables al trabajador, regulado en el

b) Que al menos una de las dolencias reflejadas en el certificado de discapacidad sea una de las relacionadas en el anexo y que el porcentaje de discapacidad alcanzado por esta o estas patologías generadoras de discapacidad relacionadas en el citado anexo suponga al menos el 33 por ciento del total del grado de discapacidad acreditado”.

⁴⁹ Sin que compute la parte proporcional de pagas extraordinarias. Por el contrario, computan el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, o del servicio social femenino obligatorio, con el límite máximo de un año.

art. 207 LGSS, ese límite se ve reducido en un 0,5%, en función del número de los trimestres o fracciones del mismo de anticipación de la edad ordinaria de jubilación que le corresponda (art. 210.4 LGSS).

Pues bien, ese coeficiente del 0,50% no será de aplicación, respecto a los grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, ni tampoco a las personas con discapacidad (art. 210.5 LGSS).

Parece, a simple vista que se trata de una ayuda económica para aquellas personas con discapacidad, que deciden adelantar su jubilación ordinaria alcanzando el tope máximo de la pensión. Conviene subrayar que, a este colectivo, se le aplican coeficientes reductores a su edad, no a la cuantía de la pensión, en función del período de tiempo que han trabajado con discapacidad. El legislador, señala que, efectivamente, no se les aplicará el coeficiente del 0,50% del tope máximo, por trimestre adelantado. Pero es que, no hacía falta que lo especificara, pues al hacerlo se remite expresamente a los arts. 206 y 206 bis LGSS⁵⁰, que son los que regulan, respectivamente, la jubilación anticipada por razón de actividad y la jubilación anticipada en caso de discapacidad, por lo que no les sería aplicable el art. 207 LGSS, que es al que se refiere la aplicación de ese 0,50% del tope máximo, por trimestre adelantado.

Sí entiendo, que se les aplicaría ese coeficiente del 0,50% por trimestre, si la persona con discapacidad decidiera, no solo aplicar la jubilación “anticipada” del art. 206 bis LGSS, que, al fin y al cabo, supone un adelanto en la edad sin menoscabo en el importe, sino que se acogiera, además al art. 207 LGSS. Es decir, que además de adelantar su jubilación, la anticipara con aplicación de coeficientes reductores, esta vez sí del importe de su pensión previamente adelantada. Y es en este punto, en el que creo que la medida de acción positiva podría ser, la de que no se les aplique el coeficiente del 0,50% por trimestre del límite o tope de la pensión máxima establecida.

6.6. Beneficio del cuidador familiar de persona con discapacidad en la prestación familiar contributiva

La conocida como prestación no económica, como se le ha denominado a la prestación familiar contributiva, consiste en que se consideran efectivamente cotizados a los efectos de las prestaciones por jubilación, IP, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (actual nacimiento y cuidado de menor), de los 3 primeros años del período de excedencia que los trabajadores disfruten, en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida (art. 237.2 LGSS).

En realidad, no es un beneficio directo a la persona con discapacidad, sino del familiar cuidador, al que se le considera como cotizado el tiempo de excedencia de esos 3 primeros años, cuando dedique ese período al cuidado de un familiar con discapacidad que no se valga por sí mismo y que no realice actividad retribuida. De manera que sería un beneficio del cuidador, del que se beneficia también la persona familiar con discapacidad, indirectamente, al facilitarse su cuidado, siendo la prestación no económica un aliciente de cara a las prestaciones futuras del cuidador.

⁵⁰ Según art. 210.5 LGSS.

6.7. Importe de la modalidad no contributiva en función del grado de discapacidad

Ciertamente, es la modalidad no contributiva, la que establece el incremento de las prestaciones económicas para personas con discapacidad, concretamente las prestaciones familiares, la pensión de invalidez y el ingreso mínimo vital.

6.7.1. Prestaciones familiares

El legislador ha establecido la existencia de tres clases de prestaciones familiares no contributivas para quienes tengan a su cargo hijos o menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. En dos de ellas adquiere un relevante protagonismo la edad y el grado discapacidad considerado para establecer el importe de las prestaciones económicas que se otorgan, según la clase de prestación:

- a) En la *asignación económica por hijo menor de 18 años* afectado por un grado de discapacidad igual o superior al 33% o mayor de esa edad con un grado de discapacidad igual o superior al 65%, en cuyo caso, el importe para 2024 es de 5.647,20 euros/año, y si la discapacidad es mayor o igual al 75%, será de 8.469,60 euros/año⁵¹.
- b) En la *prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo*, en los casos de madres o padres que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65%, el importe es un pago anual de 1.000 euros, para lo que se deberán reunir los requisitos exigidos y no superar el límite de ingresos establecido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, en la forma establecida por el art. 357.3 LGSS.

Se trata de unas prestaciones, cuyos beneficiarios son los padres, y en las que se considera el grado de discapacidad y la edad del hijo, aunque sin que se especifique el tipo de discapacidad.

6.7.2. Pensión de invalidez no contributiva

Cumplidos los requisitos exigidos para causar derecho a la pensión de invalidez no contributiva, el importe que percibirá la persona con discapacidad dependerá de su grado de discapacidad, así como, de sus ingresos y de sus circunstancias familiares. En lo que nos interesa, el grado de discapacidad es el que determina el importe inicial de la pensión. De manera que si acredita una discapacidad en grado igual o superior al 65% obtendrá una pensión inicial cuya cuantía la establece cada año, en principio, la Ley de Presupuestos Generales del Estado⁵². Si bien, las personas que estén afectadas por una discapacidad en grado igual o superior al 75%, y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales graves, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, tienen derecho a un complemento del 50% de la pensión inicial (art. 364.6 LGSS).

6.7.3. El ingreso mínimo vital

También en el ingreso mínimo vital (IMV), se incrementa el importe de la prestación económica, en los casos en que, tanto el beneficiario individual, como en el caso de la unidad de convivencia esté incluida alguna persona con un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

⁵¹ Art. 78.6 RD-ley 8/2023, de 27 de diciembre, con relación a los arts. 351.1.a) y 353.2 LGSS.

⁵² Para el año 2024, el importe anual de las pensiones no contributivas (jubilación e invalidez) será de 7.250,60 euros (art. 78.5 RD-ley 8/2023, de 27 de diciembre).

En estos casos el importe de la prestación se incrementará en un 22% del importe anual de las pensiones no contributivas fijadas anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado⁵³.

Otra cuestión que merece ser comentada, es la creación del complemento de ayuda para la infancia⁵⁴, pues, según el art. 13.2.e) LIMV será una cantidad mensual por cada menor de edad miembro de la unidad de convivencia, en función de la edad cumplida el día 1 de enero del correspondiente ejercicio, con arreglo a los siguientes tramos:

- Menores de tres años: 100 euros.
- Mayores de tres años y menores de seis años: 70 euros.
- Mayores de seis años y menores de 18 años: 50 euros.

De manera que, en la versión actual de la asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%, no se hace ninguna excepción tenga o no discapacidad el menor de 18 años.

Creo que se debería seguir diferenciando entre menores de 18 años, con y sin discapacidad, porque ahora en realidad solo afecta a quienes no presentan discapacidad, tan solo se ha distinguido según la edad del menor, si bien, hay que reconocer, que, aunque el menor tuviera un grado de discapacidad inferior al 33% con la normativa vigente no se le reconocería como persona con discapacidad.

Por tanto, si al menor le afectara una discapacidad (aunque su grado de discapacidad sea menor del 33%), se le debería prestar una mayor atención, en especial si se trata de una discapacidad intelectual, y por supuesto, requerirá un incremento del importe, que debería establecerse en proporción al tipo y grado de discapacidad.

7. Reflexiones y propuestas

Las conclusiones que se desprenden del análisis sobre si se cumple el principio de igualdad en el acceso al derecho a la salud y a la protección social de las personas trabajadoras en situación de IP y de las personas con discapacidad, podría resumirse telegráficamente en las siguientes reflexiones:

- El ámbito de protección social, de las personas trabajadoras afectadas por IP y de las personas con discapacidad es diferente, porque las primeras se incluyen en la acción protectora de la Seguridad Social, mientras que las segundas, al sistema especial para personas con discapacidad, perteneciente a la asistencia social. Esto supone que la intensidad de protección es más intensa en las primeras, salvo que las personas con discapacidad, estén también incluidas en el sistema de Seguridad Social.
- En el caso de que la persona con discapacidad esté incluida en la Seguridad Social, cabe preguntarse, si la acción protectora que esta otorga es igual que la de los beneficiarios de IP. En principio la intensidad en la protección es igual, sin embargo, el legislador estima, que, en algunas prestaciones de Seguridad Social (no en todas), se debe facilitar a las personas con discapacidad el acceso mediante acciones positivas (alargamiento en la duración de la prestación económica, reducción del tiempo de cotización exigido, etc.,

⁵³ Art. 13.2 letras a) y d) Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (LIMV).

⁵⁴ Configurado anteriormente como la prestación familiar denominada: asignación económica por hijo o menor a cargo sin discapacidad o con discapacidad inferior al 33%.

precisamente por las barreras que les puede suponer el cumplimiento estricto de los requisitos exigidos a los demás.

- Pese a ello, existen cuestiones que deben mejorarse para que se dé una real igualdad de oportunidades entre las personas con y sin discapacidad incluidas en la Seguridad Social, de cara a la acción protectora de la Seguridad Social, que incluye el acceso a la asistencia sanitaria y que son las siguientes:
 - Lo primero es que la normativa de Seguridad Social establece insuficientes medidas para favorecer la igualdad en el ámbito de la Seguridad Social entre el colectivo de personas con discapacidad y las demás personas.
 - También se observa diferencia de trato entre las propias personas con discapacidad, en algunas prestaciones de Seguridad Social, precisamente porque la acción positiva que se aplica es la misma para todas sin distinguir el grado y el tipo de discapacidad que presentan, hasta el punto que en la mayor parte, se exige tan solo que se presente una discapacidad genérica sin más, lo que ocasiona discriminación entre las personas de este colectivo.
 - En cuanto a la forma de legislar, parece que se han dictado las medidas “a golpes”, de manera aislada, no existe uniformidad de criterios, sino que se han ido estableciendo ocasionalmente, sin pautas ni criterios técnicos homogéneos.
 - Asimismo, se establecen condiciones diferentes para casos similares que no explican la razón de esta forma de obrar. Concretamente, no se justifica la exigencia o no, de un determinado grado de discapacidad, ni se distingue el tipo de discapacidad (física, sensorial, intelectual, mental).
 - Respecto al grado de discapacidad del 65% exigido en la modalidad no contributiva, sí que existe cierta uniformidad, sin embargo, a mi parecer, resulta demasiado exigente, si se compara con las prestaciones económicas que otorgan.
- A la vista de tales inconvenientes, cabe realizar las siguientes sugerencias:
 - Como medida de acción positiva, se podría establecer la compatibilidad entre la protección social de la Seguridad Social, y el sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad
 - Con carácter general, se deben incrementar y mejorar las medidas de acción positiva que favorezcan la igualdad de las personas con discapacidad, entre ellas y con las demás personas que no presentan discapacidad en el ámbito de la Seguridad Social.
 - Debe tomarse conciencia de efectuar un tratamiento conjunto de las acciones positivas que deberán ser homogéneas destinadas a personas con discapacidad que son sujetos protegidos de la Seguridad Social, en el sentido de que las medidas se apliquen a todas las prestaciones, y que respondan a criterios iguales en todas ellas.
 - Establecer en la modalidad no contributiva una escala de los grados de discapacidad, al menos, desde el 33%, pues en la mayoría de las prestaciones se exige un grado de discapacidad mínimo del 65%.

- Además, debería ampliarse el ámbito de aplicación de las personas con discapacidad, en particular respecto a quienes tienen reconocida una discapacidad intelectual límite, cercana al 33% pero no lo alcanzan. Se trata de personas que pese a no reconocerse oficialmente si quiera como personas con discapacidad, tanto la definición de discapacidad de la LGDPD, como la realidad, hace que tengan graves dificultades e incluso mayores que las personas con discapacidad física con un grado de discapacidad del 33%.

SOBRE LA DOBLE DISCRIMINACIÓN DE MUJERES CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

INMACULADA ALONSO MAS

Profesora Ayudante de la Universidad Miguel Hernández de Elche
i.alonsom@umh.es

1. Introducción

En el mundo del derecho es cada vez más habitual el uso de expresiones procedentes de otras ramas del conocimiento que permiten a los juristas acercarse a realidades de cuya existencia se percatan, pero sobre las que no han teorizado. Así, en el discurso jurídico se han introducido términos como diversidad, interseccionalidad o resiliencia. No son conceptos propios de la disciplina jurídica, ni forman parte de la dogmática tradicional, pero sí resultan útiles para describir fenómenos sociales y categorizarlos a través del derecho. En ese sentido, las ciencias sociales nos enseñan que la identidad de las personas está compuesta por múltiples facetas y que los demás tienden a ver y tratar a cada individuo como un todo que abarca esas diversas identidades (mujer, trans, mayor, con discapacidad, inmigrante, musulmana, etc.). Por lo cual, una persona puede estar vinculada a varios colectivos vulnerables y sufrir formas agravadas y singulares de discriminación, como la denominada discriminación interseccional.¹

Estas situaciones se evidencian en la Encuesta de condiciones de vida, realizada en 2023 por el Instituto Nacional de Estadística (INE), en esta se recogen una serie de datos que ponen

¹ LEÓN ALONSO, M.: “Algunas reflexiones sobre género, discriminación interseccional y su reconocimiento jurídico en tiempos de crisis”, *Asuntos Constitucionales*, núm. 1, 2021, pág. 185.

de manifiesto el alto grado de vulnerabilidad de la población española. Según el INE, el 26.5% está en situación de exclusión social. Tal y como se explica en la nota de prensa que acompaña la encuesta, este indicador no mide la pobreza absoluta, sino la desigualdad². Otro dato que cabe señalar es el referido a los delitos de odio³ y discriminación, según los datos referidos en el Informe 2023 sobre la evolución de los “delitos de odio” en España solo una de cada diez personas había realizado una denuncia formal. A pesar de que las condenas por estos delitos han crecido, el número de denuncias sigue siendo sorprendentemente bajo⁴. En un estudio del Instituto de la Mujer de 2018 sobre la evolución de la discriminación en España⁵, se concluye que solo el 8% de las personas que consideran haber sido objeto de discriminación presentaron una denuncia formal. La razón principal es que no se confía en el sistema judicial para resolver estos casos, como manifiestan el 42% de los entrevistados. Este estudio contiene otro dato para tener en cuenta: la escasa percepción que existe respecto a la discriminación por “acumulación de motivos”. Solo un 15% de la población encuestada reconoce haber sido objeto de este tipo de conductas. La razón de esta cifra tan baja se debe a qué se trata de una categoría niebla. Intuitivamente, es fácil de entender en qué consiste la discriminación interseccional⁶. Sin embargo, para los operadores jurídicos presenta unos contornos difíciles de perfilar. Prueba de ello es, por un lado, el desacuerdo entre la doctrina a la hora de denominar el fenómeno (discriminación múltiple, interseccional, acumulativa), y, por otro, la falta de reconocimiento normativo, lo que complica la labor de los tribunales para tutelar a quienes lo sufren.⁷

La tasa de actividad (35,3%) de las personas con discapacidad y la tasa de desempleo (21,4%) distan mucho de las tasas de las personas trabajadoras que no presentan una discapacidad (diferencias superiores a cuarenta puntos porcentuales en las tasas de actividad y empleo respecto a las personas con discapacidad), que sumado a la variable del sexo⁸ pone de manifiesto la necesidad de que las políticas de empleo deben atender de forma específica a las condiciones particulares de las trabajadoras con discapacidad.⁹ De esta manera, se aseguraría un tratamiento de este colectivo que respete los principios constitucionales de igualdad de trato y no discriminación.

Por su parte, el prólogo de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (LE)¹⁰ expresa claramente el propósito de resolver las deficiencias del mercado de trabajo en España y adaptarlo a las nuevas realidades sociales. Uno de los retos principales de la norma es reducir la tasa

² *op. cit.*

³ Vid. Ministerio del Interior, “Informe 2023 sobre la evolución de los ‘delitos de odio’ en España”. Según este informe: “Los delitos de odio se caracterizan por acciones ilegales impulsadas por prejuicios e intolerancia hacia individuos con características o condiciones (reales o percibidas) distintas a las del perpetrador, como pueden ser la raza, etnia, nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, creencias religiosas o políticas, discapacidad, entre otros aspectos reconocidos en el Código Penal español”, pág. 2.

⁴ *op. cit.*, Según los datos recogidos en el informe las denuncias de los delitos de odio contra las personas con discapacidad en el año 2021 fueron 28, en el año 2022 fueron 23, en el año 2023 fueron 49 (variación 113.04%); las denuncias contra la discriminación por razón de enfermedad en el año 2021 fueron 21, en el año 2022 fueron 11, en el año 2023 fueron 11 (variación 0%); las denuncias contra la discriminación por razón de sexo/género en el año 2021 fueron 107, en el año 2022 fueron 189, en el año 2023 fueron 206 (variación 8.9%), pág. 9.

⁵ Vid. CEA D'ANCONA, M.A. y VALLES MARTÍNEZ, M.S.: “Evolución de la discriminación en España”, Instituto de la Mujer, 2018.

⁶ REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2008, pág. 253.

⁷ *op. cit.*, LEÓN ALONSO M.: “Algunas reflexiones sobre género, discriminación interseccional y su reconocimiento jurídico en tiempos de crisis”, pág. 186.

⁸ Por sexos, las mujeres con discapacidad presentan tasas de actividad, empleo y paro más elevadas que los hombres en este último año: 34 % de actividad, 26,9 % de empleo y 20,7 % de paro frente al 36,3 % de actividad, 28,4 % de empleo y 21,9 % de paro del grupo masculino.

⁹ Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal, datos 2023.

¹⁰ BOE núm. 51, de 01/03/2023.

de desempleo a través de la inserción laboral, para lo cual se habrán de poner en marcha las políticas activas de empleo que deberán incorporar de manera efectiva la perspectiva de género. Estas políticas de empleo tendrán que garantizar una atención especializada a las personas que pertenecen a los colectivos de atención prioritaria¹¹, tales como, las personas con discapacidad, las mujeres con baja cualificación, las mujeres víctimas de violencia de género, entre otras. Además, se configura el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad como un derecho de las personas demandantes de empleo, en desarrollo del art. 35 de la Constitución Española (CE)¹² que dispone 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”. Por último, cabe señalar que se recoge tanto la eliminación de sesgos y estereotipos, de cualquier índole, como la evitación de discriminaciones especialmente de género, edad y discapacidad.

Como podemos observar, de la norma se infiere que puede existir una interseccionalidad, es decir, que una persona puede pertenecer a varios colectivos prioritarios, como, por ejemplo, ser persona con discapacidad y al mismo tiempo ser víctima de violencia de género y, que, por ello, son necesarios programas específicos y medidas de acción positiva reforzadas.¹³ Pero ¿en que situación se encuentran las mujeres con discapacidad que sufren discriminación? ¿se da una discriminación interseccional por razón de discapacidad y por razón de sexo? ¿son necesarias estas medidas de acción positivas reforzadas? Al no contemplarse como colectivo de atención prioritaria ¿estaríamos ante una discriminación indirecta? O, en cambio ¿se puede considerar que están incluidas en la coetilla “entre otros colectivos de especial vulnerabilidad” considerados de atención prioritaria del art. 50 de la LE?

2. Concepto de discapacidad

En la legislación española, el concepto de discapacidad se regula en la LGDPD¹⁴ y se define como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 2). Podemos apreciar que se ha optado por el modelo social (alineado con los preceptos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas)¹⁵, no obstante, aun encontramos características del modelo médico, como, por ejemplo, cuando se determina el concepto de persona con discapacidad: “(...) a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento” (art. 4).

¹¹ Según el art. 50 de la LE son colectivos de atención prioritaria: “las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas mayores de cuarenta y cinco años, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales, entre otros colectivos de especial vulnerabilidad”.

¹² BOE núm. 311, de 29/12/1978.

¹³ Art. 50 LE.

¹⁴ BOE núm. 289, de 03/12/2013.

¹⁵ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

Antes de la entrada en vigor de la LE, la doctrina judicial del Tribunal Supremo había optado por un concepto variable¹⁶, que dependiendo del contenido era más amplio o restrictivo¹⁷, por lo cual debía diferenciarse entre los contenidos de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI)¹⁸ y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)¹⁹ a los efectos de tener en cuenta la inclusión en el concepto de persona con discapacidad de aquellas que tuviesen un grado del 33 por ciento reconocido. No obstante, la no asimilación de quienes tienen la condición de pensionistas de incapacidad permanente únicamente surtiría efectos a partir de la STS de 29 de noviembre de 2018.²⁰

La modificación del articulado de la LGDPD llevada a cabo por la LE supera dicha distinción y la doctrina del Tribunal Supremo disponiendo que: “se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.²¹

Por último, cabe destacar, la consideración de persona con discapacidad, de la persona trabajadora que no ha comunicado a la empresa su condición y, que no tiene una calificación expresa de su discapacidad. Este tema se planteó en la STS 51/2021, de 15 de marzo: “en el fondo se trata de afirmar que esta condición forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad del art. 18, de tal modo que no comunicarla a la parte empleadora, lejos de constituir una trasgresión de la buena fe contractual, conforma el ejercicio de un derecho fundamental”. Por otro lado, la sentencia recoge que: “puede reconocérsele la condición de persona con discapacidad, a los efectos de la tutela antidiscriminatoria, a quien no ha sido calificado como tal”, en los términos del art. 4.3 de la LGDPD, puesto que, solo se tendrá en cuenta a los efectos del acceso a ciertas prestaciones y servicios. En definitiva, el TC reconoció en la ST 62/2008 de 26 de mayo “que el estado de salud del trabajador puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 de la CE (...) cuando el factor sea tomado como elemento de segregación”.

3. Los derechos fundamentales desde una perspectiva interseccional: discapacidad y género

3.1. Ámbito internacional

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (CDPD) dispone que: “todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna” (art. 5) y que: “las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, se adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 6).

¹⁶ El concepto es una refundición del art. 7 de la LISMI y del art. 1.2 de la LIONDAU (ambos derogados). Además, debemos tener en cuenta que fue modificado por la LE.

¹⁷ STS de 12 de mayo de 2020 (rec. 243/2018); STS de 19 de febrero de 2020 (rec. 2927/2017) y STS de 29 de noviembre de 2018 (rec. 3382/16). Estas sentencias disponían que no se tendría en cuenta la asimilación en el caso de Los Centros Especiales de Empleo y la Cuota de Reserva.

¹⁸ BOE núm. 103, de 30/04/1982.

¹⁹ BOE núm. 289, de 03/12/2003.

²⁰ Como recoge el informe del Servicio Público de Empleo Estatal de 16 de mayo de 2019.

²¹ Art. 4.2 LGDPD.

Además, establece que: “las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad” y que se ha de “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género” (art. 25).

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²² señala que se ha de asegurar: “el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción” (art.12).

Por último, cabe señalar que la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que: “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” y que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.²³

3.2. Ámbito europeo

La promoción de la igualdad entre mujeres y hombres es una tarea que la Unión Europea debe desarrollar en todas las actividades, como le exigen los Tratados. La igualdad de género es un valor central de la UE, un derecho fundamental²⁴ y un principio clave del pilar europeo de derechos sociales que propicia la creación de puestos de trabajo y una mayor productividad.²⁵

En este sentido, la Estrategia para la Igualdad de Género²⁶ articula el trabajo de la Comisión Europea en materia de igualdad entre hombres y mujeres y establece los objetivos estratégicos y las acciones clave para el período 2020-2025. Esta, tiene por objeto lograr una Europa igualitaria desde el punto de vista de género en la que la violencia de género, la discriminación sexual y las desigualdades estructurales entre mujeres y hombres sean cosa del pasado; una Europa en la que mujeres y hombres, niñas y niños, en toda su diversidad, sean iguales.²⁷

A su vez, la Comisión reforzará la integración de la perspectiva de género mediante su inclusión sistemática en todas las fases del diseño de las políticas en todos los ámbitos de actuación de la UE, tanto internos como externos. Para ello, la estrategia se aplicará utilizando la

²² Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984.

²³ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada en Nueva York el 22 de julio de 1946. Enmiendas a los artículos 24 y 25 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptadas en la XII Asamblea, en Ginebra, el 28 de mayo de 1959. BOE núm. 116, de 15 de mayo de 1973.

²⁴ En el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), Diario Oficial de la Unión Europea, C 83/47, 30/03/2010, se dispone que: “en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad” (art. 8), asimismo, “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (art. 10) y faculta al Consejo para “adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (art. 19).

²⁵ Para 2050, la mejora de la igualdad entre hombres y mujeres daría lugar a un aumento del PIB per cápita de la UE del 6,1 al 9,6 %, lo que supondrá pasar de 1,95 a 3,15 billones EUR. <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/policy-areas/economic-and-financial-affairs/economic-benefits-gender-equality>.

²⁶ 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”, COM/2020/152, Bruselas, 05/03/2020.

²⁷ La expresión “en toda su diversidad” se utiliza para expresar que la alusión a mujeres y hombres se refiere a categorías heterogéneas, con el objeto de lograr una Europa igualitaria para todos, independientemente de su sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

interseccionalidad²⁸, la combinación del género con otras identidades o características personales y la forma en que estas intersecciones originan situaciones de discriminación singulares, como principio transversal.²⁹

En cuanto al derecho de protección de la salud, cabe señalar, que la estrategia establece que: “las mujeres con problemas de salud o con discapacidad tienen más probabilidades de sufrir diversas formas de violencia”³⁰ Por lo cual, es necesario que la Comisión desarrolle y financie medidas³¹ “para luchar contra los malos tratos, la violencia, la esterilización y el aborto forzados”.

En definitiva, la interseccionalidad del género con otros motivos de discriminación se abordará en todas las políticas de la UE, puesto que, las mujeres constituyen un grupo heterogéneo y pueden ser objeto de una discriminación interseccional basada en varias características personales (por ejemplo, una mujer migrante con discapacidad puede sufrir discriminación por tres o más motivos). Las disposiciones legislativas de la UE, sus políticas y la aplicación de ambas deben responder, por tanto, a las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres y las niñas de distintos grupos. El próximo plan de acción sobre integración e inclusión y los marcos estratégicos de la UE en materia de discapacidad, LGTBI+, inclusión de los gitanos y derechos de los niños se vincularán a la presente estrategia y entre sí. Además, la perspectiva interseccional siempre conformará las políticas de igualdad de género.³²

Ahora bien, el impulso político en esta materia no ha ido acompañado de un reconocimiento a nivel normativo, un ejemplo de esto sería que entre las causas de discriminación (sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual)³³ no se contemple, las interseccionalidades (las mujeres con discapacidad, entre otras). Otro aspecto, sería que la protección contra la discriminación se centra en ámbitos específicos, como el empleo, la Seguridad Social, la asistencia sanitaria y el acceso a bienes y servicios. El Derecho derivado de la UE, refleja estas deficiencias, ya que, las referencias a la doble discriminación únicamente las encontramos en la exposición de motivos de las directivas, es decir, con valor jurídico, pero sin fuerza normativa. Este déficit normativo tiene consecuencias prácticas, ya que no hay ni un solo pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que admita la existencia de la discriminación por la confluencia de más de un factor.³⁴ En este sentido, el TJUE ha señalado que “aunque, ciertamente, una discriminación puede basarse en varios de los motivos, (...) no existe sin embargo ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, como la orientación sexual y la edad, que pueda concurrir cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado”.³⁵

²⁸ El Instituto Europeo de Género (EIGE) define la interseccionalidad como: “herramienta analítica para estudiar, entender y responder a las maneras en que el sexo y el género se cruzan con otras características/identidades y cómo estas intersecciones contribuyen a experiencias complejas y únicas de discriminación”. <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1263?lang=es>

²⁹ *op. cit.*, Comunicación de la Comisión: “Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025”

³⁰ Por ejemplo, el 34 % de las mujeres con problemas de salud o con discapacidad han sufrido violencia física o sexual por parte de su pareja, en comparación con el 19 % de las demás mujeres. “Violence against women: an EU-wide survey” (Violencia contra las mujeres: un estudio a escala de la UE, traducción propia), 2014.

³¹ En aplicación de las recomendaciones para la UE del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en particular en lo que se refiere a los arts. 6 (Mujeres con discapacidad) y 16 (Protección contra la explotación, la violencia y el abuso).

³² *op. cit.*, Comunicación de la Comisión: “Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025”.

³³ Art. 19 TFUE.

³⁴ *op. cit.*, LEÓN ALONSO M.: “Algunas reflexiones sobre género, discriminación interseccional y su reconocimiento jurídico en tiempos de crisis”, pág. 189.

³⁵ STJUE de 16/07/2015, asunto C83/14.

Para paliar estas deficiencias, la Comisión presentó en 2008 una propuesta de directiva, conocida como la Directiva Horizontal³⁶, que daría respuesta a estas lagunas en la protección contra la discriminación en todos los ámbitos y como consecuencia de la convergencia de varias causas de discriminación. Tras más diez años de debates y negociaciones, la propuesta está atascada en el Consejo y la UE carece de una protección integral contra la discriminación.³⁷

3.3. Ámbito nacional

La Constitución Española de 1978 reconoce “el derecho de la protección a la salud” y dispone que: “competen a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (art. 43). Este precepto constitucional se materializa en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad³⁸ en la que se establece que: “las políticas, estrategias y programas de salud integrarán activamente en sus objetivos y actuaciones el principio de igualdad entre mujeres y hombres, evitando que, por sus diferencias físicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre ellos en los objetivos y actuaciones sanitarias” (art. 3.4).

El caso español sigue la línea marcada por la UE, y ello a pesar de que el art. 14 de la Constitución contenga una lista abierta de factores de discriminación que permitiría, haciendo una construcción interpretativa del mismo, extender la prohibición también a la discriminación interseccional³⁹. Cabe señalar, que en la jurisprudencia constitucional la única referencia explícita que hemos hallado es la que hace el Magistrado Xiol Ríos en su voto particular discrepante a la STC 1/2021, de 25 de enero.⁴⁰

Por otro lado, la norma constitucional estipula que: “las personas con discapacidad ejercen sus derechos (...) en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio”. Asimismo, los poderes públicos “fomentarán la participación de sus organizaciones” y se “atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad” (art. 49).⁴¹

No debemos olvidar el derecho a un trabajo digno, que se presenta como uno de los objetivos centrales del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto

³⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2023, sobre la lucha contra la discriminación en la Unión: la esperada Directiva horizontal contra la discriminación.

³⁷ *op. cit.*, en esta resolución podemos apreciar la clara intención de establecer una protección reforzada a las personas que sufren discriminaciones interseccionales “considerando que existen lagunas considerables en la protección que ofrece el marco de lucha contra la discriminación de la UE; considerando que esta fragmentación da lugar a una jerarquía artificial de motivos, que limita la amplitud y el alcance de la protección a escala de la UE contra la discriminación en el trabajo y fuera de él; considerando que, aunque los motivos de sexo y origen racial o étnico están protegidos hasta cierto punto, los motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual no gozan del mismo nivel de protección; considerando que la discriminación va en aumento en toda la UE; considerando que la falta de recopilación de datos sobre igualdad comparables y desglosados por los Estados miembros y la falta de denuncias de casos impiden documentar debidamente la discriminación; considerando que una de cada cinco personas de la UE es objeto de discriminación o acoso por distintos motivos o por una combinación de motivos; se destaca el hecho de que la adopción de la Directiva horizontal contra la discriminación ofrecería un marco global y crucial para combatir discriminación a escala de la UE y eliminaría las lagunas actuales en el marco de lucha contra la discriminación de la UE, que garantizaría la protección fuera del mercado de trabajo”(…). Además, “subraya la necesidad urgente de adoptar un enfoque horizontal para luchar contra la discriminación, con el fin de eliminar la actual jerarquía artificial de motivos protegidos, garantizando así protección para todos”.

³⁸ BOE núm. 102, de 29/04/1986.

³⁹ REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, pág. 275.

⁴⁰ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.

⁴¹ Reforma del artículo 49 de la Constitución Española, de 15 de febrero de 2024. BOE núm. 43, de 17 de febrero de 2024, “la sociedad civil (...) ha venido planteando a los poderes públicos la necesidad de acomodar el artículo 49 de la Constitución a la realidad social y a la normativa internacional. (...). Asimismo, la sociedad española avanza claramente en el reconocimiento de las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad” (Preámbulo).

Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD)⁴² que establece que: “será finalidad de la política de empleo (...) mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación” (art. 37).

Cabe señalar, que lo expuesto anteriormente, converge con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)⁴³ desde ambos enfoques, el género y la discapacidad. Los objetivos que se relacionan son el núm. 3: Salud y Bienestar, el núm. 5: Igualdad de Género, el núm. 8: trabajo decente y el núm. 10: Reducción de las Desigualdades. El objetivo núm. 8, en su apartado 5, exhorta a los Estados para “lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, así como la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”.

En fin, la discapacidad aparece íntimamente ligada al sexo, sugiriendo una aproximación intersectorial.

4. Discriminación por razón de discapacidad y discriminación por razón de sexo

Hay que hacer hincapié, en las diferencias existentes entre la discriminación por discapacidad y la discriminación por otras causas. En contraste, por ejemplo, con el sexo o la raza, puede afectar a la capacidad de una persona de desarrollar un trabajo de forma convencional e incluso puede llegar a impedir el desempeño de sus tareas. Por lo cual, las disposiciones normativas antidiscriminatorias y las de empleo deberían tener en cuenta estas circunstancias y establecer preceptos al respecto.

4.1. Ley para la igualdad de trato y no discriminación

Antes de comenzar a tratar la interconexión entre la discriminación por razón de discapacidad y la discriminación por razón de sexo es necesario delimitar el alcance conceptual de las distintas formas de discriminación que establece nuestro ordenamiento jurídico, más concretamente la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.⁴⁴ En primer lugar, debemos distinguir entre la discriminación directa y la discriminación indirecta, en el primer caso se trata de la situación en que se encuentra una persona con discapacidad “cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo o por razón” de su discapacidad⁴⁵, además, “se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables⁴⁶ a las personas con discapacidad”. En el segundo caso se da cuando “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras por razón” de su discapacidad.⁴⁷

Adyacentes al concepto de discapacidad, se ubican otros propios de la legislación de lucha contra la discriminación y que están directamente relacionados con él, algunos de ellos

⁴² BOE núm. 289, de 03/12/2013.

⁴³ En 2015 la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible.

⁴⁴ Art. 6.2 a). BOE núm. 167, de 13/07/2022.

⁴⁵ La literalidad del art. 6.1 a) sería “por razón de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2” dentro de las cuales se encuentra la discapacidad.

⁴⁶ Art. 6.1 a) “se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

⁴⁷ Art. 6.1. b). Ley 15/2022.

vinculados en particular a esta causa y no a otras diversas.⁴⁸ En particular la discriminación por asociación que fue introducida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Coleman⁴⁹, que en nuestro ordenamiento jurídico se define en la Ley 15/2022: “cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio”.⁵⁰

En relación con el concepto anterior, debemos señalar la discriminación por error, definida como “aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas”⁵¹. En ambos casos, se trata de que una persona sin discapacidad recibe un trato parecido al que recibiría si presentase una discapacidad.

La Ley 15/2022 configura otros conceptos relacionados con las demás causas de discriminación, pero que se pueden aplicar a la discapacidad, puesto que, la discriminación por razón de discapacidad a menudo interactúa con otras formas de discriminación. En concreto, cabe señalar, por un lado, la discriminación múltiple que se produce “cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley” y, por otro lado, la discriminación interseccional que se da “cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación”.⁵²

En fin, estos conceptos no hacen más que reseñar la necesidad de que en las políticas contra la discriminación se debe tener en cuenta la perspectiva de género y se ha de prestar especial atención “a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros”.⁵³

4.2. La discriminación interseccional

Las personas no viven la discriminación de forma aislada sino dentro de un contexto social, económico y cultural determinado, en donde se construyen y reproducen privilegios y desventajas.⁵⁴ No cabe duda de que la discriminación por razón de discapacidad afecta tanto a hombres como a mujeres, no obstante, las mujeres con discapacidad se ven perjudicadas, además, porque su condición las expone más al desempleo, a la pobreza, a la violencia etc. Siendo estos algunos de los motivos que hacen que las mujeres con discapacidad se encuentren entre los colectivos mas vulnerables de nuestra sociedad.

A menudo obviamos esta doble (o múltiple) discriminación porque a veces se trata a las personas con discapacidad como si fueran “seres asexuados” y, esta circunstancia, unida a la información parcial de su repercusión, conlleva a que se haya prestado poca atención a esta situación. Sin embargo, con el paso del tiempo, las mujeres con discapacidad han conseguido el reconocimiento de que deben hacer frente a un doble obstáculo.⁵⁵

⁴⁸ VV.AA. CABEZA PEREIRO, J.: “Los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a un trabajo digno”, *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad*, Real Patronato de la Discapacidad, Madrid, 2023, pág. 242.

⁴⁹ Asunto C-303, sentencia de 17 de julio de 2008.

⁵⁰ Art. 6.2 a) Ley 15/2022.

⁵¹ Art. 6.2 b) Ley 15/2022.

⁵² Art. 6.3 Ley 15/2022.

⁵³ Art. 4.4 Ley 15/2022.

⁵⁴ RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, V.: “La discriminación interseccional en el discurso Jurídico Interseccional”, *Nuevo derecho*, núm. 15, 2019, pág. 75.

⁵⁵ DAVID, N.: “Las mujeres con discapacidad sufren doble discriminación”. *Educación obrera*, núm.137, 2004, pág. 19.

En 1975, en México, se celebró la primera Conferencia Mundial de la Mujer, en este caso se hizo caso omiso de este problema. No fue hasta la Segunda Conferencia Mundial de la Mujer, celebrada en Copenhague en 1980, que se reclamó a los gobiernos “que prestaran especial atención a las necesidades de las mujeres de edad, de las mujeres que viven solas y de las mujeres con discapacidad”. Finalmente, en 1985 en Nairobi, la tercera Conferencia Mundial de la Mujer reconoció que las mujeres con discapacidad⁵⁶ son un colectivo que merece una atención prioritaria.⁵⁷

Posteriormente, en 1992, un informe de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las personas con discapacidad en el cual se aborda “la problemática de la violencia sexual y del control eugenésico de las poblaciones, diversas ONG subrayaron que se aplica mucho más la esterilización forzosa a las mujeres con discapacidad que a los hombres con discapacidad”.⁵⁸ En 1993, en una Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres se señala con preocupación que “ciertos grupos de mujeres, entre ellas (...) las mujeres con discapacidad (...) corren particularmente el riesgo de ser objeto de violencia”. Dos años más tarde, en Beijin, el Programa de Acción⁵⁹ que adoptó la cuarta Conferencia Mundial de la Mujer conminó a los gobiernos a “velar por que las mujeres con discapacidad tengan acceso a las informaciones sobre la violencia contra las mujeres y a los servicios de protección”. El documento es un gran logro, puesto que, reclama actuar para reducir la violencia contra las mujeres con discapacidad, para combatir las discriminaciones en el empleo que las afectan, como así también para brindar a esas mujeres pleno acceso a la educación y a la formación, prestando especial atención a la discriminación suplementaria que sufren las mujeres con discapacidad.⁶⁰

Pero, definitivamente lo que marcó un hito en este sentido fue la publicación del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 2017 de un informe en el que se analiza cómo convergen motivos de discriminación diversos y su efecto negativo en el pleno disfrute de los derechos, especialmente de las mujeres y las menores. En este documento se señalan las carencias que presentan los Estados y se formulan una serie de recomendaciones en dos direcciones: la acción política y la acción jurídica. La agenda política ha incorporado con entusiasmo el concepto de interseccionalidad⁶¹, como queda reflejado en la aprobación de disposiciones no normativas, la elaboración de estudios, planes de igualdad y medidas de acción positiva donde se tiene en cuenta este nuevo enfoque. Por el contrario, los sistemas jurídicos, nacionales e internacionales, se resisten a reconocer la interseccionalidad como una nueva causa de discriminación cualificada y como principio interpretativo. Estas reticencias se producen al mismo tiempo que la tutela antidiscriminatoria experimenta un importante desarrollo, a partir de la identificación de nuevos supuestos de discriminación vinculados a condiciones y circunstancias personales o sociales

⁵⁶ Se calificó a las mujeres con discapacidades físicas o mentales como “vulnerables”.

⁵⁷ *op. cit.*, DAVID, N.: “Las mujeres con discapacidad sufren doble discriminación”, pág. 20.

⁵⁸ Se trata del estudio titulado “Les droits de l’homme et l’invalidité, informe de Leandro Despouy”, ponente especial de la Subcomisión de la Lucha contra las Medidas Discriminatorias y Protección de las Minorías, publicación de las Naciones Unidas, núm. F.92, 1993. Este estudio se conoce con el nombre de Informe Despouy.

⁵⁹ Véase el Programa de Acción que adoptó la cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Beijin, 4-15 de septiembre de 1995. Documentos informativos de las Naciones Unidas: “Las conferencias mundiales: Estableciendo las prioridades para el siglo XXI”, núm. F.97, 1997.

⁶⁰ *op. cit.*, DAVID, N.: “Las mujeres con discapacidad sufren doble discriminación”, pág. 20.

⁶¹ Para ALVAREZ RODRÍGUEZ, I: “Luces y sombras de la discriminación interseccional desde el constitucionalismo”, *Cuestiones de Género: de la igualdad y la diferencia*, núm. 19, 2024, pág. 371: “El origen del concepto ‘discriminación interseccional’ se cifra en un trabajo de la jurista Kimberly Crenshaw, publicado en 1989, donde aparece por primera vez para buena parte de la doctrina. No obstante, Crenshaw se hace eco de un libro escrito desde el feminismo negro que data de 1982 y cuya versión final, parece que estuvo acabada en torno a 1977-1978. No obstante, la jurista española Barrere Unzueta está de acuerdo con el hecho de que el trabajo de la primera es el pionero en abordar sistemáticamente la cuestión”.

como la discapacidad, la edad o la orientación sexual que generan situaciones de victimización o exclusión y en las que ha sido necesario implantar una protección jurídica reforzada.

La legislación y la jurisprudencia no han tenido en cuenta la posible confluencia de varias causas de discriminación que interaccionan entre sí y se afronta el problema, en la mayoría de los casos, valorando por separado cada una de ellas.⁶² La interseccionalidad se presenta, pues, como una herramienta de análisis que permite, primero, identificar y, en segundo lugar, actuar en aquellos casos en los que el trato discriminatorio se produce por el cruce de factores como el sexo y el género con otras características o identidades personales que provocan discriminaciones singulares como la discapacidad.⁶³

Desde algunos ámbitos del feminismo académico se ha manifestado cierta desconfianza hacia esta nueva perspectiva, porque se teme que la interseccionalidad disuelva el factor sexo-género como eje principal en las políticas públicas.⁶⁴

4.2.1. La discriminación múltiple en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el marco del Consejo de Europa, su principal norma, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950)⁶⁵, ha permitido introducir el concepto de discriminación múltiple gracias a la interpretación amplia del art. 14 que prohíbe la discriminación “por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. A pesar de que no exista un reconocimiento expreso de este tipo de discriminación en las normas del Consejo de Europa, esto no ha impedido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) admitir su existencia. En la literatura especializada se cita siempre el asunto Muñoz Díaz “La Nena” vs. España, como un caso paradigmático en el que el TEDH en 2009 dio la razón a la demandante, una mujer de etnia gitana a la que el Estado español denegó la pensión de viudedad, pero sin aplicar el enfoque interseccional, siendo esta una oportunidad perdida.⁶⁶

El TEDH ha empleado el concepto de discriminación múltiple en el caso Beauty Salomon vs. España, de 2012.⁶⁷ La demandante, una mujer nigeriana residente en España y que se dedicaba a la prostitución, denunció haber sido insultada y agredida por agentes de policía. Su denuncia fue rechazada por la justicia ordinaria y su demanda de amparo fue inadmitida por el Tribunal Constitucional. Agotadas las vías de tutela nacional, la demandante recurrió ante el TEDH, que condenó a España por no investigarse los hechos con la diligencia debida (no por el trato policial inhumano o degradante) e incurrir así en una discriminación. El TEDH concluyó que los tribunales españoles no tuvieron en cuenta que por ser mujer, africana y prostituta se encontraba en una situación específica de vulnerabilidad, esta omisión supuso un incumplimiento de la obligación establecida en el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que exige adoptar todas las medidas necesarias para determinar si una actitud

⁶² *op. cit.*, LEÓN ALONSO, M.: “Algunas reflexiones sobre género, discriminación interseccional y su reconocimiento jurídico en tiempos de crisis”, pág. 186.

⁶³ CRENSHAW, K.: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, University of Chicago Legal Forum, 1989, pág. 8.

⁶⁴ BARRÈRE UNZUETA, M.: “La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87, 2010, págs. 244-251.

⁶⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10/10/1979.

⁶⁶ REY MARTÍNEZ, F.: “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”, *Diario La Ley*, núm. 7344, 2010.

⁶⁷ Núm. 47159/08, 25/07/2012.

discriminatoria pudo haber influido en los hechos denunciados. El fallo subraya la importancia de considerar la interseccionalidad de factores como género, raza y profesión en la evaluación de casos de discriminación y violencia.

En 2017, de nuevo el TEDH utiliza la idea de la discriminación múltiple esta vez se tienen en cuenta los factores del sexo y la edad en el caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*. En 1995, una ciudadana portuguesa, entró en un quirófano y fue víctima de un error médico que le dejó varias secuelas, entre ellas, la imposibilidad de mantener relaciones sexuales. La actora solicita una indemnización que el Supremo Tribunal Administrativo de Lisboa considera excesiva. En primer lugar, el tribunal portugués dispone que la demandante al convivir únicamente con su esposo (sus hijos se han emancipado) no necesita ayuda para realizar las tareas domésticas, puesto que, solo debe cuidar de su esposo. En segundo lugar, se reduce la cuantía de la indemnización porque la demandante, de cincuenta años, tiene “una edad en la que la sexualidad no tiene tanta importancia como en las jóvenes, importancia que disminuye con la edad”⁶⁸. El TEDH estima que los argumentos utilizados por la justicia portuguesa se basan en una “idea tradicional de la sexualidad femenina esencialmente vinculada con la maternidad, lo cual ignora la relevancia física y psicológica que la sexualidad tiene sobre la autorrealización de la mujer como persona” y, por lo tanto, constituye una violación del art. 14 del Convenio.⁶⁹

4.2.2. La discriminación interseccional en España

El Derecho antidiscriminatorio en España se basa en un enfoque que tiene en cuenta un único factor y las referencias a la discriminación interseccional en la legislación española, son, por el momento, testimoniales. Los esfuerzos se han centrado, igual que en la UE, en las políticas de promoción y medidas de acción positiva. En opinión de un amplio sector de la doctrina, la discriminación interseccional no se puede quedar solo en el campo de la promoción, justificando medidas de acción positiva o de igualdad de oportunidades, que no son exigibles judicialmente y que dependen, en definitiva, de la voluntad política. La discriminación interseccional se debe llevar al terreno jurídico.⁷⁰ Es decir, se ha reconocer como un tipo de discriminación prohibida perseguible ante los tribunales de justicia. A este respecto, son muy escasos los fallos judiciales, ya sea de la justicia ordinaria o de la justicia constitucional, que admitan su existencia.⁷¹ Y ello se debe, principalmente, “a que los órganos jurisdiccionales carecen de instrumentos normativos específicos para actuar, encontrándose con limitaciones procesales, como la imposibilidad de basar la demanda en dos o más causas de discriminación, el problema de la cuantificación del resarcimiento de los daños y perjuicios, tanto patrimoniales como morales, derivados de este tipo de discriminación cualificada y la falta de una sanción proporcionada al comportamiento antijurídico agravado”⁷². También son reseñables las dificultades en materia probatoria, ya que se sigue aplicando el test de la comparación para verificar si ha habido trato discriminatorio. Algunos autores creen necesario prescindir en estos casos del test de comparación y proponen

⁶⁸ Núm. 17484/15, 25/10/2017. Traducción propia.

⁶⁹ *op. cit.*, LEÓN ALONSO, M.: “Algunas reflexiones sobre género, discriminación interseccional y su reconocimiento jurídico en tiempos de crisis”, pág. 189.

⁷⁰ LAMA AYMA, A.: “Discriminación múltiple”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 2013, págs. 296-320; LOUSADA AROCHENA, E.: “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Revista de Derecho social*, núm. 82, 2018, pág. 140.

⁷¹ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 22 de enero de 2018, estimó un recurso de amparo planteado por una persona con discapacidad psíquica a la que se denegó, por motivo de su edad, participar en un programa de atención especializada que se impartía en un centro para personas más jóvenes.

⁷² *op. cit.* LEÓN ALONSO, M.: “Algunas reflexiones sobre género, discriminación interseccional y su reconocimiento jurídico en tiempos de crisis”, pág. 190.

una aproximación más intuitiva, utilizando lo que denominan la “prueba de contexto discriminatorio” generado por la conjunción de causas que operan combinadamente.⁷³

5. Conclusiones

En el ámbito de la protección social, las mujeres con discapacidad enfrentan una forma de discriminación interseccional que las coloca en una posición de especial vulnerabilidad. Esta situación deriva de la confluencia de múltiples factores que aumentan significativamente las desventajas sociales y económicas que padecen. A pesar de la creciente toma de conciencia sobre esta problemática, se evidencia una notable desconfianza en el sistema judicial para resolver casos de discriminación. Según datos recogidos en estudios, solo el 8% de las personas que consideran haber sido objeto de discriminación presentan una denuncia formal, una cifra que disminuye aún más en casos de discriminación interseccional, lo que refleja la percepción de ineficacia del sistema judicial.

Las estadísticas también muestran una brecha significativa en las tasas de actividad y desempleo entre las personas con discapacidad y aquellas sin discapacidad, una diferencia que se amplifica al considerar la variable de género. Esta realidad subraya la necesidad imperiosa de implementar políticas de empleo que aborden específicamente las condiciones particulares de las mujeres con discapacidad, garantizando así la igualdad de trato y la no discriminación.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados para reconocer y abordar la discriminación interseccional, persisten deficiencias normativas que dificultan la protección efectiva de las personas afectadas. La falta de un marco legislativo claro complica la labor de los tribunales para proteger los derechos de quienes sufren discriminación múltiple. Por su parte, la Ley de Empleo de 2023 destaca la necesidad de medidas de acción positiva específicas para colectivos prioritarios, como las mujeres con discapacidad, con el fin de garantizar la igualdad de trato y reducir las tasas de desempleo mediante la inserción laboral efectiva.

Además, se reconoce que las mujeres con discapacidad tienen un mayor riesgo de sufrir diversas formas de violencia. Por ello, es esencial desarrollar y financiar medidas que combatan estos abusos y garanticen el acceso a servicios de salud adecuados que consideren las cuestiones de género y discapacidad. La integración de la perspectiva de género y discapacidad en todas las fases de diseño de políticas públicas es crucial para responder a las necesidades específicas de las mujeres y niñas de distintos grupos, abordando la discriminación interseccional para asegurar una protección efectiva y equitativa de sus derechos.

A nivel internacional, aunque se reconoce la existencia de la discriminación interseccional, persisten deficiencias normativas que impiden una protección integral y efectiva. La falta de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre discriminación por múltiples factores es una clara evidencia de estas carencias. En la Unión Europea, aunque se promueve la igualdad de género como un valor central y un derecho fundamental, la falta de un reconocimiento normativo explícito de la discriminación interseccional limita la efectividad de estas políticas.

En el contexto español, la discriminación interseccional está reconocida de manera testimonial en la legislación. Los esfuerzos se han centrado en políticas de promoción y medidas de acción positiva, que no son exigibles judicialmente y dependen de la voluntad política. Es esencial que la discriminación interseccional se lleve al terreno jurídico para ser reconocida como

⁷³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Discriminación múltiple”, *Diario La Ley*, núm. 8571, 2015.

un tipo de discriminación prohibida y perseguible ante los tribunales de justicia, superando las limitaciones actuales en la legislación y en los instrumentos normativos.

Los tribunales enfrentan diversas limitaciones procesales para abordar casos de discriminación interseccional, como la imposibilidad de basar la demanda en múltiples causas de discriminación y la dificultad en la cuantificación de daños y perjuicios. Por eso es necesaria una aproximación más intuitiva mediante la “prueba de contexto discriminatorio” para superar estas barreras.

En definitiva, estas reflexiones subrayan la importancia de adoptar un enfoque interseccional en la legislación y las políticas públicas para abordar adecuadamente las necesidades y desafíos específicos de las mujeres con discapacidad, promoviendo así la igualdad y la justicia social.

6. Bibliografía

- ALVAREZ RODRÍGUEZ, I: “Luces y sombras de la discriminación interseccional desde el constitucionalismo”, *Cuestiones de Género: de la igualdad y la diferencia*, núm. 19, 2024.
- BARRÈRE UNZUETA, M.: “La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87, 2010.
- CEA D’ANCONA, M.A. y VALLES MARTÍNEZ, M.S.: “Evolución de la discriminación en España”, Instituto de la Mujer, 2018.
- CRENSHAW, K.: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, University of Chicago Legal Forum, 1989.
- DAVID, N.: “Las mujeres con discapacidad sufren doble discriminación”. *Educación obrera*, núm.137, 2004.
- LAMA AYMÀ, A.: “Discriminación múltiple”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 2013.
- LEÓN ALONSO, M.: “Algunas reflexiones sobre género, discriminación interseccional y su reconocimiento jurídico en tiempos de crisis”, *Asuntos Constitucionales*, núm. 1, 2021.
- LOUSADA AROCHENA, F.: “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Revista de Derecho social*, núm. 82, 2018.
- REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2008.
- “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”, *Diario La Ley*, núm. 7344, 2010.
- REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho Antidiscriminatorio*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020.
- RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, V.: “La discriminación interseccional en el discurso Jurídico Interseccional”, *Nuevo derecho*, núm. 15, 2019.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Discriminación múltiple”, *Diario La Ley*, núm. 8571, 2015.
- VV.AA. CABEZA PEREIRO, J.: “Los derechos de las personas con discapacidad: el derecho a un trabajo digno”, *Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad*, Real Patronato de la Discapacidad, Madrid, 2023.

NO DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN MATERIA PREVENTIVA: RETOS PENDIENTES

RAQUEL POQUET CATALÁ

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

1. Introducción

Según datos de Eurostat, en 2019 más de una quinta parte (20,3 %) de la población de la EU-27 tenía 65 años de edad o más. Las proyecciones indican que el porcentaje de personas de 80 años o más en la población de la EU-27 se multiplicará por 2,5 entre 2019 y 2100, y pasará del 5,8 % al 14,6 %. La esperanza de vida de los hombres al nacer es de 78,2 años, y de mantenerse las tendencias actuales, alcanzará los 83,6 años en 2070. En el caso de las mujeres, pasaría de 83,7 a 90,3 años¹. No obstante, esa esperanza de vida no significa que se prolongue la vida con un buen estado de salud. Este matiz es clave para entender que resulta fundamental formular políticas y medidas que prolonguen la vida laboral teniendo en cuenta la necesidad de que se dirijan también a fomentar la seguridad y salud laboral.

Por un lado, la prolongación de la vida activa más allá de la edad ordinaria de jubilación –en lineamiento con las recomendaciones del Pacto de Toledo– y, por otro lado, el principio básico de igualdad y no discriminación por ninguna razón o motivo –como la edad–, obliga a realizar un planteamiento de las políticas preventivas para las personas maduras o de mayor edad, pues en muchos aspectos la LPRL no tiene en cuenta este colectivo de personas trabajadoras.

¹ Eurostat, *Estructura demográfica y envejecimiento de la población*, 2021. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_structure_and_ageing/es&oldid=510186

No cabe duda de la existencia, en muchos aspectos, de una discriminación por edad, a lo cual contribuye la falta de adecuación y adaptación de las condiciones laborales a una población cada vez más envejecida. En este sentido, se requiere una adaptación de las medidas legales y las políticas preventivas para las personas de mayor edad, evitando así su expulsión del mundo de trabajo, ya sea por haber visto mermadas sus capacidades por enfermedad, invalidez o por el proceso natural del envejecimiento biológico.

2. Marco normativo

2.1. Normativa reguladora

A nivel internacional, cabe citar el Convenio núm. 111 OIT, y su pareja Recomendación núm. 111, que reconocen la igualdad de trato y la lucha contra la discriminación en el empleo. En esta Recomendación se establece, en su apartado 5, que las personas trabajadoras de edad avanzada deben contar con seguridad en el empleo. Pero es la Recomendación núm. 162² la que se refiere de forma específica a las personas trabajadoras de edad.

Asimismo, el Informe *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*³ de la OIT ofrece una visión de la situación a nivel mundial en materia de igualdad en el ámbito laboral. En este informe se constata que la situación económica ha tenido un impacto sobre la situación en el mercado de trabajo de tal forma que haya o no discriminación desde la perspectiva jurídica, hay colectivos especialmente afectados, como son las personas que tienen empleos temporales, aquellos con un bajo nivel de cualificación, las personas de mayor edad y los migrantes.

En el ámbito comunitario, por un lado, el actual art. 19.1 TFUE prohíbe la discriminación por razón, entre otros motivos, de la edad. De igual forma, el art. 21 Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁴ rechaza todo tipo de discriminación, incluyendo de forma expresa la basada en la edad. Según la doctrina judicial comunitaria, este principio exige, en base al art. 52.1 Carta, que situaciones comparables no deben ser tratadas de manera diferente y que situaciones diferentes no deben ser tratadas de manera igual a menos que dicho trato esté objetivamente justificado⁵.

Por otro lado, destaca la Directiva Marco 89/391/CE, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas de mejora de seguridad y de salud de los trabajadores en el trabajo.

En el ámbito nacional, cabe reseñar la LPRL, que tiene como fin ofrecer un marco para garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Es de destacar que, a diferencia de otros colectivos, como personas con discapacidad, menores de edad, personas con relaciones de trabajo temporal o trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural, que cuentan con un régimen reforzado en materia preventiva, las personas trabajadoras de edad madura carecen de una normativa específica que regule la incidencia que pueda tener la edad en materia preventiva. Es de destacar como el art. 27.1 LPRL sí que se refiere de forma expresa a las personas trabajadoras menores de edad como colectivo especialmente sensible por su falta de experiencia, y su inmadurez. La LPRL, por su parte, no contiene referencia alguna a las personas trabajadoras maduras, cuando, sin embargo, queda claro que muchas personas trabajadoras de edad madura,

² De 23 de junio de 1980.

³ Disponible en <https://www.ilo.org/es/publications/la-igualdad-en-el-trabajo-un-objetivo-que-sigue-pendiente-de-cumplirse>

⁴ De 1 de diciembre de 2009.

⁵ STJUE de 9 de marzo de 2017, Miliova, C-406/2015. En el mismo sentido, SSTJUE de 22 de mayo de 2014, C-356/2012, Asunto Glatzel; de 21 de diciembre de 2016, C-76/2015, Asunto Vervloet y otros.

por sus propias características personales o estado biológico conocido, son especialmente sensibles a algún riesgo derivado del trabajo⁶. Y, en este sentido, como indica la doctrina⁷, esa falta de legislación debe ser corregida si no se quiere caer en una situación de desajuste entre la normativa y la realidad social.

No obstante, en relación con las personas trabajadoras de edad avanzada, se pueden extraer los siguientes elementos. Por un lado, el art. 25 LPRL establece la obligación empresarial de garantizar de manera específica la protección de las personas trabajadoras que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, mediante la inclusión en las evaluaciones de los riesgos de todos los aspectos relacionados con este grupo de personas trabajadoras y adaptar las medidas preventivas y de protección necesarias, evitando que estas personas trabajadoras sean empleadas en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características, transitorias o permanentes, puedan ellas, las demás personas trabajadoras u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro, adaptando el puesto de trabajo a las características personales de la persona trabajadora (art. 15.1 d LPRL).

Asimismo, el art. 15.1 g) LPRL integra la edad en la gestión de la seguridad y salud cuando hace referencia a la necesidad de adaptar la gestión de la prevención a las personas trabajadoras, teniendo en cuenta las características de los puestos de trabajo y de las personas trabajadoras que los ocupan. Ello se explicita, además, en el art. 16.2 LPRL cuando hace referencia a que la evaluación de riesgos debe tener en cuenta la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de las personas trabajadoras que deben desempeñarlas.

Esta falta de regulación específica ha llevado a plantearse si las personas trabajadoras de más edad deberían ser consideradas como personas trabajadoras especialmente sensibles. Aunque la edad constituye una característica común a todas las personas, el proceso de envejecimiento es un fenómeno complejo que presenta una amplia variabilidad individual en el que influyen muchos factores personales, sociales y culturales. Y así, aunque el envejecimiento biológico va acompañado de cambios fisiológicos, el principal determinante de la salud y el rendimiento no es la edad en sí, sino que, como señala la OMS⁸, los cambios que se producen durante el envejecimiento no son lineales ni uniformes y solo se asocia vagamente con la edad de una persona. Como se analizará, las variables de cada persona marcan las diferentes formas de envejecer, de tal forma que no todas las personas envejecen de la misma manera. Existen diversos factores, tanto externos como internos, que afectan a este proceso de envejecimiento.

Y esa variabilidad individual del proceso de envejecimiento es la que se erige como el principal argumento para considerar que las personas trabajadoras de edad madura no tienen por qué ser consideradas como un grupo de especial sensibilidad. Además, se alude a que la implementación de políticas segmentarias supondría una estigmatización de las personas trabajadoras de más edad con respecto a las demás⁹. Otro sector¹⁰, no obstante, considera que el componente individual también está presente en los colectivos recogidos en los arts. 25 a 28 LPRL, y, sin embargo, el legislador sí los ha calificado como grupos de especial sensibilidad.

⁶ GARCÍA NINET, J.I.; BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: *Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad*, Madrid, CEOE, 2015.

⁷ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; MORENO MÁRQUEZ, A.: “Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros”, VV.AA.: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Mercader Uguina, J. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 220.

⁸ OMS: *Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud*, 2015, p. 27.

⁹ BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: “La protección de la salud de los trabajadores de edad avanzada”, *RTSS*, núm. 397, 2016, p. 74.

¹⁰ CHABANNES, M.: “Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: un análisis desde la negociación colectiva”, *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020, p. 321.

Se argumenta que no se trata de estigmatizar a las personas trabajadoras de más edad, sino de ajustarse a un mercado laboral cambiante y, por tanto, la normativa preventiva debería adecuarse al nuevo contexto demográfico y social y a las dinámicas de las relaciones de trabajo.

2.2. Soft Law

A nivel internacional, el *Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento*¹¹ propone una serie de recomendaciones para que las personas de edad avanzada puedan continuar trabajando mientras deseen trabajar y puedan hacerlo, adoptándose medidas para la promoción de la seguridad y salud laboral que les permitan mantener la actividad laboral.

Asimismo, la Recomendación núm. 162 OIT¹² incluye una protección específica para este colectivo de personas trabajadoras. La Recomendación parte de que, en primer lugar, deberían realizarse estudios que posibilitan la identificación de los tipos de actividad en los que el proceso de envejecimiento pueda ser más rápido, así como aquellas actividades en las que las personas trabajadoras de edad madura encuentren dificultades de adaptación a las exigencias del trabajo, para así poder determinar las causas y proponer soluciones adecuadas.

La Recomendación, en segundo lugar, indica que si las dificultades de adaptación de las personas trabajadoras de edad están ligadas a su envejecimiento, deberían tomarse medidas en los tipos de actividad con el fin de corregir las condiciones de trabajo y de medio ambiente de trabajo que puedan acelerar el proceso de envejecimiento; modificar las formas de organización del trabajo y la ordenación de los horarios de trabajo que entrañen exigencias y ritmos excesivos en relación con las posibilidades de las personas trabajadoras interesadas, especialmente, limitando las horas extraordinarias; adaptar el puesto de trabajo a la persona trabajadora utilizando, para ello, todos los medios técnicos disponibles; definir una vigilancia más sistemática del estado de salud de las personas trabajadoras; y prever, en los lugares de trabajo, una supervisión adecuada para garantizar la higiene y la seguridad de las personas trabajadoras (punto 13).

En tercer lugar, la Recomendación, en el punto 14, propone una serie de medidas para modificar la organización del trabajo y los horarios -previa consulta con la representación de las personas trabajadoras-, tales como reducir la duración normal del trabajo, diaria y semanal, de las personas trabajadoras de edad avanzada dedicados a ocupaciones penosas, peligrosas o insalubres; fomentar la reducción progresiva de la duración del trabajo de todas las personas trabajadoras de edad que así lo soliciten, durante un periodo anterior a la edad normal de jubilación; incrementar las vacaciones anuales pagadas en función de la antigüedad o de la edad; permitir que las personas trabajadoras de edad organicen a su propia conveniencia el tiempo de trabajo y el tiempo libre, en particular, facilitándoles empleo a tiempo parcial y previendo horarios flexibles; y facilitar la asignación de las personas trabajadoras de edad avanzada a empleos de horario normal diurno.

Como se observa, pues, esta Recomendación contiene un conjunto de medidas dirigidas a reducir la duración del trabajo, aumentando el tiempo de trabajo y eliminando los aspectos más penosos de la organización del tiempo de trabajo.

En el ámbito comunitario, ya en 2009 la Comisión Europea manifiesta la necesidad de “abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE”¹³ en el que señala la importancia

¹¹ ONU, *Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, 2002. Disponible en <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mipaa-sp.pdf>

¹² De 23 de junio de 1980, sobre los trabajadores de edad.

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité de las Regiones, *Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (Informe de 2009 sobre envejecimiento demográfico)* COM (2009) 180 final.

de introducir reformas para contrarrestar gastos públicos provocados por el envejecimiento de la población, especialmente en pensiones y asistencia sanitaria. Así, insta a endurecer los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, y fomentar que las personas de más edad continúen en el mercado laboral.

En 2011, el Parlamento Europeo¹⁴ publica en su estudio que las personas trabajadoras de edad avanzada se incluyen en el grupo de personas trabajadoras más vulnerables en materia preventiva, instando así a adoptar medidas específicas de seguridad y salud en el trabajo para este colectivo.

Siguiendo esta línea, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, en el proyecto *Trabajo más seguro y saludable a cualquier edad: seguridad y salud en el trabajo en el contexto de una mano de obra que envejece*, analiza las medidas que puedan mejorar la seguridad y salud de las personas trabajadoras en edad madura.

El Libro Blanco *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*¹⁵ señala que, para favorecer la prolongación de la vida laboral, deben adoptarse disposiciones adecuadas en materia de salud, lugar de trabajo y empleo, de tal forma que la persona trabajadora pueda prestar sus servicios durante más tiempo en un buen estado de salud. Para ello, se incluye la promoción de la seguridad y salud, el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, la adaptación de los lugares de trabajo a las necesidades de las personas trabajadoras de edad madura, y el desarrollo de oportunidades para introducir condiciones de trabajo más flexibles.

El informe *Trabajo más seguro y saludable a cualquier edad*¹⁶ recoge que, durante la última década, los Estados miembros han llevado a cabo una serie de políticas para hacer frente a los retos del envejecimiento de las personas trabajadoras. Así, se han introducido una serie de reformas, especialmente, en materia de pensiones con el retraso de la edad de jubilación, el aumento de los años de cotización, o el endurecimiento de los requisitos para la misma. No obstante, poco se aborda en materia preventiva, cuando prolongar la vida activa plantea un reto importante para las empresas y la salud de las personas trabajadoras. Una ampliación de la vida laboral puede conllevar una exposición más prolongada a los riesgos laborales, lo cual constituye un factor adicional sobre la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

Así también, el Marco estratégico de la UE sobre seguridad y salud en el trabajo 2021-2027¹⁷ hace referencia al “cambio demográfico, que se traduce en un envejecimiento de la mano de obra en Europa”, lo cual “exige reflexión y respuestas constantes. La salud y la seguridad en el trabajo resulta esencial en este sentido, puesto que, a medida que los trabajadores van envejeciendo, es necesario ir adaptando el entorno de trabajo y las tareas a sus necesidades específicas y reducir los riesgos al mínimo”.

Por su parte, *El Libro Verde sobre el envejecimiento*¹⁸ aboga por el envejecimiento saludable y activo como medida para fomentar estilos de vida saludables, lo cual redundaría en reducir el

¹⁴ European Parliament: *Occupational Health and Safety Risks for the Most Vulnerable Workers*, 2011.

¹⁵ Comisión Europea: *Libro Blanco Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, COM (2012) 55 final. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/32eda60f-d102-4292-bd01-ea7ac726b731>

¹⁶ Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo: *Trabajo más seguro y saludable a cualquier edad*, 2016. Disponible en https://osha.europa.eu/sites/default/files/Safer_and_healthier%20work_any%20age_Final_analysis_report%20%282%29.pdf

¹⁷ Comisión Europea: *Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación*, de 28 de junio de 2021. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0323>

¹⁸ Comisión Europea: *Libro Verde Sobre El Envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones*, COM(2021) 50 final, de 27 de enero de 2021. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d918b520-63a9-11eb-aeb5-01aa75ed71a1>

riesgo de sufrir obesidad, diabetes y otras enfermedades. Además, el envejecimiento saludable tiene un efecto positivo sobre el mercado laboral, las tasas de empleo y el sistema de protección social. Propugna que se lleven a cabo políticas públicas para promover el envejecimiento activo, y estilos de vida saludables entre los niños y los jóvenes, incluyendo la tecnología digital segura.

El Acuerdo Marco autónomo sobre el envejecimiento activo y un enfoque intergeneracional¹⁹ ofrece un enfoque de la gestión de la edad a nivel comunitario, proporcionando herramientas y medidas que tienen como fin facilitar la participación de las personas trabajadoras de más edad en el mercado laboral.

La Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo²⁰ señala como objetivos de la gestión de la edad, una mayor sensibilización frente al envejecimiento, la adopción de actitudes objetivas y adecuadas ante el envejecimiento, la consideración de la gestión de la edad en todos los niveles jerárquicos de la empresa, la inclusión de la gestión de la edad en la política de recursos humanos, la promoción de la capacidad de trabajo y la productividad, el aprendizaje permanente, la aplicación de regímenes de trabajo sensibles a las cuestiones de edad, y la transición segura y digna hacia la jubilación.

En definitiva, como se observa, se han implementado diversas medidas socioeconómicas que han tratado de hacer frente al desafío del envejecimiento desde el punto de vista del sistema de protección social o de pensiones, pero poco han tratado la seguridad y salud en el trabajo. Las políticas han ido destinadas a ayudar a las personas trabajadoras de más edad a permanecer activas en el mercado de trabajo, pero no tienen una incidencia en materia preventiva.

Por ello, además de los cambios en materia de Seguridad Social y desde el punto de vista socioeconómico, son necesarias también medidas y políticas activas para conseguir una buena calidad de vida en el trabajo para las personas maduras. Se trata, así, de tener en cuenta los cambios de la edad en relación con la capacidad funcional de la persona trabajadora mediante adaptaciones de la organización y condiciones de trabajo²¹.

En este sentido, la Comisión Europea ya ha propuesto un plan de acción²² para los próximos años donde traza diversas líneas de actuación entre las que se incluye ayudar a las empresas, especialmente a las pequeñas y medianas a cumplir el marco legislativo de seguridad y salud en el trabajo. Para ello, la Comisión anima a que los Estados miembros cooperen para que las empresas puedan adaptarse a los crecientes riesgos de seguridad y salud laboral, y se insiste en la importancia de que las empresas lleven a cabo una evaluación de riesgos teniendo en cuenta la diversidad de personas trabajadoras. Así, hace hincapié en la necesidad de que las medidas de gestión del riesgo adoptadas por las empresas tengan en cuenta los riesgos específicos a los que están expuestas las personas trabajadoras de más edad.

De cualquier forma, todo esto se trata de indicaciones, recomendaciones y directrices propias del soft law, y no son, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, careciendo de fuerza vinculante.

¹⁹ De 8 de marzo de 2017.

²⁰ ILMARTINEN, J., *Promoción del envejecimiento activo en el trabajo*, OSHA, 2012. Disponible en https://osha.europa.eu/sites/default/files/active-ageing-in-the-workplace_es.pdf

²¹ CHABANNES, M., "Trabajadores maduros y prevención..." *op. cit.*, p. 316-317.

²² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Trabajo más seguro y saludable para todos – Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo* COM (2017) 12 final.

3. Conceptualización de persona trabajadora de edad madura

En el Derecho civil la edad se configura como el elemento limitante de la capacidad de obrar, pues la mayoría de edad y, por tanto, la plena capacidad de obrar se obtiene a partir de una cierta edad. En el Derecho del Trabajo la edad determina el momento a partir del cual se tiene la capacidad para trabajar, y en el ámbito de la Seguridad Social, el momento a partir del cual se puede acceder al disfrute de determinadas prestaciones –como la pensión de jubilación-. En materia preventiva, como se ha indicado, la edad determina el periodo durante el cual se consideran colectivos de especial protección por su falta de inmadurez o experiencia profesional, pero desde el punto de vista de la edad madura no se contempla previsión alguna.

La vejez es un concepto relativo que puede referirse tanto a la longevidad (edad cronológica que representa los años transcurridos desde el nacimiento de un individuo) como a la senilidad (disminución de las facultades físicas e, incluso, mentales, ligada al paso del tiempo)²³. El problema se halla en determinar si, a partir de una determinada edad, ya cabe calificar a una persona como “vieja” o si se requiere, además, que la persona sufra una pérdida de vitalidad, de aptitudes, de salud o de facultades²⁴.

La OMS define el envejecimiento como la consecuencia de un proceso de acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares a lo largo del tiempo, que provoca un descenso gradual de las capacidades físicas y mentales, un aumento del riesgo de enfermedad y, finalmente, la muerte²⁵. Lógicamente, y como señala la doctrina médica, cada persona envejece a una edad diferente, y ello depende no solo de factores genéticos, sino también de la interacción con las condiciones socio-ambientales²⁶. Por tanto, no existe un criterio unánime que determine la edad a partir de la cual comienza la vejez. De hecho, en muchas ocasiones se asocia al inicio de la edad legal de jubilación, lo cual, en materia preventiva, no ofrece soluciones operativas.

Por tanto, cabe concluir que el envejecimiento es un proceso caracterizado por un conjunto de cambios progresivos que tienen lugar en la propia persona, tanto a nivel físico, como psíquico y social, cuyas causas son multidimensionales²⁷, desde un proceso genético, hormonal o neuronal, a cambios en el sistema inmunológico, así como por factores externos²⁸. Por regla general, se considera que el envejecimiento provoca una disminución de las capacidades psicosomáticas que limita la adaptación del organismo al medio y su capacidad de respuesta a las diferentes exigencias de este, pudiéndose señalar los más frecuentes, tales como la pérdida progresiva de la vista, la pérdida progresiva de la audición, la reducción de la funcionalidad de los músculos afectando a la capacidad de adoptar posturas extremas, realizar repeticiones o aplicar fuerza, la reducción de la masa muscular, la pérdida de agilidad y la capacidad de reacción refleja, el aumento de la hipertensión arterial, o la pérdida de la capacidad del sistema inmune.

Como señala la doctrina, es complejo determinar el carácter normal o patológico del proceso de envejecimiento, pues la existencia de múltiples y diversas teorías sobre la vejez y la patente necesidad de valorar en el proceso de envejecimiento tanto factores exógenos (ambientales y sociales) como endógenos (biológicos, neurológicos, inmunológicos o genéticos) que lleva a un progreso empeoramiento de la movilidad, la resistencia muscular, las facultades sensoriales,

²³ DE LA VILLA GIL, L.E.; Desdentado Bonete, A.: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1979, p. 537.

²⁴ BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios Jurídicos de Previsión Social*, Madrid, Aguilar, 1962, p. 164.

²⁵ OMS, *Envejecimiento y salud*, Nota descriptiva núm. 404, 2015.

²⁶ FERNANDO BALLESTEROS, R.: “Limitaciones y posibilidades de la edad”, VV.AA.: *Envejecimiento Activo. Libro Blanco*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, 2011, p. 111.

²⁷ FERNANDO BALLESTEROS, R.: “Limitaciones y posibilidades de la...” *op. cit.*, p. 107.

²⁸ ARQUIOLA LLOPIS, E., *La vejez a debate: análisis histórico de la situación socio-sanitaria de la vejez en la actualidad*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1995, p. 5.

la función cardiorrespiratoria, la memoria, la agilidad mental, la actividad intelectual o la adaptación y que, además, a mayor edad, mayor variabilidad interindividual²⁹.

De cualquier forma, debe señalarse que vejez no es sinónimo de enfermedad, pues, aunque generalmente, con la edad madura, las personas son más susceptibles de padecer con mayor frecuencia enfermedades, y, muchas veces, con un diagnóstico más grave, no deben ser confundidos ni asociados de forma unívoca.

De esta forma, la edad madura se puede definir como aquella comprendida desde el final de la juventud y el principio de la vejez³⁰, o como aquella en que la persona ha alcanzado su plenitud vital y aún no ha llegado a la vejez³¹.

Por consiguiente, la edad madura se situaría, en la actualidad, a partir de los 45 años -en los que se iniciaría la prevejez-³². No obstante, considero que pronto se situará en los 50 años.

De cualquier forma, como se ha indicado, en puridad, la edad avanzada no se alcanza para todas las personas de igual forma, ya que cada persona sufre de diferente forma el desgaste de la edad o producido por enfermedades padecidas, o, incluso, por las condiciones socio-ambientales. De hecho, la propia Recomendación núm. 162 OIT³³ señala que cada país puede definir con mayor precisión a qué personas trabajadoras sería aplicable la citada Recomendación, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales y en forma apropiada a las condiciones propias de cada región. De ahí, que no sea posible determinar una edad fija para todas las personas a partir de la cual se presuma que ha alcanzado la vejez o es inepta para el trabajo. Es más, el TC³⁴ ha señalado que fijar una edad a partir de la cual se presuma la ineptitud sería inconstitucional.

No obstante, a los efectos que aquí interesan, es necesario determinar, de alguna forma, el momento a partir del cual una persona trabajadora es considerada como de edad avanzada. De esta forma, será posible establecer a partir de qué momento deberá contar con una protección especial en materia preventiva.

Por un lado, no cabe duda de que las personas trabajadoras que han cumplido la edad ordinaria de jubilación -y continúan trabajando- formarían parte de este colectivo de personas trabajadoras de edad avanzada.

Por otro lado, las personas trabajadoras con 55 o más años también han sido consideradas, en diversos textos, como personas de mayor edad. Así, la Comunicación de la Comisión Europea de 2006³⁵ propone el incremento de la tasa de participación de las mujeres y de los hombres mayores de 55 años, suprimiéndose los estímulos a la salida precoz del mercado laboral, y fomentar así el empleo de las personas mayores. También la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más)³⁶ hace referencia a dicha edad, así como también el subsidio por desempleo para personas desempleadas de 55 o

²⁹ FERNANDO BALLESTEROS, R.: "Limitaciones y posibilidades de la... *op. cit.*, p. 132.

³⁰ DRAE

³¹ Wordreference.

³² Institución Cáritas Bienestar del Adulto Mayor, *Manual de Vejez y proceso de envejecimiento*, Madrid, Plaza y Valdés, 2002.

³³ De 23 de junio de 1980, sobre los trabajadores de edad.

³⁴ STC 22/1981, de 2 de julio.

³⁵ Comunicación de la Comisión Europea de 12 de octubre de 2006, *El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad*. Com (2006) 571 final, p. 9

³⁶ Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la *Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más)*, p. 125.

más años de edad³⁷. De igual forma, se observa como criterio determinante la edad de 55 años para los despidos colectivos, donde se prevé la obligación de las empresas de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial para estas personas trabajadoras que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967³⁸. Asimismo, incluso, la limitación a los 52 años para establecer la reducción de la edad de jubilación en aplicación de los coeficientes de reducción en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y con elevados índices de movilidad o mortalidad³⁹.

La doctrina científica aboga por entender que no puede usarse el criterio de la edad, ya que cada persona trabajadora envejece de forma diferente, considerando, de forma general, que la prevención del envejecimiento debe llevarse a cabo entre los 40 y los 60 años, no debiéndose, por tanto, esperar a intervenir en los tramos finales más avanzados de edad⁴⁰.

Lo que nadie pone en duda es que cada persona es diferente de las demás, y, por tanto, el envejecimiento tiene lugar en un momento diverso. De ahí, la necesidad de personalizar los tratamientos, para lo cual juega un papel fundamental el departamento de recursos humanos.

En definitiva, la vejez es una etapa de la vida que depende de muchos factores, tanto internos como externos, que la pueden acelerar o retardar, y que tiene como consecuencia natural un declive de las capacidades físicas y cognitivas. Este proceso de envejecimiento, además, puede ser más agudizado por la presencia de enfermedades.

4. Prevención de riesgos laborales en las personas trabajadoras de edad madura

Las personas trabajadoras de edad madura deben contar con una protección específica atendiendo a que, por sus propias características personales o estado biológico conocido sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Por consiguiente, la empresa debe identificar qué personas trabajadoras pueden ser especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Para ello, debe tener en cuenta las evaluaciones -tanto inicial como periódica-, la adopción de medidas preventivas y de protección, y la encomienda de tareas, funciones o de un puesto de trabajo.

4.1. Adaptación del puesto de trabajo

La complejidad a la hora de afrontar las medidas preventivas de las personas trabajadoras de edad madura ha llevado a plantear la posibilidad de considerarlas como personas trabajadoras especialmente sensibles a los efectos del art. 25 LPRL. En cierta forma, puede estimarse que se trata de personas con especial sensibilidad, pero un sector de la doctrina⁴¹ estima que no se pueden considerar como personas especialmente sensibles porque, como se ha indicado, no existe una edad a partir de la cual se pueda calificar que una persona es madura o de edad avanzada, pues ello depende tanto de aspectos biológicos internos como de externos o de la actividad que desarrolle. Por tanto, aunque las personas trabajadoras de edad madura tengan un denominador común, como es la edad, no es suficiente para configurarlos como colectivo de personas trabajadoras especialmente sensibles.

³⁷ Art. 274 LGSS.

³⁸ Art. 51.9 ET.

³⁹ Art. 206.3 LGSS.

⁴⁰ ARQUIOLA LLOPIS, E.: *La vejez a debate...* op. cit., p. 162.

⁴¹ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; MORENO MÁRQUEZ, A.: "Prevención de riesgos laborales..." op. cit., p. 231.

No obstante, otro sector parte de una interpretación amplia del art. 25 LPRL en el sentido de que el citado precepto acoge diversos supuestos de sensibilidad que no entran en otros preceptos, de tal forma que el envejecimiento, tendría cabida en el citado precepto. De hecho, se alega que, aunque, en muchas ocasiones, el art. 25 LPRL se ha relacionado con características personales o estado biológico conocido, también se han interpretado como sinónimos de enfermedad⁴², o comprensivos de situaciones psíquicas como la personalidad, el temperamento, el comportamiento o el estado de ánimo de la persona trabajadora que lo hacen especialmente sensible a los riesgos laborales⁴³.

De la literalidad del art. 25 LPRL cabe entender que no es necesario un tratamiento de grupo, sino un tratamiento específico de estas situaciones singulares, pues el envejecimiento es un factor que debe ser atendido de forma individual. En función de las actividades, de las circunstancias concretas de la persona trabajadora de una determinada edad, o del tiempo de exposición, entre otros factores, el envejecimiento puede ser considerado como un factor de sensibilidad. Y no cabe duda de que el envejecimiento comporta la disminución de las capacidades físicas, así como más dificultades para la recuperación de la salud.

Sin embargo, a mi parecer, y al de un sector considerable de la doctrina, aunque las personas trabajadoras no se incluyan en el art. 25 LPRL, no cabe duda de la necesidad de adaptar las condiciones de trabajo a las características de las personas trabajadoras de mayor edad⁴⁴. La adaptación puede ser a través de modificaciones en la carga de trabajo, ya sea física, como mental, como en la organización del trabajo, medidas dirigidas a favorecer la capacidad de la persona trabajadora, o medidas relacionadas con el tiempo de trabajo en el sentido de flexibilizar el tiempo de trabajo o reducir el horario a partir de una determinada edad. Así, se ha propuesto la adopción de descansos para personas trabajadoras de mayor edad de cinco minutos cada media hora⁴⁵.

Debe citarse que, frente a esta posición, un sector de la doctrina judicial, considera que debe realizarse una interpretación restrictiva del art. 25 LPRL en el sentido de limitarlo a los riesgos del contenido del puesto de trabajo “mientras, la protección de la salud por circunstancias específicamente relacionadas con el tiempo de ejecución se acomete a través de las normas que el Estatuto del Trabajador destina a la ordenación del tiempo de trabajo y los límites a la duración de la jornada”⁴⁶. No obstante, otras resoluciones parten de que, entre las medidas apropiadas de adaptación del art. 25 LPRL, se incluyen “aquellas que no comportan cambio de funciones, como son las relativas a la jornada de trabajo y con ello a horarios, sistema de trabajo a turnos o turnos de trabajo, y en última instancia a las funciones”⁴⁷.

En definitiva, a mi entender, las personas trabajadoras de edad madura, aunque no constituyen un grupo especial de riesgo expresamente tipificado, sí deben ser tenidas en cuenta,

⁴² SSTSJ Canarias, de 31 de mayo de 2001, rec. núm. 1099/1999; Madrid, de 14 de enero de 2005, rec. núm. 5314/2004; Cantabria, de 27 de julio de 2006, rec. núm. 595/2006; País Vasco, de 20 de febrero de 2007, rec. núm. 2742/2006.

⁴³ TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, *Gestión práctica de los riesgos laborales*, núm. 38, 2007, p. 47.

⁴⁴ Así también STSJ Cataluña, de 23 de enero de 2008, st. núm. 629/2008, que señala que “la protección especial no se dirige a trabajadores específicamente diferenciados, sino a cualquiera que, por su especial sensibilidad, características biológicas, físicas, etc. pueda estar expuesta a mayores riesgos”.

⁴⁵ PÉREZ BILBAO, J.; NOGAREDA CUIXART, C., *NTP 367. Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad*, Madrid, INSST, 1995.

⁴⁶ STSJ Madrid, de 28 de marzo de 2007, st. núm. 145/2007. Asimismo, la STSJ Castilla-La Mancha, de 27 de julio de 2005, st. núm. 1066/2005, considera que el art. 25.1 LPRL no contiene un derecho al cambio de turno, pues las cuestiones relacionadas con la organización del tiempo no quedan insertas dentro del art. 25 LPRL.

⁴⁷ STSJ Cataluña, de 23 de enero de 2008, st. núm. 629/2008.

por el factor de la edad, como un grupo que va a requerir una especial atención en las medidas preventivas y de protección⁴⁸.

De cualquier forma, cabe tener en cuenta que el art. 25.1.2 LPRL especifica que las personas trabajadoras no serán empleadas en los puestos de trabajo que, por sus especiales condiciones de sensibilidad, pudieran poner en peligro a ellas mismas, a las demás personas trabajadoras u a otras personas relacionadas con la empresa. Por tanto, aunque no se diga de forma expresa, cabe entender que de esta prohibición de empleo se deduce el derecho al cambio de puesto de trabajo adecuado a las capacidades psicofísicas de la persona trabajadora, añadiéndose que tampoco serán empleadas en esos puestos de trabajo cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo⁴⁹. Este derecho, no obstante, queda condicionado a la existencia de puestos de trabajo compatibles con las características de las personas trabajadoras, pues la sensibilidad a los factores del puesto de trabajo no constituye causa de suspensión del contrato ni tampoco de extinción del mismo⁵⁰. De hecho, tras la STJUE de 18 de enero de 2024, queda claro que tampoco es posible la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida sin haber llevado a cabo antes una posible adaptación del puesto de trabajo o reubicación de la persona trabajadora⁵¹. Las anteriores posiciones doctrinales⁵² que consideraban que era posible el despido objetivo por ineptitud de estos colectivos de personas trabajadoras ya no tienen cabida.

Asimismo, ya un sector de la doctrina⁵³ consideraba que el deber de adaptación se podría extraer de una interpretación sistemática, teleológica e, incluso, literal. Desde una interpretación literal, aunque el art. 25.1.2 se limita a prohibir el empleo de personas trabajadoras especialmente sensibles en los puestos de trabajo que puedan suponerles un peligro para sí mismas o terceras, no puede olvidarse que el art. 25.1.1 obliga a la empresa a adoptar “las medidas de prevención y protección necesarias”. Es decir, configura un deber amplio de protección y prevención que, además, debe integrarse con los principios de la acción preventiva del art. 15 LPRL.

No obstante, y con toda lógica, esta obligación de adaptación no puede convertirse en una obligación imposible de conseguir, pues la exigencia de esta obligación debe realizarse en términos de proporcionalidad, en el sentido de exigir que la empresa trate de reubicar o adaptar

⁴⁸ En el mismo sentido, Aragón Gómez, C.: “La ineptitud sobrevenida por razón de edad”, VV.AA.: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 257; MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 40; UREÑA MARTÍN, A.: “La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de mayor edad. El despido por ineptitud sobrevenida y el derecho de adaptación de las condiciones laborales como límite esencial”, *IUSLabor*, núm. 1, 2009, p. 313.

⁴⁹ STSJ Cantabria, de 27 de julio de 2006, st. núm. 749/2006, que reconoce que una persona trabajadora que padecía hipoacusia bilateral tiene derecho a no ser empleada en un puesto de trabajo no adecuado a sus capacidades.

⁵⁰ STSJ Comunidad Valenciana, de 30 de noviembre de 2007, st. núm. 3819/2007.

⁵¹ Así lo considera también la STSJ Baleares, de 20 de febrero de 2009, st. núm. 48/2009, que señala que el art. 25 LPRL “no se dicta con ánimo de despojar a estos trabajadores de su fuente de ingresos, sino de que se les proporcione puesto adaptado a sus características peculiares”. También en el mismo sentido STSJ País Vasco, de 3 de junio, de 2008, st. núm. 1453/2008, que señala que “la actual legislación está primando el derecho al trabajo, pero dentro de los parámetros de seguridad e higiene, de forma que la empresa no está facultada para instrumentalizar una causa de extinción, sino que ese riesgo que denuncia debe ser un aliciente que fomente la seguridad e higiene en el trabajo, no la extinción del contrato y pérdida del mismo, sino un cauce idóneo para afianzar el marco en el que se desarrolla el trabajo”. También STSJ Madrid, de 30 de noviembre de 2015, st. núm. 872/2015; Cataluña, de 17 de febrero de 2015, st. núm. 1128/2015; Asturias, de 26 de junio de 2015, st. núm. 12358/2015; Madrid, de 10 de marzo de 2008, st. núm. 175/2008.

⁵² SALA FRANCO, T.: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 130; APARICIO TOVAR, J.; OLMO GASCÓN, A.M.: *La edad como factor de tratamiento desiguales en el trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 165. Este último señala que “la ineptitud se presenta como una institución particularmente adaptada a la pérdida de cualidades profesionales por causa de la edad, pues nadie puede detener el paso del tiempo, ni, por lo general, ningún trabajador desea el deterioro de sus condiciones personales hasta el punto que le impida trabajar”.

⁵³ UREÑA MARTÍN, A.: “La protección de la... op. cit., p. 315.

el puesto de trabajo a la persona trabajadora, y solo cuando ello no sea posible, podrá proceder a adoptar otra medida más drástica.

4.2. Evaluación y planificación preventiva

Tanto la evaluación de riesgos como la planificación preventiva constituyen uno de los ejes fundamentales de la gestión preventiva, siendo necesario tener en cuenta la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de las personas que vayan a ocuparlos, así como todas las condiciones de trabajo (arts. 15.1 b y 16.2 a LPRL).

Los diversos métodos de evaluación de riesgos, ya sean tanto cuantitativos como cualitativos, permiten incorporar y tener en cuenta la edad, ya sea en su aplicación o bien en el análisis de los resultados obtenidos⁵⁴.

Analizar estos resultados de la evaluación de riesgos permite conocer si la exposición a los factores de riesgo es homogénea para todas las edades, o, si no lo es, poder analizar las razones de esa diferenciación y qué impacto está teniendo o puede tener en la seguridad y salud de las personas. Este análisis puede efectuarse para todos los factores de exposición o, al menos, para aquellos con mayor nivel de riesgo.

Por ello, es importante incorporar la perspectiva de edad en las evaluaciones de riesgos y poder tener una visión general y completa de los riesgos más relevantes de los diferentes puestos de trabajo. Este conocimiento facilitaría la adecuación entre exigencias y capacidades para hacerles frente y ayudaría a determinar si hay indicios de que la edad es una variable a considerar para alguna de las exigencias y/o demandas laborales propias de algunos puestos de trabajo. La evaluación de riesgos con perspectiva de edad también contribuye a contextualizar y diseñar la adaptación de los puestos de trabajo y a planificar un cambio del puesto en su caso.

De la misma forma, la planificación preventiva, es decir, el diseño e implementación de un conjunto de medidas de prevención y de protección de riesgos, debe llevarse a cabo con perspectiva de edad. Ello permitirá planificar medidas adaptadas a los distintos colectivos y ayudar en la priorización de las medidas. Si hubiera diferencias en la exposición al ritmo de trabajo en función de la edad, comprendidas las razones de esas diferencias, se podrían diseñar medidas preventivas ajustadas.

En este sentido, también se debe realizar el seguimiento y control de la efectiva ejecución de las medidas preventivas con perspectiva de edad, utilizando, para ello, indicadores de proceso y de resultado desagregados por edad. Así, se puede incorporar la perspectiva de edad al plan de prevención de riesgos laborales, garantizando, con ello, su integración a nivel empresarial.

4.3. Formación

La formación, junto con la información, constituyen herramientas clave en materia preventiva. Aunque las personas trabajadoras de edad madura suelen manifestar que tienen suficiente formación, nunca es suficiente. La formación debe ser actualizada de forma periódica para adaptarse a los nuevos riesgos emergentes, a las nuevas formas de organización del trabajo y a los cambios que se produzcan.

A partir de determinada edad, las personas realizan un número sustancialmente menor de actividad formativa y esta mejora la empleabilidad, también en las personas de más edad⁵⁵,

⁵⁴ OTERO APARICIO M.J., et al.: *Psicosociología y gestión de la edad*, AA.VV.: *Gestión de la Edad y Prevención de Riesgos Laborales*, Barakaldo, Osalan, 2022.

⁵⁵ BRINDUSA, A., LACUESTA, A.: "Envejecimiento, productividad y situación laboral", *Boletín Económico*, núm. 1, 2020.

lo cual favorece su mantenimiento en activo hasta la edad legal de jubilación. De ahí que, en muchas ocasiones, se haya considerado que no tiene sentido formar a personas trabajadoras a partir de una determinada edad porque su horizonte laboral es limitado en años. Ello, además de ser discriminatorio, supone obviar el coste de mantener personas desactualizadas en una organización, aunque sea un número reducido de años. No debe olvidarse tampoco que coexiste un autoconcepto negativo para aprender cosas nuevas a partir de una edad, pues existen prejuicios y estereotipos sobre la formación a partir de cierta edad⁵⁶

En este sentido, la formación de las personas de edad avanzada debe adecuarse a sus características, haciendo hincapié en los riesgos a los cuales son especialmente sensibles y dándoles la formación necesaria sobre las medidas adecuadas para protegerse de los mismos.

La prolongación de la vida laboral en condiciones adecuadas de salud y rendimiento y la necesidad de actualización y reciclaje, hace que sea necesario analizar las barreras a la formación en todas las edades.

En definitiva, introducir la perspectiva de edad en la formación en materia preventiva es fundamental. Debe abogarse por una cultura que promueva la formación a todas las edades, pues con ello, además de reducir el número de accidentes y enfermedades profesionales, también se fomenta la autoestima, la motivación, la adaptación al cambio y la resiliencia⁵⁷. En definitiva, se mejora la seguridad y la salud laboral.

4.4. Vigilancia de la salud

Un aspecto importante lo constituye la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras de mayor edad, especialmente para poder identificar aquellas que, por razones de su estado de salud, puedan ser especialmente sensibles a algún riesgo. Como se ha indicado, las personas trabajadoras de edad madura padecen con mayor frecuencia enfermedades y estas pueden ser de mayor gravedad. Por ello, la vigilancia de la salud es importante.

La vigilancia de la salud permite detectar los efectos de las diferentes exposiciones laborales debiendo ser específica y, por tanto, tener en cuenta los puestos de trabajo y las personas que los ocupan. Es indudable que las diferentes generaciones no parten del mismo estado de salud, ya que hay funciones que van deteriorándose con el paso de los años, y aumenta la prevalencia de patologías crónicas y existe una mayor vulnerabilidad o sensibilidad a determinadas exposiciones⁵⁸. Los instrumentos básicos para la vigilancia de la salud son los reconocimientos médicos, los cuestionarios de salud y las pruebas médicas funcionales o analíticas.

La vigilancia de la salud colectiva realiza el análisis epidemiológico de las relaciones entre las exposiciones y los daños con el fin de que esta información contribuya a la propuesta de medidas preventivas. De esta forma incluir la edad en los sistemas de recogida y tratamiento de datos ayuda a detectar y prevenir situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con la edad de las personas trabajadoras.

Los problemas de salud a los que están más expuestas las personas trabajadoras de mayor edad son las posturas forzadas, movimientos o manejo de cargas pesadas, presión o sobrecarga de trabajo, riesgo de accidente, ruidos, vibraciones, productos químicos, polvo, humo o gases. Ello ocasiona dolores de espalda, cuello y nuca, hombros, rodillas, extremidades, manos y

⁵⁶ OTERO APARICIO, M.J.: "Discriminación laboral por razón de la edad. Intervención desde la Prevención de Riesgos Laborales", *Seguridad y Salud en el Trabajo*, núm. 88, 2016.

⁵⁷ OTERO APARICIO, M.J.: *NTP 1176. Edad y diversidad generacional en la gestión de la Seguridad y salud: acciones clave*, Madrid, INSST, 2023, p. 6.

⁵⁸ OTERO APARICIO, M.J.: *NTP 1176. Edad y diversidad generacional... op. cit.*, p. 7.

pies. No hay que olvidar tampoco los riesgos y enfermedades psicosociales, ligados al acoso, intimidación o violencia, entre otros.

La empresa está obligada a garantizar a todas las personas trabajadoras la adecuada vigilancia de la salud y las personas trabajadoras deben acceder a que se les realicen los reconocimientos imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre su salud o para verificar si el estado de salud puede constituir un peligro para ella misma, para las demás personas trabajadoras o para otras personas relacionadas con la empresa, así como cuando esté establecido en una disposición legal. También el RD 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, exige dicha vigilancia cuando resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de la persona trabajadora debido a que esta, teniendo en cuenta sus características personales, su estado biológico y su posible situación de discapacidad, y la naturaleza del agente, pueda presentar o desarrollar una especial sensibilidad.

Como es sabido, si la empresa emplea a personas trabajadoras en puestos de trabajo en los que existe riesgo de contraer una enfermedad profesional sin efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos, la empresa es responsable directa de las prestaciones que puedan derivarse de la enfermedad profesional, debiendo ingresar el capital coste de la misma.

Como el acceso a la información médica es de carácter personal, se debe limitar este al personal médico, sin que pueda ser conocido por la empresa, salvo consentimiento expreso de la persona trabajadora. Por ello, es importante contar con el debido apoyo del médico especialista en salud laboral, el cual no solo debe informar a la empresa sobre la aptitud de la persona trabajadora para trabajar o para ocupar un puesto de trabajo o para realizar una tarea, sino que debe dar las indicaciones necesarias para permitir que la empresa pueda designar a las personas trabajadoras especialmente sensibles a las tareas, funciones o puestos de trabajo compatibles con sus características o pueda adaptar los puestos de trabajo a las características de estas personas trabajadoras.

Por consiguiente, se debe integrar la perspectiva de edad en la vigilancia de la salud. Los instrumentos básicos para realizar una vigilancia individual de la salud, en los que debería integrarse la edad, serían los protocolos de vigilancia sanitaria específica, como los reconocimientos médicos, los cuestionarios de síntomas y las pruebas médicas funcionales o analíticas. Por su parte, la vigilancia de la salud colectiva realizará el análisis epidemiológico de las relaciones entre las exposiciones y los daños, con la finalidad de que esta información contribuya a la propuesta de medidas preventivas. Incluir la edad en los sistemas de recogida y tratamiento de datos ayuda a detectar y prevenir situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con la edad de las personas trabajadoras⁵⁹.

5. Personas trabajadoras de edad madura, prevención y negociación colectiva

En base a lo indicado anteriormente, debe señalarse que la negociación colectiva se configura como un instrumento clave para introducir la gestión de la edad en la gestión preventiva de las empresas, especialmente teniendo en cuenta la funcionalidad de los convenios colectivos en la especialización en los riesgos propios de su sector productivo o empresa. Como es sabido, los convenios colectivos cuentan con la ventaja de poder adaptar las condiciones de seguridad y salud a las necesidades, exigencias y características de los diferentes sectores y empresas; así como también con la posibilidad de adaptarse rápidamente a la evolución del trabajo. No cabe

⁵⁹ OTERO APARICIO, M.J.: *NTP 1176. Edad y diversidad generacional... op. cit.*, 2023.

duda que los sujetos negociadores son los que mejor conocen la realidad y las necesidades específicas en su ámbito de negociación⁶⁰.

De hecho, la LPRL realiza llamadas en diversos preceptos a la negociación colectiva. Así, en su exposición de motivos se señala, en relación con el marco legal, como “una referencia legal mínima en un doble sentido: el primero, como Ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas; y el segundo, como soporte básico a partir del cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función específica”. Asimismo, el art. 2.2 establece que “las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos”. Por tanto, como se observa, la LPRL otorga a los convenios colectivos la facultad de poder desarrollar y mejorar siempre a favor de la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

Por ello, se constituyen en elementos idóneos para desarrollar, concretar y mejorar las políticas preventivas con perspectiva de edad, incluyendo el envejecimiento como variable en los planes de prevención de riesgos laborales.

No obstante, la realidad muestra que la negociación colectiva en materia de seguridad y salud de las personas trabajadoras de edad avanzada es escasa o inexistente. De hecho, existen convenios que ni siquiera contienen referencia alguna a la prevención de riesgos laborales.

Puede observarse que la mayoría de los convenios colectivos únicamente se remiten a la normativa de forma genérica indicando que “se estará a lo dispuesto en la legislación vigente”⁶¹ o “se estará a lo establecido en la Ley 31/1995”⁶² sin mayor ahondamiento. Otros, simplemente, se reducen a transcribir literalmente los preceptos de la LPRL. Algunos sí que reconocen el derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud, pero nada más. Y muy escasos son aquellos que contienen particularidades propias de su sector productivo o de la empresa, o mejoran lo establecido en la LPRL.

Si nos detenemos en las cláusulas de los convenios colectivos referidas a la protección de las personas trabajadoras especialmente sensibles, cabe señalar que, como indica la doctrina, los supuestos que contempla la LPRL como colectivos especiales no constituyen una lista cerrada, sino que cabría la posibilidad de que a través de la negociación colectiva se acuerde la inclusión de otros colectivos no mencionados en la normativa⁶³, como pueden ser las personas trabajadoras de edad madura. Sin embargo, los convenios colectivos no contienen ninguna alusión a este colectivo. Los convenios colectivos que regulan la protección de las personas trabajadoras especialmente sensibles se refieren a las que vienen definidas como tal en el art. 25 LPRL, así como a las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia, a las personas trabajadoras menores de edad, o a las temporales o de empresas de trabajo temporal. Y, básicamente, se limitan a reproducir el contenido de los preceptos de la LPRL.

⁶⁰ MERCADER UGUINA, J.R.; MUÑOZ RUÍZ, A.B.: “El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales”, AS, núm. 14, 2002, p. 61.

⁶¹ VII Convenio colectivo general de ámbito nacional del sector de aparcamientos y garajes, Resol. de 6 de mayo de 2024; VII Convenio colectivo estatal para la acuicultura, Resol. de 23 de abril de 2024; Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas para los años 2023, 2024 y 2025, Resol. de 23 de abril de 2024.

⁶² II Convenio colectivo de Worldwide Flight Service, SA, Servicios Aeroportuarios de Carga, Resol. de 29 de febrero de 2024; V Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, Resol. de 19 de septiembre de 2022.

⁶³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, VV.AA.: *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, La Ley, 1997, p. 35.

No obstante, debe destacarse el III convenio colectivo de la Asociación para la Gestión de la Integración Social⁶⁴, como convenio que incluye entre los colectivos susceptibles de ser consideradas personas especialmente sensibles a las de “edad avanzada”. Para ellas prevé que el servicio de prevención propondrá medidas de adaptación o restricción del puesto de trabajo mediante informe técnico sobre condiciones individuales de la persona trabajadora afectada, equivalente a una evaluación de riesgos adicional. En el caso de que no fuera así, la dirección comunicará a la persona trabajadora dicha adaptación, y si esta no es posible, la reubicación a un puesto compatible con su estado; y si finalmente tampoco es viable, una suspensión del contrato. También el convenio colectivo nacional de fabricación de alimentos compuestos para animales⁶⁵ prevé que las personas trabajadoras mayores de 60 años eviten la realización de tareas de carga y descarga cuando no cuenten con el apoyo de una maquinaria mecanizada.

Y aunque no sean estrictamente medidas de prevención, debe señalarse también que algunos convenios prevén la posibilidad de reducir la jornada de trabajo o el cambio de turno. Así, el convenio colectivo de Adidas España, SAU⁶⁶ recoge de forma expresa que las personas trabajadoras mayores de 55 años puedan solicitar voluntariamente una reducción de jornada. También el IV convenio colectivo estatal de reforma juvenil y protección de menores⁶⁷ recoge el derecho de las personas trabajadoras de 55 años o más de reducir su actividad laboral a la mitad de la jornada, pudiendo dedicar el resto de la jornada a otras actividades afines a su puesto de trabajo o titulación.

Por otro lado, el convenio colectivo de Schweppes SA⁶⁸ establece que las personas trabajadoras mayores de 58 años pueden no realizar el turno de noche siempre que exista otra persona trabajadora compatible por perfil y línea de producción y que voluntariamente decida sustituirle en el turno de noche.

6. Conclusión

El aumento de la esperanza de vida y las políticas activas de empleo dirigidas a prolongar la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación conlleva la existencia de, cada vez, más personas maduras en las empresas. Ello plantea la necesidad de dedicar atención a este colectivo de personas trabajadoras para garantizar unas condiciones de trabajo seguras y saludables.

La LPRL no contiene una regulación específica para este colectivo de personas trabajadoras maduras. Solo el art. 25 prevé la necesidad de proteger a las personas trabajadoras que, por sus características personales o estado biológico, presentan una especial sensibilidad frente a los riesgos laborales. Y, aunque la edad no es un factor determinante de la inclusión en este colectivo, no obstante, los efectos derivados del envejecimiento pueden provocar una mayor predisposición a sufrir accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Por todo ello, es necesario llevar a cabo una gestión preventiva con perspectiva de edad, previniendo tanto en la evaluación de riesgos, la planificación preventiva, la formación, la vigilancia de la salud o la adopción, en general, de cualquier medida de prevención y protección, las personas trabajadoras de edad avanzada.

Y, en este sentido, la negociación colectiva puede jugar un papel fundamental en el sentido de prever la adopción de medidas que tengan en cuenta la edad de las personas trabajadoras

⁶⁴ Resol. de 30 de junio de 2023.

⁶⁵ Resol. de 12 de noviembre de 2021.

⁶⁶ Resol. de 29 de marzo de 2012.

⁶⁷ Resol. de 4 de febrero de 2021.

⁶⁸ Resol. de 19 de diciembre de 2023.

de mayor edad, adaptando y particularizando las mismas a su sector productivo y a los riesgos propios de la actividad.

7. Bibliografía

- APARICIO TOVAR, J.; OLMO GASCÓN, A.M.: *La edad como factor de tratamiento desiguales en el trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2007.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La ineptitud sobrevenida por razón de edad”, VV.AA.: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, MERCADER UGUINA, J.R., (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2009.
- ARQUIOLA LLOPIS, E., *La vejez a debate: análisis histórico de la situación socio-sanitaria de la vejez en la actualidad*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1995.
- BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: “La protección de la salud de los trabajadores de edad avanzada”, RTSS, núm. 397, 2016.
- BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios Jurídicos de Previsión Social*, Madrid, Aguilar, 1962.
- BRINDUSA, A., LACUESTA, A.: “Envejecimiento, productividad y situación laboral”, *Boletín Económico*, núm. 1, 2020.
- CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; MORENO MÁRQUEZ, A.: “Prevención de riesgos laborales y personas trabajadoras maduras”, VV.AA.: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, MERCADER UGUINA, J. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2009.
- CHABANNES, M.: “Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: un análisis desde la negociación colectiva”, *Lan Harremanak*, núm. 44, 2020.
- DE LA VILLA GIL, L.E.; DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1979.
- FERNANDO BALLESTEROS, R.: “Limitaciones y posibilidades de la edad”, VV.AA.: *Envejecimiento Activo. Libro Blanco*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, 2011.
- GARCÍA NINET, J.I.; BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: *Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad*, Madrid, CEOE, 2015.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, VV.AA.: *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, La Ley, 1997.
- ILMARTINEN, J., *Promoción del envejecimiento activo en el trabajo*, OSHA, 2012. Disponible en https://osha.europa.eu/sites/default/files/active-ageing-in-the-workplace_es.pdf
- MERCADER UGUINA, J.R.; MUÑOZ RUÍZ, A.B.: “El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales”, AS, núm. 14, 2002.
- MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- OTERO APARICIO M.J., et al.: *Psicosociología y gestión de la edad*, AA.VV.: *Gestión de la Edad y Prevención de Riesgos Laborales*, Barakaldo, Osalan, 2022.

- OTERO APARICIO, M.J.: “Discriminación laboral por razón de la edad. Intervención desde la Prevención de Riesgos Laborales”, *Seguridad y Salud en el Trabajo*, núm. 88, 2016.
- OTERO APARICIO, M.J.: *NTP 1176. Edad y diversidad generacional en la gestión de la Seguridad y salud: acciones clave*, Madrid, INSST, 2023.
- PÉREZ BILBAO, J.; NOGAREDA CUIXART, C., *NTP 367. Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad*, Madrid, INSST, 1995.
- SALA FRANCO, T.: *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, *Gestión práctica de los riesgos laborales*, núm. 38, 2007.
- UREÑA MARTÍN, A.: “La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de mayor edad. El despido por ineptitud sobrevenida y el derecho de adaptación de las condiciones laborales como límite esencial”, *IUSLabor*, núm. 1, 2009.

ACERCA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD SUSTENTADA EN CARACTERES DE OBJETIVIDAD Y RAZONABILIDAD MEDIANTE UNA CONSTRUCCIÓN JUDICIAL: VINCULACIONES CON LA REVOLUCIÓN DIGITAL

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

Profesor Titular de la Universidad de Granada

Responsable de la Sección de Jóvenes y Noveles de la AESSS

1. Introducción: fuentes de la no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores

Precisamente, nuestra Carta Magna, en su artículo 50 CE, establece que “*los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*”. Mandato por el cual la propia Constitución española obliga a los poderes públicos a procurar ese apoyo necesario para el sostenimiento y la mejora de la calidad de vida de las personas mayores. Sin perjuicio de ello, el artículo 53 CE concreta 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*” y que, además, “*sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”.

Ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluyen prohibición específica alguna a la discriminación por edad, cuestión que dificulta la declaración de derechos sobre mayores, porque todo reconocimiento de derechos para un colectivo diferenciado debe partir de la premisa de que hay una realidad desigual y de debilidad que debe equilibrarse con la proclamación de derechos que garanticen que la igualdad real sea efectiva¹.

El artículo 2 DUDH se limita a rechazar las discriminaciones por motivos de “*raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”², sin referencia expresa a la edad. No obstante, es evidente que la cláusula es abierta –no *numerus clausus*– lo que permite introducir la discriminación por motivos de edad. Sí que encontramos referencia expresa a la edad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), cuyo artículo 21 alude expresamente a la edad como posible discriminación disponiendo que: “*1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*”. Y más precisamente el artículo 25 CDFUE, en referencia expresa a los derechos de las personas mayores, establece lo siguiente: “*la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural*”.

Por su parte, la Carta Social Europea (revisada) establece que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social³, las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular:

“- a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante: a) recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural; b) la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que éstas tienen de hacer uso de ellos;

- a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante: a) la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda; b) la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado;

- a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución”.

¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, recurso electrónico. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: *Fundamentos del derecho social de la Unión Europea: configuración técnica y estudio sistemático del normativo regulador*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.

² Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G., “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, *La Ley Unión Europea*, núm. 51, 2017, *passim*.

³ GUINDO MORALES, S., “Normas europeas en materia de ocupación y protección social en relación con el ámbito local”, en ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIerno, F. (Coord.) et al, *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, Málaga, AMEIS, 2017, pp. 55 y ss.

La construcción de un estatuto jurídico del mayor es una cuestión que –dada la situación demográfica actual y sobre todo su futura evolución– está ocupando cada vez mayor relevancia en el ámbito normativo internacional. Este protagonismo es especialmente relevante en el seno de las Naciones Unidas, donde se viene trabajando en la aprobación de una Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores⁴.

En esta misma línea el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha elaborado distintas Recomendaciones relativas a las personas mayores y el envejecimiento como las siguientes: Recomendación (1994) relativa a las personas de edad avanzada; Recomendación (2009) sobre el envejecimiento y la discapacidad en el siglo XXI: marcos sostenibles para permitir una mayor calidad de vida en una sociedad inclusiva; y la Recomendación (2011) del Comité de Ministros sobre la reducción de riesgo de vulnerabilidad de los migrantes de edad avanzada y la mejora de su bienestar. Sin embargo, se carecía de un instrumento específico que versara sobre los derechos de los mayores en una perspectiva de los derechos humanos. Este enfoque quedó recogido en la Recomendación (2014) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores que pretende garantizar que los mayores gocen de sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones que las demás personas, y para promover el respeto a su dignidad. En efecto, el objetivo es que la normativa termine garantizando que las personas de edad sean capaces de participar plena y eficazmente en la sociedad, siendo capaces de vivir sus vidas con dignidad y seguridad, libre de discriminación, el aislamiento, la violencia, el abandono y el abuso, y la manera más autónoma posible⁵.

En esta Recomendación, la relación de derechos reconocidos es muy amplia, abarcando derechos civiles, socio-económicos, así como políticos y culturales, aunque estos en menor medida. Centrándonos en la protección social y el empleo, en la Recomendación se parte de una proclamación del derecho de las personas de edad a “*recibir los recursos adecuados que les permitan tener un nivel de vida digno y participar en la vida pública, económica, social y cultural*”, enumerándose a continuación los siguientes deberes:

Adoptar medidas adecuadas para facilitar la movilidad de las personas mayores y su acceso adecuado a las infraestructuras.

- Proporcionar medidas adecuadas de asistencia para permitir que las personas mayores tengan viviendas adaptadas a sus necesidades actuales y futuras.
- Promover, tanto a través de las instituciones públicas como en cooperación con organizaciones no gubernamentales o con el sector privado, suficientes servicios complementarios, como la asistencia de día para adultos, cuidados de enfermería o preparación de comidas.
- Garantizar que las personas mayores no sufren discriminación en el trabajo, tampoco por cuestiones de edad, tanto en el sector público como en el privado. Esto debe incluir aspectos como las condiciones para el acceso al empleo (incluidas las condiciones de contratación), la formación inicial y profesional continua, las condiciones de trabajo (incluidos el despido y la remuneración), la pertenencia a sindicatos o la jubilación. Los Estados miembros deben garantizar que cualquier diferencia de trato está justificada

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A., “Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores” en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.) et al, *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014, p. 105.

⁵ MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A., “Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores” en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.) et al, *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014, pp. 108 y 109.

por la promoción de un objetivo legítimo de política de empleo y es proporcional para alcanzar dicho objetivo.

- Incluir la promoción de la participación de las personas mayores en el mercado laboral en sus políticas de empleo.
- Prestar especial atención a los problemas de salud y seguridad de los trabajadores mayores en sus respectivos programas, planes de acción y otras acciones políticas pertinentes.

Posterior a la Recomendación (2014) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores, localizamos (dentro del Consejo de Europa) la Resolución 2168 de la Asamblea Parlamentaria Derechos humanos de las personas mayores y su atención integral del año 2017; y, por último, el informe titulado: “Contra el edadismo y hacia una ciudadanía social activa para las personas mayores. El uso actual y el potencial futuro de la Carta Social Europea”. Y la conclusión es evidente: a pesar del poco espacio normativo que se le ha dado, la preocupación por las personas mayores es cada vez más creciente⁶.

Los derechos de los mayores en el ámbito de la Unión se encuentran directamente relacionados con el principio de igualdad⁷. Dentro de las medidas para combatir la discriminación destaca la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Quizás, la mayor aportación de la citada directiva sea la distinción entre la noción de discriminación indirecta y directa, noción clave en esta materia, y que en orden a las personas mayores debe tenerse muy presente. En efecto, la discriminación directa se refiere a la diferencia de trato basada en una característica determinada, mientras que la discriminación indirecta se refiere a la disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pero que pueden tener efectos desfavorables para una o varias personas determinadas o incluso producir una incitación a la discriminación. Pero pueden admitirse diferencias de trato bien cuando lo requiera la naturaleza del puesto o las condiciones en las que se ejerce el empleo, bien cuando exista una justificación objetiva y sean apropiadas y necesarias para la realización de objetivos legítimos en el mercado de trabajo⁸.

No obstante, –y vamos ya introduciendo fundamentos jurídicos relevantes de este estudio–, la igualdad es un concepto complejo que es perfectamente compatible con el reconocimiento de la diferencia. Debe dejarse atrás aquel concepto de igualdad formal absoluta de todos en todo, esto es, aquel concepto homogéneo convertido en una ficción de la realidad fáctica marcada por las múltiples diferencias. La igualdad formal no impide el desarrollo de lo diferente, que es lo que precisamente define al ser humano, es decir, su libertad para decidir sobre su propia vida⁹.

⁶ HELPAGE INTERNACIONAL ESPAÑA: “Derechos de las Personas Mayores: Hacia una Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas mayores”, 2022. Puede visualizarse en: <https://www.helpage.es/wp-content/uploads/2022/12/Hacia-una-convencion-de-los-derechos-de-las-personas-mayores.pdf>

⁷ Vid. MONEREO ATIENZA, C., “Principio de no discriminación”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) et al, *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, *passim*.

⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A., “Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores” en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) et al, *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014, p. 119.

⁹ MONEREO ATIENZA, C., “Principio de no discriminación”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.) et al, *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 475.

Por otro lado, la CDFUE recoge, en su artículo 25, que la “*Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural*”. De este modo, los derechos reconocidos en este precepto son los que deben permitir a este grupo de edad una posición de igualdad respecto del resto de la población, garantizando su independencia, y promoviendo la participación social de los mismos, más allá de la cobertura de los riesgos sociales propios de la vejez.

Dentro de la propia Unión, hasta la constitución de la CDFUE (adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007), la principal perspectiva desde la que se abordaba el tema de las personas mayores es el de su jubilación, en particular, el tratamiento de la edad de jubilación, mientras que el envejecimiento activo y el papel de las personas mayores en la sociedad quedaban en segundo plano. Por este motivo, el citado artículo puede considerarse un punto importante de inflexión en la política comunitaria de atención a los mayores.

En este orden de ideas deben también resaltarse dos textos normativos más de la Unión Europea: en el año 2021 el Libro Verde sobre el Envejecimiento: “Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones” [COM/2021/50 final]; y en el año 2022 el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales.

2. El tratamiento de la discriminación directa e indirecta por razones de edad y la posible justificación objetiva y razonable en el ámbito del tribunal de justicia de la Unión Europea

A continuación, hacemos referencia a la discriminación por razones de edad a propósito de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 28 de febrero de 2018, C-46/17, asunto Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen¹⁰.

2.1. Contexto normativo, cuestión prejudicial y antecedentes (asunto Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen)

La decisión judicial de la sentencia del TJUE de fecha 28 de febrero de 2018, C-46/17, debe resolver la interpretación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 (en lo sucesivo, “Acuerdo Marco”), que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, así como del artículo 1, del artículo 2, apartado 1, y del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Para la resolución y correcta comprensión de la presente cuestión prejudicial conviene traer a colación el contenido más relevante de ambas normativas: el Acuerdo Marco y la Directiva 2000/78/CE. Comenzamos con el primero de los citados textos normativos.

De acuerdo con la cláusula 1, el objeto del presente Acuerdo marco es “*a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación*”.

El ámbito de aplicación de Acuerdo será el de los “*trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro*” –cláusula 2 del Acuerdo marco–.

¹⁰ Tratado en MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, recurso electrónico.

Y por trabajador con contrato de duración determinada se engloba al “*trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado*” –cláusula 3 del Acuerdo marco–.

En referencia al principio de no discriminación y a las condiciones de trabajo, “*no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*” –cláusula 4 del Acuerdo marco–.

Con la finalidad de prevenir abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, se podrán introducir de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas destinadas a evitar la utilización abusiva: “*a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales*”. No obstante, los Estados miembros determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: “*a) se considerarán sucesivos; b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido*” –cláusula 5 del Acuerdo marco–.

Sobre la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la misma “*se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación*”.

La Directiva 2000/78/CE, de acuerdo con su artículo 1, “*tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato*”. En este sentido, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados –artículo 2–.

Además, existirá discriminación directa “*cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga*”; y existirá discriminación indirecta “*cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas*”, salvo que “*pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima*” y “*que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*” –artículo 2.2–.

No obstante, “*los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*”. Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular: “*el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los*

trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas” –artículo 6–.

Por último, de acuerdo con el Derecho Alemán, el artículo 41 del libro VI del Sozialgesetzbuch –Código de la Seguridad Social– establece que *“en caso de que un acuerdo disponga la extinción de la relación laboral al alcanzarse la edad de jubilación ordinaria, por acuerdo celebrado durante la vigencia de la relación laboral las partes en el contrato de trabajo podrán aplazar el momento de la extinción de este, eventualmente varias veces”.*

Y el artículo 44 del convenio colectivo aplicable a la función pública de los Länder establece que *“la relación laboral se extinguirá sin necesidad de rescisión al concluir el semestre escolar (el 31 de enero o el 31 de julio) en que el trabajador docente haya alcanzado la edad legalmente establecida para obtener el derecho a una pensión de jubilación”.*

A propósito de la sentencia del TJUE de fecha 28 de febrero de 2018, asunto C-46/17, adentrándonos en las cuestiones prejudiciales planteadas y en sus antecedentes, en la misma se dirime la existencia de una posible discriminación por razón de edad en la extinción del contrato de trabajo por jubilación. Los hechos más relevantes que constituyen esta sentencia del TJUE como respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal alemán son los siguientes:

El trabajador fue contratado en 2001 por la Ciudad Libre Hanseática de Bremen en calidad de docente contractual. El contrato de trabajo se sometía al convenio colectivo de los agentes contractuales de la función pública alemana, sustituido posteriormente por el convenio colectivo aplicable a la función pública de los Länder.

De acuerdo con el citado convenio colectivo, el contrato de trabajo del empleado debía expirar cuando el docente alcanzase la edad legal para tener derecho a la pensión de jubilación.

Sin embargo, mediante escrito de 5 de febrero de 2014, el trabajador solicitó poder seguir trabajando después de esa edad y hasta finalizar el curso 2014/2015. Frente a tal petición, el 24 de octubre de 2014, las partes celebraron un acuerdo que establecía que *“la extinción automática de la relación laboral se aplazará hasta el 31 de julio de 2015”.*

Aproximándonos a la citada fecha, el trabajador decidió solicitar, otra vez, el aplazamiento de la fecha de finalización del contrato hasta finales del primer semestre del curso 2015/2016 –es decir, hasta el 31 de enero de 2016–.

No obstante, la respuesta del empleador fue negativa por lo que, denegada la solicitud al trabajador, éste decidió ejercitar una acción judicial alegando que la duración determinada del contrato, basada en la disposición controvertida en el litigio principal, es contraria al Derecho europeo.

Es por lo anterior por lo que el Landesarbeitsgericht Bremen –es decir, el Tribunal Regional de Trabajo de Bremen, Alemania–, que conoce del recurso interpuesto contra una resolución del Arbeitsgericht Bremen –es decir, el Tribunal de Trabajo de Bremen, Alemania–, se pregunta si la disposición controvertida en el litigio principal es conforme con la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco y con el artículo 1, el artículo 2, apartado 1, y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

Para ello, el tribunal remitente parte de la premisa de que el contrato de trabajo está incluido en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco –recordemos que este es el de los *“trabajadores con un trabajo de duración determinada”*–, puesto que, en virtud del convenio colectivo, la

relación laboral finaliza en la fecha en que el docente alcanza la edad legal para tener derecho a una pensión de jubilación. En consecuencia, el tribunal remitente estima que la prolongación del contrato más allá de ese término puede considerarse una renovación del contrato de duración determinada. En estas circunstancias, el Tribunal Regional de Trabajo de Bremen decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) ¿Debe interpretarse la cláusula 5, apartado 1, del [Acuerdo Marco] en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite a las partes del contrato de trabajo, sin otros requisitos y sin límite temporal, aplazar la extinción estipulada de la relación laboral al alcanzar la edad de jubilación ordinaria, mediante un acuerdo celebrado durante la relación laboral, incluso varias veces, por la única razón de que el trabajador, al alcanzar la edad de jubilación ordinaria, tiene derecho a percibir la correspondiente pensión?”

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial: la incompatibilidad de la normativa nacional mencionada en la primera cuestión prejudicial con la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco, ¿es asimismo aplicable en lo que atañe al primer aplazamiento de la extinción del contrato de trabajo?”

3) ¿Deben interpretarse los artículos 1, 2, apartado 1, y 6, apartado 1, de la Directiva [2000/78] y/o los principios generales del Derecho [de la Unión] en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que permite a las partes del contrato de trabajo, sin otros requisitos y sin límite temporal, aplazar la extinción estipulada de la relación laboral al alcanzar la edad de jubilación ordinaria, mediante un acuerdo celebrado durante la relación laboral, incluso varias veces, por la única razón de que el trabajador, al alcanzar la edad de jubilación ordinaria, tiene derecho a la correspondiente pensión?”

En suma, lo que el tribunal alemán está planteando es si su propia normativa nacional – que no establece ninguna restricción a que las partes puedan aplazar la fecha de extinción del contrato de trabajo– se atienen a las cláusulas del Acuerdo Marco destinadas a evitar el uso abusivo de contratos de duración determinada sucesivos y si infringen las disposiciones de la Directiva 2000/78 o violan los principios generales del Derecho de la Unión.

2.2. La voluntad de las partes y la edad de jubilación: fundamentos jurídicos de un caso interesante

Comienza el TJUE resolviendo la tercera de las cuestiones prejudiciales¹¹. Concretamente debe analizarse si el artículo 2.2 –sobre la discriminación directa e indirecta– y 6.1 – sobre la justificación de diferencias de trato por motivos de edad– de la de la Directiva 2000/78, se oponen –o no– a la disposición nacional alemana en la medida en que supedita el aplazamiento de la fecha de cese de la actividad de los trabajadores que hayan alcanzado la edad legal para el reconocimiento de la pensión de jubilación al consentimiento del empresario otorgado por una duración determinada.

En este sentido, existe discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por motivo de su edad de manera menos favorable que otra en situación análoga. Y existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas de una edad determinada respecto

¹¹ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, recurso electrónico.

de otras personas, a excepción de que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

En definitiva, debe el TJUE valorar si se está tratando de manera menos favorable al trabajador por motivos de edad que a otro que se encuentre en situación análoga –discriminación directa–; o si se le puede ocasionar una desventaja particular al trabajador con respecto a la categoría de edad a la que pertenece –discriminación indirecta–.

Para ello, el TJUE comienza recordando que, para la Comisión Europea, los límites de edad correspondientes a la edad de jubilación ordinaria deben tener en cuenta la disminución del rendimiento de los trabajadores que suele producirse por la propia edad, así como el deseo y la necesidad de los trabajadores de mayor edad de disponer discrecionalmente de su tiempo libre

Por otra parte, y en referencia expresa a su propia jurisprudencia¹², trae a colación que la extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que cumplen los requisitos de edad y de cotización para poder solicitar el cálculo y reconocimiento de sus derechos de pensión forma parte, desde hace mucho tiempo, del Derecho del trabajo de numerosos Estados miembros y está muy extendida en las relaciones laborales.

Además, reconoce el TJUE que la extinción automática de los contratos de trabajo de los trabajadores en edad de jubilación se sustenta en el equilibrio entre consideraciones de índole política, económica, social, demográfica y/o presupuestaria y depende de que se opte entre prolongar la duración de la vida activa de los trabajadores o, por el contrario, prever la jubilación temprana de estos últimos.

Por tanto, un amplio margen de apreciación a los Estados miembros y a los interlocutores sociales en materia de política social y de empleo con la finalidad de alcanzar los objetivos perseguidos –por ejemplo, consideraciones de índole demográfica y/o presupuestaria–, no excede de lo que resulta necesario para ello –en este caso lo que se relaciona con la extinción de la relación laboral del trabajador en edad de jubilación–.

Sin embargo, la disposición controvertida en este supuesto es aquella que permite a las partes del contrato de trabajo aplazar la fecha de extinción de la relación laboral establecida. En efecto, la disposición controvertida de la legislación alemana permite a las partes del contrato de trabajo –de mutuo acuerdo– aplazar esa fecha, en su caso varias veces, de manera incondicionada e ilimitada en el tiempo. En otros términos, se permite la posibilidad de prolongar, en caso necesario y bajo ciertas condiciones, la relación laboral más allá de la edad de jubilación ordinaria, de una manera flexible y con observancia de la seguridad jurídica.

En efecto, se permite una excepción al principio de la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador alcanza la edad de jubilación ordinaria. En efecto, a diferencia de los trabajadores más jóvenes, cabe ofrecer al trabajador que alcanza la edad de jubilación ordinaria la posibilidad de optar entre prorrogar la relación laboral o abandonar definitivamente la vida activa.

Por tanto, tal posibilidad contribuye a reforzar el carácter favorable o ventajoso de la disposición controvertida en el litigio principal, en la medida en que constituye un modo de prolongar la relación laboral, prolongación que en ningún caso puede producirse sin el acuerdo –durante la relación laboral– de las dos partes del contrato de trabajo.

En consideración, resuelve el TJUE que la decisión de impugnar por el trabajador la negativa de su empleador a acceder a la solicitud de un segundo aplazamiento de la fecha de cese de la

¹² STJUE de 12 de octubre de 2010, Rosenblatt, C-45/09, apartado 44 y referencias judiciales allí citadas.

actividad, no permite considerar a la disposición alemana controvertida en el litigio principal como una medida desfavorable y discriminatoria con respecto a quienes han alcanzado la edad de jubilación en relación con quienes no han alcanzado aún esa edad.

En suma, para el TJUE, la normativa europea no se opone, en este caso, a la normativa nacional alemana, en la medida en que supedita el aplazamiento de la fecha de cese de la actividad de los trabajadores que han alcanzado la edad legal para el reconocimiento de la pensión de jubilación al consentimiento del empresario otorgado por una duración determinada.

En otros términos, es satisfactorio, justo y ecuaníme –tal cual establece la normativa alemana– dejar a la voluntad de ambas partes contratantes, la continuación de la relación laboral cuando se haya sobrepasado el límite de edad de jubilación.

Continúa el TJUE resolviendo, de manera conjunta, la primera y segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas. Concretamente debe analizarse si la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco –medidas destinadas a evitar la utilización abusiva– se opone –o no– a la disposición nacional alemana que permite a las partes de un contrato de trabajo aplazar, de común acuerdo entre trabajador y empresario, sin limitación temporal ni otros requisitos, y durante varias veces, la fecha estipulada de extinción del contrato de trabajo por quedar vinculada a la edad de jubilación ordinaria por la única razón de que el trabajador –al alcanzar la edad de jubilación– tiene derecho a una pensión de jubilación.

Para ello, procedemos a plantear las fundamentaciones jurídicas defendidas por el Gobierno Alemán y por el tribunal remitente de las cuestiones prejudiciales. En efecto, para el Gobierno Alemán, el Acuerdo Marco no es de aplicación ya que –esta es la alegación del Gobierno– no nos encontramos ante una relación laboral de duración determinada. En efecto, el Gobierno Alemán considera que no cabe considerar que tal contrato establezca una relación laboral de breve duración, ya que puede transcurrir un período de varias décadas entre la celebración del contrato de trabajo y la fecha de la jubilación ordinaria. Igualmente defiende que la continuación ininterrumpida del contrato de trabajo preexistente no permite hablar de celebración de un nuevo contrato de trabajo de duración determinada.

Por el lado contrario, para el tribunal remitente, procede recordarse que, de acuerdo al convenio colectivo aplicable, *“la relación laboral se extinguirá sin necesidad de rescisión al concluir el semestre escolar (el 31 de enero o el 31 de julio) en que el trabajador docente haya alcanzado la edad legalmente establecida para obtener el derecho a una pensión de jubilación”* –artículo 44 del convenio colectivo–. En efecto, se trata de la fijación de un término y, por tanto, de una duración determinada, lo que sí permite la aplicación del Acuerdo Marco.

Frente a tales alegaciones, el TJUE procede recordar que, si bien el Acuerdo Marco se aplica a los *“trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro”*, no es menos cierto que la definición de los contratos y de las relaciones laborales a los que se aplica el Acuerdo Marco no corresponde a este Acuerdo ni al Derecho de la Unión, sino a la legislación y/o prácticas nacionales.

No obstante, el TJUE puede –en el marco de la cooperación judicial que establece el artículo 267 TFUE– facilitar a un órgano jurisdiccional nacional los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que pudieran serle útiles para apreciar los efectos de las normas de dicho Derecho.

Procede a ello recordando su propia jurisprudencia¹³ y estableciendo, al respecto, que el derecho a la estabilidad en el empleo se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores, mientras que los contratos de trabajo de duración determinada sólo pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores en ciertas circunstancias.

Visto lo anterior, para responder a esta cuestión prejudicial el TJUE trae a colación los siguientes datos técnicos que debemos resaltar: a) *“La extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que cumplen los requisitos de edad y de cotización para poder solicitar el cálculo y reconocimiento de sus derechos de pensión forma parte, desde hace mucho tiempo, del Derecho del trabajo de numerosos Estados miembros y está muy extendida en las relaciones laborales”*. b) Por otra parte, *“la duración de un contrato de trabajo como el controvertido en el litigio principal, con arreglo al cual la relación laboral sólo se extinguirá cuando el trabajador haya alcanzado la edad de jubilación ordinaria, puede extenderse a lo largo de varias décadas”*. c) Además, *“la extinción automática de los contratos de trabajo de los trabajadores que alcanzan la edad de jubilación ordinaria proporciona sustancialmente al trabajador la estabilidad en el empleo”*. En efecto, *“un trabajador que alcanza la edad ordinaria para tener derecho a la pensión legal de jubilación se halla, en principio, al término de su vida laboral”*. d) *“Tampoco parece excluirse que el aplazamiento previsto por la disposición controvertida en el litigio principal se considere un mero aplazamiento contractual de la edad de jubilación inicialmente estipulada”*.

En este sentido, de los datos aportados a este tribunal, establece el TJUE que no se desprende que tal disposición –en referencia a la normativa nacional alemana que permite a las partes de un contrato de trabajo aplazar, de común acuerdo entre trabajador y empresario, sin limitación temporal ni otros requisitos, y durante varias veces, la fecha estipulada de extinción del contrato de trabajo por quedar vinculada a la edad de jubilación ordinaria por la única razón de que el trabajador tiene derecho a una pensión de jubilación– pueda favorecer la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada o sea fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores. En modo alguno procede considerar que los límites de edad correspondientes a la edad de jubilación ordinaria conlleven sistemáticamente la precarización de la situación laboral de los trabajadores afectados, en el sentido del Acuerdo Marco, si éstos disfrutaban de una pensión de jubilación íntegra y, en concreto, si se autoriza al empresario a renovar el contrato de trabajo de que se trate.

Cabe recordar que la cláusula 5 del Acuerdo Marco impone a los Estados miembros la obligación de adoptar al menos una de las medidas que se enumeran cuando el Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes. Sobre las medidas a adoptar, las mismas son las siguientes: *“a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”*.

Así, de acuerdo con la propia jurisprudencia de este tribunal¹⁴, aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el supuesto de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco.

¹³ STJUE de 14 de septiembre de 2016, Pérez López, C-16/15.

¹⁴ STJUE de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15.

Es por ello que no corresponde al TJUE pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional pertinente cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco.

En efecto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida las condiciones de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida adecuada para evitar y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

No obstante, lo anterior no es óbice para que el TJUE pueda aportar precisiones destinadas a orientar a dicho órgano jurisdiccional en su interpretación¹⁵. Al respecto, el concepto de “razones objetivas” hace referencia a circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran esos contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro¹⁶.

En este sentido es importante tener en consideración que *“un trabajador que alcanza la edad ordinaria para el reconocimiento de la pensión legal de jubilación se distingue de los demás trabajadores, no sólo por su cobertura social, sino también porque, en principio, se halla al término de su vida laboral y, por lo tanto, no se encuentra, en lo que respecta a la duración específica de su contrato de trabajo, ante la alternativa de un contrato por tiempo indefinido”*.

Por otra parte, *“el aplazamiento de la fecha de extinción de la relación laboral supone que se celebre efectivamente en el curso de dicha relación laboral un acuerdo en virtud del cual la relación laboral existente continúe sin interrupción temporal alguna y las condiciones contractuales no sufran ninguna otra modificación. Tales restricciones conceden al trabajador afectado la garantía de que se mantendrán las condiciones contractuales iniciales, al mismo tiempo que conserva el derecho a percibir una pensión de jubilación”*.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el TJUE procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda de la siguiente manera: *“la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que permite a las partes de un contrato de trabajo aplazar, de común acuerdo durante la relación laboral, sin limitación temporal ni otros requisitos, y eventualmente varias veces, la fecha estipulada de extinción del contrato –vinculada al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria–, por la única razón de que el trabajador, al alcanzar la edad de jubilación ordinaria, tiene derecho a una pensión de jubilación”*.

2.3. Algunas reflexiones jurídicas consecuencia de la decisión adoptada por el TJUE

A nuestro juicio, que la normativa nacional alemana permita el aplazamiento –de común acuerdo– de la fecha de extinción de un contrato de trabajo (el artículo 41 del libro VI del Sozialgesetzbuch –Código de la Seguridad Social–), sometido a una cláusula de extinción automática de la relación laboral cuando el trabajador haya alcanzado la edad legal para el reconocimiento de la pensión de jubilación (de acuerdo con el artículo 44 del convenio

¹⁵ STJUE de 3 de julio de 2014, Fiamingo y otros, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, apartado 68; y STJUE de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13, apartado 83.

¹⁶ STJUE de 26 de enero de 2012, Küçük, C-586/10, apartado 27.

colectivo), es una opción legal de política de derecho del Estado alemán –permitido por la normativa comunitaria cuando existan razones objetivas y razonables para su justificación–¹⁷.

En este sentido no creemos que la normativa alemana –aun cuando sí que pudieran existir críticas al respecto– sea discriminatoria por razón de edad, más cuando la propia Directiva 2000/78/CE recoge, expresamente, que el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación se hará “*sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación*”.

Sobre la discriminación directa, obviamente, la misma existirá cuando este trabajador haya sido tratado de manera menos favorable que otro empleado de situación análoga, lo que no se menciona en la reciente sentencia del TJUE, debiendo descartarse la existencia de discriminación directa.

Sobre la discriminación indirecta, si bien es cierto que existirá cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una determinada edad respecto de otras personas, también es cierto que dicha desventaja puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y siempre que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. En este sentido, pueden existir razones varias por las que obligar a un trabajador a su jubilación cuando alcance una determinada edad, por ejemplo: razones demográficas; razones económicas; necesidad de fomentar la contratación de jóvenes en sustitución de aquellos que llegan a la edad de jubilación; o disminución del rendimiento –entre otras muchas fundamentaciones–. Pero también pueden existir razones por las que mantener a un determinado trabajador en la empresa –de común acuerdo con el empleado–.

La edad es una razón objetiva que permite extinguir el contrato de trabajo, más cuando en defecto de retribución existe una prestación social sustitutiva del salario. Además, es un fenómeno jurídico común de los textos codificadores de la época, el propio rechazo de las relaciones jurídicas eternizadas. En efecto, frente a los vínculos laborales immortalizados, los textos codificadores ya se mostraban más propicios a relaciones de duración determinada: así quedó establecido en el Código de Napoleón¹⁸, en el Código Civil Italiano¹⁹ y en el Código Civil Español²⁰.

En definitiva creemos equilibrado y ecuánime, especialmente por razones demográficas, de rendimiento económico y de política de empleo, que la norma permita a las partes de un contrato laboral aplazar, de común acuerdo durante la relación laboral, sin limitación temporal ni otros requisitos, y eventualmente varias veces, la fecha estipulada de extinción del contrato –vinculada al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria–, por la única razón de que el trabajador, al alcanzar la edad de jubilación ordinaria, tiene derecho a una pensión de jubilación. Pero centrémonos en que la propia normativa establece que el aplazamiento deberá ser “*de común acuerdo*”, lo que permitirá, *a sensu contrario*, extinguir también la relación laboral cuando se llegue a la edad de jubilación.

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: *Fundamentos del derecho social de la Unión Europea: configuración técnica y estudio sistemático del normativo regulador*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, recurso electrónico.

¹⁸ Artículo 1780 del Código de Napoleón.

¹⁹ Artículo 1628 del Código Civil Italiano de 1965.

²⁰ Artículo 1583 del Código Civil. Vid. al respecto ALONSO OLEA, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1979, *passim*.

Lo cierto es que en los casos por discriminación –de manera general, no solo por la edad– la cuestión central suele versar sobre el juicio de proporcionalidad de la medida. En otros términos, en considerar si la medida de la controversia se encuentra justificada, es proporcional y persigue una finalidad lícita. En efecto, los Estados miembros poseen margen de maniobra para cumplir con sus obligaciones convencionales: el propio Estado puede decidir como garantiza un derecho; para ello, es fundamental el propio principio de proporcionalidad. Este juicio de proporcionalidad no es más que la promoción de un derecho en detrimento de otro derecho, y, en los casos de discriminación, lo que debe evitarse es la discriminación positiva o negativa, cumpliendo la finalidad de tratar a las personas de manera igual –principio de igualdad–.

En definitiva, a nuestro juicio, no creemos que la normativa nacional alemana que permite el aplazamiento –de común acuerdo– de la fecha de extinción de un contrato de trabajo (el artículo 41 del libro VI del Sozialgesetzbuch –Código de la Seguridad Social–), sometido a una cláusula de extinción automática de la relación laboral cuando el trabajador haya alcanzado la edad legal para el reconocimiento de la pensión de jubilación (de acuerdo con el artículo 44 del convenio colectivo), deba considerarse discriminatorio, directa e indirectamente²¹, por razones de edad, pues lo cierto es que la jubilación –obligatoria o no– es una opción legal de política de derecho del Estado miembro.

Se trata de reconocer que los sujetos son iguales en derechos y también diferentes entre sí. Esto provoca que, en ocasiones, hagan falta medidas diferentes para la garantía y efectividad de iguales derechos e, incluso, el reconocimiento de algunos derechos diferentes²².

3. Sobre la triple comprobación de la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de las desigualdades: *Mutatis Mutandi* al caso europeo

Para valorar la existencia de discriminación los tribunales recurren a la denominada teoría de exigencia de una justificación objetiva y razonable. En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha establecido que “*el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, y que este desigual tratamiento legal tiene como límite la arbitrariedad, causa de discriminación, es decir, la falta de una justificación objetiva y razonable*”²³. Por tanto, no se exige una justificación objetiva y razonable de la diferencia en plena vinculación con el principio de proporcionalidad, así como de la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos. En efecto, el respeto al principio de igualdad exige la superación de una triple comprobación sobre la objetividad, razonabilidad y la proporcionalidad de las desigualdades²⁴.

²¹ Vid. ORTEGA LOZANO, P. G., “La regulación comunitaria de los despidos colectivos como garantía de efectividad de la libre circulación de trabajadores”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*, *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017, *passim*. ORTEGA LOZANO, P. G., “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017, *passim*. GUINDO MORALES, S., “La condición de nacionalidad en el acceso a los empleos públicos: alcance actual de la excepción del artículo 45.4 TFUE”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*, *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017, pp. 79 y ss. GUINDO MORALES, S., “Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2017, pp. 504 y ss.

²² MONEREO ATIENZA, C., “Principio de no discriminación”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.) *et al*, *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 476.

²³ STC 149/2017, de 18 diciembre [RTC 2017/149] y STC 67/1982, de 15 noviembre [RTC 1982/67].

²⁴ MERCADER UGUINA, J. R., “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) *et al*, *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 30.

En este sentido, y en relación a la cuestión prejudicial planteada, no hay discriminación alguna por edad –en plena vinculación con el principio de igualdad– puesto que todos los trabajadores de su misma edad se encontrarán en la misma situación. Quizás la técnica legislativa, desde ciertos puntos de vista, pueda ser criticable. Pero, a pesar de todo ello, no hay que olvidar que la elección legislativa efectuada es constitucionalmente correcta. El parámetro de la normativa se ha constituido por considerarse el más justo o equitativo con plena justificación en razones objetivas –eso sí, estas razones deben ser reales y probadas, de ahí que se utilice (por el TJUE) la técnica de remisión a los tribunales internos para responder a la primera y segunda cuestión prejudicial–, por lo que, en modo alguno, se vulnera la normativa europea, ni se establecen desigualdades por razón de la edad²⁵.

La desigualdad no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad será quebrantada si la desigualdad está desprovista o privada de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida²⁶. Y nada más objetivo, en este caso, que una diferencia de edad, teniendo en cuenta que todas las personas que se encuentren en la misma situación que ese mismo trabajador recibirán el mismo trato que el permitido por la normativa²⁷.

No obstante, la objetividad puede vincularse con la idea de razonabilidad –lo que hace que vayan unidas–. En efecto, la finalidad perseguida debe encontrarse razonablemente justificada y debe responder al cumplimiento de un objeto lícito. En la sentencia del TJUE de fecha 5 de marzo de 2009, asunto *Age Concern England*, se planteaba la consecuencia práctica que podría existir por el hecho de que el artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78, exija que cualquier diferencia esté justificada de manera “objetiva”, mientras que el artículo 6.1, al tratar las disimilitudes por razones de edad, se refiere también al término “razonable”. Para el TJUE nos encontramos ante dos preceptos con un marco de cobertura cuya coincidencia no es exacta, en tanto que el primer concepto –“objetiva”– presenta un alcance mayor, teniendo el segundo concepto –“razonable”– una proyección más limitada²⁸. En consecuencia, “sería inconcebible que una diferencia de trato pudiera estar justificada por un objetivo legítimo, perseguido por medios adecuados y necesarios, sin que dicha justificación fuera razonable”²⁹.

En la sentencia del TJUE de fecha 16 de octubre de 2007, asunto *Palacios de la Villa*, considera el tribunal que “una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador cumpla la edad de jubilación establecida en dicha normativa, dispensa, de manera directa, un trato menos favorable a los trabajadores que hayan alcanzado esa edad en comparación con las demás personas activas en el mercado laboral. Una normativa de este tipo supone, por lo tanto, una diferencia de trato directamente basada en la edad”. No obstante, aun cuando existe una discriminación por razón de edad de acuerdo con el artículo 2 de la Directiva 2000/78, del propio artículo 6 de la misma Directiva, esta discriminación por razón de edad no está prohibida “si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los

²⁵ En este sentido, *vid.* STC 100/1989, de 5 junio [RTC 1989\100].

²⁶ STC 22/1981, de 2 julio [RTC 1981\22].

²⁷ STC 100/1989, de 5 junio [RTC 1989\100].

²⁸ MERCADER UGUINA, J. R., “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) *et al*, *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 32.

²⁹ STJUE de 5 de marzo de 2009, *Age Concern England*, C-388/07, apartado 55.

*objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*³⁰.

En el caso de España, y como justificación objetiva y razonable, la ya no vigente jubilación forzosa (salvo excepciones) de los trabajadores una vez alcanzada una determinada edad se introdujo en la normativa española en un contexto económico caracterizado por un alto nivel de desempleo, con el fin de ofrecer, en el marco de la política nacional de empleo, oportunidades en el mercado de trabajo a las personas en busca de un empleo. En otros términos, la finalidad era regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo³¹. Por lo tanto, considera el TJUE que, en principio, *“un objetivo como el contemplado en la normativa controvertida en el litigio principal justifica “objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional”, conforme a lo exigido por el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, que los Estados miembros puedan establecer una diferencia de trato por motivos de edad”*. Sin embargo, para el cumplimiento de este legítimo objetivo, de acuerdo con el TJUE, debe de haberse utilizado medios *“adecuados y necesarios”*.

Incumbe, en consecuencia, *“a las autoridades competentes de los Estados miembros conseguir el justo equilibrio entre los distintos intereses en juego”*. Pero ha de advertirse que debe utilizarse un criterio de proporcionalidad para ello; en este sentido, el TJUE justifica la proporcionalidad de la medida de jubilación forzosa –en esta sentencia se analiza la normativa existente por aquel entonces en España– de la siguiente manera: *“sin embargo, debe velarse por que las medidas nacionales previstas en este contexto no excedan de lo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo que pretenda conseguir el Estado miembro en cuestión. Por tanto, parece razonable que las autoridades de un Estado miembro estimen que una medida como la controvertida en el litigio principal puede ser adecuada y necesaria para alcanzar el objetivo legítimo invocado en el marco de la política nacional de empleo, que consiste en favorecer el pleno empleo facilitando el acceso al mercado de trabajo. Además, no puede estimarse que con dicha medida se vean excesivamente menoscabadas las expectativas legítimas de los trabajadores que hayan sido objeto de una medida de jubilación forzosa por haber alcanzado el límite de edad previsto, puesto que la normativa pertinente no se basa sólo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que, al término de su carrera profesional, los interesados obtienen una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación”*, al igual que lo previsto en el asunto C-46/17³², *“que se fija en un nivel que no puede considerarse inadecuado”*³³.

En suma, lo que se tiene en consideración es el favorecimiento del pleno empleo facilitando el acceso al mercado, así como el no exceso de menoscabo del trabajador al que se le obliga a jubilarse puesto que la normativa pertinente no se basa sólo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que al término de su carrera profesional, el interesado obtendrá una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación fijada en un nivel que no puede considerarse inadecuado. A raíz de todos estos argumentos, el TJUE considera que no puede sostenerse que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal sea incompatible con las exigencias de la Directiva 2000/78/CE del Consejo,

³⁰ STJUE de fecha 16 de octubre de 2007, asunto Palacios de la Villa, asunto C-411/05

³¹ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G., “Derecho a un proceso justo o equitativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial incidencia en las condenas a España”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 34, 2017, *passim*. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G., “Derecho a un proceso equitativo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dirs. y Coords.) et al, *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017, *passim*.

³² STJUE de 28 de febrero de 2018, asunto C-46/17.

³³ STJUE de fecha 16 de octubre de 2007, asunto Palacios de la Villa, asunto C-411/05.

de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Fundamentación jurídica anterior que podría ser plenamente transportable a la sentencia del TJUE, de fecha 28 de febrero de 2018, asunto C-46/17. En efecto, y en relación a la normativa alemana controvertida de la citada sentencia, la propia promoción de la contratación o la creación de empleo en sí mismo, pueden ser objetivos legítimos de la política legislativa de derecho del Estado miembro alemán, por lo que estas diferencias de trato por motivos de edad pueden ser legítimas, objetiva y razonablemente, si contienen esta finalidad como cierta. En efecto, los Estados miembros pueden regular el mercado nacional de trabajo para reducir el desempleo; y, obviamente, será una normativa adecuada para lograr el pretendido objetivo sin que exista discriminación alguna por razón de edad³⁴, ya que los Estados miembros gozan de esta libertad de razonabilidad de la medida con la que favorecer el pleno empleo, regular la garantía de acceso a la pensión de jubilación y remitirse a los convenios colectivos para ponderar las concretas situaciones.

4. ¿Puede la edad ser un elemento diferenciador válido siempre que existan motivos razonables para ello? Referencias sobre la superación del juicio de proporcionalidad

El principio de igualdad y no discriminación, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida³⁵.

En este sentido, es criterio del Tribunal Constitucional –plenamente transportable al TJUE como veremos a continuación– que “*el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad y, por fin, que las medidas concretas o, mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas al referido fin*”. Pero este juicio “*no debe limitarse a la ponderación genérica acerca de si el tipo de diferenciación introducida resulta adecuada o razonable para alcanzar el fin perseguido, si resulta o no arbitraria; sino que, al tratarse de una regla que, al tiempo que protege a un determinado grupo afecta a otros derechos sustantivos dignos de tutela, la proporcionalidad debe ponderarse con respecto al grado de constricción de esos derechos y teniendo como límite infranqueable el respeto de su contenido constitucional*”³⁶.

Por tanto, para comprobar si se supera el juicio de proporcionalidad exigible es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto –juicio de idoneidad–; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia –juicio de indispensabilidad o estricta necesidad–; y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, en otros términos, ponderada o equilibrada por derivarse de

³⁴ Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G., “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, *La Ley Unión Europea*, núm. 51, 2017, *passim*.

³⁵ MERCADER UGUINA, J. R., “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) *et al*, *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 34.

³⁶ STC 58/1993, de 6 mayo [RTC 1993\158].

ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto –juicio de proporcionalidad–³⁷.

El juicio de idoneidad presupone que entre el medio y el fin debe existir una relación positiva: el medio debe facilitar el fin³⁸. El juicio de indispensabilidad o estricta necesidad –denominado también de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa, o de subsidiariedad– es un elemento que optimiza el grado de eficacia de los derechos frente a las limitaciones establecidas para su ejercicio. Se requiere que las medidas utilizadas sean aptas para el cumplimiento de la finalidad que se pretende, seleccionando, de entre todas las posibles, la que sea menos gravosa para el derecho en controversia. Por último, el juicio de proporcionalidad implica que los medios elegidos deben mantenerse en una relación razonable con el resultado pretendido. Por tanto, se deberá valorar y ponderar todos los bienes involucrados obteniendo un resultado más beneficioso para el interés general³⁹.

Este juicio general de proporcionalidad integrado por el juicio de idoneidad, el juicio de indispensabilidad o estricta necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es fácilmente observable –y plenamente transportable a la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018– en la STC 22/1981, de 2 de julio, donde se analiza la declaración forzosa a la jubilación del trabajador desde el momento en que éste cumplió los sesenta y nueve años de edad –edad máxima–. Tal jubilación forzosa se pone en relación con el derecho al trabajo –artículo 35 CE–, ya que el mismo se veía sacrificado con la obligación de jubilación del trabajador.

En efecto, con este viejo precepto se establecía legalmente una edad que determina la incapacidad para trabajar y la extinción de la relación laboral⁴⁰. Al respecto, la posible inconstitucionalidad se tiene que poner en relación con el artículo 14 CE: principio de igualdad. No obstante, también es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴¹, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. En efecto, la discriminación no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable; en este sentido, la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁴².

Y, en este sentido, uno de los argumentos más importantes es el referido a la política del pleno empleo cuya ejecución puede conducir a que, en una razonable ponderación, el derecho “individual” al trabajo de una categoría de trabajadores se vea justamente limitado en pro de la consecución de unos resultados socialmente más estimables en la “perspectiva colectiva” del derecho al trabajo. La pregunta, por tanto, es la siguiente: ¿puede justificarse por este motivo el establecimiento de una edad máxima de admisión al trabajo?

³⁷ STC 66/1995, de 8 mayo [RTC 1995\66].

³⁸ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales* Madrid, CEC, 2003, p. 718.

³⁹ MERCADER UGUINA, J. R., “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) *et al*, *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 36.

⁴⁰ ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: “La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal: el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo”, en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 69-91.

⁴¹ Artículo 14. Prohibición de discriminación. “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁴² Doctrina del TEDH y del TC.

Para el Tribunal Constitucional, *“esta política de empleo supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el artículo 35, pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2 –el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás–, y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (artículo 9 de la Constitución)”*. Además, por otra parte, *“dicha limitación puede quedar también justificada por su contribución al bienestar general –otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil”*⁴³.

Por tanto, y como consecuencia de todo lo anterior, la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo es compatible con la constitucionalidad de la norma siempre que con tal limitación se asegure la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, *“en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo”*. Ahora bien, tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación; por tanto, *“el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación”*⁴⁴.

Esta línea argumental es suficiente para apoyar la constitucionalidad de la fijación de una edad laboral máxima pero solamente –y esto es fundamental; de hecho, es el quid o la esencia de la cuestión– si ésta se establece dentro del marco de una política de empleo con los condicionamientos ya señalados.

Del propio pronunciamiento de la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, cabe una interpretación sistemática y teleológica de la jubilación, de acuerdo con la cual, su contenido podría concretarse en los siguientes términos: a) Se reconoce la posibilidad de realizar una política de empleo utilizando como instrumento la jubilación forzosa; b) Posibilidad de jubilación forzosa que puede pactarse libremente por acuerdo entre trabajador y empresario o negociación colectiva. c) Jubilación forzosa del trabajador que será lícita y no discriminatoria por razón de edad siempre y cuando responda a razones objetivas y, por ende, cumpla con los requisitos del juicio de proporcionalidad.

Extinción automática del contrato por llegar a una determinada edad que, a nuestro juicio, es una medida razonable y objetivamente válida, pero que resultará desproporcionada si no queda insertada dentro de una política de empleo concreta: por tanto, será inconstitucional cuando se fije como causa de jubilación única el cumplimiento de una determinada edad en abstracto –sin incluirlo en propósitos o finalidades razonables y objetivas–.

A tal efecto, también nos interesa la STJUE de fecha 7 de febrero de 2019, asunto C.E.V contra Ministerio de Justicia de España⁴⁵, en la que se plantea alguna que otra cuestión prejudicial que se pone en plena vinculación con la edad.

En este sentido, mediante la primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta, en esencia (versa sobre una posible discriminación por razón de la edad o de la antigüedad), si el artículo 21 de la Carta y el artículo 2, apartados 1 y 2, letra b), de la Directiva 2000/78 deben

⁴³ STC 22/1981, de 2 julio [RTC 1981\22].

⁴⁴ STC 22/1981, de 2 julio [RTC 1981\22].

⁴⁵ STJUE de fecha 7 de febrero de 2019, asunto C.E.V contra Ministerio de Justicia de España [TJCE 2019\20].

interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en el marco de medidas generales de reducción salarial vinculadas a las exigencias imperativas de supresión de un déficit presupuestario excesivo, estableció porcentajes de reducción salarial diferentes para las retribuciones básicas y complementarias de los miembros del colectivo judicial, lo que, según el tribunal remitente, ha tenido como consecuencia mayores reducciones salariales, desde el punto de vista porcentual, para aquellos miembros pertenecientes a dos grupos retributivos de las categorías inferiores de la carrera judicial que para aquellos pertenecientes a un grupo retributivo de una categoría superior de dicha carrera, siendo así que los primeros reciben una retribución menor, son, por regla general, más jóvenes y tienen habitualmente menos antigüedad que los segundos.

A lo que el TJUE responde, tras referirse a diversas cuestiones que deben tenerse en cuenta que, a la primera cuestión prejudicial que el artículo 21 de la Carta y el artículo 2, apartados 1 y 2, letra b) , de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde efectuar al tribunal remitente, no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en el marco de medidas generales de reducción salarial vinculadas a las exigencias imperativas de supresión de un déficit presupuestario excesivo, estableció porcentajes de reducción salarial diferentes para las retribuciones básicas y complementarias de los miembros del colectivo judicial, lo que, según el tribunal remitente, ha tenido como consecuencia mayores reducciones salariales, desde el punto de vista porcentual, para aquellos miembros pertenecientes a dos grupos retributivos de las categorías inferiores de la carrera judicial que para aquellos pertenecientes a un grupo retributivo de una categoría superior de dicha carrera, siendo así que los primeros reciben una retribución menor, son, por regla general, más jóvenes y tienen habitualmente menos antigüedad que los segundos.

En definitiva, concluimos y respondemos a la problemática planteada con una única afirmación: la edad puede ser un elemento diferenciador válido siempre que existan motivos razonables para ello.

5. Reflexiones sobre revolución digital, IA (inteligencia artificial) y mercado laboral: colectivos más afectados

Es evidente que el mundo está al borde de la denominada “cuarta revolución industrial”, pero, en comparación con las otras revoluciones industriales, la cuarta revolución industrial obtiene su energía de la abundancia de datos (“big data”) combinada con la tecnología, concretamente, con algoritmos, inteligencia artificial y capacidad informática. Consecuentemente, hay una diferencia muy importante con las otras tres revoluciones industriales que iniciaron la oleada revolucionaria a través de la introducción del vapor, electricidad y ordenadores. Y claro, al girar la cuarta revolución industrial en la abundancia de datos (“datificación”), lógicamente, su característica principal hace que esta revolución sea más mundial que nunca, más rápida y con un impacto enorme en los avances tecnológicos de todos los países, economías, sociedades y medio ambiente. Todo ello evidencia que la transformación digital es absoluta, pero igual de absoluto debe ser el respeto de los derechos fundamentales, colocándose la tecnología al servicio de la humanidad (y no la humanidad al servicio de la tecnología)⁴⁶.

Al igual que todas las revoluciones, esta revolución industrial sustentada en la tecnología tiene vencedores y vencidos. Los vencedores, sin duda, son los que han destinado mayores recursos a

⁴⁶ ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: *Las relaciones sociolaborales en la era de la transición digital: Inteligencia artificial (IA), algoritmos, robótica, automatización, big data, compliance y tecnologías avanzadas*, Granada, Comares, 2024.

la investigación, desarrollo y comercialización de aplicaciones de inteligencia artificial, lo que les ha permitido colocarse en cabeza de una revolución digital silenciosa que ha terminado activando una competencia mundial de valores económicos y capacidades tecnológicas enormes, hasta el punto de que la competitividad digital se ha convertido en objetivo político de todos los países (especialmente los más desarrollados)⁴⁷.

Revolución que gira en base a programas informáticos que utilizan métodos probabilísticos y algoritmos predictivos que termina abarcando una amplia gama de tecnologías, técnicas y enfoques que se engloban bajo la denominación de “sistemas de inteligencia artificial”. Sistemas de inteligencia artificial en el que se engloba cualquier sistema automatizado guiado por objetivos definidos por el ser humano entre los que destaca la predicción, recomendación o toma de decisión de conformidad con los datos que algoritmo posee.

Ciñéndonos a la cuestión planteada, en informe de Parlamento europeo “sobre la inteligencia artificial en la era digital”⁴⁸ aborda varios estudios de casos de utilización de la inteligencia artificial. Estudios en los que se exponen las oportunidades que la IA puede ofrecer, así como los riesgos existentes y los obstáculos que hay que superar para el beneficio pleno de la IA. De entre los temas abordados por el informe nos detenemos en el de la inteligencia artificial y el mercado laboral. Es evidente que la inteligencia artificial (y todos los anteriores factores) está influyendo en el mercado laboral y en su entorno: es decir, el lugar de trabajo, el ámbito social y en los efectos multifacéticos del cambio tecnológico en el trabajo y en el empleo.

Estos cambios plantean evidentes desafíos éticos, jurídicos y laborales. Es por ello que la Comisión europea expresa su preocupación en varios entornos del mercado laboral: uno de ellos, por ejemplo, tiene que ver con las modificaciones que la digitalización conlleva en la reorganización de los trabajadores y a la posible desaparición de determinados sectores de empleo. No obstante, también es cierto que la adopción de la inteligencia artificial, si se combina con la infraestructura de apoyo y el aprendizaje y la formación necesarios, podría aumentar sustancialmente el capital y la productividad laboral, la innovación, el crecimiento sostenible y la creación de empleo.

Evidentemente, es cierto que la inteligencia artificial puede sustituir algunas tareas – por tanto, eliminación de puesto de trabajo–, especialmente, tareas repetitivas, pesadas, que requieren mucha mano de obra o peligrosas; pero también es cierto que la inteligencia artificial también puede ayudar a desarrollar competencias, mejorar la calidad del trabajo y crear nuevos empleos de mayor valor añadido, dejando más tiempo para las tareas estimulantes y el desarrollo profesional.

Se ha asumido que la inteligencia artificial ya está sustituyendo o complementando a los humanos en un subconjunto de tareas, pero que aún no está teniendo consecuencias agregadas significativas detectables en el mercado laboral.

⁴⁷ Informe de Parlamento europeo sobre la inteligencia artificial en la era digital. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0088_ES.html.

Es tan relevante la cuestión que también se afirma lo siguiente: “sostiene que la IA es una de las tecnologías emergentes clave en el marco de la cuarta revolución industrial; señala que la IA alimenta la economía digital ya que permite la introducción de productos y servicios innovadores, tiene la capacidad de incrementar las posibilidades de elección de los consumidores y puede conseguir que los procesos de producción sean más eficientes; afirma que se prevé que en 2030 a más tardar la IA contribuya con más de 11 billones de euros a la economía mundial; subraya, al mismo tiempo, que las tecnologías de IA corren el riesgo de reducir la intervención humana; pone de relieve que la IA debe ser una tecnología centrada en el ser humano y fiable, y no debe reemplazar la autonomía humana ni asumir la pérdida de libertad individual; destaca la necesidad de garantizar que esta cuarta revolución industrial sea integradora y no deje a nadie atrás”.

⁴⁸ Informe de Parlamento europeo sobre la inteligencia artificial en la era digital. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0088_ES.html.

Se advierte del posible peligro de que aumente la desigualdad de renta si la inteligencia artificial favorece las ocupaciones de alta cualificación y sustituye las de baja cualificación. Frente a tal riesgo, se debe actuar: cualquier repercusión económica y social debe mitigarse con las medidas, la investigación y la previsión adecuadas, para lo cual es necesario invertir en el reciclaje profesional y en mejorar las cualificaciones de la mano de obra, centrándose en los grupos infrarrepresentados como las mujeres y las minorías, que probablemente se verán más afectados por esta transición, y promoviendo la diversidad en todas las fases de desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial.

Se expresa también la preocupación por el hecho de que la inteligencia artificial pueda suponer una pérdida de cualificaciones y crear e integrar empleos de bajo salario y poca autonomía, así como extender las formas de empleo atípico y flexible (trabajo de pequeños encargos). Evidentemente, la gestión mediante algoritmos puede conllevar la creación de desequilibrios de poderes y opacidades entre la propia gestión y los empleados y, también, opacidad sobre la toma de decisiones.

Se hace también referencia a la oportunidad que la inteligencia artificial promueve respecto al cambio cultural dentro de las organizaciones, mejorando la seguridad en el lugar de trabajo, obteniendo un mejor equilibrio entre la vida laboral y personal de los trabajadores, en donde el derecho a la desconexión puede ocupar un papel importante. A su vez, se advierte sobre el efecto que la automatización podría conllevar en la reducción de horas trabajadas y, asimismo, sobre la mejora de las condiciones de vida y salud de los trabajadores. Al respecto, no creemos que sea un efecto real de la inteligencia artificial, pues si bien es cierto que podrá reducir el número de horas trabajadas, ese número de horas se terminará descontando de la organización de la plantilla; en otros términos, se contratará menos personal y se reducirá el número de horas de trabajo efectivo de personas que se encarga de una labor automatizada.

Sin duda alguna, lo que sí conllevará la inteligencia artificial será la creación de nuevas oportunidades de trabajo, especialmente para el colectivo que, debido a restricciones como discapacidades o circunstancias de vida, han estado sujetos a trabajos menos cualificados hasta ahora.

Y, sin duda, la inteligencia artificial supondrá un antes y un después en la calidad y eficiencia de los resultados de los trabajadores, pero por dos consecuencias: en primer lugar, porque los sistemas de inteligencia artificial ayudarán a una mayor productividad y calidad de los resultados de los trabajadores; en segundo lugar, porque, irremediablemente, se crearán sistemas de inteligencia artificial eficaces que permitan la evaluación diaria del trabajador en su puesto de trabajo, lo que tendrá la consecuencia de una mayor productividad por parte de los empleados.

Lo que se pone de relieve en la advertencia que la propia Comisión europea realiza sobre la condena a la vigilancia basada en inteligencia artificial en el lugar de trabajo, con mayor preocupación cuando la misma se realiza sin el conocimiento de los trabajadores, ya también cuando los mismos se encuentran teletrabajando. Es una práctica que la Unión europea rechaza por ser abusiva respecto al derecho fundamental a la privacidad, a la protección de datos y a la dignidad humana del trabajador y a los derechos sociales y laborales. Y no solo eso, sino también por tener efectos negativos sobre la salud mental de los trabajadores debido al grado de intrusión, su efecto general o indiscriminado y la falta de salvaguardias para las personas afectadas. No obstante, debe advertirse que, hoy por hoy, se trata tan solo de una recomendación de la Unión europea, pues nuestra jurisprudencia nacional ya ha tenido la ocasión de pronunciarse

en bastantes ocasiones frente a los sistemas de videovigilancia y monitorización en el lugar de trabajo o en sus periféricos informáticos⁴⁹.

Riesgos derivados de la vigilancia que también se empiezan a introducir en el entorno escolar, con la absoluta preocupación de que pueda socavar derechos fundamentales de los niños. Pues si bien es cierto que la vigilancia a través de sistemas de inteligencia artificial puede tener ventajas positivas respecto a los riesgos a los que se enfrentan los niños, también es verdad que puede provocar violaciones no intencionadas de la privacidad. Es por ello que se subraya que las implicaciones tanto positivas como negativas para la privacidad, la seguridad y la protección de los niños en la era de la inteligencia artificial requieren un minucioso examen y las correspondientes salvaguardas.

Volviendo al mercado laboral, la inteligencia artificial debe también ponerse al servicio de programas globales de desarrollo de capacidades en todas las etapas de la vida, pero, especialmente, en colectivos más vulnerables, a fin de permitir seguir siendo productivos en un lugar de trabajo en constante evolución y evitar exclusiones del mercado laboral. Para ello, se considera que la adaptación de la mano de obra en términos de educación, aprendizaje permanente y reciclaje profesional sobre inteligencia artificial es de vital importancia. En este sentido se hace una advertencia de que el aprendizaje y la formación en el trabajo siguen poseyendo tintes de un mundo predigital, lo que contribuye a un creciente déficit de competencias y a una nueva brecha digital para los ciudadanos que no tienen acceso a un espacio digital seguro. Se expone, por ello, que debe mejorarse en la alfabetización digital contribuyendo a la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible, en particular, los relativos a la educación, el capital humano y las infraestructuras. También, lógicamente, en el conocimiento adquirido sobre las nuevas formas de trabajo y aprendizaje a raíz de la crisis de la COVID-19 y la necesidad de seguir profundizando en ellas.

Y, al hilo de lo anterior, se advierte por la Comisión respecto al tratamiento de lo que han denominado “alfabetización digital y las cibercapacidades para todos”. Se considera que la alfabetización digital es una condición indispensable para que los ciudadanos confíen en los efectos de la inteligencia artificial y sean conscientes de sus efectos. Consecuentemente, se hace hincapié en la importancia de incluir formación básica en competencias digitales e inteligencia artificial en los sistemas nacionales de educación, lo cual, entendemos que sería una idea excelente. A lo que se advierte –de conformidad con las previsiones de la Comisión europea– que faltan profesionales expertos en TIC en la Unión europea para ámbitos clave como el análisis de datos.

Igualmente se advierte que el mercado laboral puede ampliar la brecha de género en el ámbito de sistemas de inteligencias artificial, pues solo uno de cada seis especialistas en TIC y uno de cada tres licenciados en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (CTIM) son mujeres⁵⁰.

⁴⁹ Vid. al respecto, ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: “La monitorización del correo electrónico corporativo y la grabación del centro de trabajo por cámaras (visibles y ocultas)”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 71, 2020. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “El control empresarial del correo electrónico del trabajador”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 150, 2019 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre las facultades de control empresarial ante los cambios tecnológicos y organizativos), pp. 133-159. MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves.”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 8, 2019.

⁵⁰ Comunicación de la Comisión, de 9 de marzo de 2021, titulada “Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital” [COM(2021) 0118].

Por otra parte, el informe de Parlamento europeo “sobre la inteligencia artificial en la era digital”⁵¹ informa que los sesgos en sistemas de inteligencia artificial, por ejemplo, el aprendizaje profundo del propio funcionamiento del sistema, pueden producirse por la falta de datos de entrenamiento y de prueba diversos y de alta calidad, por ejemplo, cuando se utilizan conjuntos de datos que no representan suficientemente a los grupos vulnerables, o cuando la definición de la tarea o el establecimiento de los propios requisitos están sesgados; se señala así que también puede producirse sesgos por la falta de diversidad en los equipos de desarrolladores de la inteligencia artificial, que refuerza los sesgos intrínsecos, debido al volumen limitado de datos de entrenamiento, o cuando un desarrollador de inteligencia artificial sesgado ha comprometido el algoritmo; igualmente, la diferenciación razonada también se genera de manera intencionada para mejorar el rendimiento de aprendizaje de la inteligencia artificial en determinadas circunstancias. Para evitar dichos sesgos es importante que los datos de procesamiento no sean de baja calidad. Lo anterior, porque debe tenerse en cuenta que el propio algoritmo puede aprender a ser tan discriminatorio como los datos con los que trabaja y, a consecuencia de unos datos de entrenamiento de baja calidad o los sesgos y la discriminación observados en la sociedad, podrían sugerir decisiones que son inherentemente discriminatorias, lo que exacerba la discriminación dentro de la sociedad. A pesar de lo anterior, los sesgos del comportamiento del sistema de inteligencia artificial pueden ser corregidos o minimizados a través de medios técnicos que establezcan distintos niveles de control tanto en el sistema, el software, los algoritmos y los datos utilizados y elaborados por estos. Por tanto, más que preocuparse de que existan sesgos en el propio sistema de inteligencia artificial, tal vez sea conveniente partir de que sí que existirán, pues en la sociedad existen sesgos, pero podrán lucharse frente a ellos al mismo tiempo que también podemos hacer frente a la discriminación en la sociedad y en la promoción de la igualdad de derechos a través de los sistemas de inteligencia artificial. El instrumento idóneo para combatir esa lucha, sin duda, serán los medios normativos: en suma, los límites impuestos por el Derecho de la Unión, que deberá disponer de la máxima cantidad de datos personales con fines de entrenamiento y aprendizaje automático.

Se puede concluir confirmando la preocupación natural sobre que la IA termine afectando de manera desproporcionada los trabajos poco cualificados y mal pagados, que terminará desembocando en un aumento de las desigualdades en el mercado de trabajo y, especialmente, en las condiciones de trabajo. En efecto, se llega a una rigurosa conclusión en el empleo de la IA y su consecuencia de exacerbar las desigualdades existentes si la IA se instaura en ausencia de normas regulatorias. Las evidencias vienen a poner de relieve que la adopción de IA va a afectar de manera desproporcionada a los empleos altamente rutinarios y de baja o media cualificación. Estos tipos de trabajadores son los que verdaderamente preocupan a las autoridades pues el devenir de la IA puede terminar por tratar bastante mal sus condiciones de trabajo. Esto conllevará una polarización o vaciamiento del mercado laboral, con el riesgo de que este proceso de instauración de IA, si bien puede traer consecuencias positivas, también traerá consecuencias negativas en trabajadores poco cualificados y en algunos colectivos determinados tales como mujeres o trabajadores mayores⁵², con especial preocupación en los que se encuentran en edad próximas a la jubilación.

Como conclusión general entendemos que debe gestionarse el impacto de la IA minimizando la perturbación del tejido social frente al económico, lo que tendrá que desarrollarse a través de una cuidadosa consideración en el equilibrio de diferentes habilidades, salarios y niveles de

⁵¹ Informe de Parlamento europeo sobre la inteligencia artificial en la era digital. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0088_ES.html.

⁵² DESHPANDE, A., PICKEN, N., KUNERTOVA, L., De Silva, A., LANFREDI, G. y HOFMAN, J.: *Improving working conditions using Artificial Intelligence*, European Parliament, 2021.

productividad en el lugar de trabajo afectado por la IA, lo que requiere de una regulación y legislación efectiva a nivel regional y nacional⁵³.

6. Bibliografía

- ALONSO OLEA, M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1979.
- BARBERA, M. (a cura di) *et al*, *Nuove forme di decisione e regolazione: il Metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffrè, 2006.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales* Madrid, CEC, 2003.
- BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres-Editor, 1980.
- DESHPANDE, A., PICKEN, N., KUNERTOVA, L., DE SILVA, A., LANFREDI, G. y HOFMAN, J.: *Improving working conditions using Artificial Intelligence*, European Parliament, 2021.
- DE VILLA GIL, L. E. y LÓPEZ CUMBRE, L., “La jubilación y prolongación de la vida activa (las mil y una jubilaciones)”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extra 2008.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dir.) *et al*, *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2009.
- GUILLEMARD, A. M., “Una nuova gestione della età in una società longeva”, en *La rivista delle politiche sociali*, núm. 3, 2007.
- GUINDO MORALES, S., “Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, 2017.
- GUINDO MORALES, S., “Normas europeas en materia de ocupación y protección social en relación con el ámbito local”, en ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.) y VILA TIerno, F. (Coord.) *et al*, *Las políticas de empleo en el ámbito local: Especial atención a colectivos desfavorecidos: Jóvenes, mayores y discapacitados*, Málaga, AMEIS, 2017.
- GUINDO MORALES, S., “La condición de nacionalidad en el acceso a los empleos públicos: alcance actual de la excepción del artículo 45.4 TFUE”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*, *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017.
- HELPAJE INTERNACIONAL ESPAÑA: “Derechos de las Personas Mayores: Hacia una Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas mayores”, 2022.
- LÓPEZ INSUA, B. M., “Colectivos “de riesgo” y anticipación de la edad jubilatoria”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015.
- MALDONADO MOLINA, J. A., *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- MALDONADO MOLINA, J. A., *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, Madrid, MTAS, TGSS, 2002.

⁵³ DESHPANDE, A., PICKEN, N., KUNERTOVA, L., DE SILVA, A., LANFREDI, G. y HOFMAN, J.: *Improving working conditions using Artificial Intelligence*, European Parliament, 2021.

- MERCADER UGUINA, J. R., “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) *et al*, *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009.
- MONEREO ATIENZA, C., “Principio de no discriminación”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.) *et al*, *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante”, en RMTAS, núm. extra, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al*, *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extra 1, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Artículo 15. Libertad profesional y derecho a trabajar”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.) *et al*, *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) *et al*, *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A., “Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores” en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.) *et al*, *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., “El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos”, en AA. VV., *Propuestas para la igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A., “Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coords.) *et al*, *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, Comares, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G., “Derecho a un proceso justo o equitativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial incidencia en las condenas a España”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 34, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G., “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, *La Ley Unión Europea*, núm. 51, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G., “Derecho a un proceso equitativo”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y Coords.) *et al*, *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017.

- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G., “La “cosificación” del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “El control empresarial del correo electrónico del trabajador”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 150, 2019 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre las facultades de control empresarial ante los cambios tecnológicos y organizativos).
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Se justifica la grabación con cámaras ocultas en el centro de trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves.”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 8, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: *Fundamentos del derecho social de la Unión Europea: configuración técnica y estudio sistemático del normativo regulador*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022.
- ORTEGA LOZANO, P. G., “La regulación comunitaria de los despidos colectivos como garantía de efectividad de la libre circulación de trabajadores”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) *et al*, *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Huelva, CARL, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G., “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: “La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal: el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad: discriminación y absentismo”, en *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, núm. 21, 2019.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: “La monitorización del correo electrónico corporativo y la grabación del centro de trabajo por cámaras (visibles y ocultas)”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 71, 2020.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S.: *Las relaciones sociolaborales en la era de la transición digital: Inteligencia artificial (IA), algoritmos, robótica, automatización, big data, compliance y tecnologías avanzadas*, Granada, Comares, 2024.
- SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y., “Política de envejecimiento activo y protección social”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79, 2009.
- SERVAIS, J. M., “Trabajo y sociedades en envejecimiento: una perspectiva internacional”, en CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Dir.) *et al*, *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2009.
- TOMÁS JIMÉNEZ, N., “Discriminación por razón de edad y derecho al trabajo”, en AA. VV., *Actas del IV Congreso de la Red Española de Política Social (REPS). Las políticas sociales entre crisis y post-crisis*, Madrid, Universidad de Alcalá, 2013.

LA IMPERIOSA NECESIDAD DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL PARA LOGRAR LA EFECTIVA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL¹

M^a BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS
Catedrática de Derecho del Trabajo del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8294-1554>

1. El factor género como desencadenante de desigualdad en la protección social y la salud laboral

1.1. Género, desigualdad y protección social

En pleno siglo XXI, en el ámbito del Derecho del Trabajo, la desigualdad por razón de género ha sido ampliamente abordada por la doctrina científica². Tampoco es desconocido el hecho de

¹ Esta comunicación ha de enmarcarse como fruto de las investigaciones realizadas al amparo del Proyecto PID2022-137171OB-I00 sobre “La prevención de riesgos laborales ante la transición ecológica y digital y los desafíos económico, demográfico y de género”, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE+ e incluido en la Convocatoria de Proyectos de Generación de Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

² Ya en los años 90 pueden encontrarse importantes referencias doctrinales, como BALLESTER PASTOR, M.A.: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, 1994, con una gran proliferación

que dicha desigualdad influye en la protección social³ y en la salud laboral⁴, sin embargo, a día de hoy, todavía son muchos los interrogantes que siguen planteándose: ¿cómo y por qué?, ¿qué medidas deben adoptarse para erradicar cualquier tipo de desigualdad y por ende cualquier viso de discriminación?.

Por lo que hace a la protección social, el factor género condiciona un trato no igualitario, fundamentalmente, porque el sistema español es, en esencia, un sistema contributivo en el que, además, la etiología de la contingencia influye en las condiciones y la cuantía de la prestación. En consecuencia, las desigualdades laborales se extienden a la protección social.

El sistema de protección social español, de origen claramente *bismarckiano*, se remonta a la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, con la que se reconoce la responsabilidad empresarial objetiva por accidente de trabajo y se instaura en el ordenamiento jurídico español un concepto amplio de accidente de trabajo aún vigente⁵. Si bien, es a raíz de los Seguros Sociales cuando definitivamente se configura un sistema de carácter profesional y contributivo, que marcará el diseño del actual régimen público de Seguridad Social⁶. Tras la promulgación de la Constitución de 1978⁷, el sistema continúa siendo esencialmente contributivo, pese a que las prestaciones asistenciales que a lo largo de los años buscan una configuración mixta que, a su vez, admite los niveles privados de protección de forma complementaria, bajo una organización descentralizada del Estado, en el que se le otorgan a las CC.AA. competencias ejecutivas y competencias propias en los niveles de Asistencia Social, Sanidad y Servicios Sociales.

Así pues, en este sistema mixto, pretendidamente universalista, pero de base contributiva y marcado carácter profesional, las dificultades de inserción laboral, la brecha salarial, las interrupciones derivadas de los problemas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, la precariedad laboral (parcialidad y temporalidad) y el techo de cristal tienen una clara repercusión en las carreras contributivas y, en consecuencia, en la protección social de las trabajadoras que, además, son mayormente víctimas de la economía sumergida. Los informes estatales sobre el mercado de trabajo realizados por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)⁸ son notoriamente reveladores de las diferencias entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, no sólo en las condiciones de entrada y permanencia en el mercado de trabajo, también

de los estudios sobre este tema en la primera década del siglo XXI. Vid. QUINTANILLA NAVARRO, B. y VALDÉS DAL-RÉ F. (Dir.) VV.AA. en *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008. Un estudio más transversal puede verse en FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B. (Dir.) VV.AA. en *Aspectos claves para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

³ Vid. LÓPEZ ANIORTE, M. C. y GARCÍA ROMERO B. (Dir.) VV.AA. en *Envejecimiento, cuidados y dependencia: hacia una protección social con perspectiva de género*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

⁴ Vid. RIVAS VALLEJO, M. P.: "Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° Extra 74, 2008 (Ejemplar dedicado a: Seminario "Los ciclos vitales y la Seguridad Social: estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos jurídicos, sociológicos, económicos"), págs. 227-286 y GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: "Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género", *Derecho de las relaciones laborales*, N° 8, 2017, págs. 763-785

⁵ Cfr. ALONSO OLEA, M.: "El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 24, 2000, pp. 21-30 y VICENTE SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Virtualidad de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900", *Aranzadi social*, núm. 5, 1999, pp. 259-276.

⁶ Cfr. MONTÓYA MELGAR, A.: "De los seguros sociales a la Seguridad Social (en el centenario del Instituto Nacional de Previsión)", *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 38, 2008, pp. 195-224.

⁷ Con la Constitución de 1978 se encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de "un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo" (artículo 41).

⁸ SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: 2024 *Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres Estatal. Datos 2023* https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_mercado_trabajo/2024/Informe-del-Mercado-de-Trabajo-de-las-Mujeres.-Estatal-2024--Datos-2023-.pdf

en cuanto a los sectores productivos y los tipos de trabajos desempeñados⁹, unas diferencias con un claro eco en la carrera de seguro, que marcan la brecha de género en la protección social entre hombres y mujeres.

Otro factor clave del nivel contributivo de protección social es la diferenciación en función de la etiología de la contingencia y, por tanto, el distinto trato entre contingencias comunes y profesionales: siempre más favorable en el supuesto de que el origen de la contingencia tenga su causa en el desempeño de la prestación laboral. Esta característica que en principio puede parecer inocua, no lo es. Y no lo es porque el sesgo de género imperante durante siglos en la sociedad en general se trasladó al mercado laboral, y las profesiones altamente feminizadas no sólo han estado tradicionalmente peor remuneradas por considerarse de menor valor sino que, además, los riesgos para la salud derivados del ejercicio de esas labores feminizadas han sido igualmente infravalorados y las patologías vinculadas a esos trabajos o a la condición biológica femenina han sido tradicionalmente calificados como contingencias comunes.

Por otro lado, el hecho de que el sistema español parta de un nivel contributivo de protección social no sólo determina ese efecto reflejo en las prestaciones sociales y pensiones contributivas, además, al acudir subsidiariamente al nivel no contributivo y al asistencial, también repercute en que sean las mujeres las que se vean mayoritariamente abocadas a ser beneficiarias de la protección no contributiva, y sobre todo, de la asistencial, dado que sus carreras de seguro son mucho más irregulares e incluso inexistentes¹⁰.

En definitiva, si se considera que es el carácter contributivo y profesional del sistema de protección social español lo que influye deliberadamente en las desigualdades entre hombres y mujeres en materia de protección social, la fórmula más eficiente para combatir esa situación de discriminación es erradicar las desigualdades que la provocan, es decir, las que se sufren en el ámbito laboral: desde la brecha salarial entre hombres y mujeres que repercute en las carreras contributivas femeninas, hasta las situaciones de trabajo irregular, pasando por las dificultades de acceso al mercado laboral, las condiciones precarias, temporalidad, problemas de conciliación, etc... Las medidas a adoptar en estos casos son puramente laborales, han de ubicarse en el ámbito del Derecho del Trabajo, pero desde el Derecho de la Seguridad Social sí que ha de abordarse otro de los aspectos discriminatorios: los efectos de la relación entre género y etiología de la contingencia, para lo que se requiere la denominada “perspectiva de género”, tal y como ha comenzado a aplicarse por la doctrina judicial¹¹.

1.2. Género, desigualdad y salud laboral

La preocupación por la salud laboral es un hecho coetáneo a la propia génesis del trabajo dependiente y retribuido que, ya desde épocas muy tempranas, ha tenido en consideración las diferencias sexuales entre hombres y mujeres, aunque básicamente se haya reducido a lo

⁹ En este sentido es sumamente interesante el análisis realizado en GARCÍA GIL, M. B.: “Aspectos significativos de la condición de género en el sistema de clasificación profesional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2021, (BIB 2021\3297).

¹⁰ A este respecto, resulta de especial interés el análisis sobre las principales medidas previstas en el nuevo Pacto de Toledo de 2020 para reducir la brecha de género prestacional en GARCÍA ROMERO, M.B.: “Necesidades de cuidados, derechos laborales de conciliación y medidas para mitigar su impacto en la protección social” en AA.VV. GARCÍA ROMERO, M.B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C. (Dir.): *Protección Social del trabajo de cuidados*, Thomson Reuters, 2022, pp. 58 y ss.

¹¹ A este respecto, POYATOS MATAS, G.: “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2019, pp. 7-8, ofrece, desde el ámbito de la judicatura, una definición del significado de juzgar con perspectiva de género como una metodología de análisis que debe desplegarse cuando se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género que exijan “la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género”.

referente a la protección de la maternidad y la lactancia de las trabajadoras¹². No obstante, las diferencias biológicas entre hombres y mujeres van más allá de las meramente reproductivas y esas otras diferencias también deben ser tenidas en cuenta en la protección de la salud laboral.

Las diferencias biológicas o diferencias por razón de sexo son obvias: las antropométricas, la propia composición corporal, los ciclos hormonales, la salud reproductiva..., factores que influyen en la salud de las personas y que han de ser tenidas en cuenta a la hora de proteger la salud de los trabajadores y trabajadoras. Pero los riesgos laborales¹³ no son sólo físicos, químicos, biológicos o ambientales, en los que el sexo de la persona puede ser un condicionante, también pueden ser ergonómicos y psicosociales, en los que influye de manera más acuciante el género, o pueden ser riesgos relacionados con las condiciones de seguridad, en los que, generalmente, ni el sexo, ni el género, tienen incidencia alguna.

Como es conocido, hay diversas tipologías en las que clasificar los riesgos laborales, siendo la más tradicional la que distingue siete tipos de riesgos laborales: mecánicos o de seguridad, biológicos, físicos, químicos, ergonómicos, psicosociales y ambientales, relacionados, todos ellos con las condiciones de trabajo: seguridad, medio ambiente físico de trabajo, contaminantes químicos y biológicos, carga de trabajo y organización de trabajo, es decir, con las tres disciplinas preventivas a través de las cuales se busca prevenir, reducir o eliminar los riesgos laborales: Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Medicina del Trabajo, y Ergonomía y Psicosociología Laboral.

La Seguridad en el Trabajo estudia los riesgos y condiciones materiales relacionados con el trabajo que pueden afectar directa o indirectamente a la integridad física de los/as trabajadores/as. La Higiene Industrial se centra en la identificación, evaluación y control de los riesgos químicos, físicos y biológicos presentes en el ambiente laboral que pueden afectar la salud de los/as trabajadores/as, buscando controlar la exposición a sustancias peligrosas y mejorar las condiciones ambientales del trabajo. La Medicina del Trabajo es la rama de la medicina que se ocupa de la promoción y mantenimiento de la salud física y mental de los trabajadores y trabajadoras, se ocupa de la vigilancia de la salud, la prevención de enfermedades ocupacionales, la adaptación del trabajo a las capacidades de los/as trabajadores/as y la rehabilitación de quienes han padecido accidentes o enfermedades laborales. La Ergonomía es el conjunto de conocimientos de carácter multidisciplinar aplicados para la adecuación de los productos, sistemas y entornos artificiales a las necesidades, limitaciones y características de sus usuarios, optimizando la eficacia, seguridad y bienestar, incluyendo, por tanto, el diseño ergonómico de herramientas, puestos de trabajo y entornos laborales, así como la organización del trabajo para prevenir la fatiga y los trastornos musculoesqueléticos. Y la Psicosociología Laboral -tradicionalmente unida a la Ergonomía- analiza los factores psicosociales y organizativos en el trabajo que pueden afectar la salud mental y el bienestar de los/as trabajadores/as, como el estrés laboral, el acoso psicológico o *mobbing*, la carga de trabajo, la comunicación y la cultura organizacional.

Los riesgos mecánicos o de seguridad están vinculados a las condiciones materiales relacionadas con el trabajo: utilización de equipos defectuosos, operaciones en superficies

¹² La Ley de 13 de marzo de 1900 recogía el cese de la mujer por maternidad con reserva de puesto, el descanso obligatorio durante las tres semanas posteriores al alumbramiento y una hora al día (dividida en dos periodos de media hora) para la lactancia de los menores. Casi una década después, la Ley de 8 de enero de 1907 de protección a la maternidad, amplía el tiempo de puerperio de cuatro a seis semanas después del alumbramiento. Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, G.: "La protección de la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907", *Iuslabor*, N.º. 2, 2007.

¹³ El art. 4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL, en adelante) define el riesgo laboral simple y llanamente como "la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo".

inseguras..., por lo que, tal y como se ha indicado, en principio, en los daños que puedan derivarse (cortes, quemaduras, caídas...) no influye el hecho de ser hombre o mujer.

Los riesgos biológicos están relacionados con la exposición a agentes biológicos, como bacterias, virus, hongos y cualesquiera otros microorganismos; los riesgos químicos con la exposición a sustancias químicas peligrosas (líquidos, gases, vapores, polvos, humos o fibras) que puedan producir daños por inhalación, contacto con la piel o ingestión; los riesgos físicos con factores ambientales como el ruido excesivo, vibraciones, radiaciones ionizantes y no ionizantes, temperaturas extremas e iluminación inadecuada...; y los riesgos medio ambientales con los fenómenos naturales atmosféricos como temperaturas extremas, radiación, gestión inadecuada de residuos, contaminación... En los daños derivados de todos ellos pueden incidir las condiciones relacionadas con el sexo de las personas trabajadoras: las antropométricas, la composición corporal, los ciclos hormonales, el embarazo, la lactancia.

Por último, están los riesgos ergonómicos y psicosociales. Los riesgos ergonómicos son los relacionados con la organización del trabajo, diseño del puesto de trabajo, posturas laborales, manipulación de cargas, movimientos repetitivos y factores psicosociales que pueden generar estrés laboral o trastornos musculoesqueléticos. Y los riesgos psicosociales están relacionados con los aspectos emocionales y sociales del trabajo que pueden afectar la salud mental y el bienestar laboral en su concepción más amplia (estrés laboral, acoso moral, violencia, carga excesiva de trabajo, falta de control sobre el trabajo...). En los riesgos ergonómicos las diferencias sexuales o biológicas entre hombres y mujeres pueden influir, pero, al igual que en los riesgos psicosociales, el factor género adquiere una especial relevancia, es decir, más allá de las condiciones biológicas, la catalogación o constructo social de los roles masculino y femenino son un condicionante destacado en este tipo de riesgos laborales.

Así pues, la salud laboral de trabajadores y trabajadoras no puede ser abordada sin tener en cuenta las diferencias entre hombres y mujeres (biológicas y también de género), pues lo contrario genera desigualdades, ya que sólo una prevención de riesgos laborales con perspectiva de género podrá lograr la consecución de la efectiva igualdad de trato y no discriminación, como se verá a lo largo de esta comunicación.

2. La perspectiva de género en la calificación de la contingencia: las enfermedades profesionales

2.1. Enfermedad profesional: sistema de lista cerrada y consecuencias de la falta de perspectiva de género

En el sistema de protección social español, de origen contributivo y profesional, la división entre contingencias comunes y profesionales, en función de la etiología de la contingencia confiere un tratamiento particular y privilegiado a las calificadas como profesionales, no sólo en materia de cotización y acción protectora, también con respecto a la propia prevención de riesgos laborales e incluso en lo referente a la gestión¹⁴, siendo por ello especialmente significativa su correcta determinación.

¹⁴ Sin ánimo exhaustivo, cabe señalar, por ejemplo, que la cotización es asumida en exclusiva por el empresario, sobre una base en la que se adicionan las horas extraordinarias, con tarifas y primas específicas conforme a la peligrosidad de la actividad; que la protección no está condicionada a un período de carencia previo, se aplica el alta de pleno derecho y el principio de automatización en las prestaciones, el cálculo de las prestaciones se efectúa sobre bases reguladoras más elevadas y se reconocen indemnizaciones específicas en los supuestos de muerte y supervivencia; el empleo del recargo en las prestaciones por infracción de medidas preventivas, así como de una serie de tratamientos preventivos, reconocimientos médicos, traslado de puesto de trabajo a otro sin riesgo de enfermedad profesional...

Reciben la consideración de contingencias profesionales las derivadas de accidente de trabajo (art. 156 TRLGSS) y enfermedad profesional (art. 157 TRLGSS), calificándose como contingencias comunes (art. 158 TRLGSS) el accidente “que, conforme a lo establecido en el artículo 156, no tenga el carácter de accidente de trabajo” y como enfermedad común “las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e, f y g del artículo 156 y en el artículo 157”. Esta delimitación negativa de la enfermedad común dota de especial relevancia el concepto de enfermedad profesional del art. 157 TRLGSS y de accidente de trabajo de acuerdo con los apartados 2.e, f y g del art. 156 TRLGSS, pues tan sólo serán calificadas como enfermedades comunes las que no encajen en dichos preceptos.

El artículo 157 TRLGSS define la enfermedad profesional como “la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”. Definición que descansa sobre el cuadro de enfermedades profesionales establecido por el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (RD 1299/2006, en adelante).

En consecuencia, no todas las enfermedades con una etiología laboral probada son consideradas como enfermedades profesionales, tan sólo aquellas contraídas en el ejercicio de actividades encuadradas en el cuadro de enfermedades profesionales y provocadas por los elementos o sustancias indicados en dicho cuadro, debiendo concurrir los tres requisitos (dolencia, agente y actividad)¹⁵. Es decir, se establece un modelo de lista cerrada. Este sistema aporta una indubitada seguridad jurídica ya que queda avalado por una presunción *iure et de iure*¹⁶. Ello simplifica y facilita el diagnóstico¹⁷ y disminuye el margen de error, agilizando los trámites para acceder a las prestaciones y, en consecuencia, minimiza la litigiosidad. Además, permite al trabajador/a relacionar la enfermedad que padece en un momento dado, con el trabajo que realizó en otro tiempo, llama la atención y facilita la detección de riesgos en orden a la prevención y a las obligaciones de la empresa de hacer reconocimientos médicos, e incluso posibilita la confección de estadísticas de sectores con riesgo de enfermedad profesional¹⁸.

¹⁵ En este sentido, la STS de 24 abril 1985 (RJ 1985\1912) estimó que para la calificación de una enfermedad como profesional es preciso que sea contraída a consecuencia del trabajo realizado, que esté incluida en el cuadro de enfermedades profesionales y que haya sido provocada por los elementos o sustancias indicados para cada una de ellas.

¹⁶ Recuerda la STS de 20 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1782) -con cita de las sentencias de 28 de enero de 1992 (RJ 1992, 130); 4 de junio de 1992 (RJ 1992, 4785); 9 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7624); 21 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7663); 5 de noviembre de 1991; 25 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 8835)- que “a diferencia del accidente de trabajo respecto del que es necesaria la prueba del nexo causal lesión-trabajo para la calificación de laboralidad, en virtud de la presunción contenida en el artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social (hoy art 157 de la LGSS) tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas, poniendo de relieve con ello que el sistema vigente en nuestro ordenamiento conlleva una paladina seguridad jurídica ya que se presumen iuris et de iure enfermedades profesionales todas las enfermedades listadas. Esto es, la presunción que establece el art.116 LGSS (hoy art 157 de la LGSS) es iuris et de iure y está destinada a evitar los problemas insolubles de prueba que se presentarían si se exigiese acreditar una relación causal en materia de enfermedades, pues normalmente sería imposible trazar con certeza el desarrollo del proceso mórbido hasta su causa, de forma que sólo podrán realizarse conjeturas con mayor o menor índice de verosimilitud”.

¹⁷ A este respecto debe tenerse en cuenta que en el diagnóstico de una enfermedad intervienen factores subjetivos como las propias condiciones genéticas del trabajador, pues es conocido que éstas pueden influir en la aparición o en la gravedad de la enfermedad. Igualmente, actúan elementos objetivos que dificultan el establecimiento de la relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo: la multicausalidad de la misma, ya que una enfermedad puede ser producto del concurso de diversos agentes laborales o extralaborales; las condiciones de exposición; y la inespecificidad clínica de algunas enfermedades profesionales, cuyos síntomas no aparecen en la actualidad claramente delimitados mediante un cuadro clínico que relacione la enfermedad con una actividad determinada.

¹⁸ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *Curso de Seguridad Social I. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 318 y 319.

Sin embargo, presenta el gran inconveniente de impedir que sean calificadas como enfermedades profesionales patologías que pese a su etiología laboral quedan fuera del cuadro de enfermedades profesionales, igualmente, no se tiene en cuenta que las enfermedades suelen ser policausales, interviniendo varios factores patogénicos, y aunque se previó desde un principio su actualización, lo cierto es que se han incorporado muy pocos cambios, pese a la rapidez y constante evolución del entorno laboral y de los peligros para la salud que se generan en el mismo¹⁹. A todo ello deben sumarse los problemas endémicos existentes en relación a la detección y adecuado diagnóstico de las enfermedades profesionales, que ya de por sí es harto complejo, a consecuencia de las dificultades que presenta su diagnóstico por la extemporaneidad de sus síntomas, la pluralidad de elementos que confluyen en su etiología, la escasez de facultativos especializados en la materia e incluso por los procesos de externalización de actividades²⁰.

A todos estos problemas, que han sido destacados por la doctrina científica desde la propia configuración del sistema, debe añadirse la ausencia de perspectiva de género. En la lista de enfermedades profesionales se pueden apreciar carencias en evidentes enfermedades feminizadas, como los trastornos músculo esqueléticos, varices, cánceres ocupacionales y síndromes crónicos y en riesgos psicosociales²¹, además, se han silenciado “llamativa y bochornosamente” las dolencias contraídas como consecuencia del ejercicio de profesiones tradicionalmente femeninas. Las profesiones que el reglamento contemplan son las desempeñadas mayoritariamente por hombres, infravalorándose las ejercidas mayoritaria o casi exclusivamente por mujeres, pese a estar expuestas a un mismo grupo de riesgo y sufrir las mismas dolencias²².

La tradicional rigidez del sistema de lista ha derivado en la búsqueda de otras alternativas con el fin de que determinados supuestos queden protegidos con las particularidades y privilegios que comporta la catalogación de “enfermedad profesional”. Problemática que se ha venido resolviendo en algunos casos con la flexibilización jurisprudencial en la apreciación del nexo causal en la relación enfermedad-profesión-agente desencadenante²³, y fundamentalmente, a través de la *vis* atractiva del concepto de accidente de trabajo, mediante la interpretación extensiva del art. 156.e TRLGSS con una finalidad tuitiva, que ha dado lugar a las denominadas “enfermedades del trabajo”. Este mismo concepto de flexibilización jurisprudencial en la apreciación del nexo causal en la relación enfermedad-profesión-agente desencadenante es el que en los últimos años ha comenzado a practicarse, pero desde la óptica de la “perspectiva de género”²⁴, con el fin de evitar la discriminación en la conceptualización masculina de las enfermedades profesionales.

¹⁹ La doctrina científica es muy crítica con el cuadro de enfermedades profesionales por su mayor consideración de las enfermedades propias de los procesos industriales y la escasa atención a los padecimientos originados en el ámbito de los servicios, así como a las dolencias relacionadas con la organización y la carga del trabajo y a las enfermedades de tipo psicológico o psicosomático. Vid. IGARTÚA MIRÓ, M. T.: “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2007, págs. 2695-2696.

²⁰ PEDRAJAS MORENO, A.: “La enfermedad profesional: concepto y manifestaciones”, *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37, 2009, págs. 25 y 26.

²¹ Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Enfermedades profesionales en perspectiva de género*, Bomarzo, 2021, pp. 29 y ss.

²² CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 29, 2021, p. 48.

²³ Vid. BLASCO LAHOZ, J.F.: *Enfermedades Profesionales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

²⁴ De hecho, la perspectiva de género no sólo está siendo aplicada en la interpretación como enfermedad profesional de dolencias en profesiones tradicionalmente femeninas, también en otros muchos pronunciamientos del Orden Social. A este respecto y para mayor abundamiento resulta altamente recomendable vid. CAVAS MARTÍNEZ, F.: *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

2.2. La integración de la perspectiva de género en la calificación de las enfermedades profesionales

El listado de enfermedades profesionales relaciona enfermedad, profesión y agente desencadenante. Por lo general, podría decirse que hombres y mujeres están expuestos básicamente a los mismos agentes desencadenantes de enfermedades, pero ni padecen las mismas enfermedades²⁵, ni desempeñan las mismas profesiones²⁶. La falta de previsión de las dolencias padecidas en profesiones y ocupaciones altamente feminizadas: limpiadoras, camareras de piso, peluqueras, gerocultoras y auxiliares domiciliarias, en el cuadro de enfermedades profesionales del RD 1299/2006, ha llevado a los Tribunales a una interpretación flexible del concepto de enfermedad profesional para que las trabajadoras pudieran disfrutar de las prerrogativas que comporta la etiología laboral en la percepción de la prestación por incapacidad.

Así lo hace por primera vez la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a una profesional de la limpieza, en la sentencia de 5 de noviembre de 2014²⁷, en la que se falla que la incapacidad temporal de una limpiadora que padece síndrome del túnel carpiano bilateral, enfermedad incluida en el listado del RD 1299/2006, ha de ser reconocida como enfermedad profesional, aunque la profesión de limpiadora no esté expresamente comprendida en la enumeración de actividades capaces de provocar la enfermedad, puesto que el adverbio “como” determina que el listado de actividades no debe interpretarse como un *numerus clausus*, sino como una lista abierta. Para el juzgador, lo importante es que se desarrollen “Trabajos en los que se produzca un apoyo prolongado y repetido de forma directa o indirecta sobre las correderas anatómicas que provocan lesiones nerviosas por compresión. Movimientos extremos de hiperflexión y de hiperextensión. Trabajos que requieran movimientos repetidos o mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca, de aprehensión de la mano”.

De igual manera, la más reciente STS de 20 de septiembre de 2022²⁸ ha reconocido, como derivada de enfermedad profesional, la incapacidad temporal de una limpiadora, por la rotura de manguito rotador de hombro izquierdo, motivada por movimientos repetitivos de las extremidades superiores, pese a que dicha actividad no aparece expresamente prevista en el RD 1299/2006, también en el entendimiento de que las profesiones referenciadas lo son a título de ejemplo²⁹, además de incorporar en su interpretación la perspectiva de género, una perspectiva que queda ahora reforzada tras la promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para

²⁵ Como recuerda RIVAS VALLEJO, M.P.: “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 74, 2008 (Ejemplar dedicado a: Seminario “Los ciclos vitales y la Seguridad Social: estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos jurídicos, sociológicos, económicos”), pp. 227-286, la propia Comisión Europea ha puesto de relieve el factor diferencial en la salud, advirtiendo que éste se muestra en la calidad de vida de las mujeres, que pese a ser más longevas que los hombres, padecen una mayor incidencia y prevalencia de ciertas enfermedades, como la osteoporosis, enfermedades cardiovasculares, cáncer y repercusiones psicológicas ante la diferente carga en la asunción de los cuidados/ conciliación. Así, en la Encuesta Nacional de Salud de España puede verse como las mujeres sufren más que los hombres los trastornos musculoesqueléticos: los problemas de cervicalgia crónica y las lumbalgias crónicas.

²⁶ Las profesiones u ocupaciones altamente feminizadas son, fundamentalmente, las relacionadas con las tareas de cuidados: servicio doméstico, profesiones sanitarias como enfermería o auxiliares de ayuda a domicilio, también camareras de piso de los hoteles, aparadoras de calzado y mujeres de la pesca y del sector agrícola, con riesgos ergonómicos y psicosociales que se encuentran invisibilizados e infradeclarados.

²⁷ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 5 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6326).

²⁸ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 20 de septiembre de 2022 (RJ 2022, 4781).

²⁹ Un criterio ampliamente seguido también por la doctrina de suplicación *vid.* las SSTSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 14 de octubre de 2016 (JUR 2016, 249172), de 13 de julio de 2017 (JUR 2017, 204536) y de 8 de noviembre de 2018 (JUR 2019, 32851), SSTSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 29 de noviembre de 2016 (JUR 2017, 38040) y de 2 de junio de 2020 (JUR 2020, 25669) y STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 19 de junio de 2020 (AS 2020, 2442).

la igualdad de trato y la no discriminación³⁰. El Tribunal Supremo recuerda que pese a las fuertes exigencias físicas que conlleva su desempeño, el requerimiento de mantener los codos en posición elevada, la tensión de los tendones y abducción o flexión de brazos, con ejercicio de movimientos repetitivos, la profesión de limpiadora no aparece recogida en el RD 1299/2006 como profesión susceptible de generar una determinada enfermedad profesional, siendo como es una profesión claramente feminizada. Sin embargo, recuerda que sí que son listadas en el apartado 2, letra D del RD 1299/2006, profesiones masculinizadas -como escayolistas, pintores, mecánicos, montadores de estructuras, curtidores, chapistas, caldereros, albañiles...-, así como otras en que la presencia de trabajadores de ambos sexos es equilibrada -como carniceros, pescaderos, dentistas-, obviándose las profesiones muy feminizadas como las ligadas al sector sanitario y sociosanitario, limpieza y tareas administrativas. Entiende, en consecuencia, el Alto Tribunal, que la no inclusión de esas profesiones feminizadas, pero expuestas a los mismos riesgos, supone una discriminación indirecta por razón de sexo que sitúa en una evidente desventaja las profesiones feminizadas con respecto a las profesiones habitualmente realizadas por hombres.

La profesión de camarera de piso, que también se enfrenta a las patologías recogidas en el grupo 2 del RD 1299/2006: enfermedades de tipo osteomuscular, provocadas por factores de riesgo ergonómico, como consecuencia de la manipulación manual de cargas, la realización de movimientos repetitivos y posturas forzadas, tampoco está referenciada en el listado del RD 1299/2006, habiendo sido igualmente calificada por la Sala de lo Social del TS³¹ como enfermedad profesional el síndrome del túnel carpiano bilateral sufrido por una camarera de piso³².

Tampoco la actividad de peluquería es recogida por el RD 1299/2006 y la Sala Cuarta del TS³³ ha fallado, por los motivos ya apuntados, que la incapacidad permanente de una peluquera con síndrome subacromial derecho y con limitación para tareas que requieran de articulación de hombro derecho, especialmente si se realizan por encima plano horizontal de hombros, ha de ser calificada como enfermedad profesional.

Del mismo modo, el TS³⁴ ha flexibilizado la interpretación del concepto de enfermedad profesional con respecto a la profesión de gerocultora en una residencia de la tercera edad, expuesta a enfermedades profesionales, como la epicondilitis, causada por agentes físicos, concretamente a las provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo, ya que, en estas actividades, no listadas en el RD 1299/2006, las trabajadoras se ven obligadas a mover, cambiar y acostar a las personas que cuidan, con movimientos de cuerpos pesados que sobrecargan sus músculos y tendones.

Finalmente, cabe aludir a las cuatro sentencias del TS de julio de 2022³⁵ en las que se reconoce como enfermedad profesional el síndrome del túnel carpiano de una auxiliar de ayuda a domicilio, en el entendimiento de que el listado de profesiones es sólo indicativo y admite su extensión a otros oficios o profesiones con análogos requerimientos, como es el caso de las

³⁰ Cfr. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: "Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2022.

³¹ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 11 de febrero de 2020 (RJ 2020, 805).

³² La doctrina de duplicación, concretamente la STSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 20 de marzo de 2012 (AS 2012, 1406), sin embargo, desestimó la calificación de enfermedad profesional del síndrome del túnel carpiano de una camarera de piso en parador turístico por no estar prevista esa actividad en el listado de enfermedades profesionales, como también lo hizo la STSJ Sala de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 2 de febrero de 2017 (PROV 2017, 128241), recurrida ante el TS.

³³ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 18 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3640).

³⁴ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 13 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4954).

³⁵ SSTS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 6 de julio de 2022 (RJ 2022, 3081), (RJ 2022, 3454), (RJ 2022, 3292) y de 7 de julio de 2022 (RJ 2022, 3727).

actividades desarrolladas por estas profesionales que requieren repetidos movimientos de hiperflexión y de hiperextensión de la muñeca y de aprehensión con la mano, susceptibles de generar esta patología, que no pueden considerarse como meramente esporádicos, secundarios y residuales en dicha profesión, lo que evidencia la relación de causalidad sin posibilidad de prueba en contrario, por aparecer esa dolencia entre las enfermedades legalmente codificadas.

3. La perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales

Las diferencias físicas y biológicas entre hombres y mujeres son incontestables, como es irrefutable el hecho de que ante los mismos riesgos laborales su salud pueda verse alterada de distinta manera, tanto por esas diferencias físicas y biológicas, como por las relacionadas con el género. Los roles sexuales y los estereotipos generan segregación horizontal, debida a la división sexual del trabajo y también segregación vertical, es decir, diferencias con relación a las categorías profesionales, el conocido como techo de cristal³⁶.

Obviamente, no es el sexo lo que determina las diferencias en los perfiles de riesgo, sino la segregación laboral que da lugar a exposiciones a diferentes tipos de riesgos. Aunque las mujeres constituyen aproximadamente la mitad de la población trabajadora en España³⁷, su distribución por sectores de actividad no es paritaria³⁸: es ínfima en sectores como la construcción, transporte y almacenamiento; reducida en agricultura, ganadería, silvicultura y pesca; y muy elevada en el sector servicios, educación, actividades sanitarias.

Las diferencias por razón de género inciden en los roles y estereotipos, en la división sexual del trabajo, la doble jornada y la falta de adaptación a los puestos de trabajo. Todas estas situaciones repercuten en la salud laboral de las mujeres y requieren una prevención de riesgos laborales con perspectiva de género para conseguir reducir o eliminar los riesgos relacionados con la división sexual del trabajo, la doble jornada y la falta de adaptación a los puestos de trabajo. Riesgos, todos ellos, que producen daños de tipo ergonómico y psicosocial, de hecho, los riesgos psicosociales y los riesgos por trastornos musculoesqueléticos tienen mayor impacto en las mujeres, mientras que en los hombres tienen mayor incidencia los accidentes como golpes, quemaduras o caídas³⁹: como ha puesto de manifiesto la Organización Internacional del Trabajo “ellos se accidentan, ellas se desgastan”⁴⁰.

Volviendo a los datos estadísticos, también es comprobable que los hombres sufren más accidentes de trabajo con baja en jornada y más accidentes de trabajo mortales en jornada, si bien, los datos están algo más igualados con respecto a las enfermedades profesionales, aunque también los hombres padecen más enfermedades profesionales⁴¹. Siendo así, puede parecer innecesario reivindicar la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales y sostener que existe una desigualdad real y factible entre hombres y mujeres en materia de salud laboral. No obstante, esos datos obedecen al hecho de que precisamente los daños a consecuencia de la división sexual del trabajo, la doble jornada y la falta de adaptación a los puestos de trabajo están infradiagnosticados. Los efectos de tales riesgos aparecen a largo plazo, presentan una etiología

³⁶ Sobre la segregación vertical y horizontal de las mujeres trabajadoras y su repercusión en la salud *Vid.* PÉREZ CAMPOS, A. I.: “La incidencia del género en la prevención de riesgos laborales”, *Anuario jurídico y económico escorialense*, N°. 54, 2021, págs. 126 y ss.

³⁷ <https://es.statista.com/estadisticas/1125063/tasa-de-ocupacion-anual-por-genero-en-espana/>

³⁸ <https://es.statista.com/estadisticas/1125084/empleo-poblacion-ocupada-por-genero-y-sector-en-espana/>

³⁹ <https://www.insst.es/el-observatorio/estadisticas/ultimos-datos-de-siniestralidad>

⁴⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): *Salud y seguridad en el trabajo desde la perspectiva de género*, 2011. <http://bvs.minsa.gob.pe/local%20/MINSA/2396.pdf>

⁴¹ https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/EAT/welcome.htm

multicasual y son producto de una combinación de riesgos existentes tanto en el ámbito laboral, como fuera del mismo.

Mientras que los riesgos relacionados con las condiciones de seguridad e higiene, propios de los sectores de trabajo masculinizados se traducen en accidentes de trabajo y en enfermedades profesionales con una presunción *iure et de iure* que refrenda su origen laboral, los daños derivados de los riesgos ergonómicos y psicosociales son las denominadas “enfermedades del trabajo”⁴², es decir, enfermedades, no incluidas como enfermedades profesionales, “que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo” (art. 156.2.e TRLGSS), lo que significa que estas enfermedades del trabajo son calificadas jurídicamente como accidentes de trabajo y que, a diferencia de las enfermedades profesionales, requieren demostrar el nexo causal y, lo que es peor, que, rara vez será reconocida su etiología profesional sin acudir a la jurisdicción social, lo que supone un esfuerzo añadido.

Así pues, es más que evidente la necesidad de que la prevención de riesgos laborales sea proyectada con perspectiva de género, porque hombres y mujeres suelen enfrentarse a distintos tipos de riesgos y condiciones en sus entornos laborales. La perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales es un enfoque que tiene en cuenta las diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, con el objetivo de garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable. Este enfoque reconoce que ciertos factores de riesgo y condiciones laborales pueden afectar de manera diferente a hombres y mujeres debido a diferencias biológicas, sociales y de roles de género. ¿Cómo ha de integrarse la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales?:

1. Identificando, reconociendo y previendo que ciertos trabajos y condiciones laborales pueden presentar riesgos distintos para hombres y mujeres.
2. Diseñando e implementando medidas de seguridad y equipos de protección que se adapten a las necesidades específicas de hombres y mujeres.
3. Investigando con datos desagregados por género para identificar mejor tendencias y necesidades específicas, lo que permite desarrollar políticas preventivas más efectivas.
4. Promocionado entornos laborales inclusivos a través del fomento de una cultura laboral que valore la diversidad y promueva un ambiente de trabajo respetuoso, inclusivo y seguro con independencia del género y en el que no se perpetúen estereotipos ni discriminación.
5. Formando y sensibilizando a las personas trabajadoras.
6. Contribuyendo a una mejor conciliación entre la vida personal, familiar y laboral.
7. Desarrollando políticas de prevención de acoso y violencia de género.

En este mismo sentido, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027⁴³ prevé como Objetivo 5 “Introducir la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud

⁴² Para mayor abundamiento *vid.* FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Las enfermedades del trabajo”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 146, 2010, pp. 287-312.

⁴³ Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027.

en el trabajo”⁴⁴, reconociendo como prioridad la incorporación de la perspectiva de género en las políticas públicas y en la gestión de la prevención, para cuyo fin prevé cinco líneas de actuación:

1. Revisión del marco normativo para integrar la perspectiva de género.
 - “Se revisará y actualizará el marco normativo con el fin de integrar la perspectiva de género en la gestión de la prevención de riesgos laborales, y garantizar la protección de todas las personas trabajadoras, hombres y mujeres, por igual”.
 - “Se mejorará la protección de las mujeres trabajadoras, especialmente en los sectores feminizados”.
2. “Diferenciación de género en los procesos de toma de datos y análisis de la información de las condiciones de trabajo y salud y en los estudios en esta materia:
 - Se mejorará la incorporación de la perspectiva de género en las fuentes de información proveedoras de indicadores, así como en las encuestas, para un conocimiento mejor de la exposición a riesgos de las mujeres y del impacto en sus condiciones de trabajo y salud.
 - Se promoverá la consideración de género en las políticas de investigación, en el diseño y elaboración de estudios y documentos en materia de prevención de riesgos laborales, y se impulsará el desarrollo de indicadores y acciones con perspectiva de género.
 - Se promoverá la investigación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales teniendo en cuenta la perspectiva de género.
 - Las Administraciones Públicas tendrán en cuenta los datos desagregados por sexo para el diseño de intervenciones”.
3. “Incorporación de manera transversal de la perspectiva de género en la gestión de la prevención de riesgos laborales.
 - Se promoverá la acción sobre los riesgos específicos de género (definidos por su elevada prevalencia entre las mujeres): doble presencia o conflicto trabajo-familia, violencia, acoso o discriminación por razón de sexo, etc.
 - Se mejorará la formación de los profesionales en prevención de riesgos laborales, de las personas trabajadoras y de todos los agentes implicados en la mejora de las condiciones de trabajo para lograr una plena integración de la perspectiva de género en la actividad preventiva. En particular, se desarrollarán programas de formación sobre violencia, acoso sexual y por razón de sexo, con atención al uso de las nuevas tecnologías.
 - Se desarrollarán criterios, guías o herramientas para ayudar a las empresas a integrar la perspectiva de género en la gestión de los riesgos, en especial en las evaluaciones y medidas preventivas, incluyendo la violencia sexual de conformidad con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, así como la incorporación de la prevención de riesgos laborales en los planes de igualdad”.

⁴⁴ Para mayor abundamiento sobre este tema *vid.* PÉREZ CAMPOS, A. I.: “La perspectiva de género en la estrategia de seguridad y salud en el trabajo: un avance necesario” en FERNÁNDEZ COLLADOS M. B. (Dir.) VV.AA.: *La prevención de riesgos laborales a propósito de la estrategia de seguridad y salud laboral 2023-2027*, Aranzadi, 2024, págs. 137-166.

4. “Actuaciones de sensibilización sobre la necesidad de integrar la perspectiva de género de manera transversal en las políticas preventivas.”
 - Se promoverá la realización de actuaciones de sensibilización sobre la importancia de la integración de la perspectiva de género en la cultura de la prevención de la empresa y en la gestión preventiva.
 - Se actuará de manera específica en actividades feminizadas que la pandemia ha destacado como esenciales, y que en ocasiones cuentan con mayor precarización de las condiciones de empleo y trabajo”.
5. “Actuaciones de vigilancia y control.”
 - Se integrará la perspectiva de género con carácter transversal en la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de seguridad y salud.
 - Se planificarán campañas de inspección en sectores y actividades especialmente feminizadas, prestando especial atención a aquellas en las que se presentan con mayor intensidad riesgos psicosociales y riesgos musculoesqueléticos, así como exposición a reprotóxicos, cancerígenos y mutágenos.
 - Se realizarán también actuaciones de asistencia técnica, vigilancia y control, por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en sectores con reducida presencia femenina.
 - Se elaborará una instrucción de actuación para la integración de la perspectiva de género en las actividades preventivas y se promoverán actuaciones de formación y sensibilización a este respecto.
 - Se potenciarán actuaciones dirigidas a la vigilancia y control de la obligación de que todas las empresas dispongan de protocolos de prevención y abordaje del acoso sexual y por razón de sexo”.

4. Conclusiones

- I. Si bien es cierto que la flexibilización del concepto de enfermedad profesional de la jurisprudencia de la Sala Cuarta, a lo largo de esta última década, ha servido para calificar como contingencia profesional profesiones feminizadas no contempladas en el listado de actividades del RD 1299/20026. Aunque el resultado haya sido la mayor protección de mujeres trabajadoras en sectores feminizados que estaban en situación de desigualdad con respecto a otras profesiones, habría sido conveniente poner de manifiesto la perspectiva de género como sí que lo hace la más reciente STS de 20 de septiembre de 2022, porque con ello se visibiliza el problema real que no es tanto la falta de previsión de esas profesiones como el hecho de que sean profesiones altamente feminizadas⁴⁵.
- II. El RD 1299/2006 no parece ser respetuoso con el principio de igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres, cuando es patente que en él no constan las profesiones desempeñadas mayoritariamente por mujeres⁴⁶. Es por ello que debería ser

⁴⁵ Así lo sustenta fuentes doctrinales tan solventes como CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 48, quien señala que la fundamentación jurídica habría sido más completa si la Sala hubiera efectuado una reflexión en clave de género.

⁴⁶ Cfr. ARENAS GÓMEZ, M.: “Enfermedad profesional y cuestión de género. ¿Cumple el Real Decreto 1299/2006 con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres?. Al hilo de la doctrina del Tribunal Supremo sobre enfermedades profesionales causadas por mujeres”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 449-450, 2020, pp. 115-124.

revisado y hacerlo con perspectiva de género. Habrían de ser incorporadas enfermedades feminizadas, como los trastornos músculo esqueléticos, varices, cánceres ocupacionales y síndromes crónicos, así como determinados riesgos psicosociales. Asimismo, sin perjuicio de una minuciosa y cuidada revisión de las profesiones referenciadas, ha quedado patente la necesidad de incluir en el grupo 2 “Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos”, en la relación de profesiones causantes de “enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo: parálisis de los nervios debidos a la presión: Síndrome del túnel carpiano por compresión del nervio mediano en la muñeca”, las profesiones de limpiadoras, camareras de piso y auxiliares domiciliarias⁴⁷. También en el grupo 2, pero en “Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas: Hombro: patología tendinosa crónica de maguito de los rotadores”, en los “Trabajos que se realicen con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión”, además de los pintores, escayolistas, montadores de estructuras, deben constar las peluqueras, las limpiadoras y auxiliar administrativa⁴⁸. E, igualmente, en el grupo 2, en “Enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo; enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas: Codo y antebrazo: epicondilitis y epitrocleitis”, en los “Trabajos que requieran movimientos de impacto o sacudidas, supinación o pronación repetidas del brazo contra resistencia, así como movimientos de flexoextensión forzada de la muñeca”, a las profesiones de “carniceros, pescaderos, curtidores, deportistas, mecánicos, chapistas, caldereros, albañiles” ha de añadirse la profesión de gerocultora.

III. La revisión del cuadro de enfermedades profesionales es necesaria porque el hecho de que el resultado de esta interpretación flexible o extensiva conduzca a que las profesiones feminizadas terminen siendo tratadas con idénticas prerrogativas que las listadas en el RD 1299/2006 no significa que esta solución sea óptima. Esta fórmula obliga a las trabajadoras a litigar para el reconocimiento de sus derechos, cuando precisamente el sistema de lista de enfermedades profesionales, en el que se relaciona enfermedad, profesión y agente desencadenante, conlleva una presunción *iuris et de iure* destinada a evitar las dificultades que entraña la prueba de la relación de causalidad entre enfermedad, profesión y agente desencadenante. No es de recibo que las trabajadoras tengan que acudir a un juzgado para conseguir los efectos prestacionales derivados de la incapacidad que deberían haber tenido desde su inicio, y que, de hecho, sólo aquellas que asuman el coste -no sólo económico- que supone pleitear vean -o no- reconocido un derecho que sí que tienen quienes desarrollan otras profesiones no feminizadas, conculcándose claramente el derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

IV. Ha de potenciarse la prevención de los riesgos vinculados a los roles y estereotipos de género y luchar contra su infradiagnóstico. La mayor visibilidad de los riesgos

⁴⁷ El actual tenor literal se refiere a “Trabajos en los que se produzca un apoyo prolongado y repetido de forma directa o indirecta sobre las correderas anatómicas que provocan lesiones nerviosas por compresión. Movimientos extremos de hiperflexión y de hiperextensión. Trabajos que requieran movimientos repetidos o mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca, de aprehensión de la mano como lavaderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares, trabajos de montaje (electrónica, mecánica), industria textil, mataderos (carniceros, matarifes), hostelería (camareros, cocineros), soldadores, carpinteros, pulidores, pintores”.

⁴⁸ En la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 9 de noviembre de 2022 (JUR 2022, 388087) se considera derivada de enfermedad profesional la incapacidad temporal de una auxiliar administrativa por rotura de manguito rotador de hombro.

ergonómicos y psicosociales contribuirá a su diagnóstico más precoz y a la adopción de medidas para su eliminación.

- V. La formación en prevención de riesgos laborales con perspectiva de género es clave para lograr una mayor igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Formación y también concienciación que ha de dirigirse a todos los colectivos implicados: empresa, trabajadores/as y también personal de las Administraciones Públicas (Inspección de Trabajo, Jurisdicción Social, Universidades...).
- VI. La inclusión de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales es fundamental para asegurar que todos los trabajadores y trabajadoras, independientemente de su género, tengan las mismas garantías de seguridad y salud en el trabajo. Una situación que conduce inexorablemente hacia entornos laborales más justos, saludables y productivos.

5. Bibliografía

- ALONSO OLEA, M.: “El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 24, 2000.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2022.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, 1994.
- BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *Curso de Seguridad Social I. Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.
- BLASCO LAHOZ, J.F.: *Enfermedades Profesionales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 29, 2021.
- *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B. (Dir.): *Aspectos claves para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Las enfermedades del trabajo”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 146, 2010.
- GARCÍA GIL, M. B.: “Aspectos significativos de la condición de género en el sistema de clasificación profesional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2021, (BIB 2021\3297).
- GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La protección de la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907”, *Iuslabor*, Nº. 2, 2007.
- GARCÍA ROMERO, M.B.: “Necesidades de cuidados, derechos laborales de conciliación y medidas para mitigar su impacto en la protección social” en AA.VV. GARCÍA ROMERO, M.B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C. (Dir.): *Protección Social del trabajo de cuidados*, Thomson Reuters, 2022.

- GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género”, *Derecho de las relaciones laborales*, Nº. 8, 2017.
- IGARTÚA MIRÓ, M. T.: “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2007.
- LÓPEZ ANIORTE, M. C. y GARCÍA ROMERO B. (Dir.): *Envejecimiento, cuidados y dependencia: hacia una protección social con perspectiva de género*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Enfermedades profesionales en perspectiva de género*, Bomarzo, 2021.
- MONTOYA MELGAR, A.: “De los seguros sociales a la Seguridad Social (en el centenario del Instituto Nacional de Previsión)”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 38, 2008.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): *Salud y seguridad en el trabajo desde la perspectiva de género*, 2011. <http://bvs.minsa.gob.pe/local%20/MINSA/2396.pdf>
- PEDRAJAS MORENO, A.: “La enfermedad profesional: concepto y manifestaciones”, *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37, 2009.
- PÉREZ CAMPOS, A. I.: “La incidencia del género en la prevención de riesgos laborales”, *Anuario jurídico y económico escurialense*, Nº. 54, 2021.
- “La perspectiva de género en la estrategia de seguridad y salud en el trabajo: un avance necesario” en FERNÁNDEZ COLLADOS M. B. (Dir.) VV.AA.: *La prevención de riesgos laborales a propósito de la estrategia de seguridad y salud laboral 2023-2027*, Aranzadi, 2024.
- POYATOS MATAS, G.: “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2019.
- QUINTANILLA NAVARRO, B. y VALDÉS DAL-RÉ F. (Dir.): *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008.
- RIVAS VALLEJO, M. P.: “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº Extra 74, 2008 (Ejemplar dedicado a: Seminario “Los ciclos vitales y la Seguridad Social: estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos jurídicos, sociológicos, económicos”).
- RIVAS VALLEJO, M.P.: “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 74, 2008 (Ejemplar dedicado a: Seminario “Los ciclos vitales y la Seguridad Social: estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos jurídicos, sociológicos, económicos”).
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Virtualidad de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900”, *Aranzadi social*, núm. 5, 1999.
- SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: *2024 Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres Estatal. Datos 2023* https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_mercado_trabajo/2024/Informe-del-Mercado-de-Trabajo-de-las-Mujeres.-Estatal-2024--Datos-2023-.pdf

PATOLOGÍAS ASOCIADAS A LA SALUD PSICOSOCIAL EN EL TRABAJO: DESAFÍOS DE SU CALIFICACIÓN JURÍDICA COMO CONTINGENCIAS PROFESIONALES¹

SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

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

1. Entornos de trabajo seguros y saludables: la necesaria atención a la prevención de los riesgos psicosociales

En los últimos años, la influencia del trabajo en la salud psicosocial ha ganado un reconocimiento significativo. De hecho, la OMS en su histórico *Informe sobre la salud en el mundo 2001: Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*, reconoció el entorno laboral como un factor determinante que favorece la salud pero que, al mismo tiempo, en condiciones desfavorables persistentes, puede generar malestar físico y mental. En el año 2010 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) incorporó los trastornos mentales a su listado de enfermedades profesionales²; y en 2019 publicó un informe titulado *Seguridad y salud en el centro*

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La redimensión de la salud laboral con perspectiva de género” (2023-2024) dentro del Plan de Incentivación de la actividad investigadora de la Universidad de La Laguna (Resolución de 20 de marzo de 2023).

² Lista de enfermedades profesionales (revisada en 2010). Identificación y reconocimiento de las enfermedades profesionales: Criterios para incluir enfermedades en la lista de enfermedades profesionales de la OIT (SST 74).

*del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*³ en el que identificaban los riesgos psicosociales vinculados a la digitalización y a la deshumanización de las relaciones laborales como consecuencia de la dirección algorítmica del trabajo, la robotización, la monitorización constante, las decisiones discriminatorias bajo un manto de neutralidad algorítmica, la falta de transparencia y la inteligencia artificial⁴.

Igualmente, la OMS la identificado con rotundidad el lugar de trabajo como un entorno crucial en el que deben adoptarse medidas transformadoras para mejorar la salud psicosocial. Así, tanto en su *Proyecto de estrategia mundial sobre salud, medio ambiente y cambio climático* de abril de 2019⁵, como en su *Plan de Acción Integral sobre Salud Mental 2013-2030*⁶, estableció una serie de principios, objetivos y estrategias esenciales para abordar la problemática de la salud mental en el trabajo, subrayando la importancia de actuar sobre los factores determinantes de la salud mental, como las condiciones laborales, la reducción de la estigmatización y la discriminación, y el acceso y desarrollo de servicios de salud, incluyendo los servicios de salud ocupacional. En su *Informe mundial sobre salud mental: Transformar la salud mental para todos* (2022)⁷, la OMS hacía un llamamiento a todos los países para que aceleraran la aplicación del *Plan de Acción Integral sobre Salud Mental 2013-2030*⁸.

A tal fin, en las *Directrices de la OMS sobre salud mental en el trabajo* (2021)⁹ se incluían recomendaciones para promover la salud mental, prevenir trastornos mentales y favorecer la integración de las personas con problemas mentales en el entorno laboral. En concreto, la OMS promueve la adopción de medidas y la reorganización de las características físicas, sociales y económicas de los diferentes entornos de salud mental, entre los que se incluyen los lugares de trabajo con el fin de enfrentar y prevenir los riesgos que afectan la salud mental como las elevadas cargas laborales y comportamientos negativos como la violencia y el acoso laboral (*mobbing*). Asimismo, recomienda la formación de los directivos para dotarlos de herramientas que les permitan prevenir el estrés en el entorno de trabajo y proporcionar apoyo a las personas trabajadoras que lo padecen. Además, se sugiere mejorar la atención a los trabajadores con problemas de salud mental mediante intervenciones que faciliten una adecuada gestión de la reincorporación al puesto de trabajo tras una ausencia por motivos de salud. La OMS también enfatiza la necesidad de invertir en la construcción de una cultura de prevención en favor de la salud mental en el ámbito laboral, reformar el entorno de trabajo para eliminar el estigma y la exclusión social, y garantizar que los trabajadores con problemas de salud mental se sientan protegidos y respaldados.

El *Marco Europeo de Acción de la Organización Mundial de la Salud sobre Salud Mental 2021-2025*¹⁰ traza una hoja de ruta para abordar los desafíos específicos que inciden en la salud

³ OIT: Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia. 2019. Disponible en: Informe: Seguridad y Salud en el centro del Futuro del Trabajo: Aprovechar 100 años de experiencia (ilo.org)

⁴ STACCIOLE, J. y VIRGILLITO, M.E.: *Gestión de las personas trabajadoras mediante la IA: desde el desarrollo tecnológico hasta su impacto en su seguridad y salud*, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2024.

⁵ Proyecto de estrategia mundial de la OMS sobre salud, medio ambiente y cambio climático: transformación necesaria para mejorar de forma sostenible las condiciones de vida y el bienestar mediante la creación de ambientes saludables, de 18 de abril de 2019 (A72/15). Disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA72/A72_15-sp.pdf?ua=1

⁶ Disponible en: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240031029>.

⁷ Informe mundial sobre salud mental: transformar la salud mental para todos. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2022. Disponible en: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240050860>

⁸ El Plan de Acción Integral sobre Salud Mental actualizado fue refrendado por la 74.ª Asamblea Mundial de la Salud en su decisión WHA74(14).

⁹ Texto íntegro disponible en: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/363173/9789240058309-spa.pdf>

¹⁰ Proyecto de Resolución sobre el marco europeo de actuación en materia de salud mental de la OMS (2021-2025), 71.ª reunión del Comité Regional para Europa, 13-15 de septiembre de 2021.

mental de las personas trabajadoras en Europa. Las acciones delineadas en este Marco Europeo abogan por sensibilizar sobre la relevancia de la salud mental en el entorno laboral, así como por la implantación de políticas y prácticas orientadas a mitigar el estrés laboral y a fomentar un equilibrio adecuado entre la vida profesional y personal. Además, se promueve la instauración de una cultura organizacional que promueva el apoyo mutuo y la comprensión entre los miembros del entorno laboral. A estos efectos, se considera esencial que las empresas reconozcan la salud mental como un componente esencial de la salud y el bienestar integral en sus organizaciones.

A estos efectos no puede obviarse el trascendente impacto que ha supuesto elevar el derecho a unas condiciones de trabajo seguras y saludables a la categoría de derecho fundamental internacional tras la aprobación, en la 110ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2022, de la inclusión de este derecho en la Declaración de la OIT de los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998. Ello ha implicado también reconocer esta categoría al Convenio núm. 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981, y al Convenio núm. 187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud de los trabajadores, 2006¹¹.

El interés y la creciente preocupación a escala internacional por la salud psicosocial se refleja en su inclusión en la Agenda 2030 de Naciones Unidas que contempla la protección de los derechos laborales y la promoción de un entorno de trabajo seguro y sin riesgo para todas las personas que trabajan. Concretamente, la protección del derecho a la salud mental en el trabajo se encuentra planteada en el ODS número 8 que en su meta octava prevé “proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios”. En la aplicación de medidas adecuadas de seguridad y salud en el trabajo para la promoción de entornos de trabajo seguros y saludables que salvaguarden la salud integral de las personas trabajadoras debe tenerse en cuenta también las previsiones del ODS 3 que plantea “garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades” y el ODS 5 (igualdad de género), dado el impacto de género en la salud mental de los desafíos asociados a la precariedad laboral y los riesgos psicosociales.

2. La salud psicosocial en las iniciativas recientes de la Unión Europea

De manera reciente, la Unión Europea ha destacado la importancia de la salud psicosocial en el trabajo dentro de su agenda y en sus estrategias. La publicación del *Marco Estratégico de Salud y Seguridad en el Trabajo 2021-2027*¹² brindó una oportunidad crucial para trazar el camino para abordar los riesgos que afectan a la salud mental en el trabajo al destacar la urgente necesidad de contar con una base común para salvaguardar la salud mental de todas las personas trabajadoras en el conjunto de la UE. A partir del enfoque de “visión cero” para reducir el número de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y mejorar las condiciones de trabajo, se erigen los pilares para la promoción de una cultura preventiva que abarque “lugares de trabajo inclusivos” a través de la diversidad en el marco del nuevo mundo del trabajo, influenciado por las transiciones ecológica, digital y demográfica.

¹¹ Resolución, de 6 de junio de 2022, sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT, relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. MORENO SOLANA, A.: “La inclusión de un entorno seguro y saludable en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 97, 2023, pp.1-10; y FUMERO DIOS, I. S.: “Un entorno de trabajo seguro y saludable: un principio y un derecho fundamental del trabajo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 102, 2023.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027: La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación, de 28 de junio de 2021. COM(2021) 323 final.

Por su directa conexión con la salud psicosocial, puede destacarse entre sus prioridades estratégicas la preparación de una iniciativa no legislativa a nivel de la UE destinada a la evaluación de los problemas emergentes relacionados con la salud mental de las personas trabajadoras para la aplicación de medidas antes del fin de 2022 y la emisión de un dictamen sobre el apoyo a la salud mental del personal sanitario y otros trabajadores esenciales antes del fin de 2021. Por otro lado, se reclama la necesidad de reforzar el marco legislativo para el teletrabajo en toda la UE con el fin de que se prevea una evaluación exhaustiva que incluya los riesgos psicosociales asociados a las prácticas de trabajo digital y a distancia, así como a los entornos de trabajo permeables. Igualmente, pide que se incluya el derecho a la desconexión en el marco estratégico y que se proponga una directiva sobre la prevención de los riesgos psicosociales. Además, la Comisión insta a los Estados miembros a intensificar la supervisión y la recopilación de datos en lo que se refiere a la situación de los riesgos mentales y psicosociales en todos los sectores; e invitaba a los interlocutores sociales a adoptar medidas y acordar soluciones con el fin de abordar nuevas cuestiones de salud y seguridad en el trabajo relativas al mercado laboral digital, en particular los riesgos psicosociales y ergonómicos, y abordar los desafíos derivados del teletrabajo, la digitalización y el derecho a la desconexión¹³.

A pesar del previsible impacto positivo de las actuaciones planteadas, el Marco Estratégico ha sido criticado por su carácter reduccionista, con un enfoque orientado exclusivamente a la digitalización y las transformaciones del mercado laboral derivadas de la misma, ignorando las implicaciones de la organización del trabajo o los cambios que deben acometerse en el entorno laboral para una adecuada prevención de los riesgos psicosociales¹⁴.

Un nuevo impulso en la materia se produce a partir de la *Resolución sobre la salud mental en el mundo laboral digital*¹⁵ adoptada por el Parlamento Europeo el 5 de julio de 2022, que supuso una auténtica declaración política para la mejora de la prevención de los riesgos profesionales vinculados a la salud mental en el contexto tecnológica. En ella se subraya que el derecho a la salud física y mental es un derecho humano fundamental vinculado a otros derechos fundamentales como el derecho a la dignidad humana (letra A), y se insiste en que “comprender los problemas de salud mental en el lugar de trabajo no solo significa ser consciente de los trastornos mentales, sino también tratar de promover el bienestar, evitar malentendidos y estigmatizaciones y concebir y aplicar medidas y tratamientos para gestionar estos trastornos” (letra C). Asimismo, se sostiene que se trata de una problemática que se agrava ante la carencia, insuficiencia o ineficiencia de los servicios de salud mental en el trabajo (letra I).

La Resolución del Parlamento Europeo parte de la afirmación de que “la salud mental será la próxima crisis sanitaria” (apartado 6) y sistematiza su tratamiento y propuestas de actuación en torno a cuatro ejes temáticos¹⁶. Entre otros aspectos, debe destacarse que el Parlamento considera que las medidas actuales para mejorar la salud mental y la seguridad en el trabajo son consideradas insuficientes, particularmente en lo que respecta a la evaluación y gestión de los riesgos psicosociales; a la prevención de la ansiedad, la depresión y el agotamiento profesional; al

¹³ OTERO APARICIO, M.J.: “Garantizar la salud mental y el rendimiento ante escenarios laborales de conectividad permanente: la importancia de la desconexión digital”, *Seguridad y Salud en el Trabajo*, núm. 116, 2023, pp. 51-62

¹⁴ Posición de la Confederación Europea de Sindicatos sobre el marco estratégico de la UE sobre salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. Asimismo, deben tenerse en cuenta las observaciones críticas planteadas en la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098 (INI)).

¹⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098 (INI)).

¹⁶ Un amplio análisis sobre esta Resolución en TASCÓN PÉREZ, R.: “Reflexiones a partir de la resolución del parlamento europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 5, 2022, pp. 39-58.

acceso a apoyo y recursos en materia de salud mental en el trabajo que garanticen la intimidad y la confidencialidad, y a la formación y sensibilización en esta materia.

En esta Resolución del Parlamento Europeo se incluyen numerosos llamamientos a la Comisión Europea para que propusiera iniciativas legislativas sobre la gestión de los riesgos psicosociales y el bienestar en el trabajo y que presentara una estrategia de salud mental de la Unión y una estrategia europea de cuidados. Sin duda, la más ambiciosa es la exigencia de regular el uso de la IA en los lugares de trabajo, dado que los algoritmos y otros sistemas de IA pueden resultar invasivos si no se utilizan y controlan correctamente. La legislación para la prevención de riesgos psicosociales, la regulación del teletrabajo y el reconocimiento de los trastornos de salud mental como enfermedades profesionales también son considerados elementos clave para proteger la salud mental en un mundo del trabajo cada vez más digitalizado, todo ello sin olvidar la necesaria adopción de medidas que favorezcan y garanticen la reincorporación al mercado de trabajo tras la recuperación de una enfermedad que afecta a la salud psíquica.

La Comisión Europea en su *Comunicación sobre un enfoque global de la salud mental* reconoció, adoptada el 7 de junio de 2023¹⁷, reconoció la importancia de abordar los riesgos psicosociales en el trabajo y sus efectos sobre la salud mental con consecuencias, también, en la reducción de la satisfacción laboral, la generación de conflictos, una menor productividad, desgaste emocional, mayor absentismo y rotación de personal. La Comisión apuesta por un firme avance en una regulación vinculante en materia de teletrabajo y desconexión, así como impulsar mejoras para promover un mejor equilibrio entre la vida laboral y personal, el derecho a reincorporarse al trabajo tras una enfermedad mental, y el reconocimiento de un entorno de trabajo psicológicamente seguro. Igualmente, la Comisión insta a los Estados miembros a que adopten un enfoque que promueva la salud mental en todas las políticas debiendo apoyar programas que ayuden a las personas a acceder al empleo o a participar en programas de reinserción laboral, así como a aplicar iniciativas para combatir la estigmatización, la discriminación, la incitación al odio y la violencia.

Durante su mandato presidencial del Consejo de la UE 2023, el Gobierno de España consideró una prioridad “abordar el impacto de la precariedad laboral en la salud mental” y solicitó varios dictámenes al Comité Económico y Social Europeo (CESE) que contribuyeran a definir nuevas políticas laborales que permitan avanzar hacia mercados de trabajo más sanos, más inclusivos y asentados en el trabajo decente. En el *Dictamen exploratorio sobre “Trabajo precario y salud mental”*¹⁸, publicado en abril de 2023, el CESE subraya la necesidad de “combatir los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo detectados en el origen, utilizando intervenciones organizativas para remodelar las condiciones de trabajo, es un paso para promover la salud mental en el ámbito laboral” (apartado 1.12). Posteriormente, en su *Dictamen Exploratorio de septiembre de 2023 sobre Medidas para mejorar la salud mental*¹⁹, el CESE insistió en que “los lugares de trabajo se consideran cunas para fomentar la salud mental y el apoyo, por lo que deben promoverse iniciativas comunes y acciones conjuntas de los interlocutores sociales destinadas a mejorar continuamente las condiciones laborales, sin olvidar una financiación suficiente. Es menester evaluar y eliminar los riesgos psicosociales en el lugar de trabajo y hacer todos los esfuerzos posibles por prevenir la violencia y el acoso mental”. En este sentido, se respalda el desarrollo de un enfoque preventivo que promueva ambientes laborales que favorezcan el bienestar psicológico de las personas trabajadoras, que no descuide la indispensable perspectiva

¹⁷ COM(2023) 298 final.

¹⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Trabajo precario y salud mental” (Dictamen exploratorio a petición de la Presidencia española), DOUE de 29 de junio de 2023.

¹⁹ (2023/C 349/16).

de género que exige una iniciativa de esta envergadura, especialmente teniendo en cuenta el impacto que en la salud mental y en el bienestar pueden tener aspectos episodios padecidos a lo largo de la vida de las mujeres como “el trastorno disfórico premenstrual, el efecto mental, psíquico, psiquiátrico y farmacocinético de la menopausia o la anticoncepción oral, la falta de fármacos para las mujeres embarazadas y en período de lactancia y la falta de atención y tratamiento mental y sanitario adaptado tras la violencia doméstica o sexual, el matrimonio precoz, la exposición (temprana) a la pornografía (violenta) o la trata de seres humanos” (apartado 5.3.2).

En octubre de 2023, el Consejo formuló el primer conjunto de Conclusiones sobre la interrelación entre la salud mental y el empleo, con especial atención al trabajo precario y, el 30 de noviembre de 2023, adoptó las “*Conclusiones sobre la salud mental*”²⁰ que destacan la importancia de abordar la salud mental y el bienestar en los distintos contextos a lo largo de la vida. El Consejo invita a los Estados miembros a elaborar planes de acción o estrategias que apliquen un enfoque intersectorial, incluyendo aquellos dirigidos a la mejora de la salud psicosocial en el lugar de trabajo y la lucha contra la estigmatización de la salud mental.

Insistiendo en esta línea de actuación, en diciembre de 2023, el Parlamento Europeo en su *Informe sobre salud mental*²¹ solicitaba a la Comisión la elaboración de una estrategia de salud mental a nivel de la UE que sea “integral, (que) vaya contra la estigmatización y esté integrada en todas las políticas”.

El enfoque integral de la salud mental ha vuelto a destacarse en la *Declaración de Hulpe sobre el futuro del Pilar Europeo de Derechos Sociales*²² suscrita el 16 de abril de 2024, y que subraya la necesidad de abordar una adaptación normativa para mejorar la prevención de los riesgos psicosociales, por ejemplo, los vinculados a la transición digital, incluidas las repercusiones negativas en la salud mental; y reafirmando la necesidad de persistir en los esfuerzos para prevenir, remediar y eliminar la violencia y el acoso en el trabajo

La acción de la UE no puede limitarse al reconocimiento de la importancia de promover entornos laborales seguros y saludables, sino que se precisa un compromiso firme en la adopción de medidas concretas, incluida la adopción de una directiva europea específica sobre riesgos psicosociales (en la línea de la Directiva marco 89/391/CEE sobre salud y seguridad en el trabajo) que dote un marco conceptual para los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo. Otras medidas incluyen la revisión de la Directiva marco europea sobre seguridad y salud en el trabajo²³ y la Recomendación 2022/2337, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales²⁴, para incorporar las condiciones de salud mental relacionadas con el trabajo, en particular la depresión, el agotamiento, la ansiedad y el estrés. Esta actuación de la UE es esencial para que los Estados miembros reconozcan las condiciones de salud mental como una consecuencia multifactorial del entorno de las personas, incluido el lugar de trabajo.

²⁰ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15971-2023-INIT/es/pdf>

²¹ 2023/2074(INI).

²² <https://belgian-presidency.consilium.europa.eu/media/bj0adazv/declaration-finale.pdf>

²³ Directiva 89/391 - Directiva marco sobre salud y seguridad en el trabajo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. DOCE núm. 183, de 29 de junio de 1989.

²⁴ Recomendación (UE) 2022/2337 de la Comisión de 28 de noviembre de 2022 relativa a la lista europea de enfermedades profesionales. DOUE núm. 309, de 30 de noviembre de 2022.

3. Las patologías vinculadas a la salud psicosocial como contingencias profesionales

En 2010, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) incorporó los trastornos mentales (psicológicos) y del comportamiento en su listado de enfermedades profesionales²⁵ incluyendo junto al trastorno de estrés postraumático, “otros trastornos mentales o del comportamiento no mencionados en el punto anterior cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales y el(los) trastorno(s) mentales o del comportamiento contraído(s) por el trabajador”²⁶.

En este sentido, la OMS anunció durante la 72ª Asamblea Mundial de la Salud de la OMS (mayo de 2019) la inclusión del síndrome del trabajador quemado o *burn out* como un problema relacionado con el trabajo en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11), que entró en vigor el 1 de enero de 2022. Esto ha supuesto un avance en el reconocimiento de los problemas de salud mental relacionados con el trabajo, ya que, en la anterior edición de la CIE, el *burn out* se encuadraba entre los “problemas relacionados con la dificultad en el control de la vida” (Z73.0), dentro de la categoría genérica de “personas que entran en contacto con los servicios sanitarios en otras circunstancias”. Con la nueva clasificación, el síndrome de desgaste profesional se incluye en el capítulo 24 “Factores que influyen en el estado de salud o el contacto con los servicios de salud” dentro de la subcategoría de “problemas asociados con el empleo y el desempleo” y es codificado como QD85: Síndrome de desgaste ocupacional²⁷. El reconocimiento de su origen profesional permite mejorar la identificación del síndrome, así como su prevención y tratamiento y subraya la relevancia de los riesgos psicosociales en el ámbito del trabajo.

En 2022 el Parlamento Europeo en su *Resolución sobre la salud mental en el mundo laboral digital*²⁸ promovió el reconocimiento de las enfermedades mentales como enfermedades profesionales a través de la revisión de la Recomendación de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista de europea de enfermedades profesionales, para añadir los trastornos de salud mental relacionados con el trabajo y, en particular, la depresión, el agotamiento, la ansiedad y el estrés. Asimismo, instaba a la Comisión a la elaboración de una Directiva para la configuración de una lista mínima de enfermedades profesionales y una compensación adecuada para las personas trabajadoras afectadas (apartado 28). Sin embargo, se advertía que esta perspectiva presenta problemas difícilmente solubles por el carácter muchas veces multifactorial de las enfermedades mentales y, en todo caso, requeriría de un estudio “patología a patología de modo similar a lo que ha hecho la OMS recientemente con el *burn out* para calificarlo de enfermedad derivada del contexto laboral.

En España, la consideración de enfermedades como la depresión o la ansiedad como enfermedades profesionales comporta un difícil anclaje jurídico debido al sistema específico de listas establecido en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre²⁹, que asocia profesiones con

²⁵ OIT, Lista de enfermedades profesionales (revisada en 2010), Serie Seguridad y Salud en el Trabajo, núm. 74, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010.

²⁶ La Recomendación 194, de 20 de junio de 2002, sobre la lista de enfermedades profesionales, donde se incluyen los trastornos mentales y del comportamiento como el estrés postraumático y “otros trastornos mentales o del comportamiento” (anexo, punto 2.4, R194).

²⁷ Según la CIE-11, el síndrome de desgaste profesional es el “resultado del estrés crónico en el lugar de trabajo que no se ha manejado con éxito. Se caracteriza por tres dimensiones: 1) sentimientos de falta de energía o agotamiento; 2) aumento de la distancia mental con respecto al trabajo, o sentimientos negativos o cínicos con respecto al trabajo; y 3) una sensación de ineficacia y falta de realización”.

²⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098 (INI)).

²⁹ Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE del 19 de diciembre).

patologías, de ahí la dificultad de modificar el Reglamento para incluir las patologías de la salud mental provocadas por el trabajo.

Para superar estas dificultades y con el fin de facilitar el tratamiento y la protección de las personas trabajadoras que padecen una dolencia psíquica relacionada con el trabajo se ha planteado la inclusión de algunas enfermedades derivadas del estrés como contingencias profesionales en ciertos ámbitos, o la asimilación en algunos casos las patologías mentales a accidentes de trabajo a efectos de prestaciones de incapacidad, como se hizo temporalmente durante la pandemia de COVID-19 con el Real Decreto-ley 6/2020³⁰.

Sin embargo, con la actual regulación jurídica, la consideración de una patología mental como afección de etiología profesional requiere un estudio individual del caso³¹. La mayoría de las enfermedades psíquicas se consideran contingencias comunes ya que las múltiples causas que concurren en su desencadenamiento dificultan ceñir su origen al exclusivo ámbito laboral. Con todo, y aunque los trastornos mentales no están incluidos en la lista actual de enfermedades profesionales, el artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social permite su reconocimiento como contingencias profesionales³².

En primer lugar, por la vía de la presunción de laboralidad contenida en el art. 156.3 LGSS, las enfermedades mentales pueden ser asimiladas al accidente de trabajo si se manifiestan en tiempo y lugar de trabajo³³. Esto implica que se considerará accidente laboral si aparecen de manera repentina durante el horario y en el lugar de trabajo. En tales circunstancias, no será necesario demostrar que el trabajo fue la causa exclusiva de la enfermedad, no se ve enervada por el hecho de que la persona trabajadora padezca la enfermedad con anterioridad al inicio de la prestación laboral (por ejemplo, una enfermedad cardíaca), ni porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciar el trabajo o durante el desarrollo de este. La única excepción a la aplicación automática de la presunción del art. 156.3 LGSS se produce en los supuestos de suicidio³⁴. En estos casos, la postura mayoritaria de la jurisprudencia considera que el suicidio (como acto deliberado de la persona trabajadora) invierte la carga de la prueba respecto a la presunción de accidente laboral y, en consecuencia, no es posible aplicar automáticamente la presunción. Por lo tanto, en estos supuestos, es preceptivo acreditar de manera específica la existencia de un nexo causal entre el trabajo y el suicidio³⁵. A tales efectos, la doctrina judicial utiliza generalmente la “teoría de la ocasionalidad relevante”, que ha sido criticada al entender que “se considera retorcido pensar en

³⁰ En este sentido, PAYÁ CASTIBLANQUE, R. y CALVO PALOMARES, R.: “Sistemas de prevención y protección social sobre los riesgos emergentes de origen psicosocial en la economía digital”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGENS, A. (Coords.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital* Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 562.

³¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Consideración como profesional del estrés sufrido por una trabajadora municipal ante la desorganización de su Departamento de adscripción”, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 10, 2020; DÍAZ DESCALZO, M.C.: “Los riesgos psicosociales en el trabajo: el estrés laboral, el síndrome del quemado y el acoso laboral. Su consideración como accidente de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002, pp. 183-202; SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El controvertido encaje como accidente de trabajo del estrés laboral y la depresión. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos 235/2021, de 26 de mayo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 8314, núm. 465, 2021, pp. 132-140.

³² TODOLÍ SIGENS, A. (Dir.): *Salud mental y la prevención de riesgos laborales. Los problemas de salud mental como accidentes de trabajo*, Institut Valencià de Seguretat i Salut en el Treball, UGT País Valencià, Universitat de València, Valencia, 2023.

³³ En este sentido, véase por ejemplo la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia núm. 1211/2024, de 7 de marzo que estima que el ictus sufrido tras una discusión con el jefe en el centro de trabajo constituye accidente laboral.

³⁴ OLARTE ENCABO, S.: “Trabajo, salud mental y suicidio criterios técnicos para su consideración laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 3, 2023, pp. 43-63.

³⁵ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “Suicidio y trabajo: la insoportable realidad pendiente de una reforma inaplazable”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 3, 2023, pp. 12-42; y del mismo autor: “Una ‘relación fatal’: el estrés laboral lleva al suicidio”, *Revista derecho del trabajo*, núm. 19, 2018, pp. 251-260; CHARRO BAENA, P. y BENLLOCH CHARRO, J.: “El suicidio como accidente de trabajo: estado de la cuestión”, en Monereo Pérez, José Luis y Monereo Romero, Francisca (Coords.), *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social: Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza*, Laborum, Murcia, 2024, pp. 335-346.

la posibilidad de que el trabajador, en un momento tan crítico, haya podido estar tramando la mejora de las prestaciones a percibir por sus causahabientes si se suicida en un lugar o en otro”³⁶. No obstante, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 23 de febrero de 2023 ha abierto nuevas expectativas respecto a la protección relativa a las prestaciones vinculadas al suicidio relacionado con el trabajo al clarificar las situaciones en que un suicidio puede considerarse accidente de trabajo³⁷. En esta sentencia, el TSJ ha determinado que la omisión de una evaluación de riesgos psicosociales en un entorno laboral conflictivo puede constituir un factor de responsabilidad para la empresa, mostrando el primer precedente en que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) realiza una calificación previa del suicidio como accidente laboral con una propuesta de recargo de prestaciones, al tiempo que introduce de forma la “autopsia psicológica” como medio de prueba en estos procedimientos, ampliando así los recursos disponibles para el análisis forense en casos de fallecimientos relacionados con el ámbito laboral. Esta sentencia subraya la creciente importancia de los factores psicosociales ya necesidad de que las empresas implementen medidas preventivas adecuadas para salvaguardar la salud mental de las personas trabajadoras.

Por otro lado, en virtud de lo previsto en el art. 156.2.e) LGSS, las patologías mentales no incluidas en el Anexo I del RD 1299/2006 pueden ser consideradas enfermedades del trabajo siempre que concurran una serie de requisitos³⁸. Por un lado, que la persona trabajadora contraiga la enfermedad “*con motivo de la realización de su trabajo*”. Al respecto, el Tribunal Supremo ha precisado que basta con que la causa de la enfermedad se derive del ejercicio de la actividad profesional y no de una actuación laboral concreta³⁹.

Por otro, que se demuestre la existencia de un nexo causal estricto con el trabajo. En este supuesto, otras palabras, que se pueda probar “de manera fehaciente y sin que dé lugar a duda alguna, que la causa determinante de la enfermedad se debió a la ejecución de su trabajo” (STS de 10 de marzo de 1981). A estos efectos, la carga probatoria de acreditar de forma directa y estricta la relación de causalidad, es decir, que la patología mental obedece exclusivamente a factores profesionales, recae en la persona trabajadora.

Esta carga probatoria se ha considerado una vía “notablemente restrictiva”⁴⁰, dada la dificultad de acreditar tal conexión por el carácter multicausal y complejo de estas patologías (estrés, tecnoestrés o burn-out, ansiedad o depresión)⁴¹. Como remedio ha surgido una doctrina flexibilizadora⁴² que considera estas enfermedades como accidente de trabajo cuando

³⁶ LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: “El encaje del suicidio como accidente de trabajo: qué dice la jurisprudencia y cuáles son las principales causas”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm.3, 2023, pp. 76 y ss.

³⁷ SÁNCHEZ PÉREZ, José: “Una nueva sentencia abre expectativas de defensa para el suicidio inducido por causas laborales”, *Noticias CIELO*, núm. 3, 2023.

³⁸ Se sigue en la enumeración de estos requisitos TODOLÍ SIGENS, Adrián (Dir.): *Salud mental y la prevención de riesgos laborales*. ...cit., pp. 50 y ss.

³⁹ En la STS de 18 de enero de 2005 (rcud. 6590/2003) se considera enfermedad del trabajo el “trastorno adaptativo con alteración mixta de las emociones y de la conducta” que padece un ertzaina como resultado de las agresiones sufridas. Estas agresiones no derivan de una acción específica realizada en el desempeño de sus funciones, sino que están relacionadas con su profesión en sí misma, independientemente de cualquier acto u omisión personal.

⁴⁰ UGT, *Salud Mental y Trabajo*, 2023, p. 32.

⁴¹ Una recopilación exhaustiva de doctrina judicial reciente sobre el particular, en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores...”cit., p. 39.

⁴² Esta tendencia puede apreciarse en pronunciamientos como la STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2019 (rec. 1292/2018) en la que el TSJ indica que “la exigencia legal de la exclusividad laboral de la causa de la enfermedad ha sufrido una degradación a nivel doctrinal que nos parece razonable entendiendo que existe enfermedad del trabajo cuando las circunstancias laborales tienen un papel preferente, importante, prevalente o decisivo, aunque no exclusivo, en la generación de la enfermedad como lesión resultante. O que la enfermedad debe entenderse causada por el trabajo siempre que exista una relación de causalidad directa y rigurosa, aunque no exclusiva, con el trabajo, o que éste sea, al menos, una concausa relevante, junto a otras de carácter común, de la enfermedad. Esta flexibilización del concepto

el trabajo sea su causa “preponderante o prevalente”, aunque no necesariamente exclusiva⁴³. En consecuencia, la etiología profesional quedaría acreditada si la causa laboral es prevalente o es determinante en la incubación de la enfermedad, aunque concurren otras causas⁴⁴.

Un estudio reciente ha identificado tres elementos en la doctrina judicial que son determinantes para la calificación de una enfermedad vinculada a los riesgos psicosociales como accidente de trabajo⁴⁵:

En primer lugar, resulta crucial demostrar la presencia de algún factor o problema laboral que sea el detonante de los problemas de salud mental. De este modo, a la hora de determinar la existencia del nexo causal de la enfermedad con el trabajo pueden actuar como “estresores objetivables en el trabajo” los conflictos laborales⁴⁶, el acoso, el exceso de carga de trabajo⁴⁷, las jornadas excesivamente largas, la incertidumbre sobre la continuidad de la relación laboral o la precariedad en el empleo⁴⁸.

También es pertinente verificar si se han realizado evaluaciones de riesgos psicosociales en la empresa, si se han implementado medidas para mitigar estos riesgos.

En segundo lugar, debe valorarse la inexistencia de antecedentes psicológicos o psiquiátricos de la persona trabajadora. Ahora bien, la presencia de tales antecedentes no impide la calificación de una afección psíquica como un accidente laboral. Esto se debe a que la jurisprudencia reconoce que estas enfermedades, incluso si existían previamente, pueden agravarse debido a condiciones laborales, lo que justificaría la clasificación del problema de salud mental como un accidente en el trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 156.2.f) LGSS⁴⁹.

de enfermedad del trabajo se vislumbra también en la moderna doctrina judicial, no exigiendo un nexo de causalidad exclusiva entre el trabajo y la enfermedad, sino más bien una relación de causalidad abierta entre uno y otra”. Otras sentencias en el mismo sentido son la STSJ de Madrid de 12 de noviembre de 2021 (rec. 616/2021) o la STSJ de Asturias de 6 de abril de 2021 (rec. 494/2021).

⁴³ MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Las enfermedades de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 67; y JURADO SEGOVIA, A.: “Enfermedades psicológicas y accidente de trabajo. A propósito de un supuesto de acoso sobre una trabajadora con dolencias previas. SJS núm. 30 de Madrid, de 30-5-2009”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 44, 2009.

⁴⁴ LEGUA RODRIGO, M. C.: “Del accidente de trabajo a la enfermedad profesional: la enfermedad del trabajo”, en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Vol. 1, España, 2020, p. 364.

⁴⁵ TODOLÍ SIGENS, Adrián (Dir.): *Salud mental y la prevención de riesgos laborales...cit.*, pp. 50 y ss.

⁴⁶ LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: “El encaje del suicidio como accidente de trabajo... cit.”, p. 74.

⁴⁷ Sobre el exceso de carga de trabajo como desencadenante de una patología que se califica como accidente de trabajo véase: la STSJ de Andalucía (Granada), de 13 de febrero de 2020 (rec. 1130/2019) que fundamenta la calificación de accidente de trabajo en el exceso de carga de trabajo y la insuficiencia de medios padecidos por el trabajador durante un largo periodo de tiempo; y la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de junio de 2017 (rec. 1607/2016) que califica como accidente de trabajo el trastorno depresivo de una trabajadora sometida durante un periodo prolongado a una situación de permanente autoexigencia, trabajo intenso y alta responsabilidad. En sentido contrario, demostrando que las circunstancias laborales no tuvieron un carácter prevalente como desencadenantes de la enfermedad (ansiedad o trastorno depresivo): STSJ de Cataluña de 15 de diciembre de 2021 (rec. 4430/2021), y STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de marzo de 2019 (rec. 1647/2018).

⁴⁸ Mención particular merece el denominado “acoso putativo, subjetivo o imaginario”, sobre el que la doctrina judicial no es unánime en su calificación como accidente de trabajo como consecuencia de los problemas derivados del riesgo de simulación y sus variantes. Ampliamente, MUÑOZ RUIZ, A. B.: “La realidad inventada. Accidente de trabajo, acoso imaginario y riesgo de simulación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 19, 2012.

⁴⁹ Tal es el caso resuelto en la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 septiembre de 2022 (rec. 1463/2021), en la que se califica como contingencia profesional la incapacidad permanente absoluta de una trabajadora que, previamente, había sido diagnosticada de un trastorno obsesivo compulsivo, el cual no le impedía desempeñar su trabajo, y que, con motivo del acoso sufrido por parte de un usuario del servicio, fue diagnosticada de trastorno depresivo reactivo a acoso laboral. En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 17 noviembre de 2022 (rec. 3394/2022), califica de contingencia profesional la crisis de ansiedad sufrida por un trabajador desencadenada por la mala organización de la empresa a pesar de que se encontraba en tratamiento activo por una patología previa de ansiedad.

En tercer lugar, debe ponderarse la presencia de causas ajenas al trabajo. La calificación jurídica de los problemas de salud mental como accidentes de trabajo precisa acreditar la existencia de un vínculo causal entre la lesión y el trabajo mediante informes médicos psicológicos o psiquiátricos, informes emitidos por la ITSS, notas de suicidio, autopsias psicológicas, entre otros, que deben valorarse por los tribunales de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 348 LEC). A partir de estos informes (prueba pericial) se trata de determinar si el trabajo es la única causa (o la causa prevalente, prioritaria o determinante), o bien concurren otras causas ajenas al trabajo (problemas económicos, de pareja, etc.) en el deterioro de la salud psicosocial de la persona trabajadora⁵⁰.

Con todo, se trata de un tema que se seguirá debatiendo en la Mesa de Diálogo Social sobre Prevención de Riesgos Laborales en la que participan la patronal, los agentes sociales y representantes del Ministerio de Trabajo y Economía Social. Y es que, entre las cuestiones que deben afrontarse para adaptar el marco normativo español con el fin de afrontar la preocupante situación de la salud mental y la gestión de los riesgos psicosociales en las empresas se encuentran, tal como se ha tratado con anterioridad, las reivindicaciones planteadas por las organizaciones sindicales que instan a la actualización del listado del Real Decreto 1299/2006 para incluir la salud mental entre las enfermedades profesionales⁵¹.

4. La salud psicosocial como elemento clave en el proceso de reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

El derecho a la salud en el trabajo (art. 40 CE) se desarrolla a través de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁵² (LPRL) y el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención⁵³. Asimismo, la protección de la seguridad e higiene de las personas trabajadoras se contempla en el Estatuto de los Trabajadores⁵⁴ (arts. 4.2. d) y 19.1 ET); en el artículo 4.3.e) del Estatuto del Trabajo Autónomo⁵⁵ y en el artículo 14. I) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público⁵⁶.

A pesar de que en ninguno de estos preceptos aparece una referencia expresa a la salud psíquica o mental de las personas trabajadoras, del marco normativo vigente y de la amplitud con la que aparece formulado el derecho a la protección frente a los riesgos laborales en el art. 14 LPR se colige que la evaluación y prevención de los riesgos laborales debe comprender también los riesgos psicosociales derivados del trabajo y del contexto digital⁵⁷.

La pandemia del COVID-19 y las distintas iniciativas adoptadas a nivel internacional y en la UE promovieron que la necesidad de fortalecer la protección de la salud mental se convirtiera en una línea de actuación central del Gobierno. El *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* estableció el impulso de la *Estrategia de Salud Mental 2022-2026*⁵⁸ como programa estratégico

⁵⁰ Excluyendo la existencia de accidente de trabajo: STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2022 (rec. 485/2022), STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de enero de 2022 (rec. 2205/2021). Admitiendo el origen laboral de la enfermedad: STSJ de las Islas Canarias de 26 de mayo de 2022 (rec. 1468/2021).

⁵¹ UGT, *Salud Mental y Trabajo... cit.*

⁵² BOE del 10.

⁵³ BOE del 31.

⁵⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 24).

⁵⁵ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE del 12).

⁵⁶ 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 (BOE del 31).

⁵⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Vigilancia y control de la salud mental ... cit.", p. 27.

⁵⁸ Ministerio de Sanidad, *Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud. Período 2022-2026*, 2022.

destinado a fomentar la cultura preventiva en materia de salud mental⁵⁹. Esta Estrategia concibe el trabajo como un elemento positivo tanto para la salud mental y física, pero advierte que “unas exigencias negativas del trabajo y sus condiciones pueden significar un riesgo para la salud (mental) de las personas trabajadoras”, especialmente en el momento actual en el que el trabajo experimenta cambios continuos y sustanciales (el teletrabajo, el empleo de las tecnologías de información y comunicación, el incremento en el volumen y velocidad de información, la utilización creciente de la externalización y la subcontratación, etc.) que implican “demandas crecientes de flexibilidad para el trabajador en términos del número y tipo de capacidades que se le exigen, lo que viene a menudo acompañado de tensiones sobre la distribución del tiempo de trabajo en horarios difícilmente compatibles con las necesidades familiares y sociales” y que se traducen, en definitiva, en problemas de salud mental por el impacto de los riesgos psicosociales asociados a una organización inadecuada del trabajo.

El 14 de marzo de 2023 se aprobaba por el Consejo de Ministros la *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo 2023-2027*⁶⁰ (EESST) como instrumento de referencia para el desarrollo y la mejora de las políticas de prevención de riesgos laborales de manera integral (salud física y mental), impulsando el análisis del marco normativo para adaptarlo a las nuevas formas de trabajo, a los cambios demográfico y climático, reforzando la incorporación de la perspectiva de género, la integración de la edad y la diversidad generacional en la gestión preventiva, así como la protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos psicosociales⁶¹. La EESST insiste en que las empresas deben promover “modelos avanzados de gestión de la salud, con especial énfasis en la salud mental”. A tal fin, contempla como acciones específicas: a) el desarrollo de acciones dirigidas a conocer las posibles causas de origen laboral en pacientes con diagnóstico de depresión-ansiedad que causan incapacidad laboral tanto temporal como permanente a los efectos de diseñar una intervención preventiva adecuada en función de los factores laborales identificados; b) el reconocimiento a las empresas que acrediten buenas prácticas orientadas a proteger la salud mental y emocional de su personal⁶²; y c) el diseño de un procedimiento que facilite la empleabilidad y el retorno al trabajo tras padecer una enfermedad mental. Además, se prevé que las intervenciones dirigidas a la salud mental en las empresas deben integrarse dentro de una estrategia global de salud y seguridad laboral que debe abarcar la prevención, la detección temprana, el apoyo y la reincorporación o readaptación.

En este contexto se desarrollan las negociaciones en el marco de la Mesa de Diálogo Social sobre Prevención de Riesgos Laborales que persigue actualizar el marco normativo de la prevención de riesgos laborales —revisión de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención— para adaptarlo a los nuevos requerimientos de las relaciones laborales y de las organizaciones de trabajo y con especial atención a los factores y riesgos

⁵⁹ La Estrategia considera necesario que las intervenciones para la mejora de los entornos laborales adopten un triple enfoque: a) proteger la salud mental reduciendo los factores de riesgo asociados al trabajo; b) promover la salud mental a través del fomento de los aspectos positivos del trabajo y del desarrollo de las cualidades y capacidades de las personas trabajadoras; y c) tratar los problemas de salud mental independientemente de su causa de origen

⁶⁰ Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 (BOE del 28).

⁶¹ Un análisis detallado de la incorporación de la perspectiva de género en la Estrategia en ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: “Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 desde la perspectiva de género”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 480, 2024, pp. 61-83. Asimismo, sobre la necesidad de incorporar la perspectiva de género a las políticas preventivas y al desarrollo de la actividad preventiva véase MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.: “La igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo: La obligada atención al sexo en la garantía de una protección eficaz de las mujeres trabajadoras”, *Lan Harremanak*, núm. 23, 2010, pp. 21-39.

⁶² FUMERO DIOS, I.S.: “Un entorno de trabajo seguro y saludable: un principio y un derecho fundamental del trabajo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 102, 2023.

psicosociales⁶³. Se trata de promover un nuevo enfoque estratégico en la gestión de riesgos que supere la tradicional gestión de la prevención en las empresas con el fin de mejorar la integración de la actividad preventiva de las empresas, introducir la perspectiva de género y la diversidad generacional en la gestión preventiva y reforzar la protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos psicosociales y los nuevos riesgos asociados al uso de las TIC, lo que supondrá la incorporación del tratamiento preventivo expreso de la salud mental y su equiparación a la salud física.

Uno de los principales desafíos que acometerá este proceso de reforma será la mejora de la regulación en materia de riesgos psicosociales, con el fin de promover una gestión eficaz de la salud psicosocial en los entornos laborales, teniendo en cuenta los riesgos psicosociales asociados a las nuevas tecnologías, la hiperconectividad, la monitorización constante y la evaluación específica de aquellos puestos de trabajo que se encuentran sometidos al poder organizativo de algoritmos o inteligencia artificial. Y ello integrando la perspectiva de género y los factores de edad y diversidad generacional en la gestión preventiva y teniendo en cuenta la interrelación entre los riesgos psicosociales y otras enfermedades, como las cardiovasculares y cerebrovasculares (infartos, ictus).

Sería recomendable que en estos trabajos de reforma normativa se tomaran en consideración las conclusiones del Informe PRESME⁶⁴, en el que se identifican la informalidad laboral, la precariedad en el empleo, la descentralización de la organización productiva, la infravaloración de los cuidados, la conectividad permanente, los tiempos asociales o no previsibles de trabajo y la falta de reconocimiento de su importancia en el bienestar general como causas de estrés y deterioro de la salud mental. El informe plantea la necesidad de impulsar un nuevo Estatuto del Trabajo para avanzar hacia un empleo digno y sostenible, promoviendo la conciliación corresponsable de la vida laboral, personal y familiar; favoreciendo el reconocimiento económico y social del trabajo de los cuidados; renovando el modelo de representación de los trabajadores en las empresas; y reforzando el sistema sanitario, extendiendo el enfoque de salud a todas las políticas, integrando los diferentes componentes de la salud laboral en el Sistema Nacional de Salud.

Igualmente, resulta imprescindible considerar las recomendaciones recogidas en el Informe *Salud mental y la prevención de riesgos laborales. Los problemas de salud mental como accidentes de trabajo-2023*⁶⁵ y que incluyen, entre otras: a) la revisión y actualización de la herramienta Salud Total⁶⁶; b) que el tratamiento y evaluación de los riesgos psicosociales (incluyendo la formación en esta materia) se acometa en el marco de negociación colectiva de sector para evitar regulaciones fragmentadas; c) la creación de nuevas figuras de representación especializada en materia de salud mental; y d) la articulación de medidas de prevención de riesgos psicosociales en las empresas.

⁶³ RAMOS QUINTANA, M.I.: “Ante la anunciada reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 113, 2024, pp. 1-7.

⁶⁴ El Ministerio de Trabajo y Economía Social en su informe “*Precariedad Laboral y Salud Mental: conocimientos y políticas*” publicado 17 de marzo de 2023 (Informe PRESME) examina la relación existente entre la precariedad laboral y el empleo femenino, centrándose especialmente en el sector de los cuidados y el trabajo de los cuidados. Comisión de personas expertas sobre el impacto de la precariedad laboral en la salud mental en España: “Precariedad laboral y salud mental”, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023.

⁶⁵ TODOLÍ SIGENS, A. (Dir.): *Salud mental y la prevención de riesgos laborales...cit.*.

⁶⁶ NTP 421 del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo: “Test de salud total” de LangnerAmiel: su aplicación en el contexto laboral.

Otras propuestas⁶⁷ a tener en cuenta en estos trabajos de reforma son las que prevén la incorporación de pruebas relativas a los riesgos psicosociales vinculados a la tecnología dentro del deber empresarial de vigilancia periódica del estado de salud de la plantilla⁶⁸. También se propone la necesidad de fortalecer el derecho a la desconexión de los trabajadores (artículo 20.3 del ET y el artículo 88 de la LOPD y GDD) para prevenir patologías mentales vinculadas al estrés y la ansiedad. Igualmente, se plantea la necesidad de “racionalizar el control tecnológico sobre los empleados al amparo del art. 20.3 ET” a través de una “política de prevención adecuada que permita verificación transparente de las obligaciones laborales, basada más en la confianza que en la monitorización constante, para reducir la presión psicológica en la organización”⁶⁹. Finalmente, se plantea promover “la formación digital adecuada (que) puede familiarizar amablemente a los empleados con la tecnología, evitando riesgos de despido por falta de adaptación, lo que reduce el estrés”; y promover entornos laborales saludables a través de políticas empresariales de salud integral que estimulen hábitos de vida saludables, actividades (sociales, culturales, deportivas) y otras medidas (guarderías, gimnasios, etc.) que mejoren el bienestar emocional.

El proceso de reforma conducirá a la conformación de armazón normativo vinculante de la prevención tradicional de riesgos laborales, que procurará una gestión más integral y proactiva de los riesgos psicosociales y otros factores que pueden afectar la salud y el bienestar de las personas trabajadoras con el que se logrará superar los esquemas de normalización estándar de mercado, como los promovidos por la ISO 45003⁷⁰, que son de naturaleza voluntaria.

5. Bibliografía

- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Breves consideraciones sobre la prevención de los riesgos psicosociales”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.), *Los riesgos psicosociales. Teoría y práctica*, Pamplona, Aranzadi, 2006.
- CHARRO BAENA, P. y BENLLOCH CHARRO, J.: “El suicidio como accidente de trabajo: estado de la cuestión”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y MONEREO ROMERO, F.(Coords.), *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social: Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza*, Laborum, Murcia, 2024.

⁶⁷ Se relacionan las propuestas planteadas por TASCÓN PÉREZ, R.: “Reflexiones a partir de la resolución del parlamento... cit., p. 53.

⁶⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores...cit.; CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Breves consideraciones sobre la prevención de los riesgos psicosociales”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.), *Los riesgos psicosociales. Teoría y práctica*, Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 104. Para un análisis de los desafíos jurídicos y medios de esta propuesta: POQUET CATALÁ, R.: “Vigilancia de la salud, poder de dirección empresarial y derecho a la intimidad del trabajador. Un triángulo conflictivo”, *Lex Social*, vol. 10, núm. 1, 2020, p. 384; y GOÑI SEIN, J.L. “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia y Trabajo*, núm. 1, 2022, pp. 5-27.

⁶⁹ TASCÓN PÉREZ, R.: “Reflexiones a partir de la resolución del parlamento... cit., p. 54, citando a DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E.: “La segunda sentencia del TEDH en el caso *Barbulescu* y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, *Revista de Información Laboral*, núm. 1 (2018), pp. 19 y ss.; TASCÓN LÓPEZ, R.: “Tecnovigilancia empresarial y derechos de los trabajadores”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 415, 2017, pp. 53 y ss.; PRECIADO DOMENECH, C.H.: “Comentario de urgencia a la STEDH de 9 de enero de 2018: caso López Ribalta y otros contra España”, *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2018, pp. 41 y ss.

⁷⁰ La Norma UNE-ISO 45003:2001 *Gestión de la seguridad y salud en el trabajo. Seguridad y salud psicológicas en el trabajo. Directrices para la gestión de los riesgos psicosociales* proporciona una orientación sobre la gestión de los riesgos psicosociales y la promoción del bienestar en el trabajo en todas las organizaciones, independientemente de su tamaño y sector, como parte de un sistema de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo desarrollado a través de la ISO 45001, que establece los requisitos y la orientación sobre la planificación, implementación, revisión, evaluación y mejora de un sistema de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo.

- DESDENTADO BONETE, A.y DESDENTADO DAROCA, E.: “La segunda sentencia del TEDH en el caso *Barbulescu* y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador”, *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2018.
- DÍAZ DESCALZO, M. C.: “Los riesgos psicosociales en el trabajo: el estrés laboral, el síndrome del quemado y el acoso laboral. Su consideración como accidente de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002.
- FUMERO DIOS, I. S.: “Un entorno de trabajo seguro y saludable: un principio y un derecho fundamental del trabajo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 102, 2023.
- FUMERO DIOS, I. S.: *El teletrabajo y el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable*, Bomarzo, Albacete.
- GOÑI SEIN, J. L.: “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia y Trabajo*, núm. 1, 2022.
- JURADO SEGOVIA, A.: “Enfermedades psicológicas y accidente de trabajo. A propósito de un supuesto de acoso sobre una trabajadora con dolencias previas. SJS núm. 30 de Madrid, de 30-5-2009”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 44, 2009.
- LEGUA RODRIGO, M. C.: “Del accidente de trabajo a la enfermedad profesional: la enfermedad del trabajo”, en AA.VV., *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Laborum, Vol. 1, España, 2020.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: “El encaje del suicidio como accidente de trabajo: qué dice la jurisprudencia y cuáles son las principales causas”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 3, 2023.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L.: “La igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo: La obligada atención al sexo en la garantía de una protección eficaz de las mujeres trabajadoras”, *Lan Harremanak*, núm. 23, 2010.
- MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Las enfermedades de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MORENO SOLANA, A.: “La inclusión de un entorno seguro y saludable en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 97, 2023.
- MUÑOZ RUIZ, A. B.: “La realidad inventada. Accidente de trabajo, acoso imaginario y riesgo de simulación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 19, 2012.
- OLARTE ENCABO, S.: “Trabajo, salud mental y suicidio criterios técnicos para su consideración laboral”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 3, 2023.
- OTERO APARICIO, M. J.: “Garantizar la salud mental y el rendimiento ante escenarios laborales de conectividad permanente: la importancia de la desconexión digital”, *Seguridad y Salud en el Trabajo*, núm. 116, 2023.
- PAYÁ CASTIBLANQUE, R. y CALVO PALOMARES, R.: “Sistemas de prevención y protección social sobre los riesgos emergentes de origen psicosocial en la economía digital”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y TODOLÍ SIGNES, A. (Coords.), *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital* Pamplona, Aranzadi, 2020.

- POQUET CATALÁ, R.: “Vigilancia de la salud, poder de dirección empresarial y derecho a la intimidad del trabajador. Un triángulo conflictivo”, *Lex Social*, vol. 10, núm. 1, 2020.
- RAMOS QUINTANA, M. I.: “Ante la anunciada reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 113, 2024.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Vigilancia y control de la salud mental de los trabajadores: aspectos preventivos y reparadores”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, núm. 2, 2021.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: “Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 desde la perspectiva de género”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 480, 2024.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “El controvertido encaje como accidente de trabajo del estrés laboral y la depresión. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos 235/2021, de 26 de mayo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 8314, núm. 465, 2021.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “Suicidio y trabajo: la insoportable realidad pendiente de una reforma inaplazable”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol.11, 11, núm. 3, 2023.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “Una “relación fatal”: el estrés laboral lleva al suicidio”, *Revista derecho del trabajo*, núm. 19, 2018.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “Una nueva sentencia abre expectativas de defensa para el suicidio inducido por causas laborales”, *Noticias CIELO*, núm. 3, 2023.
- STACCIOLI, J. y VIRGILLITO, M. E.: *Gestión de las personas trabajadoras mediante la IA: desde el desarrollo tecnológico hasta su impacto en su seguridad y salud*, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2024.
- TASCÓN PÉREZ, R.: “Reflexiones a partir de la resolución del parlamento europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 5, 2022.
- TODOLÍ SIGENS, A. (Dir.): *Salud mental y la prevención de riesgos laborales. Los problemas de salud mental como accidentes de trabajo*, Institut Valencià de Seguretat i Salut en el Treball, UGT País Valencià, Universitat de València, Valencia, 2023.

LA ENFERMEDAD/SALUD COMO CAUSA DISCRIMINATORIA EN LAS RELACIONES LABORALES Y EN LA PROTECCIÓN SOCIAL¹

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ
Catedrático de Universidad
Universidad de Granada
CÓDIGO ORCID: 0000-0002-0951-2593
RESEARCHER ID: L-1679-2017

1. Introducción: enfermedad y derecho a la igualdad trato y no discriminación

Con la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico una nueva causa de discriminación prohibida: la enfermedad y otras circunstancias vinculadas con la salud. Aunque enmarcada en una tendencia evolutiva jurisprudencial hacia la progresiva consideración de algunos supuestos de enfermedad como discriminatorios, ese reconocimiento legal, expreso y amplio de la enfermedad como causa autónoma de discriminación constituye una auténtica novedad². Y así lo reconoce

¹ En el marco del Proyecto I+D+i (Proyectos de Generación de Conocimiento 2023. Plan Nacional 2023): Protección social y trabajo de las personas mayores en un contexto de transformación digital y envejecimiento activo (PID2023-153014OB-I00).

² Aunque, en un sentido laxo e impropio, se haya negado dicha novedad porque ya estaba presente como preocupación social. Es el caso de VILLARINO MOURE, C.: "A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación", *Jurisdicción Social*, núm. 252, 2024, página 19, cuando manifiesta que la Ley 15/2022 no crea nuevas causas de discriminación sino que más bien constata una realidad social ya existente, entendiendo que "la tipificación de causas de discriminación no es una creación *ex nihilo* del legislador, sino que se produce porque existen determinados prejuicios socialmente arraigados". Por nuestra parte, dicha novedad es evidente. Una cosa es la realidad social y otra es la realidad jurídica.

expresamente la Ley 15/2022³. Tampoco el artículo 14 CE⁴ ni la normativa europea contemplaba específicamente la enfermedad como causa expresa de discriminación⁵.

No obstante, como decíamos, con anterioridad se apreciaba ya una tendencia interpretativa hacia la consideración de determinadas enfermedades como factores de discriminación, especialmente en relación con la extinción contractual. Por un lado, cuando la enfermedad comportaba o constituía un *elemento de segregación* o suponía la *estigmatización* de la persona enferma que la padece (caso de las enfermedades socialmente estigmatizantes)⁶. Por otro lado, cuando *la enfermedad pudiera ser asimilable o equiparable a la discapacidad*,⁷ por diversas circunstancias concurrentes que ha puesto de relieve fundamentalmente la jurisprudencia del TJUE⁸: en los casos en que la enfermedad conlleve limitaciones de *larga duración* que impidan la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores; en los casos en los que la enfermedad *no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo*; o en los casos de que pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona⁹.

³ Que en su Exposición de Motivos aclara que aunque “toma como referencia el artículo 14 de la Constitución y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica, por su especial relevancia social y mantiene la cláusula abierta que cierra el mencionado artículo”.

⁴ La cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, por genérica y abierta (“... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”) no puede interpretarse en un sentido amplio que comprenda cualquier condición o circunstancia que no esté expresamente mencionada, incluyendo así también la enfermedad y salud, pues como ha precisado la STC 62/2008, de 26 de mayo, en tal caso “la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta”.

⁵ Ni el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, reconocen expresamente la enfermedad como causa discriminatoria, en cambio sí otro concepto relativamente próximo: la discapacidad.

⁶ De forma destacada, la STS de 29 de enero de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:502) o la mencionada STC 62/2008, de 26 de mayo, cuando manifiesta que “no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo”, y una de esas circunstancias vinculadas al estado de salud del trabajador concurrirían cuando, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, “el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”.

⁷ En este sentido, Goñi Sein, J.L.: “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia & Trabajo*, núm. 1, 2022, páginas 18 y 19, sintetiza las condiciones requeridas para que la discriminación por enfermedad sea asimilable a la discriminación por discapacidad: 1) la limitación de la capacidad debe ser duradera (de forma que no se prevea la finalización a corto plazo); 2) sería también aplicable a los supuestos de enfermedad de corta duración cuando las faltas de asistencia al trabajo sean consecuencia de enfermedad atribuibles a la discapacidad; 3) ha de analizarse el estado de incapacidad del interesado en la fecha del despido; y 4) el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo no significa, de por sí, que esa persona tenga una discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE.

⁸ Que ha sido asumida también por el Tribunal Supremo en pronunciamientos como la STS de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1736), la STS de 15 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3165); o la STS de 31 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2358).

⁹ La STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark vs. Dansk almennyttigt Boligselskab y Dansk Arbejdsgiverforening* considera que el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, *si esta limitación es de larga duración*. En el mismo sentido, la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, *FOA-Kaltoft*. Por su parte, la STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, *Daouidi y Bootes Plus S.L.*, precisa que entre los indicios que permiten considerar que una limitación es *duradera* figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio la incapacidad del interesado *no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a*

Nos encontramos así con conceptos próximos, cercanos, que sin embargo presentan matices diferenciadores: enfermedad, salud, incapacidad temporal¹⁰, discapacidad¹¹, ineptitud¹², trabajador que por sus circunstancias personales o biológicas es especialmente sensible a determinados riesgos laborales.

2. La enfermedad como causa de discriminación prohibida

2.1. El concepto amplio de enfermedad y de otras circunstancias vinculadas a la salud

El artículo 2.1 (Ámbito subjetivo de aplicación) de la Ley 15/2022 reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal, por lo que nadie podrá ser discriminado, entre otras razones, por *enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos*.

Nos encontramos así con que la enfermedad, entendida en sentido amplio, constituye ahora una circunstancia discriminatoria autónoma, desvinculada de otras (y en particular de la discapacidad). Y decimos “en sentido amplio” porque no va vinculada a ninguna dolencia o patología específica, porque no exige una especial gravedad, ni es relevante su duración, y también porque junto con la enfermedad se tienen en cuenta otras características y circunstancias próximas a la enfermedad, y en todo caso vinculadas a la salud, que son igualmente consideradas discriminatorias. Por simplificar, en nuestro análisis tomamos como causa discriminatoria el concepto “enfermedad”, por ser el más fácilmente identificable. Sin embargo, como se aprecia, la norma legal alude en realidad a cuatro categorías: 1) enfermedad; 2) condición de salud; 3) estado serológico; y 4) predisposición genética a sufrir patologías o trastornos.

En nuestra aproximación conceptual partimos de la dicotomía enfermedad/salud. Enfermedad y salud son términos contrapuestos¹³. La presencia de una enfermedad niega el

corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Por último, la STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, *DV y Nobel Plastiques Ibérica*, manifiesta que la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que el estado de salud de un trabajador reconocido como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, que no permite al trabajador desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo está comprendido en el concepto de “discapacidad” en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas *a largo plazo*.

¹⁰ Aunque la incapacidad temporal pueda presuponer una enfermedad. Lo que, por ejemplo, ha llevado a la SAN de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3257) a afirmar que como quiera que la IT (artículo 169.1 LGSS) se define como aquella situación debida a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, durante la que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, *este absentismo viene provocado por la situación de enfermedad en que el trabajador se encuentra* y que le resulta impeditiva para trabajar, *de modo que el trato dispar constituye una discriminación directa por enfermedad*, lo que resulta proscrito por la Ley 15/2022.

¹¹ El concepto discapacidad no puede confundirse con el concepto de enfermedad en sentido genérico (como sostenía la STJUE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, *Chacón Navas vs Eurest Colectividades*, afirmando que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación), como hemos puesto de manifiesto, si en cambio cuando en la enfermedad concurrían determinadas circunstancias que pudieran asimilarla a la discapacidad al menos en su tutela antidiscriminatoria.

¹² Así, por ejemplo, la STS de 2 de mayo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:3500), ya consideraba el concepto *ineptitud* como “una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo-rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.”.

¹³ El diccionario de la RAE considera *enfermedad* como la “alteración más o menos grave de la salud” (2021) y como el “estado producido en un ser vivo por la alteración de la función de uno de sus órganos o de todo el organismo” (2023). Las acepciones de *salud* que según el diccionario de la RAE ahora nos interesan son: “estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones” y “condición física y psíquica en que se encuentra un organismo en un momento determinado”.

concepto de salud; y la salud, entre otras circunstancias adicionales, conlleva la ausencia de enfermedad.

Por ello es problemática la distinción entre enfermedad y condición de salud. De esta manera se ha entendido que la enfermedad exige una alteración de las funciones de los órganos o del organismo en su conjunto; mientras que la condición de salud engloba situaciones que no incapacitan para el trabajo y que, de hecho, no tienen la consideración de enfermedad, aunque puedan facilitar la aparición de otras patologías¹⁴ (así, condiciones de salud serían, por ejemplo, la obesidad, las alergias o la pérdida de visión, situaciones todas ellas que no tienen la consideración de enfermedad, pero que afectan a la salud). Por otro lado, se ha considerado que condición de salud será un determinado estado o situación que afecta al organismo de una persona, por lo que desde el punto de vista laboral se trataría de una determinada característica del estado fisiológico o morfológico de una persona que puede derivar en una enfermedad y, por tanto, en una incapacidad, temporal o permanente, para trabajar¹⁵. Finalmente, también se ha señalado que nos encontramos ante una relación entre *especie* (la “enfermedad”) y *género* (“condición de salud”)¹⁶, por lo que se consideraría como “condición de salud” determinados “estados generales de la persona o meros signos o síntomas (labilidad emocional, cansancio o fatiga persistente, etc.), tanto físicos como psíquicos, que no hayan determinado un diagnóstico”. También la obesidad, el tabaquismo, el alcoholismo, la toxicomanía, etcétera.

Por otro lado, la inclusión como causa discriminatoria también del “estado serológico” y de la “predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”, amplían hacia el futuro, anticipándose al presente, una tutela antidiscriminatoria relacionada con la salud en relación con situaciones y estados de salud del trabajador que, sin ser ni constituir enfermedad “actual” si lo puede ser “potencial”, por ser indicadores de una mayor probabilidad de sufrir determinadas patologías. De este modo, los análisis de marcadores tumorales, anticuerpos, perfiles genéticos pueden revelar una predisposición para desarrollar ciertas enfermedades (determinados tipos de cáncer, celiaquía, intolerancias, alergias, diabetes, VIH, etcétera).

2.2. El reconocimiento legal de nuevas formas de discriminación por enfermedad

Esta ampliación en el concepto mismo de enfermedad y del resto de circunstancias relacionadas con la salud se ve potenciada y favorecida también por el reconocimiento de diversos tipos de discriminación por enfermedad (en realidad, sería predicable de cualquier causa discriminatoria). De esta manera, conforme al artículo 6 (Definiciones) de la Ley 15/2022, la discriminación por enfermedad, además de poder ser *directa* (situación en la que una persona pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable

¹⁴ GORDO GONZÁLEZ, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *Labos*, Vol. 4, núm. extraordinario “Tormenta de reformas”, 2023, página 113.

¹⁵ AGUILERA IZQUIERDO, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, página 67.

¹⁶ VILLARINO MOURE, C.: “A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación”, *op. cit.*, página 28, por lo que “el espectro cubierto por la prohibición de discriminación, en relación con la salud, es más amplio que el de la mera enfermedad”. Por ello, partiendo de la definición de salud que ofrece la OMS (estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades), cabe concluir que una condición de salud que impida un completo bienestar físico, mental o social no necesariamente debe ser una afección o enfermedad. En el mismo sentido se manifestaba AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)”, *Jurisdicción Social*, núm. 243, 2023, páginas 31 y 32, cuando entendía que la “condición de salud” sería el genérico, el concepto que comprende cualquier alteración de la salud con independencia de su origen, siendo la “enfermedad” el más habitual de ellos. Por consiguiente, quedan comprendidas todas las alteraciones de la salud derivadas de enfermedades (sin exclusión por contingencia, común o profesional) y los accidentes (sin distinción tampoco en su contingencia), así como otras situaciones o “condiciones” como puedan ser el alcoholismo o la drogadicción (sin perjuicio que, en algún caso, puedan considerarse situaciones de “discapacidad”).

por razón de una causa expresamente considerada como discriminatoria) e *indirecta* (cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una persona una desventaja particular con respecto a otras), amplia sus contornos legales hacia otras formas discriminatorias, como la discriminación *por asociación* (debida a su relación con otra persona sobre la que concurra alguna de las causas discriminatorias) o la discriminación *por error* (fundada en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona discriminada), la discriminación *múltiple* (discriminación simultánea o consecutiva por dos o más causas discriminatorias, como por ejemplo podría ser la discriminación por enfermedad y discapacidad, o por enfermedad y sexo) o la discriminación *interseccional* (cuando concurren o interactúan diversas causas discriminatorias, pero generando una forma específica de discriminación), el *acoso discriminatorio*, la *inducción, orden o instrucción de discriminar*, o las *represalias*.

Todas estas formas de discriminación pudieran tener lugar con motivo de la enfermedad o condición de salud, incluso de forma conjunta. En relación con esto, resulta relevante la SAN de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3257), que considera que existe discriminación por razón de enfermedad tanto *por asociación* como *indirecta*. En concreto se considera discriminatoria por enfermedad la supresión o reducción de unos incentivos económicos establecidos en el plan de absentismo aplicable a la empresa cuando la persona trabajadora, aun alcanzando los objetivos establecidos, utiliza el permiso de acompañamiento a consultas médicas de personas a su cargo reconocido por el convenio colectivo aplicable, precisando que tanto si el acompañamiento a consulta médica está relacionado con la existencia de alguna patología como si lo que se pretende es recibir una atención médica preventiva o prospectiva (vgr. controles médicos, análisis, vacunaciones, etc.), se estaría discriminando al acompañante, el trabajador que hace uso de este permiso, por su relación con el destinatario de la consulta médica (relación además reforzada por sus obligaciones legales de cuidado). Por ello se considera expresamente que existe en la decisión empresarial una *conducta discriminatoria por asociación*. Pero por otro lado, además de dicha discriminación por asociación, también se aprecia *discriminación indirecta* en dicha supresión o reducción de los incentivos económicos cuando la persona trabajadora utiliza el permiso para acompañamiento de una persona a cargo a consulta médica, pues partiendo del dato de que son las trabajadoras quienes hacen uso de este permiso no retribuido en proporción muy significativa frente a los trabajadores, la “neutra” decisión de que el disfrute de ese derecho convencional compute para la fijación del índice de absentismo, objetivamente pierde su neutralidad desde el momento en que coloca al colectivo femenino en situación desigualitaria frente al masculino, por razón de ser las mujeres quienes hacen un uso masivo del permiso en comparación con el colectivo de hombres trabajadores. Por ello dicha medida es calificada de discriminación indirecta para el colectivo de mujeres trabajadoras de la empresa¹⁷.

En el mismo sentido, la SAN de 22 de enero de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:377), en un caso casi análogo al anterior, en el que el Convenio Colectivo de Verilla Spain S.A. reconoce el derecho a percibir un complemento salarial (denominado “incentivo de mejora”) solo a los trabajadores que no superen un determinado índice de absentismo, considera que computar las situaciones de incapacidad temporal y los permisos para acompañar a las consultas médicas a familiares a cargo como absentismo penalizaría de forma injustificada a los trabajadores que por tales motivos perdieran el correspondiente complemento salarial. En este caso se aprecia: (1) *discriminación directa por enfermedad*, puesto que la regulación convencional otorga un trato peyorativo a todo trabajador que curse IT en el mes de referencia por período superior a 8 horas, ya que ve

¹⁷ Y añadiríamos nosotros, no la comentada sentencia, que dado que este permiso es utilizado mayoritariamente por las trabajadoras de la empresa, por mujeres, también podría configurar un supuesto de discriminación múltiple: enfermedad y sexo.

minorada la cantidad a percibir en concepto de incentivo de mejora; (2) *discriminación indirecta por razón de sexo*, en la medida en que los derechos de conciliación, entre los que se incluye este permiso para acompañar a familiares a consultas médicas, son ejercidos mayoritariamente por mujeres; y (3) *discriminación por asociación por razón de enfermedad*, por cuanto se discrimina por la relación con una persona enferma o que necesita acudir a consulta médica.

2.3. Excepciones: Diferencias de trato por enfermedad no discriminatorias

No obstante, y aunque en principio queda proscrita toda discriminación por razón de la enfermedad, el ordenamiento jurídico admite de forma restringida excepciones en las que podrían establecerse diferencias de trato (artículo 2, párrafos 2 y 3, de la Ley 15/2022):

(1) Con carácter general, cualquiera que sea el motivo discriminatorio, por tanto, también por enfermedad y circunstancias relacionadas con la salud, cuando “los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad”. En relación con ello, el artículo 4.2 de la Ley 15/2022, no considera discriminación la diferencia de trato “derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”.

(2) Específicamente, la enfermedad podría amparar diferencias de trato (a) que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, (b) de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o (c) de las exigidas por razones de salud pública. En relación con esto último hay que destacar que podría justificarse una diferencia de trato por razón de enfermedad en relación con la jornada y el horario de trabajo, con el lugar de prestación de servicios, con el desempeño de determinadas funciones, de un determinado puesto de trabajo (en relación con la promoción, ascensos, movilidad funcional), con la ineptitud del trabajador para determinadas funciones (que en su caso podría justificar un despido objetivo), etcétera.

2.4. Consecuencias del trato discriminatorio: prohibición, protección y reparación, nulidad de pleno derecho

El derecho a la igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación por razón de cualquiera de las causas de discriminación expresamente reconocidas como tales, entre ellas, por razón de enfermedad o condición de salud. En consecuencia, y tal y como precisa el artículo 4.1 de la Ley 15/2022, *queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra este derecho a la igualdad*, considerándose vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes. Como garantía adicional de protección frente a la discriminación, el artículo 25 (Medidas de protección y reparación frente a la discriminación) de la Ley 15/2022 obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias. El incumplimiento de tales obligaciones dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y

civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva. En cualquier caso, ante un comportamiento discriminatorio la consecuencia inmediata es la nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen dicha discriminación (artículo 26 de la Ley 15/2022).

2.5. El debate sobre la exigencia de que el reconocimiento legal de la discriminación por enfermedad se hubiera realizado mediante Ley Orgánica

Por último, cerramos este análisis de la novedad que supone la consideración expresa de la enfermedad como causa discriminatoria con un “punto controvertido” que ha suscitado un debate doctrinal en relación a si la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de esta nueva causa de discriminación por enfermedad y condición de salud requeriría haberse hecho mediante una ley orgánica y no una ley ordinaria (como la Ley 15/2022).

Quienes sostienen la adecuación constitucional de la Ley 15/2022 (ordinaria) cuando conceptúa como discriminación prohibida la enfermedad insisten en que formalmente el derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 14 CE) no está incluido entre los derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 15 a 29 CE), por lo que no exigiría desarrollo por ley orgánica (artículo 81.1 CE), aunque a efectos de protección constitucional cuente con las mismas garantías reconocidas a los derechos fundamentales (la tutela reforzada mediante un procedimiento preferente y sumario en la jurisdicción ordinaria y mediante recurso de amparo recogidos en el artículo 53.2 CE, que expresamente dispone el mismo tratamiento del derecho a la no discriminación que los formalmente considerados derechos fundamentales)¹⁸. Desde este posicionamiento, se ha precisado que incluso asumiendo que el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación entrara en el concepto “amplio” de derecho fundamental, se debería distinguir (siguiendo a la STC 135/2006, de 27 de abril) entre (1) *la imposición de límites a un derecho fundamental* (actividad normativa reservada a la ley orgánica conforme al artículo 81.1 CE) y (2) *la regulación del ejercicio del derecho* (tarea que compete al legislador ordinario en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE), y por tanto, se entiende que el carácter ordinario y no orgánico de la nueva ley no es obstáculo para la ampliación del ámbito subjetivo de la tutela antidiscriminatoria, al incorporar las causas de discriminación de nuevo reconocimiento por su “especial relevancia social”, a *diferencia de si se pretendiera lo contrario, la restricción de dicho ámbito de tutela, cosa que (entonces sí) exigiría el carácter orgánico de la nueva ley*. Además, se recuerda que tal incorporación (por vía de norma ordinaria) de nuevas causas de discriminación ya ha ocurrido en anteriores ocasiones (por ejemplo mediante la sucesiva incorporación de nuevas causas de discriminación en los artículos 4 y 17 ET)¹⁹.

Por el contrario, hay quienes consideran inadmisibles que una ley ordinaria sea la que ha ampliado las discriminaciones constitucionalmente prohibidas, calificando expresamente como causa discriminatoria la enfermedad, manteniendo que el derecho a la igualdad de trato y no

¹⁸ En particular, GOÑI SEIN, J.L.: “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *op. cit.*, página 8. En el mismo sentido se pronuncia también la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:4970), cuando considera que la Ley 15/2022 constituye desarrollo del artículo 14 CE, que, por no encontrarse entre los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos sistemáticamente en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la CE, y cuya regulación si que exigiría ley orgánica (artículo ex 81.1 CE), admite regulación por una ley ordinaria. Para ello, se distingue entre el ámbito objetivo de los derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 81.1 CE (exigencia de desarrollo por ley orgánica) y los que se refiere el artículo 53.2 CE (protección constitucional reforzada mediante su tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento preferente y sumario y mediante la posibilidad del recurso de amparo). En el primero no estaría incluido el derecho (fundamental) a la igualdad y no discriminación; en el segundo, sí.

¹⁹ AGUSTI MARAGALL, J.: “El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)”, *op. cit.*, páginas 21 y 22.

discriminación tiene sustancialmente naturaleza de derecho fundamental²⁰ y por tanto exigiría desarrollo por ley orgánica ya que se trata de un derecho de carácter autónomo o relacional, pues tiene la cualidad de ser un genuino derecho fundamental, vinculante y directamente aplicable, equiparado expresamente por el legislador a los derechos fundamentales respecto de las garantías procesales (como se aprecia, por ejemplo, en los artículos 96.1, 177.1 y 183.1 LRJS), y por tanto sometido a la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 CE²¹.

Desde nuestro punto de vista, aunque consideramos que puede haber elementos de juicio, criterios constitucionales y argumentos jurídicos tanto a favor como en contra de negar virtualidad a su reconocimiento y regulación por una ley ordinaria, como más adelante sostenemos, a efectos prácticos, y en concreto respecto de la calificación de nulidad de un despido discriminatorio por enfermedad, es irrelevante la discusión sobre la naturaleza de la ley que declara la enfermedad como causa de discriminación prohibida, lo importante es, como por ejemplo se desprende del artículo 55.5 ET (que se remite a las causas de discriminación previstas en la Constitución o en la Ley), que tenga rango de ley.

3. El ámbito objetivo de aplicación: no discriminación por enfermedad en el ámbito de las relaciones de trabajo y en la protección social

El artículo 3 (Ámbito objetivo de aplicación) de la Ley 15/2022 delimita de forma extensa e integral cuales son los diferentes ámbitos en los que se garantiza el respeto al principio de igualdad de trato y no discriminación, y en particular, también respecto de la enfermedad y condición de salud del trabajador. De este modo, y por lo que ahora interesa a nuestro estudio, se aplicará al ámbito del empleo, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y comprendiendo, respecto de las relaciones laborales el acceso al empleo, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo. También al acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público. Por lo que respecta a las relaciones colectivas de trabajo, en el ámbito de la afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico. Finalmente, también en el ámbito de la sanidad y de la protección social, las prestaciones y los servicios sociales.

3.1. Prohibición de discriminación por enfermedad en las relaciones de trabajo

3.1.1. El acceso al empleo

Con carácter general, referido a cualquier circunstancia discriminatoria, el artículo 9 (Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena) de la Ley 15/2022 dispone que “no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección”²², entendiéndose expresamente como discriminatorios

²⁰ Cosa que también ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional, como sintetiza la STC 91/2019, de 3 de julio: el artículo 14 CE concreta la igualdad como valor superior del ordenamiento (artículo 1 CE) *en un verdadero derecho fundamental vinculante y directamente aplicable por jueces y tribunales, que no es simplemente instrumental a los demás derechos fundamentales, sino que adquiere un contenido propio*. En un Estado social y democrático de Derecho, *el derecho a la igualdad no consiste meramente en una exigencia formal de trato equitativo, sino en una exigencia material de tutela que garantice la efectividad sustancial de la igualdad entre los individuos y los grupos*”.

²¹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (Una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes)”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, Vol. 2, núm. 2, 2023, páginas 39 a 43, que cuestiona exclusivamente la configuración por ley ordinaria de la enfermedad y condición de salud como causa discriminatoria prohibida.

²² Ni siquiera mediante la negociación colectiva, pues, sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, ésta tampoco podrá “establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para

los criterios y sistemas de acceso al empleo (público o privado) que produzcan situaciones de discriminación indirecta. Para garantizar esa igualdad de trato y no discriminación se hace un llamamiento a los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación o entidades autorizadas para que “velen” específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta, favoreciendo la aplicación de medidas para la consecución de tal fin, como el currículo de vida anónimo (*curriculum vitae* “ciego”). Igualmente, aunque es innecesaria, por obvia, se atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el deber de velar (lo que conlleva vigilar y exigir su cumplimiento), particularmente, por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo, para lo que incluirá en su plan anual integrado de actuación, con carácter de objetivo de alcance general, el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo.

Y en concreto, respecto al derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de enfermedad, condición de salud, estado serológico y predisposición genética a padecer determinadas patologías y trastornos, el artículo 9.5 de la Ley 15/2022 dispone de forma clara y contundente que “el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto”.

Con tales previsiones legales se produce una limitación de la libertad contractual del empleador (libertad de empresa, *ex* artículo 38 CE), en la medida en que debe respetarse el principio de no discriminación en el acceso al empleo, y en particular, la no discriminación por enfermedad o condición de salud. De esta manera, el derecho a la no discriminación en el acceso al empleo se proyecta sobre un estadio previo a la contratación, afectando a los sistemas de acceso al empleo, a las ofertas de empleo, al diseño de los *curriculum vitae*, a los procesos y a los criterios de selección, a las entrevistas de trabajo, a las pruebas de aptitud y a los controles médicos previos²³, a la formación previa exigida, etcétera.

el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección” (artículo 10 de la Ley 15/2022). Es una concreción de la prohibición general de discriminación en el acceso al empleo ya establecida en el precepto anterior, una precaución (tal vez innecesaria) frente a la principal fuente reguladora de las condiciones de trabajo y, por tanto, también de las condiciones de acceso al empleo y de los criterios de selección.

²³ Ya con anterioridad se había subrayado que no eran aceptables controles médicos que determinaran o condicionaran el acceso al empleo. Por ejemplo, la STC 196/2004, de 15 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 2004), dejaba claro que *el reconocimiento médico laboral no puede ser utilizado con un propósito de selección de personal* para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de los trabajadores, sino que “su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud”. No obstante, aunque solo con esa finalidad preventiva (en ningún caso discriminatoria) admitida por la jurisprudencia, encontramos reconocimientos médicos previos a la contratación previstos en algunos convenios colectivos (por ejemplo, por el VII Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, BOE de 23 de septiembre de 2023, que en su artículo 19.2 dispone que “la persona trabajadora, con independencia de su categoría profesional y antes de su admisión en la empresa, será sometida a un control de salud” conforme señala el artículo 20.2, que reconoce que “la empresa garantizará a las personas trabajadoras a su servicio la vigilancia de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al puesto de trabajo, tanto *en el momento previo a la admisión* como con carácter periódico”). Fuera de tales casos, por imperativo legal, el artículo 243 (Normas específicas para enfermedades profesionales) de la LGSS establece que todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales estarán obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos, no pudiendo contratar a los trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate. De este modo, la obligatoriedad de someterse a reconocimientos previos al acceso al puesto de trabajo no está contemplada con carácter general, sino solo para actividades específicas. Pero incluso en estos casos surge la duda de si obligar al trabajador a someterse a un reconocimiento médico previo a la contratación supone, en realidad, indagar sobre su estado de salud en los términos prohibidos por el artículo 9.5 de la Ley 15/2022 (no preguntar al aspirante al puesto sobre sus condiciones de salud). En este sentido se ha defendido una interpretación literal de la norma. Así, AGUILERA IZQUIERDO, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido...*, *op. cit.*, página 115, considera que el precepto legal solo prohíbe interrogar o hacer preguntas directas al trabajador sobre su estado de salud en las entrevistas de trabajo, por lo que no afectaría a la doctrina hasta ahora existente en materia de controles médicos.

En el acceso al empleo, las discriminaciones por el estado de salud del trabajador más que tener fundamento en la enfermedad lo tiene en el conocimiento del estado serológico del aspirante y su predisposición genética a padecer determinadas patologías y trastornos. El conocimiento por parte de la empresa del estado serológico del candidato (por ejemplo, infección por VIH o la información que proporcionen los test de anticuerpos o pruebas dirigidas a detectar la existencia de anticuerpos de la COVID-19 que se han utilizado en muchas empresas) o de que tiene cierta predisposición genética (información que en ocasiones pueden provenir de las enfermedades o condiciones de salud de familiares directos) para padecer determinados trastornos (intolerancias y alergias, celiaquía, diabetes, problemas bronquiales, etcétera) no puede ser la razón de la no contratación, pues de lo contrario nos encontraríamos ante una discriminación prohibida.

En cualquier caso, para reforzar la eficacia de esta tutela antidiscriminatoria por razón de enfermedad en relación con el acceso al empleo hubiera sido conveniente, para garantizar el principio de tipicidad característico del derecho sancionador, que la propia Ley 15/2022 hubiera considerado expresamente como infracción la discriminación por enfermedad o condición de salud en el acceso al empleo y selección de personal, modificando para ello la LISOS (que no contemplaba como motivo discriminatorio la enfermedad). No fue así. Sin embargo, si lo hizo la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que modificó el artículo 16.1.c. LISOS en el sentido de pasar a considerar como infracción muy grave el “solicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de (...) salud”²⁴. Con ello parece quedar solucionada una duda interpretativa en virtud de la cual podría quedar impune la discriminación por razón de enfermedad en el acceso al empleo²⁵.

3.1.2. Las condiciones de trabajo

En los mismos términos que hemos destacado cómo el artículo 9 de la Ley 15/2022 proscibía cualquier limitación, segregación o exclusión por cualquier causa discriminatoria de las previstas en dicha ley para el acceso al empleo, este precepto legal también prohíbe cualquier limitación segregación o exclusión por tales razones discriminatorias *en relación con cualquier condición de trabajo*, destacando expresamente, tal vez por su relevancia laboral algunas materias, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo (*vid.* 3.1.3., donde analizamos específicamente la extinción contractual discriminatoria por enfermedad). Igualmente, se entenderán discriminatorias las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley. Como garantía, se recuerda que compete a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el velar particularmente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo.

Siendo la negociación colectiva la principal fuente reguladora de las condiciones de trabajo, es hasta cierto punto significativo (*vid.* nota 22) que el artículo 10 (Negociación colectiva) de la

²⁴ Resulta sorprendente que otra norma, 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, haya modificado simultáneamente también el artículo 16.1.c LISOS, pero, en cambio, a diferencia de la modificación por la Ley 3/2023, sin hacer mención expresa alguna a la discriminación en el acceso al empleo por razón de enfermedad o de salud.

²⁵ Como ha destacado AGUILERA IZQUIERDO, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido...*, *op. cit.*, página 119, al no tipificar la LISOS las conductas discriminatorias antes de iniciada la relación de trabajo, la discriminación empresarial en el acceso al empleo era una conducta “atípica y, en consecuencia, no podía ser sancionada administrativamente”.

Ley 15/2022 disponga que, sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos (*ex* artículo 85.1 ET), la negociación colectiva no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo, entre otras causas, por razón de enfermedad²⁶. Con independencia de los procesos negociadores, también se atribuye a la representación legal de los trabajadores y a la propia empresa el “velar” por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa y, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos.

De entre las condiciones de trabajo sobre las que puede incidir un comportamiento discriminatorio por enfermedad, de las que con mayor frecuencia se han detectado regulaciones discriminatorias en los convenios colectivos son las relacionadas con las ausencias por bajas médicas. En particular, encontramos en la negociación colectiva *plus*es o *incentivos económicos* vinculados a planes de reducción del absentismo. Alguno de estos sistemas de incentivos “penalizan” a los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal o por causas vinculadas a la enfermedad o al estado de salud. La SAN de 19 de junio de 2023 (ECLI:ES:AN:2023:3257), como ya hemos tenido ocasión de comentar, considera discriminatorias por enfermedad, y por tanto, contrarias a derecho, y nulas, unas cláusulas sobre *planes de absentismo* establecidos por el III Convenio Colectivo de ámbito estatal del sector del Contact Center conforme a las cuales, aun alcanzando los objetivos establecidos, *se suprime o reduce el cobro de los correspondientes plus*es e *incentivos cuando los trabajadores superan un determinado índice de absentismo*²⁷, *afectando concretamente a los trabajadores en situación de incapacidad temporal o que utilizan el permiso de acompañamiento a consultas médicas a personas a su cargo*²⁸, tratándose este último caso de un claro supuesto de discriminación por asociación. De este modo, ambas circunstancias, vinculadas a la enfermedad o condición de salud, esto es, (1) encontrarse en situación de baja médica (IT) y (2) acompañar a una persona a su cargo a consultas médicas, se penalizan como absentismo a efectos del percibo de la prima por incentivos, lo que constituye una evidente discriminación por enfermedad.

Igualmente, también como ya hemos comentado, ante un supuesto similar en el que se penaliza con la *pérdida de un complemento salarial* reconocido por el convenio colectivo aplicables solo a los trabajadores que no superen un determinado índice de absentismo, la SAN de 22 de enero de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:377) considera discriminación por enfermedad el que las situaciones de incapacidad temporal y los permisos para acompañar a las consultas médicas a familiares a cargo computen como absentismo a tales efectos, dispensando un trato peyorativo (la pérdida del complemento salarial) por razón de enfermedad.

Por su parte, la SAN de 13 de febrero de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:496) declara la nulidad de las cláusulas de los planes de incentivos previstos en convenio, por constituir una *discriminación*

²⁶ Además de dicha prohibición de discriminación, se hace un llamamiento a los poderes públicos para fomentar el diálogo con los interlocutores sociales, a fin de promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas. En el mismo sentido, se considera la negociación colectiva como una vía adecuada para establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, pudiendo en su caso establecerse (conjuntamente por las empresas y la representación legal de los trabajadores) objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica.

²⁷ Para la fijación de dichos índices se consideran las ausencias justificadas como no justificadas salvo las previstas en el artículo 37.3 ET y los equivalentes permisos retribuidos reconocidos por el artículo 30 del convenio colectivo aplicable, las vacaciones, los días libres por festivo trabajado, las horas de huelga, el tiempo destinado a reconocimiento médico anual de empresa y los créditos sindicales. Nada más.

²⁸ El artículo 31 (Permisos no retribuidos) del III Convenio Colectivo de Contact Center (BOE de 9 de junio de 2023) reconoce que “quienes tengan a su cargo hijos o hijas menores de nueve años, o ascendientes mayores de sesenta y cinco años, dispondrán del tiempo necesario para acompañarles a las consultas médicas oportunas, previo aviso y justificación”.

directa por razón de salud o enfermedad, al considerar como “absentismo no recuperable” que excluye de la percepción de tales incentivos las *ausencias debidas por bajas médicas, indisposiciones puntuales y reposos médicos, situaciones todas ellas vinculadas con una situación de salud desfavorable para el trabajador*, ajena en todo punto a su voluntad, y de la que se desprende una evidente penalización, frente a otros trabajadores que no incurrir en dichas situaciones, incidiendo en la percepción del objetivo (por lo que se les estaría dispensando un trato desigual y menos favorable que a los trabajadores que no hubieran causado períodos de IT en el tramo temporal de referencia).

Por otro lado, respecto a los *permisos retribuidos* reconocidos a los trabajadores, la SAN de 19 de abril de 2024 (ECLI:ES:AN:2024:1942) considera discriminatorio interpretar que el efectivo disfrute de los 4 días de libre disposición a lo largo del año que se reconoce como licencia retribuida por el artículo 53 del VIII Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal esté condicionado por la exigencia de “un período de trabajo previo de tres meses por cada día de libre disposición”, según la parte empresarial con el objetivo de reducir el absentismo, por cuanto, además de entender la Sala que se trata de tiempo de antigüedad y en ningún caso de tiempo de trabajo efectivo, dicha interpretación de la norma convencional “iría en contra de las actuales previsiones legislativas orientadas a la protección de situaciones discriminatorias por razón de enfermedad” por afectar negativamente a los trabajadores en situación de baja médica por incapacidad temporal, pues si se interpretara en los términos interesados por la patronal “excluyendo del tiempo previo de trabajo de tres meses las situaciones de IT, estaríamos adoptando una solución contraria a la Ley 15/2022, pues situaríamos en desventaja discriminatoria en orden al derecho a disfrute de días de libre disposición a aquellos trabajadores que hubieran visto suspendidos sus contratos por razón de enfermedad”.

No obstante, encontramos también otras condiciones de trabajo respecto de las que se puede detectar un trato discriminatorio por enfermedad, hasta incluso supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o de movilidad funcional. En este sentido, la STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406) considera como discriminación por enfermedad una “movilidad organizativa” que solo afectó a una trabajadora que se acababa de incorporar a la actividad laboral tras una baja por incapacidad temporal (y no al resto de personal).

Por último, merece un análisis particular la *vigilancia de la salud y prevención de riesgos laborales*. Respecto de esta condición de trabajo también se reconoce la igualdad de trato y no discriminación por enfermedad que específicamente incorpora la Ley 15/2022. No obstante, ya la propia norma preventiva establecía garantías para no utilizar los resultados de tales controles médicos con fines discriminatorios, en la medida que el artículo 22 LPRL establece en particular: (a) que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud; (b) que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador; (c) que el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador²⁹.

²⁹ No obstante, como excepción, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.

Esta intervención sanitaria en la empresa con finalidad de la vigilancia de la salud es delimitada por el artículo 37 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, cuando dispone que en materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar: (1) una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud; (2) una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores; y (3) una vigilancia de la salud a intervalos periódicos. De esta manera, durante la relación de trabajo nos encontramos con específicas obligaciones preventivas de la empresa para garantizar la seguridad y salud en el trabajo. Por ello, y sin perjuicio de los reconocimientos médicos previos al acceso al empleo que están expresamente previstos (*vid.* nota 23), el deber empresarial de vigilancia de la salud (*ex* artículo 22 LPRL) no puede retrotraerse a los momentos previos a la contratación, sino que la evaluación inicial de la salud del trabajador solo puede producirse con posterioridad a la incorporación al trabajo³⁰.

De este modo, la vigilancia de la salud presenta dos perspectivas.

1) Puede constituir una vía o un instrumento para conocer la enfermedad o condición de salud, el estado serológico o la predisposición genética de la persona trabajadora a padecer determinadas patologías o trastornos, y que dicho conocimiento “active” medidas o decisiones discriminatorias del empleador (por lo que, en los términos que contempla el artículo 22 LPRL, es necesario tomar necesarias cautelas que garanticen el derecho a la intimidad, la confidencialidad de los datos, la no comunicación a la empresa ni a terceros, la prohibición de utilización con fines discriminatorios).

2) La igualdad de trato y no discriminación por enfermedad se predica también respecto de las condiciones de trabajo de los trabajadores que *por sus características personales o estado biológico* (potencialmente vinculados a su condición de salud, estado serológico o predisposición genética) sean especialmente sensibles a determinados riesgos, y active el mecanismo de protección del artículo 25.1 LPRL, que obliga al empresario a garantizar dicha protección de manera específica, teniendo en cuenta en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptando las medidas preventivas y de protección necesarias. Entre éstas, podrían considerarse también los *ajustes razonables para adaptar el puesto de trabajo* y proteger la salud de las personas trabajadoras (aunque solo para aquellos trabajadores “enfermos” que cumplieran con las condiciones de ser considerados trabajadores especialmente sensibles)³¹, y no proceder a dicha

³⁰ Así lo recuerdan, por ejemplo, CABEZA PEREIRO, J. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, páginas 116 y 117.

³¹ En este sentido, *vid.* GORDO GONZÁLEZ, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación...”, *op. cit.*, página 115. Esta precisión, que el concepto “enfermedad” es diferente, no absolutamente coincidente y mucho más amplio que el de “trabajador especialmente sensible” (en la medida que no todos los trabajadores enfermos o con una determinada condición de salud o estado serológico o predisposición genética lo serán, y que además también serían trabajadores especialmente sensibles los trabajadores con discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida). Ello ha llevado a sostener que la empresa no tiene obligación alguna de realizar ajustes razonables respecto del trabajador enfermo (TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Discriminación por enfermedad”, *Noticias Cielo Laboral*, núm. 11, 2022, página 3) o que solo respecto a situaciones de “discapacidad”, que no de “enfermedad o condición de salud”, será exigible el mandato de “ajustes razonables” *ex* art. 6 de la Directiva 2000/78 (AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)”, *op. cit.*, página 32). En este último sentido, hay que reconocer que también el artículo 6.1 de la Ley 15/2022 solo considera discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. Y en relación con esto, se ha argumentado que aunque de ello se infiere que la medida de ajustes razonables es exigible cuando la enfermedad se pueda considerar asimilable a la discapacidad (por su prolongación), pero no cuando se trata de proteger a personas que simplemente padecen una enfermedad, bien que sería lo razonable si ello fuera motivo de discriminación (GOÑI SEIN, J.L.: “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *op. cit.*, página 23).

adaptación podría ser considerado discriminatorio. Pues aunque, como decíamos, el artículo 6.1 de la Ley 15/2022 solo considera discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad (y no con enfermedad, no expresamente a las personas que por su condición de salud, estado serológico o predisposición genética, presentan características personales o estado biológico que la convierten en trabajador especialmente sensible), tal y como se ha defendido, es plausible proceder a los ajustes razonables que conlleve adaptación del puesto de los trabajadores especialmente sensibles por su enfermedad o condición de salud: (1) por un lado, porque no se puede entender que las personas con enfermedad o condición de salud susceptible de protección no puedan ser discriminadas por la denegación de ajustes razonables requeridos en función precisamente de su enfermedad o condición de salud³², (2) por otro lado, porque el régimen jurídico de protección de la persona trabajadora con una enfermedad subsumible en el concepto de discapacidad es similar a aquella otra catalogada como especialmente sensible³³, y (3) finalmente, porque no se puede “apartar” a estos trabajadores especialmente sensibles de su trabajo sin más, básicamente porque la doctrina de los ajustes razonables se está consolidando como criterio en la tutela antidiscriminatoria en particular, y en la del conjunto de derechos fundamentales en general³⁴.

3.1.3. La extinción del contrato de trabajo. Especial referencia a la nulidad del despido discriminatorio por enfermedad del trabajador

A) Antecedentes: la nulidad del despido producido durante la suspensión por incapacidad temporal

Si bien es cierto que hasta ahora no se consideraba la enfermedad y la condición de salud como específica causa discriminatoria que conduciría a la declaración de nulidad de un despido cuya procedencia no haya podido acreditarse, también lo es que hasta la reforma laboral de 1994 dicha circunstancia estaba formalmente considerada y provocaba la nulidad del despido del trabajador que por enfermedad estuviera en situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, como caso particular del genérico reconocimiento de la nulidad del despido del trabajador con el contrato de trabajo suspendido. Así, el ET originario de 1980, en su artículo 55.6, establecía que el despido de un trabajador *que tenga suspendido un contrato de trabajo* se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia. En el mismo sentido, el artículo 102.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (también de 1980) disponía

³² ALONSO PAULÍ, M., MORO VALENTÍN-GAMAZO, A. y ALVARADO CAYCHO, G.R.: *Novedades en la protección de la discriminación en materia laboral tras la Ley 15/2022*, Francis Lebreve, Madrid, 2024, página 81, que consideran plenamente aplicables los ajustes razonables que puedan requerir las personas trabajadoras no discapacitadas pero con una enfermedad o condición de salud susceptible de protección en función del tratamiento de la misma o de las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de las actividades laborales. Y más aún “cuando la evolución jurisprudencial comunitaria y nacional ha hecho extensiva la discapacidad a situaciones de enfermedad de larga duración, y cuando el legislador nacional ha introducido como factor de discriminación la enfermedad sin distinguir entre enfermedad de larga, media o corta duración ni establecer que la enfermedad tenga una determinada intensidad o gravedad”.

³³ GORDO GONZÁLEZ, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación...”, *op. cit.*, página 116, que, sin embargo reconoce que “no está tan claro que, si no fuera posible la adaptación del puesto o la incorporación de medidas preventivas a fin de evitar el riesgo, fuera preceptivo el cambio de puesto de trabajo de los trabajadores especialmente sensibles. Sobre este debate *vid.* MORENO SOLANA, A.: “La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o actos con limitaciones por el servicio médico de prevención”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020, página 5.

³⁴ GARCÍA SALAS, A.I.: *La vigilancia inicial de la salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, páginas 213 y 214, precisando que “ni tan siquiera es libre la empresa de apartarlos en todas aquellas circunstancias que pueden convertir a un trabajador en TES, aunque no suponga enfermedad: características personales y estado biológico, que, además de a patologías, pueden referirse a defectos, deficiencias o peculiaridades (miopías, obesidad, alergias, vértigos..., o las consecuencias naturales de la edad); que aun no generando incapacidad laboral, pueden agravarse, generar nuevos riesgos o impedir al trabajador dar respuesta a las exigencias psicofísicas del puesto”. Y es que prevalece el derecho al trabajo, modulando las obligaciones preventivas del empresario, de manera que se haga posible continuar trabajando.

que sólo se declarará nulo el despido cuando el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo y no se apreciase procedente el despido, o en los demás casos establecidos por la Ley³⁵.

Pero la reforma laboral de 1994 suprimió dicha consideración. Y aunque el ET no haya vuelto a contener una regla específica de nulidad del despido por discriminación por enfermedad, ni siquiera tras la Ley 15/2022, es evidente que al haber recogido ésta como causa específica de discriminación prohibida la enfermedad o condición de salud del trabajador, entra dentro de la tutela que el actual artículo 55.5 ET dispensa frente al despido discriminatorio. Por ello, a través de esta remisión genérica a las discriminaciones prohibidas por la Constitución o la Ley, la norma estatutaria reconoce la nulidad del despido de un trabajador enfermo que no ha sido calificado como procedente, por discriminatorio.

B) La nulidad del despido discriminatorio por enfermedad y el estéril debate sobre la necesidad de que la Ley 15/2022 hubiera tenido rango de ley orgánica

Conforme al artículo 55.5 ET, será nulo el despido que (1) tenga por móvil “alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley”³⁶ (en concreto, las referidas en el artículo 14 CE y en la Ley 15/2022, que desarrolla y amplía legalmente el listado de causas discriminatorias que dejaba abierto el texto constitucional) o bien (2) se produzca “con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora”.

No obstante, se ha argumentado a favor de reconocer con carácter general la improcedencia (y no la nulidad) del despido sin causa de un trabajador en situación de enfermedad por considerar que la Ley 15/2022 no es eficaz al incorporar la enfermedad como factor de discriminación, por no tratarse de una ley orgánica³⁷, con lo que aquí nuevamente trasciende el debate doctrinal al que aludíamos en 2.5.³⁸

³⁵ También la posterior LPL de 1990 mantuvo la prohibición de despido de los trabajadores con contrato suspendido, para el caso de que no se declare su procedencia (artículo 108.2.b), garantizando que la sentencia de declaración de nulidad del despido se ejecutaría en sus propios términos cuando se fundamente en la suspensión del contrato del trabajador despedido, una vez haya concluido la causa de tal suspensión. En relación con ello, AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía”, *Jurisdicción Social*, núm. 235, 2022, página 10, subraya que esta protección frente al despido del trabajador en situación de incapacidad temporal estaba en consonancia con el artículo 6.1 del Convenio núm. 158 de la OIT de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo (ratificado por España en 1985) que dispone que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir causa justificada de terminación de la relación de trabajo. Con ello, el despido en situación de incapacidad temporal sería equiparable a la actualmente denominada “tutela objetiva” de las situaciones especialmente protegidas (vinculadas a la maternidad, paternidad, embarazo, ejercicio de los derechos de conciliación).

³⁶ Se trata de una disyuntiva (“o”): la causa de discriminación prohibida puede contemplarla la Constitución o la Ley. Y en este caso, y con independencia del debate de si su naturaleza debería de ser de ley orgánica u ordinaria, no hay duda de que la Ley 15/2022 está en vigor y constituye derecho vigente.

³⁷ MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Enfermedad, discriminación y despido...”, *op. cit.*, página 37, que considera que los despidos de personal en situación de baja médica por IT son improcedentes, no nulos, porque no estaríamos ante un despido que tenga como móvil una causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, ya que interpreta que la Ley 15/2022 no es eficaz por la ausencia de rango orgánico de su artículo 2.1. Y así, concluye en la página 47 que se hubiera necesitado “rango orgánico para introducir en nuestro ordenamiento el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de enfermedad”, advirtiendo que conforme al artículo 28.2 LOTC, el Tribunal Constitucional podría declarar inconstitucionales, por infracción del artículo 81.1 CE, las leyes ordinarias que hubieran regulado materias reservadas a ley orgánica”.

³⁸ Debate a favor o en contra de su regulación por ley ordinaria, a la que se suman MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario”, *La Ley Unión Europea*, núm. 126, 2024, página 14, cuando se cuestionan ¿por qué la Ley 15/2022 no ha protegido, como un derecho fundamental, los despidos durante los procesos de baja por IT y por IP? Su respuesta es sencilla y pragmática: porque la Ley 15/2022 no tiene rango de ordinaria debido a que el Gobierno no alcanzó la mayoría absoluta que requería para aprobarla como Ley Orgánica. Por lo que, todo apunta a que de nuevo los trabajadores tendrán que litigar y luchar para conquistar derechos que no les reconoce expresamente el legislador. En relación con esto, *vid.* LÓPEZ INSUA, B.M.: “La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?”, *Iuslabor*, núm. 2, 2023.

Por nuestra parte, entendemos, tal y como hemos señalado (*vid.* nota 36), que dicha controversia es en este punto irrelevante. No hay duda de que hay una ley (vigente y no declarada inconstitucional) que reconoce como causa de discriminación la enfermedad, y un despido que tuviera dicha causa como móvil adolecería de nulidad. Ni siquiera consideramos que sea necesaria una expresa concreción como causa discriminatoria por parte del artículo 55.5 ET, pues eso ya lo ha hecho la Ley 15/2022 (que ha definido una nueva “causa de discriminación prohibida (...) en la Ley”: la enfermedad o condición de salud). En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de suplicación, declarando tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 la *nulidad del despido sin causa que se fundamenta en una discriminación por enfermedad*³⁹. Por tanto, las previsiones de la Ley 15/2022 determinan que, en principio, un despido *ad nutum* que tenga por móvil la enfermedad sea discriminatorio y, por lo tanto, debe ser declarado nulo.

Sin embargo, el despido discriminatorio por enfermedad necesita ser acreditado para que poder declarar su nulidad. En todo caso, hay que destacar que ni antes ni después de la entrada en vigor de la Ley 15/2022 una situación de incapacidad temporal del trabajador puede conllevar sin más y de forma automática, que la misma sea acreedora de la declaración de nulidad, ya que ni siquiera el poder ser considerada ahora como causa de discriminación (por causa de la enfermedad) es suficiente si no aparece como la causa del despido, pues solo el que obedezca a ella como móvil puede merecer la calificación de nulidad. Por tanto, la mera situación de enfermedad del trabajador no genera la nulidad del despido, *no se trata de un supuesto de nulidad objetiva*⁴⁰ por lo que la jurisprudencia, con fundamento en el artículo 96.1 LRJS, en el artículo 177.1 LRJS, en el artículo 181.2 LRJS, así como en propio el artículo 30.1 (Reglas relativas a la carga de la prueba) de la Ley 15/2022⁴¹, considera que para que un despido discriminatorio por enfermedad de la persona trabajadora fuera declarado nulo es necesario un denominado *test de aplicación*⁴²:

1) Se debe constatar *la existencia de la enfermedad* (o condición de salud, o estado serológico o predisposición genética), lo que será sencillo cuando el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal (de baja médica); y cuando no, habrá que aportar la prueba que la acredite.

2) Se debe *demostrar una conexión causal entre la enfermedad del trabajador y su despido*. Esto es, se debe contar con indicios suficientes para apreciar discriminación por enfermedad. Como hemos indicado, no tratándose de un supuesto de nulidad objetiva del despido, sino causal, extraña a automatismos, es necesario aportar indicios suficientes de que su motivación

³⁹ Por ejemplo, la STSJ de Canarias de 27 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJICAN:2023:2290) considera que la vinculación enfermedad/discapacidad como elemento esencial para la apreciación de un factor de discriminación ha sido superada, afirmando la plena y obligada aplicación de la Ley 15/2022, lo que a su vez conecta con la propia previsión literal del artículo 55.5 ET cuando funda la nulidad del despido en las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley. En el mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 16 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJCANT:2023:869) entiende que para examinar la nulidad de un despido que se basa en la alegación de discriminación por razón de enfermedad, hay que tener en cuenta que tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 (el 14 de julio de 2022) “la enfermedad es ahora una causa que está legalmente prevista como causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, que es la circunstancia que exige el artículo 55.5 ET para la declaración de nulidad del despido”.

⁴⁰ Como señala la STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406), en el caso de un despido discriminatorio por enfermedad “no nos encontramos ante un supuesto de nulidad objetiva del despido, pues de haberlo querido así el legislador, tendría que haber modificado los artículos 53.4 y 55.5 ET y 108.2 y 122.2 LRJS”.

⁴¹ Conforme al cual, *cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*

⁴² Así, la STSJ de Cantabria de 16 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJCANT:2023:869), la STSJ de Cantabria de 17 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJCANT:2023:973), la STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406), la STSJ de Castilla y León de 18 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCL:2024:1001), entre otras muchas, precisan que el “*test de aplicación* en casos de enfermedad para determinar si el despido ha tenido como móvil la misma” exige: a) comprobar si existe una enfermedad del trabajador previa al despido; b) determinar si existe un panorama indicario de que el móvil del despido ha sido la enfermedad; y c) en caso afirmativo, determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria.

constituya una discriminación por enfermedad, y en suma, que configuren un panorama favorable de apreciación⁴³. Así, *no basta con acreditar la existencia de enfermedad* (si fuera así, nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad objetiva del despido, similar, por ejemplo, al de la trabajadora embarazada), sino que es necesario aportar elementos de valoración adicionales que permitan inducir que la decisión extintiva del empresario pudiera tener como causa precisamente la enfermedad del trabajador (y no otra), esto es, indicios⁴⁴. Por lo tanto, se debe aportar al proceso elementos indiciarios sólidos que permitan invertir la carga de la prueba. Corresponde al trabajador aportar un indicio probatorio de que el empresario le ha discriminado, le ha despedido, por razón de su enfermedad⁴⁵.

3) Que no sea acreditado por el empleador que la extinción haya tenido fundamento en otra causa distinta a la enfermedad, situación de IT o condición de salud del trabajador. Esto es, comprobar que no existe justificación objetiva y razonable que pudiera excluir la causa discriminatoria.

C) Valoración de los indicios de despido discriminatorio por enfermedad: nulidad o improcedencia

En primer lugar, aunque el simple hecho de que un trabajador se encontrara en situación de incapacidad temporal cuando tiene lugar el despido se ha calificado de indicio de discriminación *débil* (en el sentido de que no basta por sí mismo para acreditar la discriminación) éste es un punto de partida, un primer indicio (que además, como ya hemos señalado, al mismo tiempo acredita la existencia de enfermedad). No obstante, en algún caso, sí que se ha reconocido con carácter general, que se presume que hay *indicios suficientes* y circunstancias objetivas de discriminación por enfermedad *cuando la persona trabajadora despedida se encontraba en situación de incapacidad temporal* y la empresa no justifique de forma objetiva y razonable la extinción⁴⁶. Pero no se olvide que la causa discriminatoria no es la situación de incapacidad temporal, sino la enfermedad. Enfermedad e incapacidad temporal no siempre coinciden. Puede haber situaciones de enfermedad sin baja laboral que constituyan una desventaja para el trabajador, que constituyan causa discriminatoria prohibida. Por ello lo relevante es que haya indicios suficientes para acreditar la discriminación por enfermedad, con independencia

⁴³ STSJ de Canarias de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJICAN:2024:211).

⁴⁴ Para la STS de 20 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4886) tales indicios deben de ser entendidos como “fenómenos que permiten inferir la existencia de otros no percibidos”. Exigiéndose que tales indicios “generen una razonable sospecha o presunción a favor del alegato de discriminación”. Siendo el afectado por la eventual infracción quien debe aportar un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la parte demandada ha actuado guiada por intereses ilícitos contra derechos fundamentales racionalmente reconocidos. De esta manera, en el correcto entendimiento del artículo 181.2 LRJS los indicios son “señales o acciones que manifiestan o evidencian (de forma inequívoca) algo oculto, lo que resulta muy diferente de sospechar que es imaginar algo por conjeturas fundadas en las apariencias”.

⁴⁵ En este sentido, la STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJEXT:2024:352) manifiesta que incumbe al trabajador la carga de probar la concurrencia de indicios que acrediten la discriminación, aunque “la necesidad de acreditar la existencia de indicios no supone la exigencia de prueba plena”. Igualmente, la STSJ de Extremadura de 19 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJEXT:2023:1050) reconoce que la Ley 15/2022 incorpora como causa discriminatoria la enfermedad (además de la discapacidad) pero dicha causa no opera como supuesto de nulidad objetiva, en tanto en cuanto no se ha modificado el artículo 55.5 ET, lo que conlleva “que la decisión empresarial que implique una discriminación por razón de la enfermedad determinaría la nulidad de la misma siempre que se aporten indicios suficientes por parte del trabajador que afirma dicha discriminación”, esto es, indicios de que “el despido se fundamenta esencialmente en la situación de baja médica”. Todo ello significa que “el trabajador debe aportar un indicio de tal discriminación, pues en principio la sola situación de IT no tiene porqué generar la declaración de nulidad del trabajador en incapacidad temporal. A saber, la mera situación de enfermedad no genera la nulidad del despido”.

⁴⁶ En este sentido, la STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:207) considera que la circunstancia objetiva alegada por la trabajadora, esto es, la situación de incapacidad temporal en la que se encontraba al tiempo del despido, permite inferir un panorama indiciario que habilita a la inversión de la carga de la prueba. Ello es así, cuando la empresa no acredita la concurrencia de una justificación objetiva y razonable de que, pese a encontrarse la persona trabajadora en situación de IT, el motivo de la extinción contractual nada tiene que ver con la enfermedad o condición de salud del trabajador.

de si el trabajador se encuentra en situación de IT o no. En este sentido, se ha destacado que la protección antidiscriminatoria no exige que el trabajador se encuentre en situación de *incapacidad temporal*, puesto que el factor protegido es la *enfermedad o condición de salud* y la enfermedad no puede amparar diferencias de trato por razón de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades⁴⁷.

Por eso, para valorar la existencia de indicios suficientes para vincular (o no) el despido con la enfermedad del trabajador, y por tanto, para considerar dicho despido discriminatorio por enfermedad como nulo (o si no improcedente), por tener precisamente su causa en ella, hay que tener en cuenta una multiplicidad de criterios y circunstancias. La mayor o menor gravedad de la enfermedad, su mayor o menor duración, su incidencia y las consecuencias y secuelas previsibles, etcétera, pueden constituir circunstancias relevantes e indicios a la hora de apreciar la existencia de un móvil discriminatorio por enfermedad. Igualmente, se han destacado como posibles indicios⁴⁸ la coincidencia en el tiempo de despido y enfermedad, el que la empresa tuviera conocimiento de la misma, que se trate de una reacción empresarial inmediata tras conocer la baja médica del trabajador, que se eliminen las previsiones objetivas de continuidad del trabajador en la empresa al conocer su enfermedad, el cambio de actitud empresarial frente a incumplimientos laborales del trabajador enfermo en relación con incumplimientos anteriores a la incapacidad temporal, cuando otros trabajadores reciben un trato diferente al trabajador enfermo, cuando existen antecedentes, es repetido o generalizado un tratamiento empresarial discriminatorio por enfermedad (cuando no es la primera vez), o cuando se aporten comentarios empresariales informales sobre el malestar o desagrado que ha provocado la situación de incapacidad temporal del trabajador.

Por otro lado, se puede utilizar como indicio suficiente de discriminación por enfermedad no sólo el hecho de que la persona trabajadora se encuentre enferma (y en su caso, también en situación de incapacidad temporal), sino también la propia conducta empresarial manifiestamente fraudulenta o carente de justificación objetiva⁴⁹.

⁴⁷ La STSJ de Canarias de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJICAN:2024:211) declara la nulidad de un despido disciplinario por disminución voluntaria y continuada del rendimiento del trabajador por entender que constituye discriminación por enfermedad (una hernia umbilical provocada por su trabajo y por la que el trabajador no se dio de baja médica, pero que le impedía desempeñar correctamente su habitual trabajo de carga). Argumenta que no consta que la empresa al tiempo de formalizar el despido conociera que el trabajador se encontraba en situación de incapacidad temporal, pero ese desconocimiento carece de relevancia atendido el contexto. La empresa sí conocía el accidente y el estado físico en el que el trabajador se encontraba. Sabía que a raíz del accidente el trabajador presentaba limitación a esfuerzos (labores de esfuerzo habían causado la que resultó ser hernia umbilical y el trabajador sentía punzadas en la ejecución de ese tipo de tareas), sin embargo no dudó en aperturar un expediente sancionador *por disminución voluntaria y continuada en su rendimiento en el trabajo*, mera apariencia para cubrir formalmente el trámite, ya que no solo no contenía imputaciones concretas frente a las que el trabajador pudiera defenderse, sino que además concluyó dando por acreditados unos muy graves incumplimientos que, seguidamente, no se molestó siquiera en tratar de probar en el acto de la vista. Por ello podemos afirmar que si bien el despido se formaliza al término del expediente ya estaba decidido desde su inicio, siendo su razón última la dolencia del trabajador, motivada por un accidente laboral, que le impide realizar el trabajo “de forma correcta”

⁴⁸ Vid. GALÁN GUTIÉRREZ, C.J.: “Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. extraordinario, 2023, páginas 299 a 303.

⁴⁹ En este sentido, la STSJ de Aragón de 15 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAR:2024:375), considera nulo por discriminación por enfermedad un “despido” de una trabajadora a la que se comunicaba no haber superado satisfactoriamente el periodo de prueba cuando se encontraba en situación de baja por incapacidad temporal por contingencias comunes con diagnóstico de lumbociática, precisando que si bien es cierto que no basta simplemente con que una persona esté enferma para entender que, si se extingue su relación laboral, hay que apreciar que existe un despido nulo, sin embargo “en este caso no es solo esa enfermedad lo que hay que considerar sino la conducta claramente fraudulenta de la empresa al constituir la relación laboral, junto con la también claramente inexistente justificación del motivo por el que la extinguió”, tanto más sorprendente por cuanto la empresa, tras una contratación temporal previa, acababa de suscribir con la trabajadora un contrato indefinido, “lo que en buena lógica solo puede entenderse en el sentido de que estaba plenamente satisfecha con el rendimiento de la trabajadora y por eso mismo resulta más injustificado que pocos meses después extinguiera la relación laboral (...) a los dos meses de iniciar una

El análisis jurisprudencial nos revela una elevada casuística, pero en ella se pueden detectar algunas tendencias interpretativas. Así, la jurisprudencia ha reconocido en ocasiones que existen indicios suficientes para asegurar que el despido obedece a un móvil discriminatorio por razón de enfermedad⁵⁰, por lo que ha declarado el despido como nulo; pero también es cierto que con frecuencia los tribunales no han apreciado indicios de discriminación por enfermedad suficientes, por ejemplo cuando ya estaba fijada con anterioridad a la enfermedad la extinción contractual⁵¹, o cuando ni siquiera se puede probar la existencia de enfermedad⁵², o solo se acredita la atención en un consultorio médico⁵³. De esta forma, de no haberse aportado indicios suficientes de la conexión del despido con la enfermedad del trabajador, esto es, no quedando acreditado que el despido constituya realmente una discriminación por enfermedad, no cabe la nulidad, sino la improcedencia.

D) Ausencia de una justificación objetiva y razonable de que la extinción contractual no tiene como causa una discriminación por enfermedad o incapacidad temporal

En el caso de que haya indicios suficientes para presuponer una discriminación por enfermedad⁵⁴, es necesario determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria, y de este modo caben dos posibilidades: 1) que acredite que el móvil de la causa del despido es ajeno a la enfermedad o condición de salud del trabajador; o 2) o que no lo pueda acreditar porque la causa del despido sea realmente la enfermedad.

baja médica alegando falta de superación de un periodo de prueba que tampoco era válido, y sin causa alguna que realmente justificase esa medida”.

⁵⁰ Por ejemplo, la STSJ de Asturias de 5 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:467) entiende que “el carácter indefinido de la relación laboral, la continuidad en la prestación de servicios a tiempo completo y el inicio de un proceso de incapacidad temporal por un grave problema de salud conocido por la empresa constituyen indicios razonables de que la decisión empresarial extintiva pudiera responder a la enfermedad del trabajador”.

⁵¹ Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León de 29 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJCL:2023:2116) considera que *no se aprecia indicio de discriminación suficiente* cuando la fecha de extinción contractual estaba prevista desde mucho tiempo antes de que se produjera la baja médica del trabajador. En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:4970) considera que, en los supuestos en que un contrato temporal se extingue al llegar la fecha predeterminada y conocida de su finalización, *a priori no existe un panorama indiciario de discriminación*, puesto que la extinción aparece *prima facie* debida a la propia finalización pactada del contrato y ello aunque se pueda llegar a determinar que la temporalidad del contrato no era correcta y por ello el despido no pueda ser declarado procedente. Y en este caso, además no existe el más mínimo elemento que permita inducir que, de no haber concurrido la baja médica del trabajador, el empresario hubiera prorrogado el contrato.

⁵² La STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:575), ante un supuesto de despido por causas objetivas por ineptitud sobrevenida con posterioridad a la incorporación del trabajador a la empresa, considera que “no existe ni un solo indicio que permita concluir que la empresa discriminó al actor por enfermedad”. En la demanda en ningún momento se detalla cual es la enfermedad que presenta, ni si se había comunicado a la empresa, ni cuál es la razón por la que entiende que la empresa le discrimina. En el acto del juicio, no se aporta ni una sola prueba de la existencia de enfermedad alguna que padezca el demandante ni un solo informe médico.

⁵³ Por ejemplo, la STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJEXT:2024:352) no deduce indicio alguno de discriminación por enfermedad, puesto que ni siquiera existe baja médica por IT y lo único que se considera probado es que la trabajadora fue atendida en el consultorio médico de su localidad el mismo día que se fechó la comunicación de despido disciplinario. En este mismo sentido, la STSJ de Cantabria de 20 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:222), ante un caso de desistimiento empresarial durante periodo de prueba que se pretende nulo por discriminación por enfermedad simplemente por haber acudido la trabajadora a una cita médica, entiende que la circunstancia objetiva alegada por la trabajadora y declarada probada, esto es, la ausencia al trabajo para acudir a cita médica dos días antes de la extinción contractual comunicada, permite inferir un *débil panorama indiciario*, puesto que la mera asistencia a consulta médica no justifica la existencia de enfermedad, y menos aún su conocimiento por la empresa (al no estimarse probado que la entidad conociese el motivo de la consulta y menos aún su resultado). Por ello, y constatado que no se había pactado una duración concreta del periodo de prueba y que no queda acreditada discriminación por enfermedad, se declara la improcedencia (y no la nulidad) del “despido”.

⁵⁴ En algún caso se ha considerado que no sería necesaria dicha carga probatoria a la empresa (de cara a eludir la nulidad del despido) si no concurrían indicios suficientes para presuponer una discriminación por enfermedad. Así, la STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:575), confirma que la ausencia de cualquier tipo de indicio “no obliga al empresario a probar la causa que justifica el despido, pudiendo este admitir su improcedencia ante la imposibilidad de acreditarla”.

Por tanto, el despido sería *improcedente*, y no nulo, si hay una circunstancia objetiva que permite inferir que el despido carece de móvil discriminatorio. Las justificaciones objetivas y razonables, que deben respetar el principio de proporcionalidad, pueden acreditar que el móvil de la causa del despido es ajeno a la enfermedad o condición de salud del trabajador⁵⁵.

Por otro lado, si la empresa no prueba ni acredita una justificación objetiva y razonable (incluso si se trata de desistimiento durante el período de prueba) que desvirtúe los indicios de discriminación por enfermedad alegados por el trabajador, se considera que el móvil discriminatorio es la enfermedad, y el despido sería calificado como *nulo*⁵⁶. Pero en tal caso, como se ha recordado⁵⁷, también podría quedar excluida la antijuridicidad si (1) la diferencia de trato derivara de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (artículo 4.2 de la Ley 15/2022); o (2) si la extinción del contrato viene exigida por el proceso de tratamiento de la enfermedad, por las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades o por limitaciones exigidas por razones de salud pública (artículo 2.3 de la Ley 15/2022).

3.2. Prohibición de discriminación por enfermedad en la protección social

En el ámbito de la sanidad y de la protección social, las prestaciones y los servicios sociales, el artículo 15 (Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria) de la Ley 15/2022 dispone, con carácter general, que las administraciones sanitarias, en el ámbito de sus competencias, garantizarán la ausencia de cualquier forma de discriminación en el acceso a los servicios y en las prestaciones sanitarias por razón de cualquiera de las causas previstas en esta ley⁵⁸, entre éstas, obviamente, por razones de enfermedad, condición de salud, estado serológico y predisposición genética a padecer determinadas patologías o trastornos. De este modo, y en particular en relación con nuestro objeto de estudio, se reconoce que nadie podrá ser excluido de un tratamiento sanitario o protocolo de actuación sanitaria “por enfermedades preexistentes o intercurrentes, salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen”. Adicionalmente, y con el fin de asegurar un efectivo acceso y disfrute de los servicios sanitarios de acuerdo con sus necesidades, se hace un llamamiento para que las administraciones sanitarias promuevan acciones destinadas a aquellos grupos de población que presenten necesidades sanitarias específicas, tales como quienes padezcan enfermedades mentales, crónicas, raras,

⁵⁵ Así, la STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:207) ha considerado improcedente el despido objetivo por causas económicas de una trabajadora de baja por síndrome cervicobraquial, cuando se acredite la concurrencia de circunstancias justificativas, aunque no fueran alegadas en la carta de despido, puesto que las deficiencias formales del despido y de la carta solamente determinarán la declaración de improcedencia del mismo, y en el presente caso se interpreta que “concorre un elemento objetivo que permite presumir que *el cese del trabajador derivó de una causa totalmente ajena al móvil discriminatorio*” (acreditadas pérdidas económicas persistentes que obligan a cerrar el restaurante).

⁵⁶ Así sucede, por ejemplo, cuando la STSJ de Aragón de 4 de julio de 2023 (ECLI:ES:TSJAR:2023:834) aprecia que ninguna justificación razonable y válida es el haber recurrido la empresa a un despido objetivo por la causa productiva (no acreditada) que especifica la carta de despido, tras una prolija exposición de algunos aspectos de la situación económica y productiva de la empresa, cuando “la prueba practicada por la empresa no ha sido pues suficiente para desvirtuar los indicios de discriminación por enfermedad del demandante”. También la STSJ de Galicia de 13 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJGAL:2024:1823) o la STSJ de Baleares de 24 de enero de 2023 (ECLI:ES:TSJBAL:2023:97), que ante una comunicación empresarial de desistimiento a un trabajador en situación de incapacidad temporal derivada de una enfermedad común con diagnóstico de depresión neurótica, al que había previamente presionado para su alta e incorporación al trabajo, declara la nulidad del “despido” por discriminación por enfermedad.

⁵⁷ STSJ de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406); STSJ de Madrid, de 10 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:4970).

⁵⁸ En idénticos términos, el artículo 16 (Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la prestación de los servicios sociales) de la Ley 15/2022 exige que las administraciones públicas garanticen que no se produzcan situaciones discriminatorias también que en el acceso y la prestación de los diferentes servicios sociales.

degenerativas o en fase terminal, síndromes incapacitantes, portadoras de virus, con problemas de drogodependencia, etcétera⁵⁹.

De esta forma, hay pronunciamientos judiciales en los que se considera discriminatoria la denegación de un medicamento para una enfermedad rara, aunque de forma llamativa no se aluda expresamente a una discriminación por enfermedad, sino a una vulneración del derecho a la salud⁶⁰.

4. Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.
- AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión Social de los Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 243, 2023.
- AGUSTÍ MARAGALL, J.: “La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión Social de los Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 235, 2022.
- ALONSO PAULÍ, M., MORO VALENTÍN-GAMAZO, A. y ALVARADO CAYCHO, G.R.: *Novedades en la protección de la discriminación en materia laboral tras la Ley 15/2022*, Francis Lebreve, Madrid, 2024.
- CABEZA PEREIRO, J. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: *Igualdad y no discriminación laborales tras la Ley 15/2022*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- GALÁN GUTIÉRREZ, C.J.: “Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. extraordinario, 2023.
- GARCÍA SALAS, A.I.: *La vigilancia inicial de la salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GORDO GONZÁLEZ, L.: “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *Labos*, Vol. 4, núm. extraordinario “Tormenta de reformas”, 2023.

⁵⁹ En particular, el artículo 15, párrafos 4 y 5, de la Ley 15/2022 se refiere a unos *planes y programas de adecuación sanitarios* con los que desarrollar esas acciones para la igualdad de trato y prevención de la discriminación, poniendo un especial énfasis en “las necesidades en materia de salud específicas de las mujeres, como la salud sexual y reproductiva, entre otras”.

⁶⁰ Es el caso de la STS (Sala de lo Contencioso) de 19 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:795), que, ante un caso de denegación de un medicamento para tratar una enfermedad degenerativa de origen genético, rara y grave, que produce debilidad muscular y atrofia hasta provocar la muerte prematura, recuerda que no se trata de analizar si concurren o no los requisitos para la autorización excepcional de un medicamento solicitada para la administración del fármaco. Lo que se resuelve es si se vulneró el derecho de la recurrente a no sufrir discriminación consagrado en el artículo 14 CE y en referencia al derecho de igualdad en el acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Y en concreto argumenta la sala que “si bien la salud no aparece citada expresamente en el artículo 14 de la Constitución como causa de prohibición de discriminación, las partes en litigio nunca han cuestionado tal posibilidad”, y que se incurre “en la vulneración del principio de no discriminación, que alcanza a la salud como derecho constitucionalmente reconocido por el artículo 43 de la Constitución y por las previsiones de acceso igualitario que contienen tanto la Ley de Cohesión como la Ley del Medicamento”.

- GOÑI SEIN, J.L.: “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia & Trabajo*, núm. 1, 2022.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?”, *Iuslabor*, núm. 2, 2023.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario”, *La Ley Unión Europea*, núm. 126, 2024.
- MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (Una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes)”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, Vol. 2, núm. 2, 2023.
- MORENO SOLANA, A.: “La extinción del contrato de los trabajadores declarados no aptos o actos con limitaciones por el servicio médico de prevención”, *Documentación Laboral*, núm. 120, 2020.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Discriminación por enfermedad”, *Noticias Cielo Laboral*, núm. 11, 2022.
- VILLARINO MOURE, C.: “A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión Social de los Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 252, 2024.

EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN EN LAS ACTUACIONES MÉDICAS SOBRE MENORES DE EDAD¹

JUAN MIGUEL DÍAZ RODRÍGUEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de La Laguna

<https://orcid.org/0000-0001-8271-2471>

1. Conveniencia médica y autonomía del paciente

Aunque hay ámbitos de la realidad en los que el Derecho es capaz de liderar cambios, el mundo de la medicina está presidido por las “reglas” que impone la propia naturaleza de la materia: combatir la enfermedad y, en la medida de lo posible, la muerte, velando por la mejor salud de las personas. Diversas partes de ese mundo cuentan con el correspondiente régimen jurídico y los profesionales de la medicina tendrán que atender a él pero, en esencia, el desempeño por los facultativos de sus cometidos no entiende tanto de leyes como de la pericia médica que deba conducir en cada momento a un tratamiento, a una intervención quirúrgica o a cualquier otra acción terapéutica necesaria. Es evidente que, en cualquier centro médico u hospitalario, se lidia cada día con enfermedades, padecimientos, dolencias y revisiones ante las que es preciso fijar qué es lo recomendable para la persona en cuestión, para su salud y para su vida. Se actúa de una u otra forma según la conveniencia médica.

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i de Generación de Conocimiento, titulado *Sostenibilidad ambiental, social y económica de la administración de justicia. Retos de la Agenda 2030*. (SOST JUST 2030), con referencia PID2021-126145OB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y “FEDER Una manera de hacer Europa”.

Se actúa de una u otra forma según lo que sea conveniente desde un punto de vista médico, pero siempre que el paciente quiera que se actúe. Cualquier persona intuye que, salvo casos de inconsciencia o incapacidad momentánea para consentir unida a intervenciones perentorias por urgentes, toda acción médica pasa porque la persona hacia la que va dirigida acepte dicha acción (dejando por ahora de lado el problema relativo a los menores de edad). La conveniencia médica puede estar clara, pero cada persona es autónoma para aceptar o no lo “prescrito” por el facultativo. No cabe incidir con medicamentos y otros procedimientos médicos en el cuerpo y la mente de una persona sin el consentimiento de esta. Podrán subyacer motivaciones de otra índole, pero el caso es que, salvo supuestos excepcionales, solo dicho consentimiento abre la puerta de la actuación en el ámbito de la salud de una persona.

1.1. *Lex artis* para los médicos y legislación sanitaria para los pacientes y su dignidad

En los dos componentes de este binomio surgen dudas. La afirmación de que en medicina hay intervenciones en la salud de las personas que son convenientes, pero que se podrán llevar a cabo solo si las personas prestan para ello de forma libre su consentimiento, tiene que ser relativizada. Por una parte, qué sea lo recomendable (conveniente, adecuado, idóneo) en términos médicos es algo que se presta a veces a la controversia, o respecto de lo cual puede no existir unanimidad entre los profesionales de la medicina, como es natural que ocurra entre científicos de estas y otras disciplinas. Por otra parte, que una persona sea libre para aceptar o no una determinada acción médica que va a recaer sobre su organismo, es más bien un imposible. No digamos ya que, en determinadas situaciones límite, sobrevuelen distintas consideraciones cuasi filosóficas sobre la vida y que, entonces, una persona acepte o no una acción médica más en función de ellas y menos según la conveniencia médica (una conveniencia que, en dichas situaciones, puede limitarse a demorar un fallecimiento inevitable y/o conseguir el mayor bienestar en el tramo final de la vida, o simplemente aliviar el dolor o mitigar padecimientos); sino que pensemos en la existencia de posibilidades reales de recuperación combinadas con elementos de riesgo quirúrgico o similares, tal que la persona no es “libre” en el pleno sentido de la palabra, al confluir sobre ella la información recibida, la opinión de la familia y otras circunstancias mediatizantes, con una previsible dosis de paternalismo proveniente del personal médico, como se comentará enseguida.

En cualquier caso, por más que algo pueda ser conveniente desde una estricta perspectiva médica incluso de forma unánime, la persona en cuestión es autónoma (mejor así, porque decir que es “libre” resulta pretencioso) para decidir si lo acepta o no. Conveniencia médica y autonomía del paciente conforman, en suma, una pareja bien avenida que, cabe ir preguntando ¿Está regulada por la ley? Solo en parte. La ley se ocupa de lo segundo, ya que lo primero no es materia juridificable. Diversos aspectos de la prescripción médica, considerada en sentido amplio, están regulados por normativas técnicas de todo tipo, pero la toma de la decisión por el facultativo en su sentido nuclear no está sujeta a normas jurídicas, como no podía ser de otra manera, sino a la profesionalidad, la pericia y el criterio médico, es decir, la *lex artis*² (cuya desatención podrá desembocar en responsabilidades, pero eso es otro tema). Sin embargo, la otra parte del binomio sí está regulada: considerada una determinada acción como conveniente

² MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., en VV.AA.: *Derecho Médico. Vol. 1, Derecho Médico general y especial*, MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. (dir), MARTÍNEZ-CALCERRADA, J.M^a. (coord.), Madrid, Tecnos, 1986, p. 188: “De conformidad con lo que se viene exponiendo puede definirse la *lex artis ad hoc* así: Es el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)”.

desde una perspectiva médica, la persona en cuestión es autónoma para decidir si la acepta o no y esto sí es terreno propicio para la regulación jurídica, como puede intuirse. Fundamentalmente, cómo debe formalizarse esa aceptación y cómo garantizar que la persona ha recibido antes la información necesaria para decidir con conocimiento de causa acerca de la actuación en el ámbito de su salud (aunque esto mismo ya encierra un pequeño gran problema, el relativo a cuál es en realidad la información necesaria, como se comentará a continuación). Ni qué decir tiene que el contexto médico mediatiza siempre la mayor o menor entidad que deban tener estos trámites, en función de la mayor o menor complejidad y/o gravedad del padecimiento o de la intervención de que se trate.

Si se ojea la Ley 41/2002 (de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica³, en adelante LAP) se observa que el objeto de regulación es la “autonomía del paciente”, lo cual enlaza con lo relativo a la información, pero lo central es dicha autonomía del paciente (primera parte del título de la ley). El legislador, con buen criterio, ha querido recordar que existe dicha autonomía del paciente porque así lo impone la dignidad de la persona. Nadie puede ser tratado sin más como un simple objeto de tratamientos, pruebas y operaciones y, al contrario, es esa noción elemental de la dignidad la que implica el reconocimiento de la autonomía del paciente. Como bien señala el artículo 2.1 LAP, la dignidad de la persona está en la base de todo y, en consecuencia, “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios” (art. 2.2)⁴. De forma tangencial, aparece luego la información previa que debe ser proporcionada a pacientes y usuarios para que consientan o no con arreglo a dicha información, así como la información que debe ir integrando el historial clínico y, por tanto, la preservación de la intimidad respecto de ese historial (o sea, “derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, que es la segunda parte del título de la ley). Pero ahí queda bien plasmado en la ley que, en materia sanitaria, la exigencia de consentimiento va más allá de la pura perspectiva contractualista civilista para situarse de lleno en el mismo ámbito de la dignidad de la persona⁵.

1.2. El mal llamado “consentimiento informado”

Con esa finalidad de garantizar la autonomía del paciente, la ley regula el ofrecimiento de información previa que asegure que el consentimiento obedece al conocimiento real por el paciente de su situación y de la acción médica a la que se expone: el “consentimiento informado”, figura así denominada y que ocupa un lugar central en la ley, sin restar importancia al resto de la misma, pero siendo dicha figura la que se erige en epicentro de la autonomía del paciente. Así lo atestigua la regulación de dicho “consentimiento informado” en el artículo 8, acompañado de aspectos añadidos como son los límites y el consentimiento por representación (art. 9), condiciones de la información y consentimiento por escrito (art. 10) y posibilidad de instrucciones previas (art. 11). Si hay algo que garantiza la autonomía del paciente es la obligación

³ BOE núm. 274, de 15 de noviembre.

⁴ PARRA LUCÁN, M^a. A.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2003, p. 4/37: “El consentimiento libre e informado está estrechamente vinculado con la dignidad y la libertad personal, y es preciso para legitimar las intervenciones en el ámbito de la sanidad (fuera de los casos de tratamientos sanitarios obligatorios en caso de riesgo para la salud pública o de riesgo inmediato grave de quien no está en condiciones de prestar el consentimiento)”.

⁵ DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derechos y obligaciones de los pacientes*, Madrid, Cóllex, 2003, p. 53, con certeras palabras, señala: “Cuando nos hallamos ante relaciones jurídicas propias del Derecho Sanitario, el consentimiento se desvincula en gran manera de su tradicional ubicación jurídica, para encontrar más directamente su fundamento en la dignidad y en la libertad de la persona. Quiere decirse con ello que, al margen del fundamento jurídico de la necesidad del consentimiento informado, no puede prescindirse de su fundamento ético, con lo que quedan en buena medida desvirtuados los postulados que sólo ven en el consentimiento una exigencia importada desde el Derecho hacia el trabajo clínico”.

de informarle antes de una intervención sanitaria sobre su persona y el derecho de consentir o no, lo cual queda claro tanto en el mismo título de la ley como a lo largo de su articulado.

Aunque no es lo trascendente respecto del análisis jurídico en estas páginas expresado, la expresión “consentimiento informado” es inexacta. El paciente es informado y el consentimiento es prestado o no. El informado no es el consentimiento en sí. El consentimiento podrá estar informado por diversas circunstancias, contextos y estados de ánimo (piénsese en aspectos como la complejidad de la intervención médica, el temor que pueda tener el paciente, la confianza en el personal médico, las expectativas reales de mejora o, precisamente, la información recibida), pero, utilizada la expresión en sentido pasivo (informar, en sentido activo, o recibir información, en sentido pasivo), informado es el sujeto, no su consentimiento. En una secuencia dinámica, además, primero la persona recibe información y, como consecuencia de ello, a continuación, esa persona expresa o no su consentimiento. Es más, la propia ley regula en su artículo 8 el mal llamado “consentimiento informado” para luego, en el siguiente artículo, acometer la posibilidad de que el paciente muestre su consentimiento sin previa recepción de información, porque haya renunciado a ello, no utilizando la ley la expresión “consentimiento no informado” ya que, en esos casos, la persona es la que no ha sido informada, sin perjuicio de lo cual ha expresado luego su consentimiento (esto pone de manifiesto que, por tanto, una cosa es que el sujeto esté informado o no y otra que preste consentimiento, que no es menester calificar de informado o no informado). Piénsese, por lo demás, en la secuencia práctica de las cosas, que conlleva dos preguntas habituales formuladas por el facultativo como son, primero, si la persona ha sido informada o no y, segundo, si consiente en la operación o no, siendo probable que si pregunta algo así como: “¿Presta usted consentimiento informado sobre la operación?”, la persona no entenderá nada.

1.3. ¿Tiene autonomía el paciente menor de edad?

La prestación de consentimiento previa recepción de la información necesaria, se enfrenta a diversos problemas casuísticos, debiendo ser destacados ahora dos de ellos: qué ocurre cuando el paciente no tiene capacidad para consentir (¿Consienten sus representantes legales?) y, en todo caso, cuál es la información necesaria (¿Qué tipo de información médica debe ser suministrada? ¿Qué debe entenderse por “información”?). Lo segundo invita a reflexionar en términos casi filosóficos sobre el papel del médico en su relación con el paciente, ya que dicha relación va más allá de la simple asistencia médica en sentido técnico y, entonces, es necesario cuestionarse hasta dónde tiene el paciente que ser informado (un exceso de información puede ser contraproducente, por contribuir más bien a la desinformación o, sin llegar a tanto, desorientación), así como qué es realmente “información”. Este término no parece incluir el ofrecimiento de consejos, recomendaciones u opiniones subjetivas, lo cual no quiere decir que no puedan darse, al contrario, es inevitable y en cierto modo loable alguna dosis de paternalismo por parte del “informador”, o sea, el médico⁶.

El otro problema sitúa las cosas en lo tratado en estas páginas y en cuyo planteamiento habrá que volcar todo lo dicho hasta aquí de forma introductoria. Puede suceder que la persona no pueda consentir por razones obvias de imposibilidad objetiva (estado inconsciente y similares), en cuyo caso habrá que estar a la diligencia convencional por parte del facultativo. Ahora bien, el supuesto puede ser el de que el paciente sea menor de edad, lo cual sitúa las cosas en un terreno no tan sencillo como parece. En términos legales es fácil acudir a las normas civiles

⁶ Al respecto de esta cuestión, es fascinante la lectura de la sección dedicada al paternalismo en VV.AA., *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988, con aportaciones de autores como GARZÓN VALDÉS, E.: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, pp. 155-174, DIETERLEN, P.: “Paternalismo y Estado del Bienestar”, pp. 175-194, o ATIENZA, M.: “Discutamos sobre paternalismo”, pp. 203-214, entre otros.

según las cuales, en general, son los representantes legales de la persona menor de edad quienes deben consentir teniendo más o menos en cuenta la opinión del menor según su mayor o menor edad y grado de madurez pero, al margen de dicha solución (que se verá a continuación si es efectivamente la acogida por la ley española), un supuesto de este tipo conecta con aspectos no legales sino éticos y de otro orden que desembocan en reflexiones de muy variada naturaleza. La conveniencia médica como premisa no va a verse alterada por esto, pero ¿El paciente menor de edad es también autónomo? Según la ley, parece que sí y, además, la dignidad del paciente es la misma y, entonces ¿Tiene que prestar consentimiento el paciente, siendo menor de edad? Puede responderse que no porque serán sus representantes legales quienes se ocupen de ello, o cabe responder que sí teniendo en cuenta que el paciente es quien debe prestar consentimiento (que puede ser exclusivo o, al menos, coexistir junto al de los representantes legales). Qué actuaciones médicas sean convenientes es algo en lo que no incide demasiado el hecho de que el paciente sea menor (más allá de la discrepancia que pueda darse entre facultativos de la misma forma que si el paciente es mayor de edad), pero con la otra parte del binomio (la autonomía del paciente) ocurre todo lo contrario. Si se contraponen dos ejemplos extremos se aprecia muy bien que es harto difícil dar una respuesta a modo de regla general satisfactoria para todos los supuestos posibles: ante una grave enfermedad infantil que padezca un menor de 4 años y que requiera una operación de alto riesgo, solo tiene sentido pensar en un consentimiento prestado por sus padres, pero no se resuelve igual el caso de un severo tratamiento contra el cáncer que deba seguir un menor de 15 años que va a exponerse a los sufrimientos considerables que conlleva dicho tratamiento. Habrá que averiguar, en cualquier caso, qué establece la legalidad vigente respecto de este específico problema jurídico.

2. El consentimiento informado de los pacientes menores de edad

En efecto, habrá que acudir al ordenamiento jurídico para localizar la norma que, acertada o no, se ocupa de este asunto, pero es preciso llamar ya la atención acerca de la distancia que media entre la realidad y la norma. Vistas las reflexiones anteriores, la cuestión de las actuaciones en el ámbito de la salud de los pacientes y el consentimiento que estos deben prestar cuando son menores de edad, propicia una disociación entre la legalidad y el discurrir fáctico, es decir, entre una específica norma que aborda el tema concreto del consentimiento de los menores de edad y una realidad mucho más amplia conformada por la relación entre el médico y el paciente. Huyendo de ese enfoque que, a veces, encarcela a los juristas tanto que creen que todo empieza y termina por el Derecho, quizás convenga echar un vistazo al Código de Deontología Médica⁷, para comprender la multitud de elementos (sociales, personales, familiares, médicos) a tener en cuenta en dicha relación. En cualquier caso, preséntese primero la aludida norma dado el carácter científico jurídico de estas páginas y confróntese luego con la realidad para, precisamente, desembocar en posibles propuestas de cambio normativo.

2.1. El artículo 9.3.c de la Ley 41/2002 (junto al 9.4)

En 2002 se aprobó la ley número 41 de ese año (aquí abreviada como LAP), profundizando en diversos aspectos esbozados en la Ley General de Sanidad, que ya tenía entonces algo más de quince años de vigencia⁸; aspectos que habían sido ya abordados por algunas leyes autonómicas aprobadas en materia sanitaria regional y que sirvieron de “acicate⁹” para el legislador estatal, sin

⁷ Aprobado por la Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España el 17 de diciembre de 2022. Puede consultarse en: https://www.cgcom.es/sites/main/files/minisite/static/828cd1f8-2109-4fe3-acba-1a778abd89b7/codigo_deontologia/

⁸ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE núm. 102, de 29 de abril).

⁹ PARRA LUCÁN, M^a.A.: “La capacidad del paciente... *ob cit.*”, p. 1/37, refiriéndose a la Ley 41/2002: “La Ley, que entra en vigor a los seis meses a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disposición

entrar ahora en si las Comunidades Autónomas tienen efectivamente competencia para legislar sobre asuntos relacionados con los derechos de la personalidad, es decir, Derecho Civil, por más que sí tengan competencia (art. 148.1.21ª CE) para desarrollar la legislación estatal sobre “bases y coordinación general de la sanidad” (art. 149.1.16ª CE). En las páginas siguientes se centrará el análisis en la ley estatal, suficiente para poner de manifiesto las deficiencias normativas existentes en esta materia (y porque las leyes autonómicas mantienen en sus textos al principal protagonista de dichas deficiencias). Además, se focalizará dicho análisis sobre, en concreto, la citada Ley 41/2002 (LAP), dejando de lado algunas normativas específicas para asuntos médicos especiales en las que la regulación de figuras como la aquí estudiada puede ser diferente. En cualquier caso, téngase en cuenta que esta ley de 2002 fue aprobada bajo los auspicios del “Convenio de Oviedo”¹⁰, referente internacional en esta materia.

El artículo 8 LAP reguló el preceptivo consentimiento del paciente que, habiendo recibido previa información según lo dispuesto en el artículo 4 de la misma ley (acompañado del artículo 5 para diversos supuestos especiales), es requisito para llevar a cabo cualquier actuación en el ámbito de la salud (el “consentimiento informado”, en los términos inexactos que la ley utiliza). A continuación, el artículo 9 LAP se adentraba en tres hipótesis en las que lo señalado en el anterior artículo 8 no iba a producirse: porque el paciente renuncia a recibir información (art. 9.1), porque se actúa sin que medie consentimiento del paciente (art. 9.2, sobre urgencias médicas y similares) y porque el propio paciente no consiente sino que son sus representantes legales quienes lo hacen, existiendo un “consentimiento por representación” (art. 9.3). Quedaba así dispuesto un régimen amplio más amplio que el contenido en la citada Ley General de Sanidad y que ha sido modificado en varias ocasiones posteriores (destacando la Ley 26/2015¹¹). Estando a la normativa en la actualidad vigente, parte del artículo 9.3 en su primera versión ha pasado al nuevo apartado 4. El análisis debe comenzar por el artículo 9.3 (en su versión actual, por supuesto) y los tres supuestos de “consentimiento por representación” que contiene.

Junto a dos casos previsibles acogidos en las letras “a” y “b” (incapacidad momentánea según valoración del facultativo e incapacidad continuada según la sentencia al efecto dictada), el artículo 9.3.c está destinado a, por fin, al consentimiento por representación cuando existe minoría de edad de la persona destinataria de la actuación médica. La norma es del siguiente tenor literal (ensamblando el inicio del citado artículo 9.3 y solo su letra “c”):

“Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

Pudiera pensarse que el legislador ha tomado la referencia de los dieciocho años de edad como mayoría de edad, tal que lo dispuesto en el transcrito artículo 9.3.c sería de aplicación a los menores de dicha edad, pero no es así (o sí, se verá enseguida). Téngase en cuenta lo establecido en el artículo 9.4 (párrafos primero y segundo):

final única) se dicta, como viene sucediendo en otras materias, en un ámbito en el que se le han adelantado varias Comunidades Autónomas (Madrid, Cataluña, Galicia, La Rioja, Navarra, Aragón, Extremadura), como si este dato sirviera al legislador estatal de acicate o estímulo”.

¹⁰ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (el instrumento de su ratificación fue publicado en el BOE de 20 de octubre de 1999, número 251).

¹¹ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio).

“Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”.

Como puede observarse, el legislador tiene en mente la idea de que la edad de referencia para que, en general, quepa o no el consentimiento por representación es la de 16 años (así era hasta los cambios que introdujo la Ley 26/2015 y, de hecho, es lo que siguen creyendo los médicos en la práctica). Sin embargo, los términos utilizados implican que, a fin de cuentas, la única edad que excluye de plano la vía del consentimiento por representación es la de los 18 años. Por una parte, no existe una suerte de previsión automática del consentimiento por representación para los casos en que los pacientes sean menores de edad, sino que se precisa la valoración del caso concreto. Por otra parte, tampoco se excluye dicho consentimiento en cuanto la persona cumple 16 años (salvo riesgo grave de la intervención), porque también en esos casos tiene que valorarse la existencia o no de “capacidad intelectual y emocional”. Es decir, para todo menor de 18 años se precisa el consentimiento de sus representantes legales si se considera que el menor concreto de que se trate no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

Lo anterior complica la respuesta a una pregunta ya antes formulada y que surge visto lo dispuesto en la propia ley en sus primeros artículos ¿Acaso cabe entender que la autonomía del paciente, como noción transversal en la LAP, decae cuando no tiene la mayoría de edad? No parece que pueda responderse de forma afirmativa (o sea, que el paciente menor de edad no tiene autonomía como tal paciente), dado lo señalado por otros artículos de la ley. En fin, visto lo visto, procede un análisis jurídico algo más detallado de este régimen legal, destacando los siguientes aspectos:

2.1.1. Posible consentimiento por representación si el paciente no tiene los 18 años cumplidos

La ley no indica que, en caso de minoría de edad, corresponda siempre a los representantes legales del menor consentir la actuación médica sobre este, sino que, existiendo minoría de edad del menor, o sea, cuando este no tenga los 18 años cumplidos, son sus representantes legales quienes deben expresar el consentimiento en caso de que el menor “no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención” (art. 9.3.c LAP)¹². Esto, aunque la norma no lo explicita, será valorado por el facultativo, es decir, tendrán que medirse las circunstancias del caso concreto tanto en relación con la persona (su madurez general, al margen del asunto sanitario) como respecto de su estado mental puntual en el momento de efectuarse la actuación (pudiera ser que un menor sea suficientemente maduro pero que, por diversas circunstancias, aprecie el facultativo que no tiene capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención en el momento en que esta deba producirse).

El artículo 9.4 LAP no altera lo anterior, en contra de lo que pudiera parecer. No se trata de que exista una excepción para los menores emancipados o mayores de 16 años (dejando a un lado la hipótesis de la capacidad judicialmente modificada, en cuyo caso habrá que estar a lo que indique la correspondiente resolución), tal que para ellos no quepa nunca el consentimiento por representación (salvo grave riesgo, añadiría el segundo párrafo del citado artículo). Al contrario,

¹² PARRA LUCÁN, M^a.A.: “La capacidad del paciente... *ob cit.*”, p. 11/37, realiza dicha interpretación en sentido contrario, que es inevitable a la vista del tenor literal normativo.

la ley se refiere a menores emancipados y a menores que tengan 16 o más años que (estos últimos) “no se encuentren en el supuesto c”. Por tanto, a fin de cuentas, en relación con todo menor de 18 años, tenga la edad que tenga, habrá que valorar si es “capaz intelectual” y “emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”, también si tiene 16 o más años de edad¹³.

Es importante tener en cuenta los cambios que introdujo la citada Ley 26/2015, ya que cambió la anterior regla de exclusión del consentimiento por representación cuando el paciente ha cumplido los 16 años (salvo grave riesgo), por la actual en la que, también entre los 16 y los 18 años, es necesario valorar la capacidad intelectual y emocional del paciente. En cualquier caso, sigue exigiendo la norma que, por debajo de los 16 años, sea el paciente quien deba expresar su consentimiento si el facultativo lo considera capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención¹⁴ (lo cual lleva a problemas en la práctica y a que todo degenera, como se verá en los siguientes puntos).

2.1.2. Los menores de edad tienen autonomía como pacientes, también si carecen de capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención médica propuesta

Podría parecer que, si no todos los menores, sí los que carezcan de la capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención, están privados de la autonomía que la ley reconoce de forma general y básica a todos los pacientes. Sin embargo, no es así. En primer lugar, los principios básicos recogidos en el artículo 2 LAP aluden a la autonomía del paciente como noción elemental que no se excepciona en ningún caso. En segundo lugar, el artículo 5 LAP regula el suministro de información al paciente sin mencionar nada relativo a la minoría de edad del mismo. Por tanto, debe entenderse que, mediatizado obviamente todo esto por la mayor o menor madurez del paciente, inexistente desde luego a edades muy cortas, la ley proclama la autonomía de todo paciente con independencia de su edad, pero ha querido tratar aparte la figura específica del consentimiento por representación para determinadas situaciones individualizadas. Una cosa es tener o no autonomía personal (mayor o menor según la edad y el grado de madurez) en un sentido que enlaza con la dignidad humana, otra quién deba emitir en diversos momentos el consentimiento en nombre de la persona menor de edad.

2.1.3. Cuando existe grave riesgo, es necesario siempre el consentimiento por representación

El segundo párrafo del artículo 9.4 LAP prevé una excepción de la excepción, es decir, tras relatar el precepto anterior (el primer párrafo del mismo artículo) casos en que no cabe el consentimiento por representación, la ley establece que, sin embargo, en determinadas circunstancias no rige dicha norma (la prohibición del consentimiento por representación) y, entonces, el consentimiento tendrá que ser prestado por los representantes de la persona menor de edad. Efectivamente, se trata de los casos en que la actuación tenga “grave riesgo para la vida o salud del menor”, en los cuales no puede el propio menor consentir sino que serían sus representantes los que deberán aceptar la intervención. Téngase en cuenta que esto, es obvio, rige de la misma forma para los menores que ni siquiera tienen los 16 años de edad cumplidos, ya

¹³ BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Consentimiento por representación en el ámbito sanitario: diversos instrumentos para su aplicación”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, p. 206, concluye: “Ahora bien, si se trata de un mayor de dieciséis años sin que tenga suficiente madurez para tomar una decisión seria, libre, consciente en relación con un determinado tratamiento o intervención médica, en este supuesto, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor”.

¹⁴ Así fue destacado por BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “Derechos de los menores de edad en el ámbito sanitario” (capítulo 25), en VV.AA.: *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. I, PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 866 y 867.

que el segundo párrafo del comentado artículo 9.4 es continuación del primero (que, como ya ha sido expuesto, ha querido situar en los 16 años una barrera pero mal dispuesta, porque debe valorarse también si el mayor de 16 es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención), pero no iba a operar solo en relación con las personas mayores de 16 años, por la lógica que subyace en los artículos 9.3.c y 9.4 LAP.

Además, nótese algunos aspectos adicionales de este segundo párrafo del citado artículo 9.4: es el facultativo quien valora si la actuación en el ámbito de la salud del menor representa o no un “grave riesgo para la vida o salud” del paciente que es el menor, de forma que si considera que sí existe dicho riesgo grave, es imperativo que los representantes legales del menor sean quienes manifiesten su consentimiento pero, precisión importante, oyendo antes la opinión del menor y, añade la ley, teniéndola en cuenta. Este último inciso conduce, a continuación, a una conclusión que solo puede generar perplejidad. En todo caso, no se sabe muy bien qué es “tener en cuenta la opinión del menor”, pero no será nunca derivar el consentimiento hacia el menor, porque el consentimiento tendrá que ser expresado por los representantes legales (si hay grave riesgo para su vida o salud) con su propio criterio, se supone (no como mera expresión formal de la decisión tomada por el menor, o que es inherente a su opinión). Recuérdese que, en todo momento, opera la primacía de la vida y la salud del menor y quien emite un consentimiento por representación debe tenerlo bien presente (art. 9.6 LAP).

2.1.4. ¿Oír al menor, sin tener en cuenta su opinión, como regla general?

Aunque resulte algo absurdo hacer esta observación, esta es provocada por la técnica legislativa de las actuales normas vigentes, hartamente cuestionables. Si, cuando el menor de edad tiene los 16 años de edad cumplidos así como capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la operación (es decir, no se encuentra en el supuesto del artículo 9.3.c LAP), su opinión debe ser oída y, además, tenida en cuenta, según señala el segundo párrafo del artículo 9.4 de la misma ley, querrá decir que en el resto de los casos la opinión del menor debe ser escuchada pero no tenida en cuenta (ensamblando la interpretación y aplicación del artículo 9.3.c con la del segundo párrafo del artículo 9.4). Por fortuna, el ordenamiento jurídico está integrado por, ya se sabe, un conjunto de normas que, más o menos armónico, deben ser contempladas en su totalidad y, en esta materia, no se trata solo de realizar una exégesis de los artículos 9.3.c y 9.4 LAP, sino de colocar dichos preceptos junto a otros vigentes. La pregunta formulada tiene una respuesta negativa.

2.1.5. Escuchar la opinión del menor es tenerla en cuenta, en función de su edad y madurez

En efecto, la anterior pauta, candidata a “regla general”, no es correcta. Si bien el tenor literal normativo podría fijarla, repárese en la remisión del propio artículo 9.3.c LAP a la “Ley del Menor”, concretamente al artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 (de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁵, en adelante LOM), resultando que en dicha norma queda claro que escuchar la opinión del menor significa “tenerla en cuenta”, si bien precisa el legislador con buen criterio que todo ello queda mediatizado por la edad y la madurez que tenga el menor. El primer párrafo del citado artículo 9 LOM señala en su primera parte lo siguiente: “El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función

¹⁵ BOE núm. 15, de 17 de enero.

de su edad y madurez”. Eso sí, el posterior artículo 9.2, en su primer párrafo, sienta la regla general de que se tiene “suficiente madurez” desde que han sido cumplidos los 12 años. Por tanto, la opinión del menor debe ser (en el asunto aquí tratado, en materia sanitaria) escuchada y, según su edad y madurez, más o menos tenida en cuenta, sin olvidar que podrán presentarse casos en que, simplemente por una muy corta edad, no es cabal tener en cuenta dicha opinión. Que deba ser “más o menos tenida en cuenta” la opinión del menor querrá decir que, sin llegar a ser vinculante, puede ser “más o menos determinante”, como se establece en el segundo párrafo del artículo 6.2 del “Convenio de Oviedo” antes citado¹⁶.

Dejando de lado esos casos límite y aunando los artículos 9.3.c LAP y 9.1 LOM, puede afirmarse que, cuando una persona menor de edad (menor de 18) va a someterse por conveniencia médica a una actuación en el ámbito de su salud, tendrán que consentir en ello (en lugar del menor) sus representantes legales cuando la persona menor de edad no tenga capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención, pero debiendo ser escuchada antes la opinión de dicha persona, sin que puedan los representantes legales despachar esa escucha como un trámite irrelevante en la toma de la decisión final. Es decir, los representantes legales deberán ponderar lo opinado por el menor con otros factores a tener en cuenta, optando quizás por algo que pueda no coincidir con la opinión del menor si así se desprende de la señalada ponderación que, ya se sabe, puede ser muy difícil de abordar en casos en extremo delicados cuyo trasfondo bien puede ser dramático (en todo caso, una vez más, recuérdese el artículo 9.6 LAP). Otro tanto cabe afirmar si, teniendo la persona menos de 18 años de edad, sí es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención pero esta constituye un grave riesgo, en cuyo caso debe estar consentida por los representantes legales con el mismo parámetro de escuchar y tener en cuenta la opinión del paciente (en este caso quizás en mayor medida, al partir de que el menor sí tiene la aludida capacidad).

Por tanto, señalado lo anterior, solo puede concluirse que el inciso final del artículo 9.4, segundo párrafo, queda vacío de contenido, o entra en la categoría de la redundancia, ya que la opinión del menor debe ser escuchada y, siempre, tenida en cuenta, no solo en el marco de la existencia de un grave riesgo para el menor de edad que sí tiene capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención.

2.1.6. ¿El menor es escuchado por sus representantes legales, no por el facultativo?

En esta ocasión, más por déficit normativo que por defectuosa técnica legislativa, debe sostenerse que, según la ley, corresponde no al facultativo sino a los representantes legales del menor escuchar (y tener en cuenta, como acaba de señalarse) su opinión. Desde luego, como se expondrá en el tercer y último epígrafe, y tendrá precisamente protagonismo importante en la propuesta de cambio normativo con la que se cerrarán estas páginas, la realidad supera estas previsiones legales algo encorsetadas y la misma regulación de la información a suministrar al paciente, también cuando es menor, ofrece momentos para el intercambio de opiniones en diversas direcciones entre el facultativo, el menor y sus representantes. Aunque la norma no lo contemple de forma explícita, es evidente que, por aquello de que se permite todo lo que no

¹⁶ Se trata del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (el instrumento de su ratificación fue publicado en el BOE de 20 de octubre de 1999, número 251). Su artículo 6.2 señala en sus dos párrafos lo siguiente:

“Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley.

La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez”.

esté expresamente prohibido, el facultativo no es que pueda sino que debe escuchar al menor. El Código Deontológico Médico antes citado ilustra muy bien sobre este asunto.

2.1.7. El menor tiene que ser informado siempre, pero no de forma excesiva

Llegados a este punto, surge la duda de si, cuando proceda el consentimiento por representación, el menor tiene que ser informado. Es evidente que, en estos casos, la información debe ser suministrada a los representantes legales, que son quienes van a consentir, pero ¿También al menor, o debe este quedar al margen de dicha información? Aunque la norma reguladora del consentimiento por representación es también en esto deficiente, debe entenderse que, sin lugar a dudas, el menor tiene que ser también informado. Sin ánimo ahora de exhaustividad, el artículo 4.1 LAP establece que todo paciente tiene derecho a conocer, respecto de una actuación en el ámbito de su salud, “toda la información disponible sobre la misma”, concretando el artículo 5.1 con la debida contundencia que “el titular del derecho a la información es el paciente”, sin que normas posteriores contengan excepciones por razones de la minoría de edad (el artículo 5.3 alude, por ejemplo, a casos de incapacidad pero motivados por “el estado físico o psíquico” del paciente en el momento en que sea necesario llevar a cabo la actuación médica). Por su parte, el artículo 10.1 regula las condiciones de la información a prestar sin excluir a los menores de edad. Y definitivo es, desde luego, lo previsto en el artículo 5.2, destinado a los casos de incapacidad pero válido como referencia analógica¹⁷: “El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”.

Otra cosa es que, también en este terreno, deba operarse ponderando las circunstancias concurrentes tanto en el problema médico en cuestión como en la persona menor de edad (edad específica y grado de madurez). Aparte del apoyo que dicha ponderación tendría en diversas cláusulas generales (el artículo 4.5 prevé la limitación de la información si existe un estado de necesidad terapéutica, así como el artículo 10.2 recoge una importante pauta de mayor importancia del consentimiento, y de la información a recibir se sobreentiende, cuanto más dudoso sea el resultado de la intervención, con lo que es menor la importancia de ese consentimiento, y de la información previa, cuanto menos dudoso sea el éxito de la actuación médica), la ley relativiza algunas reglas por ella misma fijadas y, por ejemplo, señala en su artículo 9.5: “El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”. Antes, el ya señalado artículo 5.2 ha dejado claro que cada paciente debe ser informado con arreglo a “sus posibilidades de comprensión” y, en fin, todo esto encaja con lo contemplado en el artículo 9 LOM, siendo necesario cerrar este asunto con la indicación de que, quizás, es necesario atemperar el rigor y la exhaustividad de la información proporcionada al menor, para evitar tanto una incomprensión debida a la profusión de detalles como un aturdimiento o, incluso, temor derivado del exceso de información técnica que puede ser percibido como sinónimo de complejidad y riesgo en la intervención médica. La “información excesiva” puede ser contraproducente, desde luego¹⁸.

¹⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2007, p. 244, confirma que el citado artículo 5 nada establece de forma expresa sobre el tipo de información que se pueda proporcionar a los menores de edad y, en su opinión, “parece que el legislador ha querido que el tratamiento de la información a los menores de edad reciba acomodo en el número 2 del artículo 5, dentro de los casos de incapacidad”.

¹⁸ PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A.: *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Granada, Comares, 2009, p. 98: “Pero a la hora de hablar de los riesgos de los que el paciente ha de ser informado queda una zona de exclusión en la que se sitúan determinados riesgos que, por su carácter remoto o por la excesiva y desproporcionada incidencia que pudieran tener sobre el ánimo del paciente, no deberían ser revelados, para evitar caer en lo que ya ha sido considerado por la jurisprudencia como una “información excesiva””.

2.1.8. Consentimiento del menor (que sí sea capaz) acompañado del consentimiento de los representantes legales

Una importante precisión debe complementar lo dicho hasta aquí. En los casos en que, tal cual está previsto en la ley (otra cosa es que, en la práctica, se esté procediendo con arreglo a otra regla que no es exactamente la legal), la persona menor de edad sea la que vaya a prestar consentimiento por entender el facultativo que es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, no significa ello que se excluya el consentimiento de los representantes legales, habitualmente los padres del menor. Al contrario, deberán coexistir el consentimiento del menor y el consentimiento de sus representantes legales, ya que el artículo 9.3 LAP regula el “consentimiento por representación” como sustituto del consentimiento expresado por el propio menor, que no quiere decir que en el resto de casos no haya lugar para el consentimiento de los representantes legales (por imperativo derivado del Derecho Civil) que acompañará al expresado por el menor¹⁹.

2.1.9. Seguridad jurídica para el facultativo

Toda la ciudadanía aspira a la seguridad jurídica, como parámetro sociológico de enorme importancia incrustado en la misma Constitución (art. 9.3). En materia de “Derecho sanitario”, así llamado, los profesionales de la medicina tienen, de la misma forma, una aspiración o, incluso, necesidad de saber a qué normas atenerse en el desempeño de sus cometidos²⁰ que, más o menos rutinarios, enlazan con los derechos fundamentales de la ciudadanía, los pacientes en este caso, en un contexto a veces complicado por la patología subyacente pero en el que, con todo, se precisa un régimen jurídico ordenado y claro. En la materia aquí analizada, la ley intenta delimitar cuándo cabe y cuándo no el consentimiento por representación y, así, alejándose en principio de un sistema de “opción” según el parecer del facultativo, pretende ser imperativa con un lenguaje severo: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos”, señala el artículo 9.3 en su inicio. Sin embargo, esos supuestos están configurados de forma tal que se desvanece la expectativa de una normativa diáfana al respecto, ya que todo se hace depender en gran medida de la apreciación por el facultativo de la capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención²¹. La ley, al final, se acerca a un sistema de opción por parte del facultativo. Precisamente por esto, en la práctica se ha generalizado una forma de proceder que evita dilucidaciones para las que, en el devenir diario de la práctica médica, no hay espacio ni oportunidad, aparte de que aleja, en este caso sí de forma eficaz, las responsabilidades en que pudiera incurrirse.

¹⁹ Efectivamente, así lo explica PARRA LUCÁN, M^a.A.: “La capacidad del paciente... *ob cit.*, p. 13/37, en un apartado destinado al “menor de dieciséis años pero capaz de comprender el alcance de la intervención” (con la ley actual, sería menor de 18 años, al exigir el artículo 9.4 que el mayor de 16 no se encuentre inmerso en el art. 9.3.c): “El artículo 9.3.c de la Ley 41/2002 permite entender que antes de los dieciséis años cabe excluir la representación de los padres si el menor es capaz de comprender el alcance de la intervención. La duda que se plantea entonces es la de si en tal caso puede prescindirse del consentimiento de los padres y contar sólo con el del propio menor, que legitimaría así la intervención médica de que se trate. Esto último no parece razonable, y resulta preferible conciliar la regla con lo previsto en el ámbito del ejercicio del deber de guarda de los padres (y tutores, “representante legal”: arts. 154 y 215, 261, 267 y 269 del Código Civil): se excluye la representación (es decir, no cabe que otro tome la decisión por el menor), pero no la intervención de sus guardadores, que deben prestar también su consentimiento, junto al del menor, como manifestación del deber de velar por él”.

²⁰ PARRA LUCÁN, M^a.A.: “La capacidad del paciente... *ob cit.*, p. 2/37, enfatiza que, en esta materia, como en otras pero en esta de forma particular, “los profesionales necesitan criterios seguros para tomar decisiones sin incurrir en responsabilidad”.

²¹ BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Consentimiento por representación... *ob cit.*, así lo remarca en la parte final de su estudio (p. 207): “En todo caso, la decisión acerca de la madurez del menor el legislador lo ha dejado precisamente en manos del médico. En cada caso concreto y llevando a cabo una evaluación individualizada, deberá apreciar si el menor reúne o no esas condiciones de madurez”.

2.1.10. Inteligencia artificial y mejoras considerables

Como era previsible, no podía concluir este breve análisis jurídico de los artículos 9.3.c y 9.4 LAP sin una alusión a lo que los algoritmos podrían viabilizar, para beneficio de todos (personal médico, pacientes, juristas). Todo lo anterior, desde la información que deba proporcionarse a la valoración de la capacidad intelectual y emocional para entender el alcance de la intervención médica, se verá enriquecido con la inteligencia artificial que irá implementándose también en el ámbito sanitario (por lo que respecta a lo aquí tratado, sin perjuicio de los increíbles avances que igualmente se darán en el estricto campo médico en el que la *lex artis* quedará mucho mejor asegurada). Y también, por extensión, no se olvide que, como muestra la jurisprudencia, no son insólitos los litigios en esta materia y, siendo este un ámbito técnico no jurídico, los órganos judiciales bien que podrán recibir el auxilio algorítmico para ponderar aspectos científico médicos que escapan al entendimiento jurídico.

2.2. La realidad: si el paciente es menor (de 16), consienten los padres

En la práctica, es generalizado el método consistente en que el paciente menor de edad no presta el consentimiento sino que este corresponde a quienes sean sus representantes legales, de forma habitual sus padres. Es decir, sin entrar en valoraciones que incorporan un alto índice de subjetividad, ya que discernir si el menor tiene o no capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención no es algo que dependa de parámetros objetivos (y precisa un examen que no puede ventilarse a la ligera), el facultativo pasa el consentimiento informado al propio paciente si es mayor de edad, o a sus padres (o, en su defecto, a los representantes legales de turno) en caso de minoría de edad. Varios médicos así lo han corroborado al autor de estas páginas, en conversaciones mantenidas expresamente para que estas “páginas jurídicas” se vean ilustradas con lo que es el ejercicio real de la medicina.

Además, como práctica también habitual con la que se modula lo previsto en la normativa que ha sido hasta aquí analizada, cuando el paciente es menor de edad suele ocurrir que el facultativo habla conjuntamente con él y con sus padres, con la debida cautela que permita combinar el ofrecimiento de información completa y la no desestabilización psicológica del menor, de manera que si percibe alguna discrepancia importante no zanja el asunto con un consentimiento por representación emitido por los padres en caso de que estén de acuerdo en la intervención, sino que se insta el pertinente procedimiento judicial (siempre que, por la edad y el grado de madurez del paciente, sea evidente la necesidad de tomar en consideración su opinión contraria). En otras palabras, por más que el interés del menor aconseje, en términos objetivos, una determinada actuación médica en el ámbito de la salud del menor, se busca que, en la medida de lo posible, el menor apruebe dicha actuación (es lo que suele pasar, según confirman los médicos con los que ha conversado el autor) y que, si no lo hace, sea el órgano judicial el competente el que dictamine. Todo en el entendido de que, como se contempla en el artículo 9 LOM y siendo algo en lo que, en este caso, hay coincidencia total entre legalidad formal y realidad material, la edad y el grado de madurez del menor son determinantes a la hora de proceder de una u otra forma en diversos casos límite (piénsese en una persona joven de 15 años con una manifiesta personalidad adulta, o en un menor de 3 años, como supuestos antitéticos).

Pues bien, llegado a este punto, la descrita forma de proceder es legal y encaja en la normativa vigente (los comentados artículos, 4, 5, 9.3.c y 9.4 LAP, junto al 9 LOM), ya que tiene respaldo normativo: se procede de esa forma porque se entiende (no de forma consciente no, pero sería la explicación jurídica) que los menores de 16 años carecen de la capacidad intelectual y emocional necesaria. Sin embargo, observado desde la atalaya normativa y teniendo en cuenta todo lo expuesto en el primer epígrafe, actuar así de forma generalizada es el resultado de una

consideración previa que, auspiciada por la propia ley, encierra una suerte de generalización edadista: los menores de edad no tienen, por sistema, capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención médica que deba practicarse en un momento dado. Es seguro que los médicos no tienen ni mucho menos esta convicción con estos niveles de generalización, pero la lógica jurídica indica que es como si partieran de ella y todo debido a que la ley, al trasladar al médico la carga de hacer esta evaluación, ha creado un problema no sólo jurídico sino, sobre todo, fáctico²².

3. Dignidad del menor y consentimiento por representación

El derecho a la igualdad y a la no discriminación tiene una conexión antropológica con la dignidad. Hay pocas cosas más indignas que sufrir un trato desigual sin justificación objetiva y razonable. Entre personas mayores y menores de edad median diferencias que, desde luego, deben traducirse en distintos regímenes legales en diversos asuntos, pero la ley tendrá que cuidar bien que dicho tratamiento normativo singular de los menores no tenga carácter discriminatorio, por carente de justificación.

En materia de consentimiento por representación en el ámbito sanitario, la ley no ha querido dictar una norma general sino que ha preferido instaurar un sistema que exige la valoración en el caso concreto acerca de la capacidad real del paciente menor de edad para determinar si a este debe aplicarse o no la norma relativa al consentimiento por representación, cargando sobre las espaldas de los médicos dicha valoración sin reflexionar (el legislador) al respecto²³.

Este sistema está inspirado, quizás, en la dignificación de la persona menor de edad, que ¿Tendría también derecho sobre su propio cuerpo? Esto es algo complejo, que es inherente a la noción de dignidad²⁴. Sin profundizar tanto, baste ahora con decir que no es un sistema necesariamente equivocado, pero implica desconocer que, por una parte, el facultativo está atento a, como se expuso al principio, la conveniencia médica de la actuación de que se trate y a lo que dicte el interés del menor (concentrado en lo que sea más beneficioso para su vida y para su salud) y que, por otra parte, entre médico y paciente (y sus padres u otros representantes legales, cuando el paciente es menor de edad) se entabla una relación, a veces con un inevitable paternalismo como se indicó al inicio, que excede del asunto legal del consentimiento por representación, convirtiéndose este en un trámite no esencial (en la aludida relación). En fin, en la práctica rige una máxima clara que le evita al médico adentrarse en valoraciones casuísticas que no constituyen el epicentro de un profesión y que, encima, le exponen a posibles responsabilidades; no otra que la de acudir por sistema a los padres para que presten consentimiento por representación cuando el paciente es menor de edad, mientras que firma dicho consentimiento el paciente cuando es mayor de edad, modulada (la máxima) con que, si

²² En la línea de lo ya comentado (la encomienda a los facultativos de la evaluación sobre la capacidad real del menor implica valoraciones individualizadas que no pueden ser realizadas con el debido rigor), señala BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: *Derechos de los menores...* *ob cit.*, p. 868: "Se asienta, por tanto, el criterio de "apreciación sobre la capacidad intelectual y emocional del menor" para comprender el alcance de una actuación médica, como elemento objetivo básico ineludible para, en su caso, acudir al consentimiento por representación, lo que traslada al médico la carga de hacer la evaluación con la enorme incertidumbre jurídica que ello conlleva por posibles responsabilidades. En todo caso, la evaluación de la capacidad del menor de edad corresponde hacerla al médico responsable de su asistencia. Evidentemente, el problema, más fáctico que jurídico, está en determinar en cada situación concreta si el menor posee juicio natural o madurez suficiente a efectos de valorar si su consentimiento es o no jurídicamente relevante".

²³ PARRA LUCÁN, M.^aA.: "La capacidad del paciente... *ob cit.*, p. 9/37, exponía con una dureza oportuna la siguiente crítica (refiriéndose a la ley de 2002): "El legislador ha abordado en el artículo 9 de la Ley 41/2002 la materia del consentimiento de los menores en el ámbito del derecho a la salud sin la debida reflexión acerca de los problemas y de los conflictos que pueden producirse. Sin tener en cuenta el resto del sistema jurídico, ha introducido una norma que, aparentemente, pretende tener vida propia e independiente lo que, a mi juicio, no es posible".

²⁴ Es de obligada lectura el libro de ATIENZA, M., *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta, 2022, en particular el capítulo 2: derecho sobre el propio cuerpo, persona y dignidad humana (pp. 41 a 65).

en las conversaciones previas se detecta alguna oposición del menor, se acude al órgano judicial correspondiente (de la misma forma que se haría cuando son los padres los que no están de acuerdo con una intervención que el facultativo sí considera conveniente).

Lo anterior implica una sistemática consideración desfavorable del menor, o sea, un menor, por serlo, nunca es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención a la que va a ser sometido (una consideración desfavorable que, en realidad, no tiene el médico en su mente pero que existiría en el plano lógico deductivo normativo). La dignidad de los menores queda de esta forma seriamente dañada por el propio Derecho.

Así las cosas, los actuales artículos 9.3.c y 9.4 LAP dan pie a un edadismo teórico que sufren (jurídicamente, ya que en la práctica las cosas discurren por otro cauce, dado el buen hacer de los profesionales de la medicina) las personas menores de edad (menores de 16 salvo grave riesgo, tal y como está siendo aplicado el señalado artículo 9.4, según se expuso en el anterior epígrafe segundo). Es preciso modificar, por tanto, dichos artículos 9.3.c y 9.4 LAP, para evitar dicho edadismo normativo que, como se ha recordado hace poco, encierra una discriminación peculiar en tanto en cuanto no está originada por una condición fija de la persona sino por la circunstancia pasajera de su edad²⁵.

4. Conclusiones y propuesta de cambio normativo

En la práctica de actuaciones en el ámbito de la salud se combina lo que conviene desde un punto de vista médico con la aceptación por el paciente de esas actuaciones, sin que pueda imponerse la conveniencia médica a la autonomía con la que el paciente debe consentir o no, previa la recepción de la correspondiente información, sin perjuicio de que esta sea ofrecida con una inevitable y en cierta medida loable dosis de paternalismo. Este binomio no se ve alterado (su esencia) por el hecho de que la persona sea menor de edad, ya que la ley no le niega de plano autonomía como paciente y debe, por tanto, recibir información. Esto es coherente con la dignidad que, desde la Constitución hasta la misma Ley 41/2002 (LAP), tiene en general toda persona y, en particular, todo paciente.

Sin embargo, quién deba prestar consentimiento para llevar a cabo intervenciones médicas cuando el paciente es menor de edad es algo sobre lo que se proyectan las conocidas normas generales del Derecho Civil sobre capacidad de obrar y, en efecto, una lectura combinada de los artículos 9.3.c y 9.4 LAP y 9 LOM lleva a afirmar que una persona menor de edad puede necesitar el auxilio de sus representantes legales (habitualmente sus padres) para expresar o no ese consentimiento. En ese sentido, es ortodoxa la previsión que exista en estos casos un “consentimiento por representación”.

Ahora bien, la actual redacción de los artículos 9.3.c y 9.4 LAP es muy desafortunada, ya que no señala una barrera objetiva de edad y, al contrario, sitúa las cosas en el terreno de la valoración subjetiva que el facultativo deba realizar acerca de si el paciente menor de edad tiene o no “capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención”, lo cual puede haber sido bienintencionado por el legislador pero implica desconocer que, en la práctica, los profesionales de la medicina necesitan un marco normativo diáfano al que atenerse

²⁵ MERCADER UGUINA, J.R.: “¿El edadismo es relevantemente similar al racismo? otras reflexiones sobre la discriminación por edad”, *Foro de Labos*, 4 de julio de 2024: “La edad posee rasgos diferenciadores propios que la distinguen de otros factores discriminatorios que no varían a lo largo de la vida de la persona como el género o la etnia. En el caso de la edad, no hay en esta señal identitaria factores de subordinación histórica de un grupo con perfiles determinados, ni hay tampoco una minoría aislada y sin voz en el proceso político como los que pueden concurrir en los referidos tipos discriminatorios”. Puede consultarse en: <https://www.elforodelabos.es/2024/07/el-edadismo-es-relevantemente-similar-al-racismo-y-otras-reflexiones-sobre-la-discriminacion-por-edad/#>

y, además, carecen del tiempo suficiente para ponderar si el paciente menor de edad tiene o no la citada capacidad (en general y, aparte, en el momento concreto en que está siendo examinado). Tanto es así que, en efecto, está ocurriendo que los médicos pasan la firma del consentimiento informado a los padres del paciente si este es menor (de 16 años, porque continúa la inercia de la LAP en su versión de 2002, desconociendo los cambios introducidos en 2015), mientras que firma el propio paciente si tiene 16 o más años (salvo grave riesgo).

Semejante forma de proceder (que revela otra deficiencia normativa ya que, en realidad, los citados artículos 9.3.c y 9.4 LAP excluyen ahora el consentimiento por representación para los pacientes con 16 o más años de edad no solo en caso de grave riesgo sino, también, si carecen de la citada capacidad intelectual y emocional, con lo que la edad de referencia debería ser 18 y no 16, pero es comprensible la inercia de los facultativos debida a la equivocidad normativa), implica la consideración jurídica de que, por sistema, los pacientes menores de edad (de 16, según la costumbre médica) son personas que nunca son capaces de comprender intelectualmente el alcance de una intervención médica, como tampoco emocionalmente (los médicos no tienen siempre esta opinión de todo menor de 16, pero jurídicamente es como si pensaran así). De esta forma, la normativa actual, queriendo dignificar a los menores, les conduce a un sistemático trato discriminatorio, siendo víctimas de un edadismo que no se explica.

La ley “no resuelve de manera completa ni convincente el problema de la edad para prestar válido consentimiento informado”²⁶ (no lo resolvía la originaria Ley 41/2002 y tampoco tras los cambios efectuados en 2015). Por tanto, los artículos 9.3.c y 9.4 LAP deberían modificarse con arreglo a las siguientes pautas:

1ª) *Consentimiento por representación siempre que el paciente sea menor de 16 años:* en coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, debe fijarse una edad por debajo de la cual el paciente no es quien expresa, con total autonomía, su consentimiento para someterse a intervenciones médicas, sino que ese consentimiento es manifestado por sus representantes legales, ponderado esto con lo que se dirá a continuación como segunda pauta. La edad de 16 años parece adecuada, de la misma forma que a esa edad es legal la contratación laboral de la persona (en todo caso, es preciso concretar una edad fija²⁷, a salvo de lo que se dirá al cierre de estas conclusiones). Por encima de 16 años debería corresponder, siempre, al paciente la firma del consentimiento informado, sea mayor o menor el riesgo de la actuación (¿Cuándo es grave? ¿Por qué se tiene capacidad para entender el alcance de la intervención pero no el riesgo?). Una regla de este tipo (consentimiento por representación siempre que el paciente sea menor de 16 años) no sería edadista, sino coherente en términos biológicos, proporcionaría seguridad jurídica y se vería atemperada con la segunda pauta a continuación expresada. Aparte, encajaría bien en lo previsto en el artículo 6.2 del “Convenio internacional de Oviedo”. Se trataría, por lo demás, de acoger en el Derecho la forma de proceder que es habitual en el mundo de la medicina sin que se estén produciendo problemas de ningún tipo.

2ª) *Recabar la opinión del menor y tenerla en cuenta, tanto los representantes legales como el personal médico:* cuando el paciente sea menor de 16 años, tanto los representantes legales como, importante, el facultativo, deberán recabar la opinión del menor y, por dignidad de la persona (en este caso, dignidad del paciente), tenerla en cuenta, bien que ponderado ello conforme a la edad y al grado de madurez que se aprecie en la persona (recuérdese que, en todo caso, desde los 12 años se tiene madurez suficiente, según prevé la LOM). Tener en cuenta la opinión del menor significa atemperar el criterio del médico y de los representantes legales del menor con esa opinión, tal que una divergencia honda deba resolverse conforme a la posterior tercera pauta.

²⁶ PARRA LUCÁN, M^a.A.: “La capacidad del paciente... *ob cit.*, p. 9/37, se expresaba en esos términos.

²⁷ *Idem.*

3ª) *Intervención judicial en caso de duda médica*: en caso de que el facultativo, teniendo el consentimiento de los representantes legales del menor, tenga dudas acerca de la intervención y el paciente menor de edad muestre su disconformidad, deberá acudir al órgano judicial competente para que decida, con el correspondiente auxilio pericial médico y psicológico, si debe realizarse o no la actuación médica proyectada. Lo mismo en caso de que no tenga dudas, pero la actuación sea de riesgo.

4ª) *Inteligencia artificial*: como no podía ser de otra manera en los tiempos actuales (“era de la disrupción digital”, se avisa desde el mismo título de este Congreso), ciérranse estas páginas con un recordatorio de que todo lo aquí planteado está llamado a experimentar cambios profundos, ya que la implementación progresiva de sistemas de inteligencia artificial permitiría, en ese caso sí, la rápida y fiable evaluación del paciente menor de edad para valorar su capacidad real de comprender, intelectual y emocionalmente, el alcance de la intervención a la que va a ser sometido y, por extensión, la necesidad o no de recabar el consentimiento por representación de sus guardadores legales. Inteligencia artificial que sería, también, decisiva o, al menos, muy influyente en los procesos judiciales que pudieran entablarse para dirimir controversias surgidas en torno a la información proporcionada al paciente, el consentimiento por él y/o sus representantes legales manifestado y la actuación médica llevada a cabo; pero nótese los nuevos horizontes que, antes, se abrirían en el campo de la creación normativa.

5. Bibliografía

ATIENZA, M., *Sobre la dignidad humana*, Madrid, Trotta, 2022

BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “Derechos de los menores de edad en el ámbito sanitario” (capítulo 25), en VV.AA.: *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. I, PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Consentimiento por representación en el ámbito sanitario: diversos instrumentos para su aplicación”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018.

DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derechos y obligaciones de los pacientes*, Madrid, Cóllex, 2003.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2007.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., en VV.AA.: *Derecho Médico. Vol. 1, Derecho Médico general y especial*, MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. (dir.), MARTÍNEZ-CALCERRADA, J.Mª. (coord.), Madrid, Tecnos, 1986.

MERCADER UGUINA, J.R.: “¿El edadismo es relevantemente similar al racismo? otras reflexiones sobre la discriminación por edad”, *Foro de Labos*, 4 de julio de 2024, <https://www.elforodelabos.es/2024/07/el-edadismo-es-relevantemente-similar-al-racismo-y-otras-reflexiones-sobre-la-discriminacion-por-edad/#>

PARRA LUCÁN, Mª.A.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2003.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A.: *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Granada, Comares, 2009.

VV.AA., *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 5, 1988.

LOS PLANES DE PREVENCIÓN Y EVALUACIONES DE RIESGOS LABORALES EN CLAVE PERSPECTIVA DE GÉNERO ¿NO ES MOMENTO QUE LA EVALUACIÓN DE RIESGOS DEJE DE SER ANDROCÉNTRICA?¹

MÓNICA RICOU CASAL

“Así la humanidad es masculina y el hombre define a la mujer no en sí misma, sino como relativa a él”

SIMONE DE BEAUVOIR

1. Introducción

Desde los orígenes del derecho del trabajo, sí hubo preocupación por los accidentes de trabajo, recuérdese la Ley de accidentes de trabajo de 1900, no se tardó en ver que la salud importaba y mucho como fuerza de trabajo para la industria. Pero ya desde los inicios la salud de la mujer trabajadora se protegía únicamente en los períodos del embarazo. Se gestó la salud laboral para el prototipo de trabajador hombre, para proteger los accidentes de trabajo y las enfermedades de trabajo que en mayor frecuencia se daban en ellos.

¹ Agradecimiento a la financiación recibida: Orden del Ministerio de Universidades para las estrategias especializadas inteligentes de las universidades públicas Canarias.

La mujer cuando ha trabajado también se ha encargado de las tareas del hogar y cuidado de hijos o personas dependientes, enfocándose más en esta tarea. Había que proteger al trabajador hombre por ser el productor y porque los sectores considerados peligrosos y de relevancia muchos de ellos estaban masculinizados. Se daban importancia a los riesgos físicos, pero no a los psicosociales que hoy en día aún están en proceso de introducción en la prevención de riesgos laborales.

Si en la medicina en general la mujer ha estado invisibilizada, tomando siempre como prototipo para investigar en salud y curar al hombre, lo mismo ha ocurrido en la medicina del trabajo y en la legislación. El concepto de accidente de trabajo se encuentra desactualizado propio de un mercado laboral que no se corresponde con el actual en la mayor parte de las ocasiones. Las listas de enfermedades profesionales son meramente propias de la actividad industrial y masculinizadas y en el limbo se encuentran las enfermedades de trabajo, que por no estar en las listas de enfermedades profesionales pasan a ser accidentes de trabajo. Se atisba que una reformulación de esta regulación es más que necesaria.

Pronto la Ley de Prevención de Riesgos Laborales llega a tres décadas de su aprobación, sin que haya una mirada en perspectiva de género. Una ley que reclama una reformulación, y que se espera vea la luz en un corto plazo de tiempo. Así se recogió en una Carta Abierta de académicos y académicas en fecha 14 de marzo de 2024². En fecha 8 de marzo de este mismo año se elaboró la “Propuesta conjunta INSS-DGT sobre modificaciones normativas en la ley de prevención de riesgos laborales y reglamento de servicios de prevención”³. Un avance para que paso a paso se pueda hablar de una ley integral que acoja los riesgos psicosociales, y las distinciones biológicas hombre, mujer o persona trans para una real y efectiva salud laboral en línea con el concepto amplio de la Organización Mundial de la Salud, en línea con la Estrategia Española de Salud y Seguridad en el Trabajo⁴.

2. El *desideratum* de una LPRL⁵ para todas las personas

En este apartado se estudiará el porqué de la necesaria reformulación de la LPRL, tanto por la nueva normativa dictada como por todos los cambios tecnológicos o sociales. Es urgente la mirada de género a una ley que en su momento se dictó desde una perspectiva androcéntrica. En este sentido se analizarán sin ánimo de exhaustividad los riesgos a los que la mujer trabajadora se enfrenta y que afectan a que pueda gozar de un entorno de trabajo seguro y saludable

2.1. Las motivaciones de la reclamación continua hacia la igualdad en salud laboral

La pregunta sería por qué en 2024, se sigue sin visibilizar la salud laboral de la mujer, hay que suplicarla, realizar carta al Ministerio correspondiente por parte de académicos y académicas rogando una revisión de la Ley de prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL). Sería menester que de oficio se hubiese revisado o reformulado ya que tener una ley que protege un bien jurídico tan fundamental como es la salud no es de recibo que sólo proteja a la mitad de la población.

² Carta abierta de académicos sobre la futura reforma legislativa de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales. Disponible en: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2024/03/Comunicacion-carta-abierta-academicos-actualizacion-LPRL-final.pdf>

³ INSS-DGT. Propuesta conjunta sobre modificaciones normativas: LPRL y RSP. De 8 de marzo de 2024 Disponible en: <https://semst.org/wp-content/uploads/2024/03/1080-INSST-DGT-Inf-MESA-DiaL-LPRL-RSP.pdf>

⁴ Consejo de Ministros. 14 de marzo de 2023 adopta el Acuerdo por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 (BOE de 28 de abril) Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-10283

⁵ Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) Disponible en: BOE-A-1995-24292 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

El primer Congreso sobre Salud de las Mujeres: Ocupación, cáncer y reproducción, se celebró en Baltimore (1993), y el segundo en Reikiavik (1998), se señaló la necesidad de potenciar la investigación epidemiológica sobre el trabajo y salud de las mujeres. En primer lugar, su objetivo fue la salud reproductiva y el cáncer, después se amplió a otras áreas tabús, así quedó explícito durante el tercer congreso, celebrado en Barcelona en septiembre de 2002⁶.

En 1996 se celebró en Barcelona el Congreso Internacional Mujeres, Salud y Trabajo. Se concentraron representantes de cincuenta y dos países de los cinco continentes y se concluyó que se debían visibilizar las enfermedades de las mujeres causadas por trabajos realizados, tanto en trabajos remunerados como domésticos, cuidado de hijos e hijas, o personas dependientes⁷. Se tiene previsto celebrar otro en 2026, dónde se contará también con la asistencia de personas juristas para poder avanzar a todos los niveles en la salud laboral de todas las personas.

Las mujeres han sufrido y sufren una serie de discriminaciones, fuera y dentro del mundo del trabajo en comparación con los hombres. Se recuerda que a escala internacional es uno de los Objetivos de desarrollo sostenible, exactamente el 5 y a escala europea es uno de los principios del Pilar de derechos sociales aprobado en 2017. Es relevante la importancia de los Planes de Igualdad y de los Protocolos de acoso laboral, sexual y por razón de sexo, que deberán ir siempre de la mano.

Las trabajadoras siempre han luchado para poder reivindicar la seguridad y salud laboral. No se tiene en cuenta en el debate público. Los trabajos peligrosos se cosifican dentro las tareas masculinas como por ejemplo las minas, dejando atrás por ejemplo sector hospitales, comercio o educación. Igualdad y salud laboral han de ir de la mano. Y no se debe olvidar lo que implica combinar trabajo doméstico no asalariado con el trabajo asalariado, doble jornada laboral. Las personas, normalmente mujeres que sólo realizan trabajo doméstico no remunerado sostienen el mercado laboral, gracias a ellas otros trabajadores pueden desarrollar una actividad laboral. El hecho de excluir las tareas domésticas familiares como trabajo implica también que se les excluye de la seguridad y salud laboral⁸.

Las mujeres y hombres tienen riesgos sanitarios diferentes y así se debe considerar, las estadísticas, la investigación médica y los indicadores de seguridad y sanidad van orientados al sector masculino. Habría que poner el acento en la prevención de riesgos para proteger enfermedades crónicas que principalmente afectan a mujeres: síndrome de la fatiga crónica, fibromialgia o el cáncer de mama.

De manera singular se puede advertir que se deberían salvar las enfermedades crónicas no declaradas incapacidad permanente de ser consideradas como ineptitudes sobrevenidas para un despido vía art. 52 del Estatuto de los Trabajadores. La negociación colectiva podría ser un buen instrumento para canalizar las enfermedades crónicas no reconocidas como discapacidad.

La conciliación de la vida familiar y laboral ha obligado a la cobertura ficticia de ausencias mediante las bajas médicas⁹. Una medida de prevención de riesgos de riesgos podría ser el horario flexible, principalmente para tareas de cuidados como para las trabajadoras que por su estado de salud deban ir al médico con frecuencia o a sesiones de fisioterapia¹⁰. Apunte para la

⁶ VALLS LLOBET, C.: *Mujeres invisibles para la medicina*, Ed. Capitán Swing Libros, S.L., 2020, p. 333.

⁷ *Idem*.

⁸ LAURENT, V.: “¿Cómo vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo? Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa.”, Universidad Complutense de Madrid, *Cuaderno de relaciones laborales* número 14, 1999, págs. 139 y 144.

⁹ RIVAS VALLEJO, P.: “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple” en *Revista de Derecho Social*, núm. 54, 2011, págs. 92 a 114.

¹⁰ *Idem*.

negociación colectiva aclarar que las trabajadoras con fibromialgia o síndrome de fatiga crónica necesitan más tiempo para realizar las actividades, lo que no quiere decir que las hagan peor. La fórmula del teletrabajo podría ser apropiada para este tipo de enfermedades crónicas.

Sea como fuere la normativa de prevención de riesgos laborales en las mujeres se ha centrado en la función reproductiva: embarazo, puerperio y lactancia. Así en concreto se protege el contacto con agentes químicos, físicos y biológicos. Dentro del deber de la empresa de proteger los riesgos laborales se realizan medidas en todo aquello que pueda amenazar la salud de la mujer embarazada, el feto o lactante. Sí se va produciendo un giro de género, más allá de la función reproductiva de las mujeres trabajadoras. A esto ayuda el derecho antidiscriminatorio de la normativa de la Unión Europea y la clara evidencia del androcentrismo en la investigación y tratamientos médicos.¹¹

En efecto, normativa que incluya la perspectiva de género principalmente se produce en el momento de la entrada en vigor de la LO 3/2007. Con anterioridad se puede encontrar el RD 487/1997¹². Se tiene en cuenta en el sentido de que por ejemplo en general las mujeres tienen, no siempre, menos fuerza en la capacidad de levantar fuerza. En aquellos casos que la mujer esté embarazada deberían dejar de manejar cargas¹³.

El artículo 27 de la LO 3/2007¹⁴ sobre la integración del principio de igualdad en la política de la salud es donde se incluye la salud laboral. También es clave la disposición final 12 que introduce el artículo 5.4 de la LPRL, donde se exige, los factores de riesgo ligados al sexo en la política de prevención. Destacable el artículo 46.2 de la LO 3/2007, en relación con los planes de igualdad, ya que se indica expresamente la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

El RD Ley 6/2019, de 1 de marzo¹⁵ incorporó cambios en los planes de igualdad, ya que estableció la obligatoriedad de que todas las empresas con 50 o más personas trabajadoras elaboraran y aplicaran un plan de igualdad. Con anterioridad la obligación sólo existía en las empresas de más de 250 personas trabajadoras. También puede ser obligatorio si así lo establece el convenio colectivo de aplicación o voluntariamente elaborarlo, lo que no acostumbra a realizarse. Como reclamo al legislador queda que ese límite a medida que se canalice la gestión de la normativa vaya disminuyendo.

Se debe poner de relieve que el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en sus normas de prevención constata que existen diferencias anatómicas, fisiológicas, antropométricas y diferente grado de exposición a los riesgos. De esta forma se definen diferentes niveles de exposición a agentes lesivos, la incidencia según sexo, y el diseño de las medidas preventivas desde la óptica de la eficacia. Sobre todo, se inciden en los riesgos causados por agentes químicos, físicos, carga física del trabajo, condiciones ambientales del lugar de trabajo o de naturaleza psicosocial¹⁶.

¹¹ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: "Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica diferencial de sexo y género", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 8, 2017, págs. 778 a 785.

¹² RD 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorso lumbares, para los trabajadores. (BOE de 23 de abril de 1997). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-8670>

¹³ Vid. CC. OO Castilla y León, Gabinete Regional de Seguridad y Salud Laboral. "RD 487/1997 disposiciones mínimas de SST relativas a la manipulación de cargas" p. 67 y 68.

¹⁴ LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE de 23 de marzo)

¹⁵ RD Ley 6/2019, de marzo, de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación. (BOE 7 de marzo de 2019) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-3244>

¹⁶ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: "Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica diferencial de sexo y género", *op. cit.*, págs. 778 a 785.

El artículo 40.2 de la Constitución Española (en adelante CE) prescribe que los poderes públicos deberán: “...*velar por la seguridad e higiene en el trabajo...*”. Si en 1995 con la aprobación de la LPRL fue un gran paso, falta el definitivo incluir el género y también por supuesto los riesgos psicosociales para que salud sea integral y efectiva, como también así señala el preámbulo de la carta de constitución de la Organización Mundial de la Salud. Teniendo en cuenta que el contexto social ha cambiado y el mercado de trabajo ha evolucionado, así la introducción de las nuevas tecnologías.

La LPRL transpone al derecho español la Directiva 89/391/CEE.¹⁷ La LPRL constituye el punto de partida de un nuevo concepto de seguridad y salud en el trabajo (SST): “*promover la SST mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo*” Se produce el paso de una concepción reparadora y proteccionista a una concepción preventiva. Además, se complementan los riesgos más tradicionales a aquellos que lesionan la salud de forma más progresiva.

La LPRL, se estructura en siete capítulos. El Capítulo I, artículos 1 a 4 que comprende el objeto, ámbito de aplicación y las definiciones, el Capítulo II, de los artículos 5 a 13 regula la política en materia de prevención de riesgos para proteger la seguridad y la salud en el trabajo, el Capítulo III del artículo 14 al 29 a los derechos y obligaciones de las personas trabajadoras y empresarias. Es en el Capítulo IV (artículo 30 a 32 bis) dónde se regulan los servicios de prevención, el capítulo V lo forman los artículos 33 a 40. El Capítulo VI consta de un único artículo y se refiere a las obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores.

El último capítulo, el VII de los artículos 42 a 54 quedaron derogados por la LISOS¹⁸. Así las cosas, estos artículos determinan tanto que haya entornos de trabajo seguros y saludables en palabras de la Organización Internacional del Trabajo, que deberían tenerlos presentes trabajadores y empresarios, y enseñarlos en la formación obligatoria de niños y niñas.

Se trae a colación una STSJ de Cantabria de 14 de julio que con las obligaciones empresariales del artículo 15 y 22 de la LPRL en relación con el despido objetivo por ineptitud sobrevenida de una trabajadora declarada no apta en el reconocimiento médico.¹⁹ Los hechos que se detallan en la STSJ de Cantabria de 14 de julio de 2020 versan sobre una trabajadora que tuvo el contrato suspendido por incapacidad permanente total y una vez se produce la mejoría se reincorpora a su puesto de trabajo. Una vez reincorporada se la somete a reconocimiento médico en el que es declarada no apta y despedida por ineptitud física sobrevenida (artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET²⁰). Importante mencionar el art. 37.3. b.2º del RD 39/1997²¹, dónde se señala que la vigilancia y el control de las y los trabajadores incluye una evaluación de la salud cuando se reanude el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, “*con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores*”

¹⁷ Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora e la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. Publicación en el DOCE número 183 de 29 de junio de 1989. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1989-80648>. También se incorporan disposiciones de otras Directivas: Directiva 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE en relación con la maternidad y jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración y con empresas de trabajo temporal. Sin perjuicio de tener en cuenta el Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo.

¹⁸ RD 5/2000 de 4 de agosto (BOE del 8) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>

¹⁹ STSJ de Cantabria Sentencia 507/2020 de 14 de julio disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5df5ed1ae74950c5/20201022>

²⁰ RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (BOE 13 de noviembre) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

²¹ RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-1853>

Se lamenta desde estas líneas que la protección laboral de las personas trabajadoras autónomas quede tan desamparada, con la consecuencia que esto supone para la mujer trabajadora, una doble discriminación, así será más difícil su curación de cualquier enfermedad, aquí la reserva de puesto no existe. En personas autónomas personas físicas los períodos de cuidado del menor tendrían que ir acompañados de facilidades en la sustitución y no penalizar a la persona autónoma que se encuentre en el centro de trabajo dirigiendo, es un tema de organización y de mantener el negocio. De esta forma, las personas trabajadoras autónomas sin trabajadores o trabajadoras a su cargo le es de aplicación la LPRL en relación con la coordinación de las actividades empresariales, en casos de concurrencia de actividad con otras empresas y obligaciones en el sector de la construcción. Si no comparten centro de trabajo con ninguna otra empresa ni realizan trabajos para otro negocio no les sería aplicable.

En el ámbito de aplicación de la LPRL²² se manifiesta una confusión en el artículo 3.1 LPRL *“ello sin perjuicio del cumplimiento... de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos.”* La práctica doctrina entiende que este precepto excluye a los trabajadores autónomos del ámbito de aplicación de la LPRL. En línea a la tradicional legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo que excluía a las y los trabajadores autónomos. Así pues, cuando sí se ha querido proteger así se ha indicado expresamente como en el caso de las *sociedades cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal*²³.

El Estatuto del Trabajador autónomo²⁴, (en adelante LETA), al tratarse de una norma marco no especifica cómo debería ser la prevención de los trabajadores autónomos. Se destaca el derecho subjetivo a la protección de la seguridad y salud en el trabajo *“A su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo”* (artículo 4.3 e), correlativa obligación en materia de seguridad y salud laboral (artículo 5b)). El precepto 4.3 e) tiene *valor jurídico por sí mismo*. También el artículo 8 centrado en la coordinación de actividades empresariales, el artículo 9 que regula la protección de menores (artículo 9).

En relación con los TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente) el Estatuto del Trabajador Autónomo le dedica su Capítulo III: aquí sí se prescribe medidas como la interrupción de la actividad profesional cuando hay riesgos graves e inminentes (artículo 16. 1 b)), regla de límite máximo de la jornada (artículo 14), acción protectora de la seguridad social (artículo 23 y 26)) y formación en prevención de riesgos laborales (artículo 4.2f) y disposición adicional 12).

Cabe subrayar la Recomendación del Consejo de 18 de febrero de 2003²⁵. La administración pública debería mostrar un papel activo en la prevención de riesgos de los trabajadores/ ras autónomas: promoción de la prevención, asesoramiento, formación, vigilancia y control, formación específica (art. 8 del LETA). Un artículo similar con el artículo 24.5 de la LPRL, se relacionan obligaciones complementarias a las empresas clientes con las que trabaja el trabajador/a autónomo/a. En línea con la Recomendación Europea sería importante que se

²² CRUZ VILALLON, J.: “La Prevención de riesgos laborales entre los trabajadores autónomos” en AAVV: *La seguridad y la salud en el trabajo autónomo: enfoque sectorial*, ÁLVAREZ MONTERO, A., GARCÍA JIMÉNEZ, M. (coordinadores), Editores Junta de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010, p. 34.

²³ “Son los que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa, y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas” (artículo 11.1 b) de la Ley 20/2007 de 11 de julio.

²⁴ Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>

²⁵ Recomendación del Consejo, de 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos. (DOUE 28 de febrero de 2003) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32003H0134>

tuviese acceso la vigilancia de la salud con los riesgos que cada persona trabajadora autónoma está expuesta.²⁶ No es baladí destacar la aclamada protección de los trabajadores autónomos en los accidentes in itinere gracias a la ampliación de la cobertura por la Ley 6/2017²⁷. Sin pasar por alto que esta Ley modificó la disposición adicional duodécima de la Ley 20/2007.

Otro colectivo que ha estado todos estos años excluido y que es una gran noticia para la justicia social su por fin inclusión son las personas empleadas de hogar, en su artículo 3.4, indicaba que el *“titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene”* en similares términos se redactó el art. 7.2 del RD 1620/2011 de 14 de noviembre²⁸. Supone un avance que se ratificase por parte de España del Convenio 189 de la OIT y su Recomendación 201. Ratificación que debería traer en consecuencia modificaciones importantes en la protección de este sector.²⁹

Así, las cosas, se dictó el Real Decreto 16/2022³⁰, el cual garantiza la protección de la seguridad y salud en el ámbito doméstico, además de valorar sus riesgos y su protección. Ha supuesto la dignificación de este colectivo, vulnerable la profesionalización de la relación laboral de las empleadas de hogar, y el alto nivel de empleo existente.

En el artículo primero del RD Ley 16/2022 se elimina el apartado 4 del artículo 3 de la LPRL, y se añade una disposición adicional decimoctava. En consecuencia, se garantiza la protección a la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar en igualdad de condiciones que cualquier otra persona trabajadora. Así se transcribe dicha disposición por su trascendencia: *“en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, las personas trabajadoras tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad”*.

En suma, resaltar una sentencia representativa de este colectivo feminizado de personas empleadas del hogar, la STSJ de Andalucía de 13 de diciembre de 2017³¹ en relación con una trabajadora del hogar interna que padeció un ictus mientras dormía. Se revoca la sentencia de instancia que había considerado el accidente como común. La Sala aplicó la presunción de laboralidad al producirse en un lugar dónde la conexión con el trabajo se confunde. La especial dedicación de estas tareas impide diferenciar claramente tiempo de trabajo y tiempo de descanso. En el caso la trabajadora era empleadora y cuidadora de dos personas de avanzada edad.

²⁶ CRUZ VILALLON, J.: “La Prevención de riesgos laborales entre los trabajadores autónomos” en AAVV: *La seguridad y la salud en el trabajo autónomo: enfoque sectorial*, op. cit., pág. 38.

²⁷ Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. (BOE de 24 de octubre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12207&p=20171025&tn=1#ar-14>

²⁸ RD 1620/2011 de 14 de noviembre (BOE de 17 de noviembre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-17975>

²⁹ El Convenio 189 se aprobó en 2011 y representa la garantía de unos derechos laborales mínimos. Importante como la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0389>) dónde desde instancias europeas se recordó que España incumplía sistemáticamente los derechos de este colectivo, suponía una discriminación por razón de género por ser un colectivo feminizado. El 12 de mayo de 2022 se aprobó en el Congreso de los Diputados sin ningún voto en contra y 336 a favor la Proposición no de Ley que insta a la ratificación del Convenio 189 de la OIT sobre las y los trabajadores domésticos y Recomendación 201 de la OIT. Se ratificó el 9 de junio de 2022 por amplísima mayoría, con 331 votos a favor de 350 diputados.

³⁰ Real Decreto Ley 16/2022, de 6 septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14680> Se convalida por Resolución de 29 de septiembre de 2022. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-16190>

³¹ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia de 13 de diciembre de 2017. Núm. 2046/2017 disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0baa12567d324db1/20180227>

Por otra parte, el trabajo del hogar familiar tiene una alta tasa de empleo sumergido, sin perjuicio de que en la realidad se tiende a encubrir, se ha normalizado que las trabajadoras en situación irregular trabajen, percibiendo su salario en efectivo. Un trabajo dónde las personas que los realizan tienden a estar expuestas tanto a riesgos físicos y a psicosociales importantes (desde estrés a situaciones de acoso o racismo por xenofobia), sobre todo en el caso de personas trabajadoras residentes en el mismo hogar. En fin, la exclusión de la LPRL las había dejado en total desamparo incluso hasta de la protección de las situaciones de maternidad, que se regula en su artículo 26 de la LPRL. Se demostró en la pandemia del COVID-19 la importancia de las tareas de cuidado, y son precisamente las que realizan las empleadas de hogar, sector con un sesgo de género visible que se debe valorar y cuidar. ¿se han mejorado suficiente sus condiciones en el caso que aconteciera una nueva pandemia y hubiera que confinar a la población?

Los riesgos que están más expuestas las personas empleadas de hogar (como también las personas que se quedan a los cuidados de su familia y hogar que también trabajan) son a las consecuencias de los productos químicos, riesgos de postura, afecciones musculoesqueléticas, quemaduras, caídas, cortes entre otros. Este colectivo realiza cualquier tipo de tarea. Los riesgos psicosociales están demasiado presentes así en relación con el estrés laboral, ritmos excesivos o aislamiento que podrían incluso llevar a depresión. Se da en ocasiones los cuidados de personas que necesitan tratamientos especiales o con problemas de salud mental que representan tareas difíciles de asumir. Estos serán los que la persona empleadora deberá vigilar. No está de más señalar que la mayor parte de accidentes ocurridos no llegan a conocimiento de la inspección de trabajo. Sin perjuicio del obstáculo de la inviolabilidad de domicilio para su control y vigilancia³²

Las tareas domésticas están infravaloradas en términos de ocupación, en consecuencia, subestima los riesgos que comporta. Se deberían realizar controles públicos para evitar los abusos y que se garantizase la formación y vigilancia de la salud, en definitiva, la prevención de riesgos laborales³³. Cuando en domicilio hay personas trabajadoras, es domicilio y centro de trabajo, por lo que desde el derecho constitucional sería recomendable establecer los límites de la inviolabilidad de domicilio prevista en la CE

El Convenio 189 de la OIT, insiste en la obligación de implantar medidas relativas a la inspección de trabajo, normas, sanciones y tener en cuenta las debidas atenciones a las características especiales del trabajo doméstico. La Recomendación de la OIT 201 también insta a explorar las posibilidades para que la Inspección pueda acceder a los lugares de trabajo con el respeto a la inviolabilidad del domicilio e intimidad y mecanismos de queja. Es un sector proclive a jornadas excesivas, largas, dónde se exige una práctica total dedicación y cuando se reclama derechos no está bien visto, teniendo en cuenta el bajo índice de sindicación³⁴.

Según expresa la exposición de motivos del RD Ley 16/2022 el objetivo es equiparar las condiciones de trabajo y seguridad social de las trabajadoras del hogar familiar a las personas trabajadoras por cuenta ajena, lo que como se ha explicado suponía una fuerte discriminación en la protección de la salud de este colectivo. Una equiparación que tiene su embrión en la Ley 27/2011 de 1 de agosto sobre actualización, adecuación, y modernización del sistema de

³² AYALA DEL PINO, C.: "La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del RD Ley 16/2022, de 6 de septiembre", *Lex Social: Revista de los derechos sociales*, volum. 12, nº 2, 2022, p. 25.

³³ SANZ SÁEZ, C.: "La necesidad de reforma de las trabajadoras del cuidado y del servicio doméstico" en *AEDTSS*. Publicado el 28 de mayo de 2022. Disponible en <https://www.aedtss.com/la-necesidad-de-la-reforma-de-las-trabajadoras-del-cuidado-y-del-servicio-domestico/>

³⁴ RUANO ALBERTOS, S. "Las condiciones de seguridad y salud de los empleados de hogar: ante la necesidad de una más efectiva protección de sus derechos" en AA.VV., TOSCANI GIMÉNEZ, D. (Dir.) ALEGRE NUEÑO, M. (Dir.): *Análisis práctico de la Ley de prevención de riesgos laborales*, Aranzadi, 2016.

Seguridad Social en el ámbito de la seguridad social³⁵ y el RD 1620/2011, de 14 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar³⁶.

2.2. Los riesgos laborales típicos de las mujeres trabajadoras: hacia la normalización

Es el artículo 26 de la LPRL el que regula “*la protección a la maternidad*”. El deber de protección de la empresa frente a los estados correspondientes a la función reproductiva. Este artículo supuso la transposición al Derecho español de la Directiva 92/85/CEE del Consejo³⁷. A pesar de esta transposición en sus inicios no se contemplaban todos los supuestos que se señalaban en la mencionada Directiva. Respecto a las licencias y a la protección social de la trabajadora se regula en el ET y en la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)³⁸, que sufren sendas modificaciones por la Ley 39/1999³⁹ y LO 3/2007.

La Directiva mencionada en el párrafo anterior incluía dos Anexos, listas no exhaustivas de agentes considerados lesivos para el embarazo o la lactancia. Se incorporaron al ordenamiento español mediante el RD 298/2009⁴⁰. El primer anexo se refiere a los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo por ejemplo frío o calor extremo o el ruido. El segundo anexo señala agentes y condiciones de trabajo la presencia de las cuales determinaría una prohibición de exposición, un ejemplo muy clarificador son los trabajos de minería subterráneos.

Es decir, en los casos del anexo II no se podría forzar a la trabajadora a la adaptación provisional de las condiciones de trabajo y del tiempo de trabajo de la trabajadora. Lo que procedería sería movilidad o activar la suspensión del contrato de trabajo, procedería una modificación del sistema recogido en el artículo 26 LPRL. De esta forma no coincidirían en la duración el artículo 26.3 de la LPRL y la suspensión por riesgo por lactancia del artículo 45.1 e) del ET⁴¹.

La prestación económica por riesgo durante el embarazo cubre esta necesidad, se percibe el 100% de la base reguladora y se considera contingencia profesional.⁴² También a partir de la LO 3/2007 se incluye el subsidio por riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses. Con la misma regulación jurídica que el subsidio por riesgo por el embarazo.⁴³ En base al artículo 14

³⁵ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la seguridad social. (BOE de 2 de agosto de 2011) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-13242>

³⁶ Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. BOE 17 de noviembre Disponible en RD 1620/2011, de 14 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17975>

³⁷ Directiva 92/1985/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la SST de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. (DOUE 28 de noviembre de 1992) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31992L0085>

³⁸ RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS. (BOE del 31) disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

³⁹ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE del 6 de noviembre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-21568>

⁴⁰ RD 298/2009 de 6 de marzo, por el que se modifica el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la SST de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. (BOE de 7 de marzo) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-3905>. Se incorporaron como anexos VII y VIII, del RD 39/1997.

⁴¹ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica diferencial de sexo y género”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 8, 2017, p. 771.

⁴² Se inicia el día que se suspende el contrato de trabajo, art. 45 del ET y finaliza el día del parto de la mujer embarazada, se mantenga la imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible (artículo 135 LGSS). Subsidio creado por la Ley 39/1999 y con posterioridad modificado por la LO3/2007.

⁴³ Se modificaron los artículos 45.d y 48.5 del ET y en el TRLGSS se añade un Título II, un nuevo capítulo IV quinquies, bajo la rúbrica “Riesgo durante la lactancia natural” actuales artículos 186 y 187 LGSS. Advertir que no es mucho tiempo si se ha disfrutado del permiso por nacimiento y de más corta duración si es parto múltiple.

de la LPRL las medidas previstas hacia la mujer lactante (modificación de las condiciones del puesto y/o tiempo de trabajo y movilidad funcional de la trabajadora) deberán durar el tiempo necesario que se prolongue la situación de lactancia o la exposición al riesgo⁴⁴.

Derivado de esta normativa en el momento de que los técnicos en prevención de riesgos laborales realicen la evaluación de riesgos deberán tener en cuenta no sólo los criterios generales sino los específicos riesgos para las situaciones de embarazo y lactancia de las trabajadoras⁴⁵. En las “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo” se pueden distinguir los factores de riesgo, sus consecuencias, medidas preventivas aplicables a agentes relevantes para la evaluación de riesgos para la maternidad y lista de tareas con alto riesgo. En este sentido la STS de 3 de abril de 2018⁴⁶ indica que se considera acreditada la existencia de riesgo para la lactancia por la imposibilidad del cambio o adaptación del puesto de trabajo.

Otro riesgo laboral más típico que se da mayoritariamente en mujeres trabajadoras: el acoso sexual. Los colectivos más vulnerables a sufrir acoso sexual son las mujeres divorciadas o separadas, mujeres jóvenes y las que se incorporan por primera vez al mundo del trabajo, las mujeres con contratos precarios, las mujeres incapacitadas, mujeres de minorías raciales y hombres jóvenes. En este sentido debe tenerse en cuenta la STSJ de Galicia (social) de 29 de abril de 2005⁴⁷ aborda el acoso sexual en parejas del mismo sexo, en el caso masculino. En autos aparecían explicados los requisitos de una ofensa en sentido objetivo y una ofensa en sentido subjetivo y además el componente sexual.

Así pues, en la STSJ de Murcia de 8 de marzo de 2022⁴⁸ en el que se produce una situación de acoso sexual del empresario a la trabajadora. Se llegó a producir según relata la sentencia el tocamiento del trasero de la actora. Se produjo el cese de la relación laboral de la trabajadora por no aceptar las proposiciones de su jefe con indemnización por daños morales. Se le indicó a la trabajadora *“que próximamente iba a ver cambios en la empresa, que estaba muy contento con el desarrollo de su trabajo, pero que se tenía que ir pensando qué es lo que quería hacer para conservar su empleo”*. Se declara nulo el despido por vulneración a la libertad sexual. Cabe recordar que si hubiese baja médica la misma sería por contingencias profesionales, lo que conlleva recargo por incumplimiento de medidas preventivas para la empresa.

La LO 3/2007 define el acoso sexual y acoso por razón de sexo como:

“Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”

“Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”

⁴⁴ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica diferencial de sexo y género”, *op. cit.*, p. 776.

⁴⁵ INSST. “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”. Año 2011. Disponible en <https://www.insst.es/documentacion/catalogo-de-publicaciones/directrices-para-la-evaluacion-de-riesgos-y-proteccion-de-la-maternidad-en-el-trabajo>

⁴⁶ STS de 3 de abril de 2018. Sentencia 353/2018.

⁴⁷ TSJG. Resolución de 29 de abril de 2005 Fundamento de derecho décimo. Número de recurso 1507/2005. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f044adb289eda2d6/20050630>

⁴⁸ TSJ de la Región de Murcia, Sentencia de 8 de marzo de 2022, núm. de resolución 267/2022 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/92638372bbd1e5c5/20220412>

Además de definir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo modificó el artículo 4.2e) del ET para considerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo como conductas discriminatorias. La obligación de prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo no recae sólo sobre el empresario, las y los representantes de los trabajadores que deberán informar y concienciar sobre su prevención e informar a la empresa de las conductas o comportamientos que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo (art. 48.2 LO 3/2007).

El artículo 48.1 párrafo 1º de la LO 3/2007 regula la obligación de las y los empresarios de prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y el artículo 8.13 bis de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social⁴⁹ (en adelante TRLISOS) lo que tipifica no es la prevención sino la falta de actuación una vez producido el acoso: *“el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma”* artículo 13.bis *“el acoso por razón ...y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”*⁵⁰.

Sea como fuere, no se modificó la LPRL para incluir la prevención del acoso sexual y por razón de sexo entre las obligaciones empresariales en materia preventiva. Si se entiende implícita la obligación en el momento que las administraciones públicas a través de sus servicios de salud considerarán el acoso sexual y acoso por razón de sexo en la promoción, protección y mejora de la salud laboral.⁵¹ Los convenios colectivos negociados entre empresarios y trabajadores son también un buen instrumento para implantar medidas de prevención.

En todo caso se regula la posibilidad de que en los planes de igualdad haya medidas encaminadas a prevenir el acoso sexual y acoso por razón de sexo, por ejemplo: elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, campañas informativas o acciones de formación. En efecto, el artículo 54.2g) del ET (artículo que tipifica las causas constitutivas de despido disciplinario) regula como incumplimiento grave y culpable del trabajador el acoso sexual o acoso por razón de sexo al empresario o personas que trabajan en la empresa.

Se destaca también de la LO 3/2007, el artículo 14 dónde se declara un mandato a los poderes públicos para adoptar medidas contra el acoso sexual y acoso por razón de sexo. Es significativo el artículo 27.3c) de la LO 3/2007 dónde se establece que los Servicios de Salud y órganos competentes de la administración pública también lo tomarán en consideración y mejorarán la salud laboral. De importancia la disposición adicional octava de la LOI que añade el artículo 18.9 para que entre las actuaciones sanitarias del sistema de salud figure la protección, promoción y mejora de la salud laboral, *con especial atención al acoso sexual y acoso por razón de sexo*.

En todo caso, los artículos 51.e) de la LOI y el artículo 62 prevén la aprobación de un protocolo de actuación para la prevención del acoso sexual en la administración pública, como medida de protección. Por su parte, en la empresa privada estas medidas se orientan hacia instrumentos negociadores como los códigos de buenas prácticas o planes de igualdad. El mismo artículo 62 regula los principios del protocolo de actuación. El contenido deberá incluir

⁴⁹ RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba la LISOS (BOE de 8 de agosto de 2000) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>

⁵⁰ ARETA MARTÍNEZ, M.: “Comentarios al artículo 7 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Acoso sexual y acoso por razón de sexo” en Editorial Aranzadi, S.A.U *Grandes Tratados. Comentarios a la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, 2008, p. 4.

⁵¹ ARETA MARTÍNEZ, M.: “Comentarios al artículo 48 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Acoso sexual y acoso por razón de sexo. Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y e acoso por razón de sexo en el trabajo” en Editorial Aranzadi, S.A.U *Grandes Tratados. Comentarios a la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, 2008, p. 1.

medidas preventivas como paliativas. Se tipifica como falta muy grave en el art. 95.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) el acoso sexual en el régimen disciplinario. *“toda actuación que suponga discriminación por... acoso moral, sexual, y por razón de sexo”*⁵².

En España sólo se denuncian el 8% de los casos de acoso sexual, el número de denuncias falsas es ínfimo comparado con la realidad existente. Además, lo alarmante es que sólo el 8% de las empresas españolas tienen implantado el Plan de Igualdad. Y además es práctica habitual que se sí se realiza sea como un trámite más para cumplir la legislación más que por un proceso de integración en la dinámica organizacional. El acoso sexual como la violencia de género son el resultado de una cultura patriarcal que crea una diferencia de poder entre hombre y mujer y que tiende a legitimar este tipo de actos.⁵³

En base al artículo 48 de la LO 3/2007, artículo 14 de la Ley 31/1995 y RD 901/2020⁵⁴ se prescribe que toda empresa, independientemente de su número de personas trabajadoras, tiene obligación de adoptar previa negociación con la representación legal de las personas trabajadoras un protocolo para prevenir y actuar frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo. En el Criterio técnico 69/2009 sobre Acoso y Violencia en el Trabajo y 104/2021 sobre actuaciones de la Inspección de trabajo en riesgos psicosociales se refuerza la consideración de acoso como conducta a sancionar más allá del tipo del artículo 8.13 y artículo 8.13 bis de la LISOS. Según artículo 46. 2 de la LOI y 7 del Real Decreto 901/2020 el Protocolo frente al acoso sexual y por razón de sexo formarán parte de la negociación del plan de igualdad.

El artículo 48 de la LOI se desarrolló por el RD 901/2020 dónde se señala expresamente, art. 2.1:

“todas las empresas comprendidas en el artículo 1.2 del ET, con independencia del número de personas trabajadoras en plantilla, deben 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 de este”

En este contexto hay que referenciar la aprobación de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, en concreto su art. 12. Se incide en la obligación de las empresas para que la empresa promueva que condiciones que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo⁵⁵.

Un gran hito fue dar visibilidad al tabú de la menstruación, poco o mucho siempre afecta, parece que la mujer trabajadora tenía que trabajar con dolor. Es una distinción biológica para proteger y no a estigmatizar. Por parte del Gobierno se inició la modificación de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁵⁶, dónde se incluía un derecho vinculado al ciclo menstrual. La definición de salud menstrual incluida en el proyecto era: *“El estado integral de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad o*

⁵² 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 (BOE de 31 de octubre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>

⁵³ RAMON SÁNCHEZ, M, TORRES LÓPEZ, J, RODRÍGUEZ MUÑOZ, A.: “La gestión del acoso por razón de sexo y del acoso sexual en las empresas españolas. Una propuesta de mejora de los protocolos existentes” en *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 458, 2021, pp. 9, 18 y 21.

⁵⁴ RD 901/2020 de 13 de octubre por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010 de 28 de mayo sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. (BOE de 14 de octubre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-12214>

⁵⁵ LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE de 7 de septiembre de 2022. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

⁵⁶ Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Vid: <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Paginas/anteproyecto-lo-salud-sexual-reproductiva-interrup.aspx>

dolencia, en relación con el ciclo menstrual". Se trataría de un subsidio sometido a prescripción médica: *"menstruación incapacitante secundaria: situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada"*.

El 1 de marzo de 2023, se publicó en el BOE la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modificó la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.⁵⁷ La definición de salud menstrual señalada en el proyecto se mantiene, se puede añadir: *"por gestión menstrual se entenderá la manera en que las mujeres deciden abordar su ciclo menstrual, pudiendo servirse para tal gestión de diversos productos menstruales, tales como compresas, tampones, copas menstruales y artículos similares"* que se incluiría en las definiciones del artículo 2. Por lo que respecta a la definición de menstruación incapacitante secundaria es la misma que indicaba en el proyecto y transcrita en el anterior apartado.

Es el artículo 5 ter de la LO 1/2023 es el que se refiere a *"Medidas en el ámbito laboral y de la duración de la Seguridad Social sobre la salud durante la menstruación"*. Prescribe que a fin de conciliar el derecho a la salud con el empleo se establece el reconocimiento a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias el derecho a una situación especial de Incapacidad temporal en los términos establecidos en la LGSS. La medida queda regulada en la disposición final tercera de la LO 1/2023 por la que queda modificado el artículo 144.4 de la LGSS, su entrada en vigor fue el 1 de junio de 2023. La duración sería ilimitada y sin necesidad de carencia de cotización previa. La obligación de cotizar por parte de la empresa continuaría en esta suspensión del contrato y el subsidio se empezaría a percibir desde el primer día.

Esta regulación legal convierte a España en pionera en la Unión Europea en reconocer un permiso similar. Con anterioridad había habido ya regulaciones convencionales como en el Ayuntamiento de Girona. Aquí se contempla un permiso retribuido al mes recuperable de ocho horas para las mujeres que sufren dismenorrea. Sí se podía y se puede acudir al subsidio de incapacidad temporal, no obstante, no se acudía por miedo, por el tabú que representaba. Temor para no ser escuchadas, a que no se valorará su dolor, a represalias, a que fuese un obstáculo a la promoción profesional o sesgos incluso en los propios facultativos.⁵⁸

Es una dolencia que ya de por sí tiene un sesgo de género, que se repite mensualmente y que además suponía una reducción de la remuneración mensual al no empezar a percibir el subsidio hasta el cuarto día. Sí que habría en esta nueva regulación una diferencia con otras enfermedades crónicas. No está de más recordar el avance de la derogación del artículo 52 c) del ET. Se podría dar un paso más y extender el derecho del régimen jurídico del permiso menstrual a este tipo de enfermedades. No obstante, la regulación en perspectiva de género se tiene que elogiar y que desde estas líneas se defiende y no se debería considerar un estigma laboral. La menstruación no es balanza para medir el talento y la capacidad de trabajo.

Una medida para evitar el posible estigma laboral de este nuevo subsidio podría ser la nulidad del despido a las mujeres que se les extinga el contrato por esta causa. Esto necesitaría una modificación del ET. La calificación de nulidad por un problema de cáncer de útero se falla en la sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019⁵⁹. En la sentencia se argumenta que no se está ante una mera enfermedad sino ante una discapacidad. El cáncer de útero no tiene una

⁵⁷ LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. (BOE 1 de marzo) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5364>

⁵⁸ NIETO ROJAS, P.: "El permiso menstrual en la ley de derechos sexuales y reproductivos", *El País*. Agenda Pública Disponible en <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17990/permiso-menstrual-ley-derechos-sexuales-reproductivos>

⁵⁹ STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019 núm. Resolución 45/2019 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/072c80303541bbb8/20190204>

finalización a corto plazo, al contrario. La demandante en el momento del despido se encontraba en situación de discapacidad según Directiva 2000/78/CE del Consejo. Sin perder de vista que es una patología femenina, por lo que se debe enjuiciar con perspectiva de género.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre (en adelante LO 10/2022)⁶⁰ tiene como objetivo la prevención a las violencias sexuales, muy en línea con el Convenio 190 de la OIT. El fundamento es que se parte de un problema social y estructural que se debe abordar como una cuestión de estado. En base a la nueva redacción del Título VIII del Libro II del Código Penal (que da nueva redacción la disposición final cuarta de la LO 10/2022) se consideran violencias sexuales: *“los actos de naturaleza sexual no consentidos o que se condicionan al libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena”* y los demás delitos previstos en el título VIII del libro II del Código Penal.

Se considera también violencias sexuales las que se comprendan en el ámbito digital, como por ejemplo la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos. Quedaría también incluido el feminicidio sexual como la agresión más grave de los derechos humanos que se vincula a las violencias sexuales. La norma se aplicará a las mujeres, niñas y niños víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa, o, aunque estén en el extranjero siempre que sean de nacionalidad española.

Se destacan como más representativos los siguientes artículos: Los artículos 12 y 16.2 de la LO 10/2022 expresan las obligaciones de las empresas en el ámbito de la prevención y detección de violencias sexuales. De esta forma estarían obligadas a promover las condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo sobre todo en lo que hace referencia al acoso sexual y acoso por razón de sexo dentro del ámbito del artículo 48 de la LO 3/2007 de 22 de marzo. También las empresas deben arbitrar procedimientos específicos para su prevención y dar resolución a las noticias con la colaboración de los representantes de trabajadores y trabajadoras, promover la sensibilización y formación para que no se produzcan violencias sexuales.

De suma importancia es la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo que están ocupadas por trabajadoras dónde se debe tener en cuenta la violencia sexual y informar a las y los trabajadores. El cumplimiento de las obligaciones empresariales conllevará el distintivo de “Empresa por una sociedad libre de violencia de género”. Es el artículo 16 el que señala la obligación de las empresas de integrar la perspectiva de género en la organización del centro de trabajo para que sean seguros y accesibles. El artículo 16 pone de manifiesto que las víctimas de violencias sexuales que según la Ley de extranjería estén en situación administrativa irregular tendrán los derechos reconocidos en la Ley 10/2022.⁶¹

En lo que respecta a la asistencia sanitaria las medidas de más calado son las que están en relación con la detección e intervención en el ámbito sanitario (artículo 20) y socio sanitario y de servicios sociales (art.21). La disposición final novena modifica la LO 1/2004 de 28 de diciembre, dónde se incorpora un nuevo artículo 19bis. El sistema Público de Salud garantizará a las mujeres víctimas de violencia de género, y a sus hijos e hijas, el derecho a una atención sanitaria (especial atención psicológica y psiquiátrica) y el seguimiento de la evolución de su estado de salud hasta su recuperación. También se contará con psicólogos infantiles para la atención de los

⁶⁰ LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. (BOE 7 de septiembre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

⁶¹ CEF Laboral Social Cuestiones sociolaborales de la LO de garantía integral de la libertad sexual. Disponible en <https://www.laboral-social.com/victimas-violencias-sexuales-cuestiones-laborales-seguridad-social-lei-organica-libertad-sexual.html>

hijos e hijas. Se pondrá también especial énfasis en las mujeres con discapacidad, problemas de salud mental u adicciones. El derecho se dirige a las víctimas de violencia de género y situaciones de violencia de contra la mujer sin hacer referencia a la violencia sexual.⁶²

3. Los planes de prevención de riesgos no son un mero protocolo a cumplir

Los planes de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos laborales y la planificación y ejecución de la actividad preventiva son los puntos neurálgicos para reducir la siniestralidad laboral y hacer frente a los riesgos psicosociales poniendo el género en el centro. Se echa en falta la necesaria concienciación de que no es una carga burocrática añadida a las múltiples que tiene la empresa sino una necesidad de protección de la salud y por ende mayor productividad.

3.1. El olvidado deber empresarial de asegurar el cumplimiento real y efectivo de la actividad preventiva

El artículo 14.2 de la LPRL señala que corresponde el deber de protección empresarial disponer de los medios y organización para asegurar el cumplimiento de la actividad preventiva. Es decir, en otras palabras la persona trabajadora debe colaborar y actuar de buena fe, pero la obligación de cumplir con la actividad preventiva es de la empresa. La LPRL es la que diseña las modalidades organizativas. Se especifica en el RSP, con las diferentes modificaciones que ha sufrido. A pesar de todas las reformas hay una clara tendencia a los servicios de externalización de prevención de riesgos laborales.

La Directiva Marco⁶³ diseñaba la organización preventiva pero dejaba que los Estados estableciesen los detalles. En base al artículo 10 del RSP las actividades preventivas se realizaran optando por las siguientes modalidades: asunción personal por parte del empresario, designación de uno o varias personas trabajadoras, constitución de un servicio de prevención propio, concierto o con un servicio de prevención externo. La elección de las tres modalidades dependerá del tamaño de la empresa, los riesgos y su distribución.⁶⁴

La finalidad de los servicios de prevención es dar asesoramiento a las personas trabajadoras, sus representantes y empresarios y empresarias. El RSP se enfoca también en su papel ejecutor. Para que se pueda asumir de forma personal se debe tratar de empresas hasta diez trabajadores o hasta 25 trabajadores cuando tengan un único centro de trabajo. A tales efectos la disposición adicional 17 de la LPRL hace referencia al asesoramiento específico técnico en prevención de riesgos laborales. De esta forma se le facilitaría al empresario o empresaria el asesoramiento necesario para la organización de sus actividades preventivas. Como límites señalar que no se podrán asumir las funciones relativas a la vigilancia de la salud, está en juego la confidencialidad y dignidad de las personas trabajadoras y el sometimiento a un sistema de evaluación externa.⁶⁵

Según los artículos 30.1 de la LPRL y los artículos 12 y 13 del RSP se indica también que se pueden asumir los servicios de prevención por o una o varias personas trabajadoras. Se debe de tratar de trabajadores capacitados, es decir que tengan la capacidad suficiente a las actividades a desempeñar. La disposición adicional séptima del RSP manifiesta que el número de trabajadores designados, el tiempo y los medios de que dispongan se determinará en función del tamaño de la

⁶² MONEREO PÉREZ, JL y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Las medidas de seguridad social y otros instrumentos de protección social en la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como 'Ley del sí es sí')". *Laborum Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 33, 2022.

⁶³ Directiva 89/391 CEE de 12 de junio de 1989.

⁶⁴ IGARTÚA MIRÓ, MT.: *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Editorial Tecnos Madrid, 2020 p. 283.

⁶⁵ IGARTÚA MIRÓ, MT.: *Sistema de prevención de riesgos laborales*, op. cit., p. 288.

empresa. Las y los trabajadores designados no podrán sufrir perjuicio en base a sus actividades de prevención y protección.

El RSP obliga a crear un servicio de prevención propio según número de personas trabajadoras, actividad de la empresa, peligrosidad y siniestralidad. Así deberán tenerlo las empresas con más de quinientos trabajadores. O incluso de menor tamaño entre doscientos cincuenta y quinientos que realicen actividades especialmente peligrosas. También se obliga a disponer de un servicio de prevención propio cuando la autoridad laboral así lo disponga.

La no externalización de la actividad preventiva permite un conocimiento más cercano de la organización de la empresa, y las revisiones de la evaluación de riesgos que haya que hacer como también de gestionar cualquier riesgo psicosocial o físico que acontezca con inmediatez. Será más fácil que los puestos de trabajo se adecuen a la persona trabajadora que los ocupa teniendo sus características cuando no hay una externalización de la actividad preventiva.

3.2. ¿Externalización de la actividad preventiva?

La Directiva Marco preveía la externalización de los servicios de prevención, aunque de forma subsidiaria. Así se ha pronunciado el TJUE en sentencias como la del 22 de mayo de 2003: *“En su apartado 1, artículo 7 de la Directiva se impone al empresario una obligación principal que consiste en designar uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y prevención de riesgos profesionales. En su apartado 3, dicho precepto prevé la obligación de recurrir a competencias ajenas a la empresa. Sin embargo, esta obligación es subsidiaria con relación a la que figura en el artículo 7.1”*.⁶⁶

En la legislación española, tanto la LPRL como el RSP se inclinan por esta forma de organización preventiva. En la intervención externa se delega, no se asume como propia la concienciación de la prevención de riesgos. También supone un ahorro de costes para la empresa lo que lleva a una generalización de la externalización. Se contempla el servicio de prevención de riesgos como un cumplimiento formal, que se aleja del día a día de la realidad de la empresa, por lo que no se cumple ni la eficacia ni la adecuación.⁶⁷

Continuando con lo indicado, no se duda de la capacitación técnica de las y los técnicos de servicios de prevención ajenos. No obstante al dejarlo a esta iniciativa privada se corre el riesgo de que prime el aspecto económico, ya que es la empresa quien asume el gasto de su contratación y la que decide si se renueva el contrato anualmente o no. Cada empresa requiere de características concretas por lo que es necesario visitas de control y exhaustivas, sobre todo para la evaluación de riesgos. El legislador consciente finalmente de la realidad intenta que se revierta la situación creada empoderando a los servicios propios de las empresas. Sería necesario que se tuviera en cuenta en las negociaciones que se desarrollen para la reformulación de la LPRL.

Para la Administración General del Estado como empleadora, el RD 67/2010⁶⁸ pone de relieve potenciar los recursos propios, así se expresa el artículo 1 *“partiendo de la integración, de la prevención en el conjunto de sus actividades y decisiones y la potenciación de sus recursos propios, y adecuando su contenido a sus peculiaridades organizativas y de participación del personal a su servicio”*. En el artículo 7. 2 se prescribe que se dará prioridad a la constitución

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de mayo de 2003 Asunto C-441/01 (Comisión v. Reino de los Países Bajos). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0441>

⁶⁷ IGARTÚA MIRÓ, MT.: *Sistema de prevención de riesgos laborales*, op. cit., p. 30.

⁶⁸ RD 67/2010 de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la AGE (BOE de 10 de febrero de 2010) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-2161>

de servicios propios, y se *contratarán temporalmente las actividades difíciles de asumir* por su complejidad técnica.

En este contexto, es preocupante la falta de integración de la prevención de riesgos laborales en la empresa. Hay una importante brecha entre los recursos internos y los servicios externos. A la hora de tomar la decisión pesa la elevada especialización en las funciones a desempeñar y una necesidad en el ahorro de costes. No obstante este ahorro es sólo a corto plazo, ya que la no prevención sólo obtiene como resultado más probabilidad de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, absentismo y posibles bajas laborales⁶⁹.

La reforma de la Ley 54/2003 lo que trataba de impedir era que se externalizasen todas las obligaciones preventivas. Así de este modo pudiesen quedar atribuidas a las empresas obligaciones específicas.⁷⁰ Si se introduce la guerra de precios en un sector como el de la prevención de riesgos que lo que protege es al fin y al cabo es la salud las primeras afectadas son las personas trabajadoras. No es óbice indicar que los técnicos de prevención, trabajadores y trabajadoras expuestos a esta mercantilización, sufren cargas de estrés que repercuten en su salud y en la eficacia de su trabajo.

4. La evaluación de riesgos con perspectiva de género

En el día a día de la empresa, lo que prima son los planes de prevención y las evaluaciones de riesgo de cada puesto de trabajo. En éstas, para conseguir una salud real y efectiva las consecuencias de cada riesgo se deberían diferenciar entre si el puesto de trabajo es ocupado por un hombre, por una mujer o por una persona trans. Sin perjuicio de que se vayan actualizando cuando se cambien las condiciones de trabajo, o la introducción de nuevas tecnologías o modificación del lugar de trabajo (artículo 16 de la LPRL y artículo 3 Reglamento de los servicios de prevención, en adelante RSP⁷¹).

La evaluación de riesgos es el “*estudio de los potenciales riesgos para los trabajadores que el proceso productivo de una empresa puede comportar*”. Debe ser una evaluación de riesgos personalizada, es decir riesgos provocados tanto por el entorno, como desde el punto de vista de la persona trabajadora teniendo sus peculiaridades.⁷² Se debe realizar en base al artículo 4.3 del RSP en tanto actividad técnica por personal competente. (Técnicos de prevención, de nivel intermedio o superior, según complejidad).

Al respecto se exige en el artículo 5 del RSP que las personas técnicas deben disponer de una información básica: organización, características y complejidad del trabajo, materias primas, equipos de trabajo empleados y estado de salud de las personas trabajadoras que ocupan el puesto de trabajo. Esto por lo que afecta a la parte objetiva de la evaluación, pero como bien señala el art. 16.2 a) de la LPRL “*se deberán tener en cuenta las circunstancias subjetivas de la*

⁶⁹ IGARTÚA MIRÓ, MT.: “Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios: reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones recientes (RD 337/2010 y RD 404/2010)”, Editores Cinca, *Documentación Laboral*, núm. 88, 2010, p. 90.

⁷⁰ RAMOS QUINTANA, M.I.: “El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre”, Editorial: Wolter Kluwer Relaciones Laborales: *Revista crítica de teoría y práctica*, número 1, 2005, p. 201.

⁷¹ RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE de 31 de julio) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-1853>

⁷² Art. 3.1 “*La evaluación de los riesgos laborales es el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas, y en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse...*” art. 3.3 “*De acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el empresario deberá consultar a los representantes de los trabajadores, a los propios trabajadores en ausencia de representantes, acerca del procedimiento de evaluación a utilizar en la empresa o centro de trabajo.*”

persona que vaya a ocupar cada puesto de trabajo” póngase por ejemplo una persona con una enfermedad crónica, los riesgos no son los mismos que si no la tuviera. Y es aquí dónde se puede incardinar las características subjetivas según género.

Los criterios técnicos de evaluación de riesgos pueden estar recogidos en normativa específica, o sino en: las Normas UNE⁷³, las Guías del INSHT⁷⁴, normativa internacional o en bases de datos autorizadas, así en exposición a agentes químicos REPRORISK⁷⁵.

En base a lo señalado como bien regula el artículo 25 de la LPRL las y los empresarios deben garantizar la protección de las y los trabajadores especialmente sensibles a riesgos derivados del trabajo. No deben ser empleados en puestos de trabajo que puedan ponerse en situación de peligro tanto a la persona trabajadora como a las demás. A destacar el punto tres del artículo dónde se advierte de los riesgos concretos para reproducción, en este caso afectaría a la mujer, y subraya en especial: agentes físicos, químicos y biológicos.

Se subraya la importancia del artículo 12.2 de la LO 10/2022 dónde en su último párrafo se indica: *“las empresas deberán incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo informar de ello a sus trabajadoras.”* Las empresas podrán ser reconocidas con el distintivo de “Empresas por una sociedad libre de violencia de género”

Como ejemplo de integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales, se encuentra la Universitat Oberta de Catalunya. En cada evaluación de riesgos de cada puesto de trabajo, las consecuencias de los riesgos se dividen según sea hombre o mujer quien lo ocupe. En suma, hay distintas acciones formativas para prevención de la salud, incluidas las correspondientes a las distintas etapas biológicas de la mujer como son la menstruación, menopausia o en su caso embarazo y lactancia (se dispone de una sala de lactancia en el mismo centro de trabajo)⁷⁶.

5. Conclusiones

De los anteriores apartados motivados por el espíritu de la no discriminación en salud laboral, en especial la provocada por el género, se extraen las siguientes conclusiones de interés:

En primer lugar, para seguir el mandato constitucional del artículo 40, que como principio rector de la política social y económica necesita de ley de desarrollo, la LPRL es esencial. Debe ser una ley adecuada al contexto laboral y social actual, como así lo marcan las Estrategias de salud y seguridad europea y española. Actualmente tener una ley arraigada en un contexto de ya hace treinta años es preocupante.

En segundo lugar, la normativa en perspectiva de género debe ser aplicable también a la salud y salud laboral, de esta forma la LO 3/2007 de igualdad efectiva entre hombres y mujeres

⁷³ Asociación Española de Normalización (UNE) entidad privada, multisectorial, y sin fines lucrativos, designada por el Ministerio de Economía, Industria y competitividad como organismo nacional de normalización. Disponible en: <https://www.une.org/la-asociacion>.

⁷⁴ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). Se encarga de elaborar guías técnicas, no vinculantes, para facilitar la aplicación de los RD de desarrollo de la LPRL Disponible en <https://www.insst.es/guias-tecnicas-transversales>.

⁷⁵ REPRORISK. Es una base de datos específica sobre riesgos para la reproducción (exposición de ambos sexos) que contiene información sobre la evaluación de riesgos ante la exposición a medicamentos, sustancias químicas, agentes físicos y agentes medioambientales. (NTP 414: Reproducción: Fuentes de información, complementada y actualizada parcialmente por la NTP 612).

⁷⁶ UOC. “Integramos la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales” https://campus.uoc.edu/webapps/intrauoc2/es_ES/web/intrauoc/-/integrem-la-perspectiva-de-genero-en-la-prevencio-de-riscos-

acoge a todas las materias. Así las cosas, los planes de prevención de riesgos y las evaluaciones de riesgos deben acoger la perspectiva de género sin esperar a que se reformule la LPRL. Es una obligación de la empresa cuidar de la salud de todas las personas trabajadoras y hacer lo posible para que haya entornos de trabajo seguros y saludables. Sin tener en cuenta la distinción biológica hombre-mujer o persona trans no se cumpliría esta prescripción.

Como tercera y última conclusión normalizar, proteger y no penalizar características biológicas de la mujer trabajadora como son la menstruación, el embarazo, lactancia o menopausia, en los que no solo haya afecciones físicas sino psicológicas. La capacidad de trabajar de una mujer en estas etapas no disminuye, sino que se sale reforzada. Los planes de prevención de riesgos irremediablemente ha de ir unido al plan de igualdad, a los protocolos de acoso sexual y por razón de sexo, o al plan LGTBI. Son documentos diferentes, pero no departamentos estancos, han de ir unidos. Y resaltar la protección de cualquier violencia en el trabajo, así lo establece el Convenio 190 de la OIT ratificado por España y en vigor desde el 25 de mayo de 2023.

6. Bibliografía

- AYALA DEL PINO, C.: “La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del RD Ley 16/2022, de 6 de septiembre” *Lex Social: Revista de los derechos sociales*, volum. 12, nº 2, 2022.
- ARETA MARTÍNEZ, M.: “Comentarios al artículo 7 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Acoso sexual y acoso por razón de sexo” en Editorial Aranzadi, S.A.U., *Grandes Tratados. Comentarios a la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, 2008.
- CRUZ VILALLON, J.: “La Prevención de riesgos laborales entre los trabajadores autónomos” en AAVV *La seguridad y la salud en el trabajo autónomo: enfoque sectorial* ÁLVAREZ MONTERO, A., GARCÍA JIMÉNEZ, M. (coordinadores) Editores Junta de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2010.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica diferencial de sexo y género”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 8, 2017.
- IGARTÚA MIRÓ, MT.: *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Editorial Tecnos Madrid, 2020
- LAURENT V.: “¿Cómo vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo? Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa”, Universidad Complutense de Madrid *Cuaderno de relaciones laborales* número 14 de 1999
- MONEREO PÉREZ, JL. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Las medidas de seguridad social y otros instrumentos de protección social en la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como ‘Ley del sí es sí’)”. *Laborum Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 33, 2022.
- NIETO ROJAS, P.: “El permiso menstrual en la ley de derechos sexuales y reproductivos” *El País*. Agenda Pública. Disponible en <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17990/permiso-menstrual-ley-derechos-sexuales-reproductivos>

- RAMÓN SÁNCHEZ, M, TORRES LÓPEZ, J, RODRÍGUEZ MUÑOZ, A.: “La gestión del acoso por razón de sexo y del acoso sexual en las empresas españolas. Una propuesta de mejora de los protocolos existentes” en *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social* 458, 2021.
- RAMOS QUINTANA. M.I.: “El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre” Editorial: Wolter Kluwer, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* número 1, 2005.
- RIVAS VALLEJO. P.: “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple” en *Revista de Derecho Social*, núm. 54, 2011.
- RUANO ALBERTOS, S.: “Las condiciones de seguridad y salud de los empleados de hogar: ante la necesidad de una más efectiva protección de sus derechos” en AA.VV., TOSCANI GIMÉNEZ, D. (Dir.) ALEGRE NUENO, M. (Dir.): *Análisis práctico de la Ley de prevención de riesgos laborales*, Aranzadi, 2016.
- SANZ SÁEZ, C.: “La necesidad de reforma de las trabajadoras del cuidado y del servicio doméstico” en AEDTSS. Publicado el 28 de mayo de 2022. Disponible en <https://www.aedtss.com/la-necesidad-de-la-reforma-de-las-trabajadoras-del-cuidado-y-del-servicio-domestico/>
- VALLS LLOBET, C.: *Mujeres invisibles para la medicina*, Ed. Capitán Swing Libros, S.L, 2020.

LA INCAPACIDAD PERMANENTE COMO DISCAPACIDAD Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: MANDATO DE AJUSTES RAZONABLES Y CARÁCTER DISCRIMINATORIO DEL CESE¹

YOLANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Juez de lo Social y Doctoranda Universidad de Granada

1. Introducción

1.1. La incapacidad permanente: normativa reguladora nacional

El Sistema Español de Seguridad Social prevé en su acción protectora la incapacidad permanente derivada de contingencia común o profesional tanto en su modalidad contributiva como en la modalidad no contributiva siendo ésta última la que aquí interesa precisamente por su relación con la realización de un trabajo, bien por cuenta propia bien por cuenta ajena, y más concretamente el relativo a las personas trabajadoras por cuenta y orden de un tercero.

Se hace precisa una primera aproximación al concepto de incapacidad permanente, así como a los fundamentos de su protección.

¹ En el marco del Proyecto I+D+i (Proyectos de Generación de Conocimiento 2023. Plan Nacional 2023): Protección social y trabajo de las personas mayores en un contexto de transformación digital y envejecimiento activo (PID2023-153014OB-I00).

La Ley General de Seguridad Social aprobada mediante Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, define en su artículo 193 la incapacidad permanente contributiva como la situación del trabajador que, tras someterse al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral².

Por su parte, el artículo 193 del mismo texto legal, establece que la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará según el porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado según la lista de enfermedades aprobada reglamentariamente en los siguientes grados: a) incapacidad permanente parcial. b) incapacidad permanente total, c) incapacidad permanente absoluta y d) gran invalidez y que la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará según el porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo considerando la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o el grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de causar antes de causar la incapacidad permanente³.

1.2. La extinción del contrato de trabajo con ocasión de la Incapacidad Permanente

El artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y la jurisprudencia interna que lo ha interpretado, establece que la declaración de la situación de incapacidad total para la profesión habitual determina la extinción automática e inmediata del contrato de trabajo, sin trámite, condición previa ni indemnización alguna sin que se establezca una facultad extintiva a favor de la empresa empleadora sino directamente, la extinción del contrato.

El artículo 49.1.e) ET no integra el mandato de intentar “ajustes razonables”⁴ en el trabajo de la persona trabajadora declarada en situación de incapacidad permanente total para su

² En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario”, *La Ley Unión Europea*, núm. 126, 2024, señalan que el concepto de “discapacidad” presenta una textura jurídica abierta y ha de entenderse referido a una “incapacidad cualificada o agravada” con una dimensión social, que inhabilita a la persona no ya para una actividad profesional, sino para una pluralidad de actividades que cualquier otro ser humano podría llevar a cabo de no padecer dicha incapacidad, impidiendo su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás individuos, incidiendo en su integración en la sociedad.

³ La Disposición transitoria vigésima sexta de la Ley General de la Seguridad Social establece que, en el artículo 194 solo se aplicará desde la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias del apartado 3 del artículo 194. Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo será de aplicación la siguiente redacción: 1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual, c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, d) Gran invalidez. 2. Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el periodo de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine. 3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. 4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. 5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. 6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por pérdidas anatómicas o funcionales, necesite asistencia de otra persona para los actos esenciales de la vida, como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario”, *La Ley Unión Europea*, núm. 126, 2024, consideran que el principio de igualdad de trato deberá erigirse en guía para la consecución de una efectiva y justa aplicación de la Directiva, toda vez que en ella se contempla la posibilidad de realizar ajustes razonables. Los empresarios han de tomar las medidas adecuadas (ya sean de carácter físico, organizativo o educativo) en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, formar parte en el mismo o progresar profesionalmente o, a fin de que, se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La Directiva prevé “medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en

profesión habitual como condición o requisito previo a la extinción contractual, la cual opera automáticamente.

La norma ha permanecido inalterable desde la promulgación inicial del Estatuto por Ley 8/1980 de fecha 10 de marzo de 1980, en cuyo artículo 49.5 disponía ya la extinción contractual en los mismos términos que la norma actual, no habiendo sido modificado ni con ocasión de la promulgación de la Directiva 2000/78, ni de la ratificación por España, con fecha 3 de diciembre de 2007, de la Convención Internacional sobre personas con discapacidad, ni de la promulgación de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013), normas que establecen el mandato de “ajustes razonables” (salvo que supongan carga excesiva) e, incluso califican como discriminatorio, el incumplimiento de tal exigencia (artículo 2.1 de la Convención y artículo 63 de la referida Ley General).

Que el propósito originario del artículo 49.1.e) ET fuera ajeno a los intereses de las personas trabajadoras y que el Tribunal Supremo no se haya planteado su posible carácter discriminatorio, son elementos destacados en la cuestión debatida, señalando que la doctrina de la Sala IV ha fijado que no existe ninguna obligación para la empresa de novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otro oficio de tales características, salvo que el orden normativo aplicable lo dispusiere (legal o convencionalmente), concluyendo que no tiene obligación de realizar esa reubicación, salvo que así se establezca.

2. Marco normativo internacional: concepto de discriminación y ajustes razonables

Debemos partir así mismo del análisis de la normativa internacional destacando en primer lugar la Convención de las Naciones Unidas, en la letra e) de su preámbulo y en los artículos 1, 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, sobre derechos de las personas con discapacidad concluye que *el reconocimiento de la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, hace necesario el establecimiento como propósito de la Convención, la de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.*

Como delimitación subjetiva de la incapacidad, se incluye a las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con barreras, impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Resulta de relevancia la definición que dicha Convención realiza sobre la discriminación por motivos de discapacidad y de lo que se entiende por ajustes razonables que pasamos a exponer:

- *Se entiende por discriminación por motivos de discapacidad cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos*

función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”. Cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada y, en este sentido, un “ajuste razonable” como medida de flexibilidad interna elusiva del despido (típica medida, ésta última, de flexibilidad externa de salida), entendiéndose que esta interpretación es conforme con dicho concepto y que debe interpretarse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

- *Por ajustes razonables se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.*

El reconocimiento del derecho de las personas discapacitadas a trabajar en igualdad de condiciones que los demás, incluyendo ello el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad parte como premisa de la normativa de los Estados firmantes quiénes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;

- *Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;*
- *Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.*
- *En segundo lugar, en el ámbito de la Unión Europea se ha de destacar la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en cuyos considerandos¹⁶, ¹⁷, ²⁰ y ²¹, que contempla la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad.*

La Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad sin que se hace preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

Para determinar si las medidas provocan una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta los costes financieros y de otro tipo, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

La noción de principio de igualdad de trato se entenderá como la ausencia de discriminación directa o indirecta por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

Para la citada Directiva, existirá *discriminación directa* cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1, y existirá *discriminación indirecta* cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

a) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que,

b) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

La Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción.

b) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; (artículo 3).

No obstante estas premisas, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 determinando que no será discriminatorio cuando, por la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o por el contexto en que se trate, esa característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. (artículo 4).

Por último, el artículo 5 señala que, en relación con los ajustes razonables para las personas con discapacidad, que a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

3. Doctrina jurisprudencial sobre supuestos extintivos

La cuestión debatida ha sido objeto de enjuiciamiento por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en concreto y por citar alguna sobre la materia, se destaca la Sentencia de fecha 20 de diciembre de 2022, rcud. 2977/2021, y que a su vez hace referencia a la sentencia de fecha 23 de febrero de 2016, rcud. 2271/2014, que reitera doctrina, y recordando al efecto la distinción entre declaración ordinaria y declaración especial de incapacidad permanente.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en unificación de doctrina sobre si la incapacidad permanente de las personas trabajadoras es una de las causas de extinción del contrato de trabajo del artículo 49.1 ET, concretamente en su letra e). Pero existe una excepción a la prevista en el artículo 48.2 ET y a la que se refiere el artículo 49.1 e) ET, según la cual la incapacidad permanente total del trabajador no causa la extinción del contrato de trabajo, sino la suspensión con reserva del puesto de trabajo durante dos años.

Se produce la suspensión del contrato de trabajo (no su extinción) durante los dos años contados desde la resolución que declare la incapacidad permanente total, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación del trabajador se revise mejor para permitir su reincorporación al puesto de trabajo (artículo 48.2 ET).

Las SSTs 28 de enero de 2013 (rcud. 149/2012) y 134/2016, 23 de febrero de 2016 (rcud. 2271/2014), denominan “ordinaria” a la incapacidad permanente extintiva del contrato de trabajo (artículo 49.1 e) ET) y “especial” a la que es suspensiva de dicho contrato (artículo 48.2 ET).

El Alto Tribunal distingue por tanto entre la incapacidad permanente total con previsión de mejoría y sin esa previsión, estableciendo una distinción entre declaración ordinaria y declaración especial de incapacidad permanente que sigue:

a) La declaración “ordinaria” de incapacidad permanente, para la que el artículo 143.2 LGSS dispone que en su declaración se “hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional”; y respecto de la cual el art. 49.1.e) ET proclama su cualidad tratándose de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez como *causa extintiva del contrato*.

b) La declaración “especial” de incapacidad permanente contemplada en los artículos 7.1 del Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio y el artículo 48 ET, y que conforme a tales preceptos, (1) solo se puede admitir “cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación del trabajador vaya a ser objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo”; (2) se haga constar en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento; (3) comporta la subsistencia de la relación de trabajo y la reserva del puesto de trabajo durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente; y (4) debe ser objeto de oportuna notificación al empresario afectado de la resolución del INSS (artículo 7.2 del Real Decreto 1300/1995).

Por su parte el artículo 7.1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, concreta que la “subsistencia” de la relación laboral del artículo 48.2 ET “solo procederá” cuando en la resolución del reconocimiento de invalidez se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, “igual o inferior a dos años”.

El artículo 200.2 LGSS establece que toda resolución que reconozca el derecho a las prestaciones por incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, deberá constar el plazo desde el cual se instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional. Pues bien, el artículo 7.1 del Real Decreto 1300/1995 precisa, como se ha visto, que la suspensión del contrato de trabajo del artículo 48.2 ET solo procede si en aquella resolución se hace constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado “igual o inferior a dos años”. Como dijo la STS de 28 de diciembre de 2000 (rcud. 646/2000) y recuerda la STS 76/2016, 4 de febrero de 2016 (rcud. 2281/2014), la diferencia entre el (actual) artículo 200.2 LGSS y el artículo del 48.2 ET, desarrollado este último por el artículo 7.1 del Real Decreto 1300/1995, está en que el artículo 200.2 LGSS contempla la revisión de la incapacidad

permanente como “posible” y el artículo 48.2 ET como “probable” y solo en el caso de este último precepto, el contrato de trabajo se suspende y no se extingue.

Para exponer el régimen jurídico de la incapacidad permanente total como causa extintiva del contrato de trabajo, hay que mencionar en primer lugar, que las resoluciones del INSS que reconocen incapacidades son “inmediatamente ejecutivas” (artículo 6.4 del Real Decreto 1300/1995). De conformidad con las reglas generales, la resolución administrativa ha de notificarse lógicamente al trabajador y este podrá recurrirla.

En segundo lugar, se ha de señalar que la legislación vigente no impone al empresario ningún requisito formal de comunicación o notificación al trabajador en el supuesto de extinción del contrato por incapacidad permanente del artículo 49.1 e) ET y en tercer lugar, que la empresa ha de dar de baja en la Seguridad Social al trabajador cuyo contrato de trabajo se haya extinguido en el plazo de tres días naturales a contar desde el día siguiente a la extinción del contrato (artículo 32.3.2º del Reglamento General de inscripción de empresas, y afiliación, altas y bajas de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero).

Finalmente, hay que considerar que la pensión por incapacidad permanente total solo es compatible con el salario que percibe el trabajador en la misma empresa o en otra distinta cuando las funciones que realice no coincidan con las que causaron la incapacidad permanente total (artículo 198.1 LGSS).

En caso de incapacidad permanente total para la profesión habitual, el trabajador puede seguir prestando servicios incluso en la misma empresa, si realiza tareas distintas a las habituales, puede ocurrir, entre otros supuestos, porque existe obligación establecida en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo, porque así lo acuerden las partes o por decisión empresarial.

Destacando que la doctrina de la Sala IV ha fijado que no obliga a la empresa a novar objetivamente el contrato, ofreciéndole la realización de otro oficio de tales características, salvo que el orden normativo aplicable así lo dispusiere, concluyendo “que la empresa no tiene obligación de realizar esa reubicación, salvo que así está establecido convencional o contractualmente, y con independencia de que nada le impide hacerlo”. (STS 3 de febrero de 2021, rcud. 998/2018).

Esto le lleva a la siguiente e importante conclusión “el Tribunal Supremo interpreta que el mandato de efectuar “ajustes razonables” (...) no se integra en “el orden normativo aplicable” en forma tan imperativa que obligue a entender que la facultad extintiva contemplada en el precepto cuestionado, el art. 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores, deba condicionarse a la previa justificación de la imposibilidad o coste excesivo de la obligación de “ajustes razonables”. Y que la “reubicación” (único “ajuste razonable” que contempla) sólo será exigible si así lo establece el contrato de trabajo o el convenio colectivo aplicable, pero no por mandato legal”.

4. Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En estos términos, el debate se basa en la extinción prevenida en el artículo 49.1.e) ET, y albergando dudas sobre la adecuación de dicha norma respecto al mandato de adopción de “ajustes razonables” establecido en el artículo 5 de la Directiva 2000/78, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en un supuesto que en síntesis versa sobre un trabajador que sufrió un accidente de trabajo que le causó una lesión permanente que el Instituto Nacional de la Seguridad Social reconoció como no invalidante, con derecho a percibir la consiguiente indemnización legalmente prevista, y que la empresa empleadora a la vista de dicha declaración,

y a solicitud de la persona trabajadora, acordó un cambio de puesto de trabajo que le permitía trabajar con sus limitaciones.

El trabajador, inconforme con dicha resolución, recurrió judicialmente contra la resolución del INSS que le había denegado la incapacidad permanente y, dos años después, se le reconoció como incapacidad permanente total para su profesión habitual, sin prever la posibilidad de revisión mejoría.

La empresa comunicó a la persona trabajadora su cese en el trabajo después de la sentencia, lo que le llevó a interponer una demanda ante la jurisdicción social solicitando la declaración del despido como discriminatorio. El Juzgado de lo Social Número Uno de Ibiza en Sentencia de fecha 2 de febrero de 2020 desestimó la reclamación porque, según la doctrina jurisprudencial, el reconocimiento del grado de incapacidad permanente total conlleva la baja en la empresa y no hay obligación legal de ubicar al trabajador en otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa.

Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en Recurso de Suplicación 75/2022, (ECLI:ES:TSJBAL:2024:207) mediante Auto de fecha 30 de septiembre de 2022, elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las cuestiones prejudiciales son pertinentes por el estado actual de la cuestión, que pretenden dilucidar si el contrato de trabajo que se extingue por la discapacidad de la persona trabajadora, al declararse en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría, se adapta a las exigencias del Derecho de la Unión Europea (en particular, al artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación). Y de forma más concreta, si es necesario acreditar la realización de adoptar ajustes razonables con carácter previo a la extinción de contratos de personas con discapacidad por parte de la empleadora.

Por su relevancia en la presente comunicación, a continuación, se transcriben las cuestiones prejudiciales formuladas por el órgano jurisdiccional español:

“1) El artículo 5 de la [Directiva 2000/78], a la luz [de] los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo la aplicación de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría), sin previo condicionamiento al cumplimiento por parte de la empresa del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)?

2) Los artículos 2, apartado 2, y 4, apartado 1, de la [Directiva 2000/78], a la luz de los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual), sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación), constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?”

En respuesta conjunta a ambas cuestiones, el TJUE, mediante sentencia de fecha 18 de enero de 2024 (C-631/22 “Ca Na Negreta”, ECLI:EU:C:2024:53), se ha pronunciado en los siguientes términos:

“El artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables”.

Para el adecuado entendimiento del alcance de dicho pronunciamiento, en orden a su posterior aplicación al presente caso, resulta indispensable reproducir los razonamientos esenciales de dicha sentencia:

“40 Para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, procede recordar, para empezar, que la Directiva 2000/78 concreta, en el ámbito regulado por ella, el principio general de no discriminación consagrado en el artículo 21 de la Carta, que prohíbe toda discriminación, en particular, por razón de discapacidad. Además, el artículo 26 de la Carta establece que la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartado 27 y jurisprudencia citada).

41 A continuación, procede recordar asimismo que las disposiciones de la Convención de la ONU pueden invocarse para interpretar las de la Directiva 2000/78, de modo que esta última debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de octubre de 2021, Komisija za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, ECLI:EU:C:2021:862, apartado 59 y jurisprudencia citada).

42 Pues bien, en virtud del artículo 2, párrafo tercero, de dicha Convención, el concepto de “discriminación por motivos de discapacidad” se refiere a cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Este concepto incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

43 En lo que concierne a dichos ajustes, del tenor del artículo 5 de la Directiva 2000/78, en relación con los considerandos 20 y 21 de esta, se desprende que el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario (sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartado 37).

44 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable a efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78, ya que permite a ese trabajador conservar su empleo, garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartados 41 y 43).

45 En este contexto, procede señalar que el artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para él. A este respecto, del considerando 21 de esta Directiva se desprende que para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda. Además, debe precisarse que, en cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar (Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartados 45 y 48).

46 Por consiguiente, el concepto de “ajustes razonables” implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartado 49).

47 En el caso de autos, de la normativa nacional controvertida en el litigio principal resulta que esta permite el despido de un trabajador cuando se le haya declarado formalmente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, sin obligar a su empleador a adoptar previamente las medidas adecuadas, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78, o a mantener las medidas adecuadas que ya haya adoptado. En efecto, de las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente se desprende que el demandante en el litigio principal había sido reubicado en otro puesto dentro de la empresa entre el 6 de agosto de 2018 y el 13 de marzo de 2020, fecha del despido, que fue notificado por el empresario once días después del reconocimiento formal de su incapacidad para ejercer su anterior función habitual. Pues bien, según el órgano jurisdiccional remitente, el nuevo puesto en que el trabajador había sido reubicado, durante más de un año, parecía compatible con las limitaciones físicas resultantes de su accidente de trabajo.

48 Como señalaron el Gobierno helénico y la Comisión Europea en sus observaciones escritas, tal normativa parece tener el efecto, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional remitente compruebe este extremo, de dispensar al empresario de su obligación de realizar o, en su caso, mantener, ajustes razonables, como un cambio a otro puesto, aun cuando el trabajador de que se trate disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad requeridas para desempeñar las funciones esenciales de ese otro puesto, en el sentido del considerando 17 de la misma Directiva y de la jurisprudencia recordada en el apartado 46 de la presente sentencia. Además, dicha normativa tampoco parece obligar al empresario a demostrar que tal cambio de puesto podría imponerle una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia, antes de proceder al despido del trabajador.

49 El hecho de que, en virtud de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, se reconozca la incapacidad permanente total a petición del trabajador y de que esta le dé derecho a una prestación de seguridad social, a saber, una pensión mensual, conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones, carece de relevancia a este respecto.

50 En efecto, tal normativa nacional, en virtud de la cual un trabajador con discapacidad está obligado a soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social, menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz del artículo 27, apartado 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo. Al asimilar una “incapacidad permanente total”, que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una “incapacidad permanente absoluta” que, según las observaciones escritas del Gobierno español, designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta.

51 Por último, en cuanto a la alegación formulada por el Gobierno español en sus observaciones escritas, según la cual el Estado miembro afectado es el único competente para organizar su sistema de seguridad social y determinar los requisitos para la concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, procede recordar que, en el ejercicio de dicha competencia, ese Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión [véase, en este sentido, la sentencia de 30 de junio de 2022, INSS (Acumulación de pensiones de incapacidad permanente total), C-625/20, ECLI:EU:C:2022:508, apartado 30 y jurisprudencia citada].

52 Así pues, una normativa nacional en materia de seguridad social no puede ir en contra, en particular, del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes *constituirán* una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia.”

La respuesta del Tribunal de la Unión Europea se alinea por tanto con el marcado carácter protector que ha demostrado a lo largo de los últimos años frente al colectivo de personas con discapacidad, de forma consecuente y coherente con la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La STJUE de 18 de enero de 2024, asunto Ca Na Negreta, C-631/22, ECLI:EU:C.2024:53, considera que se opone al Derecho de la Unión Europea una modalidad extintiva nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva (apartado 53 de la sentencia).

Los argumentos del pronunciamiento judicial para llegar a esta tesis parten de la aplicación de la situación en la Directiva 2000/78/CE, toda vez que nos encontramos ante un despido al tratarse de una extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento (apartado 36 de la sentencia). (en consonancia con el pronunciamiento de la STJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14, ECLI:EU:C:2015:743 Pujante Rivera).

La cuestión relativa a la condición de discapacidad de la persona trabajadora no es objeto de tratamiento exhaustivo, ya que el órgano judicial que plantea la cuestión señala el reconocimiento oficial de esta circunstancia (apartado 37 de la sentencia). Y una vez definida la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, el Tribunal se encarga de apuntar que la extinción automática no condicionada a la realización de ajustes razonables menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la citada Directiva, ya que impide la consecución del objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad (apartado 50 de la sentencia).

Conviene apuntar en este sentido que la existencia de una prestación de seguridad social conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones no es una circunstancia relevante (apartado 49 de la sentencia), cuestión esta que no puede pasar inadvertida toda vez que la prestación de Seguridad Social podría haber sido considerada una circunstancia a ser valorada en el marco de la existencia de carga excesiva (artículo 5 in fine de la Directiva 2000/78/CE), si bien el Tribunal europeo ventila esta cuestión de modo taxativo⁵.

5. Pronunciamientos judiciales posteriores a la STJUE de 18 de febrero de 2024: ¿despido improcedente o nulo?

A raíz del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de fecha 18 de enero de 2024, asunto Ca Na Negreta, C-631/22, ECLI:EU:C:2024:53, se debe razonar ahora la calificación jurídica que merece el despido de una persona trabajadora que ha sido declarada en situación de incapacidad permanente que ve extinguido su contrato de trabajo como consecuencia de dicha declaración.

A la luz de la normativa internacional y comunitaria que define la discapacidad y establece las medidas protectoras de las personas con discapacidad en relación con la legislación española, en concreto los artículos 2 m), 4, 40 y 63 de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, donde se definen lo que se entiende por ajustes razonables⁶, quienes son los titulares de los derechos de la citada Ley, que medidas deben adoptarse para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de plena igualdad en el trabajo y, finalmente, cuando se entiende que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades, el TJUE nos recuerda que:

a) El empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario (Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartado 37).

b) El artículo 5 de la Directiva 2000/78 no puede obligar al empresario a adoptar medidas que supongan una carga excesiva para ello. Del considerando 21 de la Directiva se desprende que, para determinar si las medidas dan lugar a una carga desproporcionada, deben tenerse en cuenta los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de

⁵ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. Extinción del contrato de trabajo e incapacidad permanente total: Anotaciones a la STJUE de 18/01/2024, Ca Na Negreta, C-631/22. *Los Briefs de la AEDTSS*, 8, 2024.

⁶ Artículo 2 m) Ley Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, que define los ajustes razonables como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

otro tipo de ayuda. Además, debe precisarse que, en cualquier caso, solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si hay por lo menos un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar (Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartados 45 y 48).

c) Cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable⁷ a efectos del artículo 5 de la Directiva 2000/78, ya que permite a ese trabajador conservar su empleo, garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores (Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartados 41 y 43).

d) El concepto de “ajustes razonables” implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario por lo que el concepto de ajustes razonables habrá de realizarlo el empresario, siempre que sea posible y cuando, a causa de la discapacidad del trabajador, no pueda éste realizar sus funciones esenciales en el puesto de trabajo. Por tanto, de lo que se trata es de una adaptación o reubicación en un puesto para el que el trabajador disponga de competencias, capacidades y de la disponibilidad exigida al efecto. (Sentencia de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, ECLI:EU:C:2022:85, apartado 49).

e) La normativa nacional, según la que un trabajador con discapacidad puede soportar el riesgo de perder su empleo para disfrutar de una prestación de seguridad social, menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado según el artículo 27, apartado 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo. Al asimilar una incapacidad permanente total que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una incapacidad permanente absoluta que, según las observaciones escritas del Gobierno español, designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta.

Lo que nos dice el TJUE es que la normativa en la que apoya su decisión, en particular el artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 2 y 27 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, convierte la discapacidad del trabajador en una causa de despido cuando las normas nacionales de los Estados miembros no exigen que el empresario, con carácter previo, prevea o mantenga ajustes razonables para permitir a la persona trabajadora conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva teniendo en cuenta los costes financieros que tales ajustes exijan, el tamaño de la empresa, sus recursos financieros y el volumen de negocios total, así como la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayudas. Se precisa por el TJUE, citando su sentencia de fecha 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85, que solo existe la posibilidad de destinar a una persona con discapacidad a otro puesto de trabajo si por lo menos hay un puesto vacante que el trabajador en cuestión pueda ocupar.

⁷ ROJO TORRECILLA, E.: Lo que determina la inadecuación de la norma nacional no es la facultad extintiva en sí misma, sino que pueda ejercerse “sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables”.

En consecuencia, la norma española, en concreto el artículo 49.1 e), que prevé la extinción del contrato de trabajo “*Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2*”, sin establecer que el empresario debe llevar a cabo los ajustes razonables para el mantenimiento del empleo del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, ni a demostrar que ello supondría una carga excesiva, se opone a toda la normativa internacional que sustenta la decisión del TJUE.

Ello implica que la norma española, a partir de la sentencia del TJUE, ya no puede aplicarse, de manera que en aquellos supuestos que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo denominaba “*declaración ordinaria de incapacidad permanente*”, para la que el artículo 200.2 LGSS dispone que se hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional, no puede configurarse como una causa automática de extinción del contrato de trabajo. Será preciso, insistimos, en que, previamente, la empresa lleve a cabo los ajustes razonables que sean precisos para el mantenimiento del trabajo del incapacitado o, si ello no es posible, justifique que ello supone una carga excesiva que no puede asumirse.

Habrà que profundizar por tanto en los conceptos de “razonabilidad del ajuste” y “carga excesiva para el empresario” y en las posibles medidas de ajuste adecuadas y eficaces para atender a la protección de los derechos de las personas trabajadoras. Entre otras: modificaciones de jornada, cambio de puesto de trabajo, apoyo especial específico para la persona trabajadora, medidas de adaptación del tiempo de trabajo, ajustes de la movilidad geográfica, suspensión temporal del contrato, formación y apoyo personal específico, etcétera. Sin olvidar los problemas procesales que puede generar la aplicación de la doctrina establecida por el TJUE, como la prueba de la razonabilidad de los ajustes y de la proporcionalidad de la medida en relación con las condiciones de la empresa⁸.

6. Calificación de la decisión extintiva de la empresa

En el caso que el trabajador haya sido declarado en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual⁹ y que la empresa para la que presta servicios no lleve a cabo los ajustes razonables para el mantenimiento del puesto de trabajo ni justificase que ello fuera una carga excesiva para la misma, la solución no puede ser otra que afirmar que la decisión empresarial no fue una extinción contractual que pueda encontrar albergue en el artículo 49 ET y por ende es constitutiva de despido.

De la STJUE de 18 de enero de 2024 deriva la necesaria e integral protección del trabajador incapacitado que, por aplicación de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social, (artículo 4.2), la persona trabajadora tiene reconocida la condición de persona discapacitada, y la protección del empleado no se cumple de forma adecuada dando al empresario la posibilidad legal de mantener o extinguir el contrato de trabajo.

De conformidad con la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación, en cuyo artículo 26 prevé la nulidad de pleno derecho para las disposiciones,

⁸ Servicios Jurídicos de UGT “Incapacidad permanente total y adaptación del puesto de trabajo. STJUE de 18 de enero de 2024, Asunto C-631/22. Comentarios. Febrero de 2024, N°117.

⁹ ROJO TORRECILLA E.: Tras la petición de decisión prejudicial y la sentencia del TJUE, el TSJ de las Islas Baleares declara la improcedencia de la extinción del contrato que fue la única pretensión de la parte recurrente. La declaración de inadecuación (“se opone”) de la norma nacional, el art. 49.1.e) ET que habilita a la extinción contractual, se refiere, exclusivamente, al trabajador/a “en situación de incapacidad permanente para ejecutarlas tareas que le incumben”, esto es, en situación de incapacidad permanente total (no, por el contrario, a las situaciones de incapacidad absoluta o gran invalidez).

actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de la Ley.

Algunos pronunciamientos judiciales consideran que ante esta situación nos encontramos en presencia de lo que podríamos llamar causa de nulidad puramente objetiva, es decir, para el caso de que no se aprecie una intención discriminatoria consciente por parte de la empresa, y no se vislumbre en la decisión de la empresa una causa, razón, motivación o fundamento intencional de la extinción del contrato de trabajo para discriminar al trabajador¹⁰.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 3 de mayo de 2016, rcud. 3348/2014, estableció, después de analizar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que *“Después de rechazarse en la sentencia transcrita la existencia de discriminación en el sentido en que lo entendió la sentencia recurrida, se ocupa aquélla en dar respuesta a los argumentos utilizados en la segunda línea de argumentación de la tesis de la nulidad del despido por enfermedad, que fue, tal y como se dijo al relatar la forma y los razonamientos que se contiene en la sentencia de instancia, la equiparación de la enfermedad a la discapacidad.*

En nuestra anterior sentencia rechazamos esa equiparación. En principio hay que decir que, efectivamente, esa condición personal de discapacidad se ha convertido en causa legal de discriminación a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que ha dado nueva redacción al artículo 4.2.c), párrafo 2º ET (“Los trabajadores... en la relación de trabajo... 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”). Pero, ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables. Y así se rechaza esa equiparación afirmando que la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un ‘estatus’ que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido”.

Parece claro, a la vista de las indicaciones anteriores, que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades.

Como ha recordado la STS de 22 de noviembre de 2007, la diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad ha sido apreciada también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de fecha 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid. De acuerdo con esta sentencia, la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la equiparación de ambos conceptos, correspondiendo la discapacidad a supuestos en que “la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período”, por lo que una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en

¹⁰ STJ de Murcia de fecha 20 de febrero de 2024 dictada en el Recurso de Suplicación 457/2023.

el marco general establecido por la Directiva 2000/78. A ello se añade que ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad y que no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual). (STS de 12 de julio de 2012, rcud. 2789/2011)¹¹

Pues bien, dicha jurisprudencia, tras la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 ya no puede aplicarse en los términos en los que se pronuncia.

En efecto, el artículo 4.2 e) ET proclama el derecho al respeto a la intimidad y a la consideración debida a los trabajadores, entre otras razones, por su discapacidad. Tal condición la tiene, repetimos una vez más, la persona trabajadora, pues así se desprende la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 4.

Ello sólo puede conducirnos a calificar la extinción del contrato como despido nulo con las consecuencias previstas en el artículo 113 de la LRJS, esto es la readmisión del trabajador y el abono a éste de los salarios de tramitación oportunos al no haberse dado cumplido por parte de la empresa con la carga de la prueba que le impone el artículo 96.1 de la LRJS al tener el trabajador declarada la situación de incapacidad permanente total la condición de persona discapacitada.

7. Modificación del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores

El Gobierno ha aprobado, a propuesta de los Ministerios de Trabajo y Economía Social y de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, la reforma del artículo 49.1.e) ET que permitirá eliminar como causa automática de extinción de la relación laboral el reconocimiento de la incapacidad permanente de la persona trabajadora. La norma recoge el acuerdo alcanzado con el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)¹².

La eliminación de la extinción automática del contrato en los casos en que la persona trabajadora accede a la situación de incapacidad permanente total, absoluta o la hasta ahora denominada gran invalidez, permite proteger más eficazmente el empleo de las personas con discapacidad y cumple con una de las propuestas recogidas en el Libro Blanco sobre empleo y discapacidad.

¹¹ Sentencia de 12 de julio de 2012, rcud. 2789/2011 contiene el siguiente razonamiento: “El desistimiento empresarial del contrato de trabajo durante el período de prueba producido a raíz de accidente de trabajo sufrido por el trabajador no constituye de entrada discriminación del trabajador ni vulneración de sus derechos fundamentales. Tanto esta Sala de lo Social como el propio Tribunal Constitucional han declarado en numerosas ocasiones que la mera enfermedad ni figura entre los factores de discriminación enunciados en el artículo 14 CE, ni puede ser incluida tampoco en la cláusula final genérica de dicho artículo (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), limitada a aquellos otros posibles factores discriminatorios que hayan comportado o puedan comportar marginación social para un determinado grupo de personas (entre otras, STS 29 de enero de 2001, rcud. 1566/2000 y STS 11 de diciembre de 2007, rcud. 4355/2006). No parece dudoso que la misma conclusión ha de imponerse respecto de las dolencias (o enfermedades en sentido amplio) que tienen su origen en lesiones derivadas de accidente de trabajo, y que hayan dado lugar a una situación de incapacidad temporal”.

¹² RIVAS VALLEJO, P.: La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato concluye que el efecto “dominó” de la STJUE de 18/1/2024 exige la reforma del conjunto normativo descrito (arts. 48.2 y 49.1 e ET y art. 7.1 RD 1300/1995), que, no obstante, ya se deducía del marco normativo nacido a partir de la propia Directiva 2000/78 como de la LDPDIS, y, por consiguiente, venía requerido por este. Dicha reforma resultaría compatible con la dicción del art. 200.2.º LGSS, en cuanto éste dispone la revisión de la situación de incapacidad permanente en todo momento como consecuencia del ejercicio de un trabajo, por cuenta propia o ajena, a los solos efectos de valorar un posible cambio de la capacidad funcional, y no de extinguir la situación de manera automática. Pero convertiría a la causa del art. 52 a) ET en la única habilitante de la decisión extintiva empresarial y, por consiguiente, con carácter indemnizado.

Esta medida supone un nuevo blindaje de los derechos de las personas con discapacidad y permitirá alinear nuestro marco laboral a los mandatos de la Ley de las personas con discapacidad. El objetivo es ofrecer un empleo decente para las personas con discapacidad, eliminando una discriminación como la que suponía el despido automático en determinadas situaciones de discapacidad, priorizando opciones como la adaptación del puesto de trabajo o el pase a otras funciones.

Además, se van a desplegar las medidas contempladas en el Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad para reforzar el acceso de las personas con discapacidad al empleo y ensanchar sus derechos, como se hizo en la reciente modificación del artículo 49 CE.

Por tanto, será obligatorio que las empresas realicen los ajustes razonables que permitan a las personas con discapacidad ejerzan su derecho al trabajo, incluso si acceden a la situación de discapacidad con posterioridad al inicio de su actividad profesional.

7.1. Elección voluntaria

La modificación del artículo 49.1.e) ET eliminará la referencia a la extinción automática por invalidez, incapacidad permanente absoluta e incapacidad permanente temporal, separando con ello estas causas de la muerte de la persona trabajadora: la incapacidad permanente no ha de suponer la muerte civil y laboral de la persona trabajadora.

La posibilidad de extinguir el contrato, hasta ahora en manos de la empresa, se condiciona a la voluntad de la persona trabajadora que podrá solicitar:

La adaptación del puesto de trabajo

- El cambio a otro puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con su perfil profesional y compatible con su nueva situación

El texto aprobado también establece los criterios que permiten determinar cuándo los ajustes necesarios constituirían un coste excesivo para la empresa valorando, de manera específica, si los gastos de adaptación pueden sufragarse con ayudas o subvenciones públicas de manera parcial o total y, en su caso contrario, si son excesivos en relación con el salario medio, el tamaño y el volumen de negocio de la empresa.

La norma también se refiere a la posibilidad de que las personas trabajadoras requieran formación en prevención de riesgos laborales para su nueva situación.

Los servicios de prevención de riesgos laborales y la representación legal de los trabajadores colaborarán para determinar, en cada caso, los ajustes necesarios para adaptar el puesto a la nueva situación o para seleccionar otros puestos de trabajo.

7.2. Cómputo de plazos

Desde esa notificación del reconocimiento de la incapacidad permanente, el trabajador o trabajadora tendrá un mes para decidir si quiere seguir en su puesto. Será entonces cuando la empresa tenga tres meses, como máximo para adaptarlo a las nuevas necesidades, para cambiar a otra posición o para extinguir el contrato si concurren los elementos necesarios para acceder a este extremo.

Durante el periodo de espera, la persona trabajadora percibirá el subsidio de Incapacidad Temporal lo que permitirá evitar vacíos de cobertura en la protección¹³.

8. Bibliografía

- ALONSO OLEA-GARCÍA, B.: Denegación de ajustes razonables como supuesto de discriminación por motivo de discapacidad. Su impacto sobre el contrato de trabajo. Comentario a la STJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, ISSN-e 2792, ISSN 2792-8314, Nº480, 2024.
- BELTRÁN DE HEREDIA, I.: *La extinción del contrato de trabajo por declaración de incapacidad permanente total no puede ser automática (STJUE18/1/24)*. Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales. 19 de enero de 2024.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “Extinción del contrato de trabajo e incapacidad permanente total: Anotaciones a la STJUE de 18/01/2024, Ca Na Negreta, C-631/22”. *Los Briefs de la AEDTSS*, 8, 2024.
- LIBRO BLANCO SOBRE EMPLEO Y DISCAPACIDAD. Obra impulsada por Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Economía Social, CERMI y Fundación ONCE. Catálogo de Publicaciones Oficiales de la Administración General del Estado: <https://cpage.mpr.gob.es>. Julio 2023 NIPO: 132-23-014-5.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Limitaciones en la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente: discapacidad, ajustes razonables e igualdad de trato en el empleo. Un nuevo paso adelante en la protección frente al despido en el ordenamiento jurídico interno comunitario”, *La Ley Unión Europea*, núm. 126, 2024.
- ROJO TORRECILLA, E.: *La importancia de los ajustes razonables. La declaración de incapacidad permanente total (= persona con discapacidad) no puede extinguir automáticamente el contrato de trabajo*. Notas a la importante sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22), *El Blog de Eduardo Rojo*, 15 de abril de 2024.
- SERVICIOS JURÍDICOS DE UGT, Incapacidad permanente total y adaptación del puesto de trabajo. STJUE de 18 de enero de 2024, Asunto C-631/22. Comentarios. Febrero de 2024, Nº117.
- SÁNCHEZ PUJALTE, L.: “Las múltiples derivadas de la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (Asunto C-631/22 Ca Na Negreta): ¿un nuevo concepto de incapacidad permanente total?” *Diario La Ley*, 21 de febrero de 2024.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El caso Na Negreta conmociona la IPT (STJUE 18 enero 2024)”, *Revista de actualidad jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, Nº1004, 2024.
- RIVAS VALLEJO, P.: “La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 1, 2024.
- <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/19421-el-gobierno-modifica-el-estatuto-de-los-trabajadores-para-eliminar-el-despido-automatico-por-incapacidad-permanente>

¹³ <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/19421-el-gobierno-modifica-el-estatuto-de-los-trabajadores-para-eliminar-el-despido-automatico-por-incapacidad-permanente>

Panel Segundo

La protección frente a la discriminación y su reparación

PONENCIAS

LAS DISCRIMINACIONES Y SU IDENTIFICACIÓN

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

Catedrático de Derecho del Trabajo
*Universidad de Salamanca*¹

1. Del viejo al nuevo derecho antidiscriminatorio

En las últimas décadas la tutela antidiscriminatoria ha pasado a convertirse en uno de los componentes nucleares de nuestro modelo civilizatorio. Esta evolución ha supuesto el paso de una idea *vacía* o puramente relacional de la igualdad, de acuerdo con la cual esta operaba exclusivamente como una garantía del disfrute del resto de derechos,² a otra que parte de reconocerle un evidente carácter *sustantivo* y autónomo, en tanto que expresión de un derecho subjetivo distinto y ulterior a todos los demás de los que son titulares las personas,³ al cual se atribuye, además, una función transformadora de la realidad, encaminada a promover la igualdad sustancial y no solo formal entre los individuos y los grupos sociales que conforman la colectividad.

Manifestación privilegiada de este proceso de impulso hacia el vértice de una de las ideas de mayor potencialidad disruptiva de la dinámica tradicional de nuestras sociedades, como es la de igualdad concebida en los términos descritos, ha sido la emergencia en el último período,

¹ Ponencia al VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional “Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital”. Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Madrid, 17 y 18 de octubre de 2024. Segundo Panel: “La protección frente a la discriminación y su reparación”.

² REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, Pamplona, Aranzadi, 2ª ed., 2023, pp. 21-22, destacando cómo esta idea explica por qué la igualdad está situada dentro de la Constitución en el artículo 14, antes de las relaciones de derechos contenidas en las secciones primera y segunda del capítulo II del Título I.

³ BARBERA, M.: “Principi di eguaglianza e divieti di discriminazione”, VV.AA., *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, BARBERA, M. y GUARIZO, A. (Eds.), Torino, Giappichelli, 2019, p. 64.

particularmente como resultado del impulso del Derecho de la Unión Europea, de un *nuevo Derecho antidiscriminatorio*, caracterizado por una visión renovada del significado jurídico y la función de la prohibición de discriminación, así como por una ampliación de su espacio de actuación y alcances. Aunque las primeras trazas de este nuevo Derecho antidiscriminatorio las encontramos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que a lo largo de los años ha sabido ir adaptando la aplicación del principio de no discriminación a las necesidades emergentes de protección y los fenómenos de desigualdad menos notorios aunque igualmente nocivos, su consolidación tendrá lugar en los años 2000, con la aprobación de una nueva generación de directivas, que dibujan un marco conceptual que renueva de forma significativa las técnicas de tutela hasta entonces aplicadas a partir del empleo de una noción subyacente común de discriminación que se aparta en varios de sus aspectos de la visión tradicional en torno a la misma.⁴

Las directivas de nuevo cuño a través de las cuales se consolida este cambio trascendental son tres: la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, aplicable a la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Aunque estas directivas se refieren a factores potenciales de discriminación diferenciados, tienen espacios materiales de aplicación no del todo coincidentes y recurren a técnicas de protección parcialmente diversas, respondiendo todas a una visión unitaria del fenómeno de la discriminación, así como de las herramientas que es preciso utilizar para hacerle frente y de los objetivos que deben perseguirse por intermedio de estas.⁵

¿Cuáles son las diferencias entre el Derecho antidiscriminatorio tradicional y la renovada concepción del mismo que se expresa a través de estas directivas?

Para tomar cuenta de estas diferencias es preciso tener presente que el primero tiene como referencia prototípica la noción de *discriminación directa*, cuyo objetivo es garantizar la igualdad formal entre las personas, asegurando que los iguales sean tratados de la misma manera. Como tal, parte de una visión individualista de la discriminación, basada en un juicio de comparación del trato recibido por el afectado frente a otras personas en situación semejante, siendo su propósito reaccionar ante las discriminaciones ya producidas mediante la puesta en marcha de medidas dirigidas al restablecimiento de la igualdad y la reparación de sus consecuencias negativas.

Frente a esta concepción, el nuevo Derecho antidiscriminatorio no niega la necesidad de hacer frente a esa clase de desigualdades, pero da varios pasos más allá. Para empezar porque presta atención no solo a las características del individuo sino a las de los grupos sociales en los que se integra. Pero también porque desvincula la determinación de la existencia de discriminación de la necesaria realización de un juicio de comparación con otros sujetos, que puede o no ser

⁴ *Ibidem*, p. 30. La referencia a una noción común “subyacente” de discriminación se debe al hecho de que, como se verá más adelante, ninguna de las directivas a las que se hará referencia define lo que debe entenderse por discriminación, optando todas por aportar nociones de sus distintas variantes o manifestaciones a partir de una cierta concepción de lo que debe entenderse por aquella, que sin embargo no se explicita.

⁵ Sobre el proceso de construcción normativa y jurisprudencial que conduce a la adopción de estas directivas, véase CHARRO, P.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, VV.AA., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, CASAS BAAMONDE, M. E., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GIL ALBUQUERQUE, R., GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, A. y SEMPERE NAVARRO, A. (Dirs.), Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado-FIDE, 2023, pp. 310-315.

preciso dependiendo de los casos, así como de la materialización de un perjuicio real y efectivo para una persona o un grupo, pudiendo tener su puesta en marcha, por tanto, carácter preventivo o anticipatorio respecto de discriminaciones aún no producidas, pero potencialmente posibles, en vez de exclusivamente reparador. Además de prescindir de la intención de discriminar del agente, que termina por ser irrelevante siempre que pueda establecerse un nexo entre los efectos de la conducta y uno de los factores de discriminación prohibidos.

El punto de arranque de esta renovada visión se encuentra en el reconocimiento de las limitaciones de la tutela antidiscriminatoria tradicional para hacer frente a las situaciones de marginación sistémica que padecen algunos colectivos dentro de la sociedad como resultado de fenómenos de carácter estructural que no se expresan necesariamente a través de prácticas discriminatorias directas, sino por medio de criterios, actuaciones o decisiones que, aunque no parezcan estar dirigidos contra esos colectivos, tienen un resultado o un efecto adverso contra ellos que preserva y ahonda su situación de desamparo. Como tal, tiene su referente principal en la noción de *discriminación indirecta*, que se encamina a combatir esa clase de situaciones, aunque también en la manera de caracterizar los demás supuestos de discriminación, como habrá ocasión de comprobar en el siguiente apartado.⁶

Esta función correctora y redistributiva de cara al futuro en vez de meramente resarcitoria respecto del pasado de la tutela antidiscriminatoria encuentra un claro acomodo dentro del texto constitucional, que está en condiciones de ofrecer un respaldo explícito a su más avanzada versión a través del juego combinado de sus artículos 1.1, 9.2 y 14. De ahí que haya sido objeto de una pacífica y atenta recepción, primero por la jurisprudencia constitucional,⁷ y más tarde por la legislación ordinaria. Especialmente trascendentales resultan aquí, además de las sucesivas modificaciones operadas en los textos de los artículos 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores, la aprobación, primero, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y, más recientemente, de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Unas normas que recogen a lo largo de su articulado lo más relevante del acervo comunitario y, en particular, las nociones y conceptos clave a partir de los cuales se articula la tutela antidiscriminatoria, bien que sin dejar de presentar diferencias respecto de este, singularmente en lo que atiene a la enumeración de los factores de discriminación frente a los cuales se otorga la protección, que resulta ser bastante más extensa que la prevista por las directivas que les sirven de base.⁸

Lo anterior supone que, al margen de sus más o menos extendidos contornos, asistimos a una confluencia sustancial entre los instrumentos comunitarios y las normas nacionales en torno a los mecanismos de tutela a aplicar para hacer frente a la discriminación, basada en el empleo de una *común técnica definitoria* de los supuestos prohibidos, a la cual es importante

⁶ Sobre las diferencias entre ambos paradigmas de tutela antidiscriminatoria, cuyos rasgos se han sintetizado de forma breve aquí, véase *in extenso* BARBERA, M., *op. cit.*, pp. 48-51.

⁷ Incluyendo la noción de discriminación indirecta, que luego de haber sido introducida tempranamente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través de su *Sentencia Jenkins*, de 31 de marzo de 1992 (asunto 96/80), fue recogida y aplicada por el Tribunal Constitucional por medio de su *Sentencia* 145/1991, de 1 de julio.

⁸ Mientras las directivas protegen seis rasgos (el sexo, el origen racial o étnico, la religión y las convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual) el espacio máximo de garantía del principio de igualdad y no discriminación se extiende, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 15/2022, a un listado de catorce factores, seguidos de una cláusula de apertura (nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías o trastornos, lengua, situación socioeconómica o cualquier otra condición o circunstancia personal o social). Distintos son también los ámbitos objetivos de aplicación de la protección, que en el caso de las directivas basculan, aun con diferencias entre ellas, esencialmente en torno a las cuestiones relacionadas con el acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de empleo y de trabajo y la protección social, mientras que tratándose de la Ley 15/2022 tienen un ámbito tendencialmente universal de aplicación, dada la muy extendida relación de espacios incluidos llevada a cabo por su artículo 3.

dedicar una atención especial. De ahí que este sea el objeto de los siguientes apartados de esta ponencia, en los que se tratará de rastrear los rasgos que sirven para identificar tanto la noción de discriminación y sus distintas subespecies, así como reconstruir la particular manera de operar del *canon o juicio de discriminación* en relación con cada una de ellas.

2. La discriminación y las discriminaciones

Por sorprendente que parezca, tanto las directivas comunitarias como las leyes a las que se ha hecho referencia no aportan un concepto de lo que ha de entenderse por discriminación. Antes bien, lo dan por sabido y se concentran en perfilar sus distintas clases o modalidades, mediante la introducción de definiciones particulares de cada una de ellas.⁹ La técnica elegida para ello es siempre la misma: luego de indicar que el “principio de igualdad de trato” debe ser entendido como “la ausencia de discriminación tanto directa como indirecta” por una serie de motivos delimitados con mayor o menor amplitud, las normas pasan a ofrecer nociones específicas, todas coincidentes más allá de ciertos detalles, de sus diferentes manifestaciones, con especial atención a las dos que son mencionadas expresamente.¹⁰ Esto significa que no existe, ni en el Derecho de la Unión Europea ni en el Derecho antidiscriminatorio actualmente vigente en España, una noción explícita de discriminación que pueda servir de base para la aplicación de todas sus formas de expresión, sino exclusivamente definiciones parciales, a las cuales puede entenderse que subyace una visión común del fenómeno que buscan combatir.

La situación es distinta en el ámbito internacional, donde sí es posible encontrar logrados ejemplos de caracterización general de la noción de discriminación, de especial utilidad para la realización de una aproximación a la misma como la que se pretende llevar a cabo en estas páginas.

Sin perjuicio de definiciones posteriores, el punto de referencia está representado por el Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, que aporta un concepto de discriminación que, por su amplitud, flexibilidad y adecuación a la realidad social de base, está en condiciones de conectar con las más modernas y avanzadas manifestaciones del Derecho antidiscriminatorio, pese a que se trata del primer instrumento internacional en ocuparse de la discriminación como fenómeno de exclusión y no solo como garantía del respeto de los demás derechos de las personas.¹¹

De ahí que nuestro recorrido por la caracterización normativa del fenómeno de la discriminación deba empezar por aproximarnos a esa definición, para pasar luego a la presentación de las distintas clases o tipos de discriminación definidos por el Derecho de la Unión Europea y, por influencia de este, en nuestro Derecho interno.

2.1. La noción general de discriminación

Adoptado en 1958, el Convenio 111 de la OIT introduce una fórmula por completo pionera para su época, al indicar en su artículo 1.1.a) que “el término discriminación” comprende “cualquier *distinción, exclusión o preferencia* basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que *tenga por efecto anular o alterar la*

⁹ CHARRO, P.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, *cit.*, p. 305.

¹⁰ Véase, Directiva 2000/43/CE (artículo 2.1), Directiva 2000/78/CE (artículo 2.1), Ley 3/2007 (artículo 3) y Ley 15/2022 (artículo 4.1). La Directiva 2006/54/CE, no obstante, prescinde de aportar un concepto general y pasa directamente a definir a través de su artículo 2.1 los distintos tipos de discriminación.

¹¹ Como ocurre aún en el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a la luz de lo dispuesto por sus artículos 2 y 7.

igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación”.¹² Las consecuencias del empleo de tan abierta definición resultan muy relevantes desde varias perspectivas.

Así, antes de nada, la consideración como discriminación de “cualquier distinción, exclusión o preferencia” que tenga por efecto “anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación”, permite entender incluido todo trato potencialmente perjudicial basado en un motivo prohibido, con independencia de si este se ha producido en relación con la situación de otras personas o de si ha supuesto un perjuicio efectivo para un sujeto perteneciente a uno de los colectivos marginados o un beneficio para otra persona integrada en un grupo no discriminado. De igual modo, de la caracterización en términos objetivos del supuesto de hecho se deduce que la existencia de discriminación no depende de que ese resultado haya sido o no perseguido intencionadamente por su autor. En consecuencia, la conducta discriminatoria ha de ser objeto de valoración por sí misma, en función de su capacidad para poner en cuestión la igualdad de oportunidades o de trato. Con prescindencia de si existe o no un término de comparación al que remitir su valoración. Y también de si ha tenido o no un impacto negativo real y efectivo sobre la situación o los derechos de una persona concreta. Así como de si ha habido o no la intención de discriminar en quien la realiza.

Adicionalmente, la referencia a la anulación no solo de la igualdad “de trato”, sino también “de oportunidades”, como efecto de las conductas discriminatorias permite entender incluidas dentro del concepto no solo las discriminaciones de alcance individual, que se basan en la consideración de la situación particular de los individuos, sino también las discriminaciones de orden social, que tienen como referencia el estado de marginación de colectivos enteros de personas. El potencial inclusivo del concepto se amplía, de tal modo, hasta estar en condiciones de abarcar, al lado de la tradicional noción de discriminación directa, los supuestos, más esquivos y difíciles de calificar, pero de consecuencias tanto o más negativas, de discriminación indirecta.¹³

Todo este haz de consecuencias, asociadas a la prescindibilidad de un término de comparación, de un daño real sobre el sujeto o de un específico *animus* discriminatorio, unidas a la atribución a la noción de discriminación de una dimensión supraindividual, presentes ya en la definición introducida por el Convenio 111, se reflejarán más adelante en las directivas de nueva generación adoptadas por la Unión Europea en los primeros años de este siglo, así como en nuestra legislación más reciente, de la manera de la que se dará cuenta a continuación.

2.2. Los tres tipos básicos de discriminación

La labor de identificación de los supuestos de discriminación prohibidos se inicia con la aportación de definiciones de sus distintas modalidades. A estos efectos, tanto las normas comunitarias como las normas nacionales de transposición distinguen entre tres tipos básicos de discriminación, cada uno dotado de rasgos particulares que lo diferencian de los demás, aunque sin dejar de responder al patrón común que acaba de ser descrito.

¹² Con posterioridad puede verse, por ejemplo, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, cuyo artículo 1 señala que “a los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

¹³ Las líneas fundamentales de esta aproximación al texto del artículo 1.1.b) del Convenio 111 han sido esbozadas por CHARRO, P.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, *cit.*, especialmente pp. 307-308.

2.2.1. Discriminación directa

La primera forma de discriminación que es objeto de definición es la discriminación directa. Aunque asociada al tratamiento tradicional del fenómeno discriminatorio, la manera como aparece caracterizado este singular tipo de conducta desigualatoria le otorga una potencialidad aplicativa muy superior a la que en principio pudiera pensarse que posee. Esta potencialidad se expresa a través de dos fórmulas parcialmente diferenciadas, aunque a fin de cuentas complementarias. La primera es la recogida por las Directivas 2000/78/CE y 2006/54/CE, que señalan de forma coincidente que “existirá discriminación directa”, tanto “cuando una persona *sea, haya sido o pudiera ser tratada* de manera menos favorable a otra en *situación análoga*” o “*comparable*” por uno de los motivos previstos por las mismas.¹⁴ Es decir, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad, la orientación sexual y el sexo. La segunda fórmula está presente en la Directiva 2000/43, de acuerdo con la cual existirá este tipo de discriminación cuando “una persona *sea tratada* de manera menos favorable de lo que *sea, haya sido o vaya a ser tratada otra* en *situación comparable*” por razón de su origen racial o étnico.¹⁵

De ambas definiciones se desprende que son tres los elementos que componen el concepto de discriminación directa: a) la existencia de un trato menos favorable, b) la referencia comparativa respecto de otro sujeto que se encuentre en una situación similar y c) la necesidad de un nexo de causalidad entre esa diferencia de trato y un motivo prohibido.¹⁶ El diseño del supuesto no se aparta, así, de la configuración clásica de esta clase de conductas. No obstante, las directivas antes indicadas introducen importantes elementos de flexibilización de sus principales componentes.

Así ocurre, en primer lugar, con la idea de *trato menos favorable*, en la medida en que su existencia no solo se vincula, de acuerdo con las dos primeras, con el hecho que una persona “sea o haya sido” objeto de una medida que le haya causado un perjuicio, sino también de que “pudiera” verse afectada por una medida capaz de ocasionárselo. El trato desfavorable puede ser en estos casos, por tanto, también meramente *posible, potencial o hipotético*, no materializado aún o incluso sin una víctima identificable. Paradigmático resulta aquí el supuesto examinado por la *Sentencia Feryn*,¹⁷ en la que se estableció que la declaración pública de un empleador de que “no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial” representa una discriminación directa en la contratación, en la medida en que “puede disuadir firmemente a determinados candidatos” de ese origen “a presentar su candidatura y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo”. Sin que sea un impedimento para ello que no exista una persona que haya sufrido en la práctica ese perjuicio, toda vez que la existencia de discriminación directa “no requiere que haya un denunciante que alegue haber sido víctima” de la misma.

Otro tanto sucede con la exigencia de un *término de comparación*, que se independiza, de acuerdo con la dicción de la tercera de las directivas mencionadas, de la situación concreta de un sujeto plenamente identificable, al remitirse la comparación, no solo con el trato del que “sea” o “haya sido” objeto otra persona, sino también con la manera como la misma “vaya a ser tratada”. Esto supone que se admite que la persona con la cual se compara la condición de la víctima pueda ser no solo una situada en el presente o en el pasado, sino también en el futuro. E incluso

¹⁴ Véase, respectivamente, los artículos 2.2.a) y 2.1.a) de las directivas citadas, el primero recurriendo al término “análogo” y el segundo al de “comparable” para hacer referencia a la situación de la persona en relación con la cual se produce la diferencia de trato. La definición contenida en la segunda de las directivas aparece recogida en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 3/2007, en tanto que la Ley 15/2023 opta por incluir de manera conjunta ambos términos.

¹⁵ De acuerdo con el texto del artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/43.

¹⁶ Véase, por todos, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Luxemburgo, 2010, pp. 22-29.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de julio de 2008 (asunto C-54/07).

un sujeto puramente hipotético.¹⁸ La comparación puede ser, así pues, meramente hipotética.¹⁹ Es decir, independiente de que exista otro sujeto que reciba o haya recibido de manera efectiva un trato distinto y más favorable, bastando con la posibilidad de que esta situación hubiese podido materializarse. Nuevamente la *Sentencia Feryn* nos proporciona un buen ejemplo de ello.²⁰

En cualquier caso, la exigencia de un término de comparación desaparece cuando se está delante de tratamientos desfavorables relacionados con una *condición o circunstancia* que tenga una *conexión directa e inequívoca* con un factor de discriminación prohibido.²¹ Este es el caso, tratándose de las discriminaciones por razón de sexo, del *embarazo*, que constituye un “elemento o factor diferencial que, en tanto hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”.²² Pero también, y por las mismas razones, del *parto* y de la *maternidad*. Así como del ejercicio por las trabajadoras de los *derechos asociados a la maternidad*, por más que estos sean reconocidos indistintamente al hombre y la mujer, en la medida en que “sirven principalmente para compensar las dificultades y desventajas que graban la posición de la mujer trabajadora”.²³ Pudiéndose entender comprendido dentro de estas circunstancias también el sometimiento por la trabajadora a un tratamiento de fecundación *in vitro*.²⁴ De ahí que el artículo 2.2.c) de la Directiva 2006/54 indique que el concepto de discriminación incluirá “el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso de maternidad” y el artículo 8 de la Ley 3/2007 señale que “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”.

El término de comparación no constituye, de tal modo, un requisito indispensable para la determinación de la existencia de discriminación directa, siempre que sea posible establecer una conexión de ese tipo con uno de los factores prohibidos. Puede verse, como muestra de ello, el criterio sentado por la *Sentencia Dekker*,²⁵ en la que se indica que, dado que “la negativa de contratación debida al embarazo solamente puede oponerse a las mujeres”, esta “constituye una discriminación directa por razón de sexo”, siendo “la inexistencia de candidatos masculinos” una circunstancia que “carece de incidencia” a estos efectos.²⁶

De otro lado, por lo que se refiere a la determinación de la existencia de un *nexo de causalidad* entre la diferencia de trato y uno de los factores prohibidos, debe indicarse que este no requiere de la presencia de una específica intención de causar un perjuicio por razón del mismo, es decir de la voluntad de discriminar, sino solamente de la determinación de que ese factor estuvo en la base del menoscabo padecido por el sujeto.²⁷ Algo que en muchos casos puede ser deducido de

¹⁸ BARBERA, M.: “Principi di eguaglianza e divieti di discriminazione”, VV.AA., *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, cit., p. 54.

¹⁹ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, cit., pp. 71-72.

²⁰ Como destaca, nuevamente, Rey Martínez, F., *ibidem*, p. 72.

²¹ De acuerdo con la terminología utilizada reiteradamente por el Tribunal Constitucional. Pueden verse, por todas, las SSTC 17/2007, de 12 de febrero; 108/2019, de 30 de septiembre; 119/2021, de 31 de mayo y 22/2024, de 12 de febrero, todas referidas a supuestos de discriminación por razón de sexo.

²² Según tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional desde su Sentencia 173/1994, de 7 de junio.

²³ En este sentido puede verse, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2021, de 31 de mayo.

²⁴ Conforme apunta CHARRO, P.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, cit., p. 317, con referencia a la *Sentencia Mayr* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de febrero de 2008, (asunto C-506/06), referida a una trabajadora que fue despedida cuando sus óvulos habían sido ya fecundados *in vitro*, pero no transferidos aún a su útero.

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 8 de noviembre de 1990 (asunto C-179/88).

²⁶ La misma idea es expresada en términos incluso más contundentes por el Tribunal Constitucional, entre otras en su Sentencia 102/2019, de 30 de septiembre, en la que se indica que “la prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie (...) sino solo la verificación de la concurrencia del factor prohibido y el perjuicio que a él haya quedado asociado (...), por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de este para ser apreciadas”.

²⁷ Como afirma, sintetizando su doctrina, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 119/2021, de 31 de mayo.

la propia naturaleza de los hechos. En realidad, solo las discriminaciones en las que la presencia del factor prohibido aparece encubierta por la alegación de una causa aparente, como sucede por ejemplo tratándose de un despido por razones disciplinarias que oculta una discriminación por la orientación sexual de la persona, requieren una indagación dirigida a poner de relieve la vinculación con el factor prohibido de una conducta basada en principio en razones distintas. Fundamental resulta en estas situaciones, que configuran supuestos de *discriminación oculta*,²⁸ el recurso a los instrumentos de auxilio probatorio, basados en el recurso a la prueba indiciaria o de presunciones, previstos tanto por las directivas europeas como por nuestra legislación interna.²⁹

El nexo de causalidad entre la conducta y el factor prohibido requerido para la existencia de discriminación directa no tiene, por lo demás, por qué ser uno de carácter exclusivo. Antes bien, cabe la posibilidad de que conductas empresariales avaladas por razones empresariales atendibles y serias, capaces de alejar en principio toda sospecha de discriminación, puedan terminar siendo consideradas contrarias al principio de igualdad, por haber sido aplicadas siguiendo criterios discriminatorios. El mejor ejemplo de esta clase de supuestos, caracterizados por la *pluricausalidad* de la conducta, está representado por un despido colectivo basado en razones económicas que afecta de manera particular a trabajadores minusválidos, a mujeres que han disfrutado de permisos por cuidado de hijos o a activistas sindicales.³⁰ En realidad, como se ha afirmado, cada vez que una decisión empresarial sea capaz de afectar en abstracto a una pluralidad de trabajadores existe espacio para una potencial discriminación.³¹

Es importante destacar, finalmente, que la discriminación directa, por su gravedad y su carácter intolerable, *no admite ninguna justificación*.³² Si acaso, exclusivamente *excepciones*,³³ en las que una diferencia de trato vinculada a un factor prohibido es considerada no discriminatoria de manera por completo extraordinaria, por responder a un motivo de suficiente entidad como para justificar un resultado en principio contrario a la prohibición de todo trato discriminatorio.

Dentro de la normativa comunitaria las excepciones contempladas son únicamente tres.³⁴ La primera, de alcance general, se relaciona con consideración de una característica asociada a uno de los motivos vedados como “un requisito profesional esencial y determinante”, debido a “la naturaleza de la actividad profesional concreta de la que se trate o al contexto en el que se lleve a cabo”, siempre que “el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”.³⁵ La segunda, circunscrita a la discriminación por motivos religiosos o convicciones, se vincula con la admisión de diferencias de trato por estas circunstancias, cuando por la naturaleza de las actividades profesionales de las iglesias u otras organizaciones “cuya ética se base en la religión o las convicciones”, una característica asociada a las mismas, “constituya un requisito profesional

²⁸ Como los denomina REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 132.

²⁹ Véase, en el ámbito de la Unión Europea, Directiva 2000/43/CE (artículo 8.1), Directiva 2000/78/CE (artículo 10.1) y Directiva 2006/54/CE (artículo 19.1). Y, dentro de nuestra legislación, además de la previsión general incluida en el artículo 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, lo dispuesto para las discriminaciones por razón de sexo por el artículo 13.1 de la Ley Orgánica 3/2007.

³⁰ BARBERA, M., *op. cit.*, p. 70.

³¹ *Loc. cit.*

³² CHARRO, P., *op. cit.*, pp. 317-318.

³³ Como las denomina BARBERA, M., *op. cit.*, p. 59, cuyo enfoque sirve de base a lo que se dirá a continuación.

³⁴ Se sigue aquí el esquema del *Manual de legislación europea contra la discriminación*, *cit.*, pp. 47-56, de acuerdo con el cual las diferencias de trato basadas en uno de los factores de discriminación prohibidos solo pueden justificarse cuando responden a determinados fines expresamente fijados en las directivas.

³⁵ Véase, Directiva 2000/43/CE (artículo 4), Directiva 2000/78/CE (artículo 4.1) y Directiva 2006/54/CE (artículo 14.2). La previsión aparece luego recogida por el tercer párrafo del artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2007 en relación con la discriminación entre mujeres y hombres en el acceso al empleo.

esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización”.³⁶ Mientras que la tercera, de mayor amplitud que las anteriores, se relaciona con las diferencias de trato por razón de edad, en relación con las cuales se admite que “no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente” por “una finalidad legítima”, debiendo entenderse que pueden tener esta consideración “los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional”, siempre que “los medios para lograr este objetivo” sean “adecuados y necesarios”. Una cláusula general a la que se añade inmediatamente después una enumeración de las medidas en las que se podría concretar esta excepción dentro de la legislación estatal.³⁷

Estas excepciones son, de acuerdo con la normativa comunitaria, las únicas capaces de justificar una diferencia de trato basada en uno de los factores de discriminación vedados. Y, como tales, deben ser interpretadas con criterio restrictivo.³⁸ Sin que resulte posible recurrir, en consecuencia, a circunstancias o argumentos distintos, incluidas las razones organizativas o productivas,³⁹ dado el carácter tendencialmente absoluto de la prohibición de discriminación.⁴⁰

A estos tres supuestos subyace, por lo demás, una común exigencia de valoración de las medidas desigualatorias puestas en marcha a su amparo, tanto desde la perspectiva de la legitimidad de los objetivos o la finalidad perseguidos como de la razonabilidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad de los medios empleados. Aun así, no puede dejar de ponerse de relieve la notable diferencia que existe entre los dos primeros, asociados a razones objetivas identificadas de manera clara y estricta, y el tercero, cuyo carácter amplio y ambiguo, en tanto que vinculado a unos no del todo definidos “objetivos legítimos” de las políticas de empleo, puede actuar como una suerte de “colador”, capaz de admitir lecturas muy distintas sobre las medidas cubiertas.⁴¹ Una limitación a la que hay que sumar la inclusión entre sus posibles plasmaciones de la introducción de “condiciones especiales” tanto “de acceso al empleo” como “de trabajo, incluidas las condiciones de despido”. Esta es una alusión que es capaz de operar como aval de una línea de política de fomento del empleo de eficacia indemostrable, pero de consecuencias negativas ciertas para los afectados y el equilibrio del mercado de trabajo, como es la del recurso a la reducción de la protección laboral con ese fin, tan en boga en las décadas precedentes.⁴²

³⁶ Directiva 2000/78/CE, artículo 4.2, añadiendo que dichas organizaciones “podrán exigir” igualmente “a las personas que trabajan para ellas una actitud de lealtad hacia la ética de la organización”.

³⁷ Directiva 2000/78/CE, artículo 6.1.

³⁸ Nuevamente, *Manual de legislación europea contra la discriminación*, cit., p. 47, con referencia la *Sentencia Johnston* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 1986 (asunto 222/84).

³⁹ Como apunta BARBERA, M., *op. cit.*, p. 60, en el ámbito del principio de discriminación el autor de una conducta calificable a priori de discriminatoria no podrá alegar “que la diferencia de trato es racional o económicamente oportuna, ya que las discriminaciones son irracionales *per se* desde la óptica del Derecho, aunque no lo fuesen desde la óptica utilitarista de la economía”. Un ejemplo de este tipo de valoración puede encontrarse en la *Sentencia Busch* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de febrero de 2003 (asunto C-320/01).

⁴⁰ Un planteamiento distinto es el recogido por el artículo 4.2 de la Ley 15/2022, que admite la posibilidad de considerar no discriminatoria una diferencia de trato basada en un motivo prohibido siempre que pueda “justificarse objetivamente por una finalidad legítima” y el medio empleado sea “adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”. Esta previsión, que acepta la validez de las diferencias de trato basadas en factores discriminatorios siempre que puedan justificarse, ha sido criticada por Desdentado DAROCA, E.: “Reflexiones críticas a propósito de la SC 89/2024, de 5 de junio. La necesaria delimitación entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación”, *Briefs AEDTSS*, 2024, núm. 64, por entender, en línea con lo planteado en el texto principal, que “la prohibición de discriminación es prácticamente absoluta y no puede ser objeto de ‘modulación’ a través del llamado ‘juicio de mínimos’, basado en la racionalidad y la proporcionalidad”. El estándar de justificación de las diferencias es distinto, no obstante, como se verá a continuación, tratándose de los supuestos de discriminación indirecta.

⁴¹ Como denunciaria en su día FALSONE, M.: “La discriminazione per età nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia”, *Questione Lavoro*, 2011, vol. 1, p. 21.

⁴² Según he tenido la ocasión de destacar en SANGUINETI RAYMOND, W.: “Discriminación por edad y negociación colectiva: una relación por construir”, VV.AA., *Edad, discriminación y derechos*, CARDONA RUBERT, B., CABEZA PEREIRO, J. y FLORES GIMÉNEZ, F. (Eds.), Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 304-308, a donde remito para un amplio de las posibles plasmaciones de la excepción previstas por la directiva.

El resultado de esta indefinición ha sido una explosión de la litigiosidad en torno a los alcances de esta excepción a la prohibición de discriminaciones por razón de edad, que no ha podido ser encauzada de manera adecuada por el Tribunal de Justicia, debido al mantenimiento por este de una línea jurisprudencial oscilante, desprovista de la sistematicidad que sería necesaria para esclarecer cuáles son sus confines.⁴³

Baste con señalar que dentro de la misma conviven pronunciamientos que realizan un cuidadoso análisis, no solo de la legitimidad de los fines perseguidos por el legislador, sino también del carácter adecuado, necesario y proporcionado de los medios empleados por este, como ocurre en el caso de la *Sentencia Mangold*,⁴⁴ con otros que tienden a considerar las diferencias de trato basadas en la edad como un aspecto más de la regulación del mercado antes que como limitaciones del principio de igualdad, dada la facilidad con que admiten, no solo el carácter legítimo de los objetivos perseguidos por su intermedio, sino su aptitud para favorecer su alcance, mientras soslayan el análisis de la necesidad y la proporcionalidad de su puesta en práctica, según se aprecia en especial en las *Sentencias Palacios de la Villa y Abercrombie*.⁴⁵ Moviéndose la mayor parte en punto intermedio, al optar por declarar la falta de conformidad con la directiva de las actuaciones examinadas, bien por no considerarlas idóneas para alcanzar el resultado que animó su introducción, como ocurre con la *Sentencia Küçükdeveci*,⁴⁶ o bien por estimar que exceden de lo necesario para lograrlo, en particular debido a la posibilidad de recurrir a otros medios menos restrictivos o no relacionados con la edad, como acontece, entre otras, con la *Sentencia Hennings*.⁴⁷

No puede dejar de observarse, por último, que esta excepción guarda una similitud esencial en su estructura con la causa general de justificación de las discriminaciones indirectas definida inmediatamente después por las directivas, por lo que le resulta de aplicación todo lo que se dirá en el apartado siguiente sobre las condiciones exigidas para su activación.

2.2.2. Discriminación indirecta

No existe dentro del Derecho antidiscriminatorio una categoría dotada de mayor capacidad transformadora de la realidad social que la de discriminación indirecta, a la que aluden a continuación las directivas comunitarias.⁴⁸ La idea que le sirve de fundamento no es en el fondo difícil de discernir: la discriminación no solo puede producirse cuando se trata de modo distinto a personas en situaciones similares, como ocurre en los casos de discriminación directa, sino también cuando se trata de forma similar a personas en situaciones desiguales.⁴⁹ Lo que caracteriza a este tipo de discriminaciones no es, así pues, el trato recibido, que como tal no difiere, sino sus efectos, que impactan de modo diferenciado sobre personas o grupos de personas con características distintas,⁵⁰ perpetuando de forma silenciosa situaciones de exclusión o marginación preexistentes.

⁴³ MORATO GARCÍA, R.: "Cese forzoso por edad y negociación colectiva: ¿un supuesto de discriminación?", *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, núm. 29, p. 11.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de noviembre de 2005 (asunto C-144/04).

⁴⁵ Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de octubre de 2007 (asunto C-411/05) y de 19 de julio de 2017 (asunto C-143/16).

⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de enero de 2010 (asunto C-555/07).

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de septiembre de 2011 (asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10).

⁴⁸ Este carácter transformador de la noción de discriminación indirecta es destacado especialmente por REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, cit., pp. 71-72.

⁴⁹ De acuerdo con la explicación contenida en el *Manual de legislación europea contra la discriminación*, cit., p. 29.

⁵⁰ Loc. cit.

La noción de discriminación indirecta aparece definida en términos amplios, potenciadores de su capacidad transformadora, tanto por las fuentes comunitarias como por sus leyes de transposición. La fórmula más completa es la contenida en la Directiva 2000/78/CE, de acuerdo con la cual existirá este tipo de discriminación “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas” ubicadas dentro una de las categorías protegidas “respecto de otras personas”, salvo que “dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse con una finalidad legítima” y “que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios”.⁵¹ De esta definición se desprende que el concepto de discriminación indirecta se compone de cuatro elementos: a) la existencia de una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros, b) la creación de una desventaja particular para personas integradas en un colectivo protegido, c) la referencia comparativa respecto de otras personas no integradas en ese colectivo y d) la ausencia de justificación del impacto adverso ocasionado.⁵²

Tan importante como la identificación de estos elementos es, sin embargo, la manera como estos aparecen configurados dentro de la definición que acaba de ser reproducida, que permite dar varios pasos adelante respecto de la tradicional articulación de la tutela antidiscriminatoria, como se podrá comprobar inmediatamente.

La referencia inicial al *carácter aparentemente neutro* de la disposición, criterio o práctica objeto de examen sirve para poner el acento en el presupuesto sobre el que descansa esta forma de discriminación: la presencia de un criterio o requisito aplicable por igual a todas las personas, sin distinción alguna asociada a uno de los factores prohibidos. Razón por la cual carece, *prima facie*, de toda sospecha de discriminación. Aquí, la caracterización extensiva del supuesto de hecho, no ligada a un tipo particular de medidas, permite considerar como fuentes potenciales de esta clase de discriminaciones tanto las decisiones de los Poderes Públicos, incluidas las de carácter normativo, como los actos de los particulares, sin importar si tienen alcance general, por ser aplicables a un colectivo o un grupo indeterminado de personas, o particular, por afectar a individuos concretos. Lo decisivo será, así pues, que esa neutralidad del acto, vinculada al carácter formalmente no diferenciador de las condiciones que establece, es solo aparente, debido a la concurrencia del segundo elemento de la definición, que es el que conduce a viciar lo que en principio constituiría una actuación lícita y legítima.

Esto significa que el núcleo de la definición de discriminación indirecta reposa sobre el segundo de sus elementos: la disposición, criterio o práctica, a despecho de su carácter aparentemente neutro, debe ocasionar una “*desventaja particular*” a personas integradas dentro de uno de los colectivos protegidos. Es decir, ha de tener un efecto peyorativo sobre ellos respecto de las demás personas, pese a no estar previsto de manera explícita que ocurra de tal

⁵¹ Artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE, referida a la discriminación por motivos de religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual. Las Directivas 2000/43/CE y 2006/54/CE, asociadas a las discriminaciones por razones de origen racial y de sexo, vinculan en sus artículos 2.2.b) y 2.1.b) respectivamente, la noción a una disposición, criterio o práctica que “sitúe” a personas de los colectivos protegidos en desventaja particular con respecto a otras personas. Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007 señala en su artículo 6.2 que hay discriminación indirecta cuando una actuación de ese tipo “pone” a personas de un sexo en una situación como la indicada con respecto a personas del otro. Una fórmula híbrida es, en fin, la utilizada por el artículo 6.2 de la Ley 15/2022, cuando destaca que el carácter discriminatorio viene determinado por el hecho de que la conducta “ocasiona o puede ocasionar” una desventaja particular a “una o varias personas”. La coincidencia es plena, por otra parte, entre las tres directivas y la Ley Orgánica 3/2007 en lo que respecta a la identificación de las condiciones que pueden servir de justificación a un tratamiento susceptible de ser considerado discriminatorio. Distinto en parte es el planteamiento de la Ley 15/2022, que omite toda referencia a esta cuestión en la definición de discriminación indirecta aportada por su artículo 6.1.b), optando más bien por introducir en su artículo 4.2, como se dejó dicho en *supra* nota 39, una causa general de justificación de todo tipo de diferencias de trato basadas en alguna de las causas prohibidas articulada a partir de los mismos elementos, aunque añadiendo a las exigencias que el medio sea “adecuado” y “necesario, la condición de que sea “proporcionado”.

⁵² De acuerdo con la propuesta de inclusión de la ausencia de justificación como uno de los elementos de la definición propuesta por REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 103-104.

modo, debido a las circunstancias personales o sociales en las que los mismos se encuentran.⁵³ La clave radica, así pues, en el hecho de que, como destaca el Tribunal de Justicia en su *Sentencia Chez*,⁵⁴ aunque se trata de una medida “formulada de manera neutra, es decir, con referencia a otros criterios no ligados a la característica protegida”, conduce “a desfavorecer particularmente a las personas dotadas de esa característica”. Lo que tiñe de ilicitud el supuesto no es, en consecuencia, el hecho de que se prevea una diferencia de trato, sino el efecto diferenciado que está en condiciones de generar. Sin que tenga asignado en este caso ningún papel la intención de discriminar, al ser lo relevante exclusivamente el impacto desigual, deseado o no pero a fin de cuentas perpetuador de situaciones de marginación consideradas intolerables, de la actuación sometida a examen.⁵⁵

La anterior es la diferencia fundamental con la discriminación directa: el desplazamiento de la atención desde el trato diferente hacia la diferencia en los efectos.⁵⁶ Los ejemplos de este tipo de discriminaciones en el espacio de las relaciones de trabajo son múltiples, en especial por lo que se refiere a la discriminación por razón de sexo. Particular relieve tiene aquí la amplia jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Constitucional, sobre la consideración del esfuerzo físico como criterio determinante de clasificación profesional y con el distinto impacto del sistema de cálculo de la pensión de jubilación sobre el colectivo de trabajadores a tiempo parcial.⁵⁷

Por lo general la determinación de la presencia de una desventaja particular requiere de la demostración de que la disposición o práctica aparentemente neutras afectan negativamente a una proporción de personas pertenecientes a un grupo protegido significativamente más alta que la de quienes no forman parte de él. De ahí que el instrumento normalmente utilizado para acreditar su existencia esté representado por el recurso a *pruebas estadísticas* y técnicas de investigación social⁵⁸ para poner de manifiesto el *efecto desproporcionadamente perjudicial* para esas personas del acto o la medida objeto de examen.⁵⁹ Un buen ejemplo es el aportado por la *Sentencia V.V.L.*,⁶⁰ en la que la determinación de que “cerca del 75% de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres” resultó decisiva para establecer el carácter indirectamente discriminatorio por razón de sexo de la aplicación a los mismos del denominado “coeficiente de parcialidad” para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación.⁶¹

La existencia de una discriminación indirecta, sin embargo, puede ser demostrada por cualquier medio y no solo a través de datos estadísticos. De hecho, este tipo de prueba no es necesaria cuando sea posible establecer que una práctica en apariencia neutra tiene una *repercusión intrínsecamente negativa* para los integrantes de un colectivo protegido.⁶² Y también

⁵³ CHARRO, P.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, *cit.*, p. 318.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2015 (asunto C-83/14).

⁵⁵ Esta irrelevancia de la voluntad de discriminar es destacada especialmente por REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 103-104.

⁵⁶ Como se indica en el *Manual de legislación europea contra la discriminación*, *cit.*, p. 30.

⁵⁷ Véase, en relación con la jurisprudencia constitucional española, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *Lan Harremanak*, 2012, núm. 25, especialmente p. 34.

⁵⁸ Como las denomina CHARRO, P., *op. cit.*, p. 319.

⁵⁹ Véase, el *Manual de legislación europea contra la discriminación*, *cit.*, pp. 135-139.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18).

⁶¹ En el mismo sentido puede verse, entre otras, la *Sentencia Elbal Moreno* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-315/11), donde se señala, en relación con la misma cuestión, que se encuentra “estadísticamente probado” que la normativa examinada “afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, por cuanto en España al menos el 80% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres”.

⁶² Véase lo expuesto en el manual citado en *supra* nota 58, p. 139, respecto de la práctica de ofrecer comidas que incluían productos derivados de la carne de cerdo realizada por una empresa que contaba con trabajadores musulmanes en su plantilla.

cuando la desventaja particular esté vinculada al *carácter ofensivo y estigmatizador* de la práctica que se discute.⁶³

Por otra parte, cabe apostillar que, lo mismo que en los supuestos de discriminación directa, no es necesario aquí que la disposición, criterio o práctica examinados haya causado un perjuicio real a un integrante de un colectivo protegido. Antes bien, como apunta la definición incluida en la Directiva 2000/78/CE, basta con que la medida “*pueda ocasionar*” consecuencias de este tipo. Esto significa que tales actuaciones pueden ser también solo *potencialmente idóneas* para colocar a una persona perteneciente a un grupo tutelado en una posición de desventaja particular, aunque la misma no haya sufrido un detrimento concreto y actual.⁶⁴ La comparación puede desenvolverse, en consecuencia, también en abstracto, es decir al margen de si las consecuencias potenciales de la medida se han hecho o no efectivas.⁶⁵

Asimismo, para establecer la existencia de una desventaja particular no es preciso tener siempre en consideración la situación de todas las personas integradas dentro de un grupo protegido que puedan verse afectadas por la medida, sino que puede ser suficiente prestar atención a la situación de individuos concretos.⁶⁶ Lo señala con claridad la antes referida definición al exigir que el criterio aparentemente neutro sea uno capaz de situar en una posición desfavorable “a personas” portadoras de una característica tutelada. Y no, por tanto, necesariamente a todas las que puedan ostentarla. Sin que esto reste carácter colectivo al supuesto, en la medida en que la desventaja sigue estando fundada en la pertenencia al grupo.

No puede dejar de observarse, en fin, que para la determinación de la existencia de un supuesto de discriminación indirecta no se requiere ningún grado especial de gravedad de la desventaja particular. Como indica el Tribunal de Justicia de la Unión, nuevamente en la *Sentencia Chez*, el concepto de desventaja particular no designa un caso especialmente relevante, evidente y grave de desigualdad, sino que “significa que la disposición, criterio o práctica considerados desfavorecen particularmente” a las personas de uno de los colectivos protegidos.

Ahora bien, la noción de desventaja particular, por su propia naturaleza, requiere de la identificación de un *término de comparación* o, si se quiere, de una referencia comparativa,⁶⁷ que sea apta para operar como punto de referencia para determinar que la disposición, criterio o práctica a valorar es más perjudicial para las personas pertenecientes a un grupo caracterizado por ostentar un rasgo protegido que para otros grupos o individuos en una situación similar.⁶⁸ Así lo dan a entender todas las definiciones de discriminación indirecta, al remitir siempre la noción de desventaja particular a un juicio de comparación “con respecto” a otros sujetos. Esto supone que deberá llevarse a cabo un cotejo entre la situación en la que coloca el criterio examinado a los integrantes del colectivo presuntamente afectado y la de las personas que no ostentan la característica protegida. Pero sin que esto tenga porqué suponer que estos deban beneficiarse del perjuicio sufrido por los primeros,⁶⁹ sino exclusivamente que existe una diferencia de efectos entre ambos.

⁶³ Un buen ejemplo de medida de este tipo es el examinado por la *Sentencia Chez*, que valoró desde esta perspectiva la instalación de los contadores eléctricos a una altura de entre seis y siete metros en ciertos barrios poblados principalmente por personas de origen gitano para garantizar un seguimiento adecuado del consumo de electricidad, mientras que en los demás barrios esos contadores están situados a una altura inferior a dos metros”.

⁶⁴ Conforme subraya BARBERA, M.: “Principi di eguaglianza e divieti di discriminazione”, *cit.*, p. 54.

⁶⁵ *Loc. cit.*

⁶⁶ *Ibidem*, p. 55, de donde se extraen también las observaciones que se hacen a continuación.

⁶⁷ Como la denomina el *Manual de legislación europea contra la discriminación*, *cit.*, p. 31.

⁶⁸ REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, *cit.*, p. 106.

⁶⁹ CHARRO, P.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, *cit.*, p. 318.

De igual forma, tampoco es preciso que el grupo comparable esté compuesto exclusivamente por personas no integradas en el colectivo victimizado. Antes bien, es posible que incluya a personas pertenecientes a este último,⁷⁰ siempre que estas representen una excepción dentro del conjunto.⁷¹ Esta idea se perfila en las referidas definiciones por medio de la indicación de que la desventaja particular que constituye el núcleo de la discriminación debe producirse en relación con “otras personas” y no con una categoría o grupo en su conjunto. El ejemplo más relevante está representado por el colectivo de trabajadores a tiempo completo que sirve de término de comparación para la valoración de la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial, dentro del cual también hay mujeres, aunque muchas menos que los varones.⁷²

Con todo, lo auténticamente relevante estos casos es la realización de una adecuada selección del ámbito objetivo y subjetivo de la comparación,⁷³ que esté en condiciones de desvelar la situación de marginación que la práctica aparentemente neutra oculta. La elección del término de comparación constituye, desde esta perspectiva, una operación de carácter valorativo y no puramente fáctico, como en principio pudiera pensarse.⁷⁴

El cuarto y último elemento de la noción de discriminación indirecta está representado por la *ausencia de justificación* de la desventaja particular ocasionada por la medida sometida a examen. Aquí es necesario tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con las discriminaciones directas, para las que no cabe justificación alguna sino solo una serie limitada de excepciones previamente establecidas, las diferencias de impacto potencialmente calificables como indirectamente discriminatorias admiten un abanico abierto de causas de justificación. Esta ampliación del ámbito de justificación guarda relación con la extensión del espacio de ilicitud a disposiciones, criterios o prácticas solo indirectamente vinculados con los factores prohibidos, que precisa de ser compensada con el reconocimiento de la posibilidad de alegar la existencia de razones objetivas que puedan servir de fundamento para la conducta.⁷⁵ Es decir, mientras por un lado la cadena causal se ensancha hasta abarcar circunstancias y condiciones que no son directamente reconducibles al autor del acto o que quedan fuera de su esfera de control, por el otro se dilatan también las justificaciones susceptibles de ser aducidas.⁷⁶

En concreto, como se ha dejado dicho, estas justificaciones se vinculan dentro de las directivas comunitarias y las normas de transposición con la posibilidad de que la disposición, criterio o práctica cumpla con dos requisitos: a) “pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima” y b) “los medios empleados para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.⁷⁷ Esto implica que, para no ser considerada portadora de una discriminación indirecta, cualquier medida que ocasione una desventaja particular a integrantes de uno de los colectivos protegidos deberá superar un *doble juicio*, tanto de *legitimidad de los fines* perseguidos

⁷⁰ REY MARTÍNEZ, F., loc. ult. cit.

⁷¹ CHARRO, P., op. cit., p. 319.

⁷² El Tribunal Constitucional expresa esta idea en su Sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, indicando que en los supuestos de discriminación indirecta “no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido expresamente a los varones” sino solamente la existencia de “efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas”.

⁷³ BARBERA, M., op. cit., p. 66.

⁷⁴ Loc. cit. Para un ejemplo de la importancia de la realización adecuada de esta elección puede verse el supuesto examinado por la Sentencia *Chez*, donde el comparador adecuado eran todos los consumidores de electricidad, con independencia del barrio en el que residieran, como destaca REY MARTÍNEZ, F., op. cit., p. 106.

⁷⁵ BARBERA, M., op. cit., p. 59.

⁷⁶ Loc. cit.

⁷⁷ Como se ha destacado, esta doble referencia al carácter adecuado y necesario de los medios aparece recogida en las tres directivas sobre igualdad.

por esta como de *idoneidad y necesidad de los medios* empleados para su alcance. Ninguna actuación de tal naturaleza podrá, en consecuencia, eludir la calificación de discriminación indirecta si no consigue superar estos dos test paralelos. De ahí que resulte indispensable determinar en qué consiste esta doble valoración.

Desde luego, no parece que esta pueda ser asimilada a un simple juicio sobre el carácter razonable del criterio en apariencia neutro introducido, para el que baste con una mera alusión a los objetivos perseguidos por este y a los límites a los que está sujeta su aplicación. No debemos perder de vista que nos encontramos ante medidas o prácticas que, debido a su impacto diferencial, son objeto de una sospecha vehemente de ruptura de la prohibición de discriminación, que solo está en condiciones de ser contrarrestada excepcionalmente, cuando pueda demostrarse que cumplen de manera rigurosa con las exigencias requeridas para su justificación.

La primera de estas exigencias posee un carácter escasamente limitador. La “finalidad legítima” que deberá perseguir la medida indirectamente desigualatoria para eludir la prohibición de acuerdo con las directivas hace alusión, como indica el Tribunal de Justicia en la *Sentencia Chez*, a la búsqueda de cualquier objetivo legítimo aceptado por el Derecho de la Unión.⁷⁸ Y, por extensión, de cualquier propósito o meta válidos dentro de los ordenamientos de los Estados miembros. Finalidad legítima equivale aquí, pues, a finalidad *no arbitraria o no prohibida* explícita o implícitamente.⁷⁹ De forma que, para superar este primer escalón bastará con demostrar que la medida examinada persigue objetivamente los propósitos que la alientan y que estos no atentan contra ningún bien o derecho protegido.

Lo indicado determina que todo el peso de la justificación de la desventaja particular termine por recaer sobre el análisis de medios empleados para la consecución de la finalidad legítima perseguida por la disposición, criterio o práctica objeto de sospecha. Y, en concreto, sobre la determinación de su carácter idóneo y necesario, de acuerdo con la dicción utilizada por las directivas.⁸⁰ Esta es una valoración que, de acuerdo con lo desarrollado por el Tribunal de Justicia, nuevamente a través de la *Sentencia Chez*, se descompone en un triple análisis, cuyos escalones coinciden con los que conforman el *test o principio de proporcionalidad* en su versión clásica.⁸¹ Es decir, con los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los examinaremos a continuación, incluyendo en relación con cada uno de ellos la referencia contenida en esta sentencia.⁸²

El primero de esos escalones está representado por la determinación de la *idoneidad* de la intervención de ruptura de la igualdad para conseguir la finalidad perseguida con su introducción. El objetivo en este caso es determinar si la misma “es apta” desde el punto de vista empírico para obtenerla. Sin que baste la mera alegación de que así ocurre. Por el contrario, será preciso analizar sí, de acuerdo con los conocimientos disponibles y las reglas comunes de la

⁷⁸ Incluyendo, en el caso, el de “impedir los fraudes y los abusos” de los consumidores del servicio de suministro de energía eléctrica, “así como proteger a las personas de los riesgos que esos actos generan para su vida y su salud y garantizar la calidad y la seguridad de la distribución de electricidad en interés de todos los usuarios”.

⁷⁹ Véase, BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007, 3ª ed., pp. 694-696, sobre el requisito, asociado a la aplicación del principio de proporcionalidad, de “legitimidad del fin” que fundamenta la intervención en un derecho fundamental.

⁸⁰ Estos dos elementos aparecen recogidos también en la definición de discriminación indirecta presente en la Ley Orgánica 3/2007, como se dejó dicho. A ellos añade la Ley 15/2022 la exigencia de que los medios sean “proporcionados”, bien que en relación con la posible justificación de todo tipo de diferencias de trato y no solo de las susceptibles de dar lugar a discriminaciones indirectas, como se dejó dicho en *supra* notas 39 y 50.

⁸¹ Sobre la cual se remite a la obra de absoluta referencia de ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, 2ª ed.

⁸² Los tres pasos del test de proporcionalidad aparecen desarrollados en los considerandos 119, 120, 121 y 123 de esta sentencia, de los que se extraen las citas textuales que se hacen a continuación.

experiencia, la disposición, criterio o práctica objeto de examen es capaz de contribuir al logro de sus propósitos.⁸³

A su lado, el juicio de *necesidad* se dirige a “comprobar si hay otras medidas apropiadas menos restrictivas para lograr los objetivos invocados”. Su propósito es, de tal modo, excluir todas las intervenciones que impongan un sacrificio innecesario de la prohibición de discriminación, por resultar notoria la posibilidad de recurrir a mecanismos alternativos capaces de favorecer su alcance con una eficacia al menos equivalente y un sacrificio inferior de la igualdad. Como tal, exige comparar las actuaciones consideradas con aquellas otras que, conforme a los saberes al uso y las convicciones generalmente aceptadas, hubieran servido para promoverlo con similar aptitud. O, al menos, la estimación de que estas no existen desde un punto de vista lógico o empírico.⁸⁴

Finalmente, “suponiendo que no se pudiera identificar otra medida de igual eficacia”, será necesario “verificar si los inconvenientes causados por la práctica discutida no son desmesurados en relación con los objetivos perseguidos y si esa práctica no perjudica en grado excesivo los intereses legítimos” de las personas pertenecientes a uno de los colectivos protegidos. Este último paso nos coloca, así, ante el denominado juicio de *proporcionalidad en sentido estricto*, cuyo objetivo es determinar si la importancia de las medidas desigualatorias y los beneficios que estas tratan de alcanzar justifican los sacrificios impuestos a la prohibición de discriminación. Esto significa que las ventajas derivadas de la limitación de esta última han de ser lo suficientemente relevantes como para compensar los perjuicios que se ocasionan a los afectados y la sociedad.⁸⁵ Teniendo en cuenta la relevancia de los bienes en conflicto, y en particular el singular valor que dentro de la ponderación asume la igualdad,⁸⁶ así como el grado de afectación que experimenta cada uno en el supuesto examinado. Y también que, cuanto más relevante sea el bien afectado –y la prohibición de discriminación lo es en gran medida– y más intensa resulte su afectación, más relevantes habrán de ser, a su vez, los motivos que la avalen y mayores las ventajas que de ella puedan derivarse.⁸⁷ Como es fácil de apreciar, este es un análisis que exige explicitar las razones por las cuales es posible concluir que los beneficios aportados por la desventaja particular superan las desventajas que esta ocasiona a los miembros del colectivo indirectamente afectado por ella. No siendo aceptable ninguna intervención que no satisfaga esta exigencia.

El corolario es una valoración rigurosa de la posible justificación de cualquier criterio, requisito o práctica encuadrable dentro de la noción de discriminación indirecta –y lo mismo puede decirse respecto de las excepciones a la prohibición de discriminaciones directas por razones de edad previstas con una fórmula prácticamente idéntica por la Directiva 2000/78/CE– que conduce a su aceptación de manera totalmente excepcional, cuando quede por completo acreditada el carácter idóneo, necesario y proporcionado de la ruptura de la igualdad introducida por su intermedio.

2.2.3. El acoso discriminatorio y el acoso sexual

El catálogo de tipos básicos de discriminación se completa con la consideración de dos modalidades de acoso, a las que hacen referencia las directivas de nueva generación y las normas nacionales: el acoso discriminatorio y el acoso sexual. Tanto el primero como el segundo

⁸³ Véase BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, pp. 585 y 731.

⁸⁴ Nuevamente, BERNAL PULIDO, C., *op. cit.*, pp. 742-743.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 764.

⁸⁶ Sobre el cual llama especialmente la atención BARBERA, M., “Principi di eguaglianza e divieti di discriminazione”, *cit.*, p. 63.

⁸⁷ De acuerdo con la “ley de la ponderación”, a la que hace alusión R. ALEXI, *op. cit.*, p. 161.

constituyen, así pues, formas concretas de discriminación, por más que su configuración morfológica se aleje de la visión al uso de este tipo de actos, normalmente asociada a las diferencias de trato constitutivas de discriminaciones directas.

Por supuesto, dichas normas no se conforman con mencionar estas singulares prácticas discriminatorias, sino que aportan definiciones de ambas, resultado de un largo proceso de maduración conceptual desarrollado especialmente a nivel comunitario. Como se podrá comprobar a continuación, en estas definiciones se expresa, con tanta o más claridad que en los supuestos ya examinados, el enfoque renovador del nuevo Derecho antidiscriminatorio.

El primero de los acosos en ser definido es el *acoso discriminatorio*. En este caso, los instrumentos reguladores coinciden en indicar que existirá esta forma de discriminación cuando se produzca un “comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos” de discriminación prohibidos que “tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.⁸⁸

Lo que más llama la atención dentro de esta definición es la total ausencia de una referencia comparativa, presente de una forma u otra en los restantes tipos de discriminación. El acoso es, así pues, negativo en sí mismo, por su contenido y sus efectos,⁸⁹ sin necesidad de llevar a cabo ningún tipo de confrontación con la situación de otras personas.⁹⁰ Esto no significa que la discriminación pierda en este caso su carácter de noción relacional, puesto que la comparación entre sujetos perjudicados y no perjudicados es la razón subyacente para la individualización de esta singular categoría de actos discriminatorios, además de encontrarse implícita en los elementos que son utilizados para caracterizarla.⁹¹

Dicho esto, debe empezarse por destacar que la noción de acoso aportada por las normas comunitarias prescinde deliberadamente de varios elementos susceptibles de limitar su aplicación, asociados a la caracterización habitual del fenómeno. Así ocurre, en particular, con la intención del agente, la materialización efectiva de la conducta, la reiteración y gravedad de esta y la naturaleza psicológica del perjuicio sufrido. Frente a todo ello, la atención se centra exclusivamente en el carácter no deseado de la conducta y su aptitud dañosa. Además, por supuesto, de su vinculación con uno de los factores de discriminación prohibidos. Esto significa que el concepto de acoso discriminatorio se encuentra integrado por tres únicos componentes: a) la materialización de un comportamiento no deseado, b) su vinculación causal con uno de los factores de discriminación prohibidos y c) su idoneidad para atentar contra la dignidad de la persona y dar lugar a una degradación del entorno en el que esta se desenvuelve. Sin que tengan ningún relieve consideraciones como las apuntadas antes, que pueden servir, si acaso, para favorecer la probanza o determinar la gravedad de una conducta ya considerada *per se* constitutiva de acoso.

La inclusión como parte del primer elemento de la definición de una referencia en singular a “*un comportamiento*”, en vez de a una serie o una sucesión de estos, permite considerar

⁸⁸ Véase, con fórmulas idénticas más allá de la referencia diferenciada a las causas de discriminación consideradas, Directiva 2000/43/CE (artículo 2.2.3), Directiva 2000/78/CE (artículo 2.2.3) y Directiva 2006/54/CE (artículo 2.1.c). Esta definición es acogida por la Ley Orgánica 3/2007 (artículo 7.2) en relación con la discriminación por razón de sexo y por la Ley 15/2022 (artículo 6.4) para todas las causas de discriminación, aunque con variantes, como la supresión en ambos casos de la referencia al carácter “no deseado” del comportamiento o la vinculación de la afectación de la dignidad no solo a la persona que sufre el acoso sino al “grupo en que se integra”, en el caso de la segunda de dichas leyes. Ambas normas prefieren, además, aludir al carácter “intimidatorio, degradante u ofensivo” del entorno que se crea en estos casos, suprimiendo las alusiones a la posibilidad de que este pueda ser también hostil o humillante.

⁸⁹ Como se indica en el *Manual de legislación europea contra la discriminación*, cit., p. 32.

⁹⁰ BARBERA, M.: “Principi di eguaglianza e divieti di discriminazione”, cit., p. 55.

⁹¹ Loc. cit.

comprendidos no solo las acciones que expresen una conducta continuada en el tiempo, sino también actos singulares, siempre que sean aptos para dar lugar al efecto prohibido. Dicho comportamiento ha de ser, en cualquier caso, uno “no deseado” por la persona a la que puede afectar. Esta referencia admite una primera lectura en clave subjetiva, que conduce a excluir todas las conductas que cuenten con el consentimiento de la persona que las padece, así como las que sean toleradas por ella. Este carácter no deseado puede ser deducido también, de todas formas, de la naturaleza misma de la conducta, cuando sea evidente, de acuerdo con las convenciones sociales, que esta no resulta admisible.⁹²

Establecido lo anterior, no puede dejar de observarse que resulta por lo menos chocante que un comportamiento apto para atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno de características tan negativas como las antes descritas pueda dejar de ser considerado discriminatorio de contar con el consentimiento o la tolerancia de la víctima, más aún en un espacio con tan escasos márgenes para la libre determinación de la persona como es el de las relaciones de trabajo. Por ello, ha de abogarse por una *objetivización* de la noción de acoso discriminatorio, que la sitúe en línea con lo dispuesto por el artículo 1.a) del Convenio 190 de la OIT, que sustituye la referencia a la naturaleza no deseada de la conducta por su carácter *inaceptable*. O incluso postularse la supresión de esta referencia, en el fondo innecesaria en el contexto en el que se encuentra inserta.⁹³

Bastante más compleja es la determinación de la presencia del segundo elemento de la definición. El nexo causal entre el comportamiento indeseado y uno de los factores de discriminación prohibidos admite en algunos casos una determinación objetiva, nuevamente a partir del contenido de la conducta. No obstante, en muchos otros, quizá la mayoría, donde los motivos permanecen ocultos, resultará necesario recurrir a los instrumentos de auxilio probatorio a los que se ha hecho alusión al hablar de la noción de discriminación directa,⁹⁴ que presenta una gran similitud desde esta perspectiva con la que se examina aquí. Conviene no perder de vista, en cualquier caso, que la ausencia o falta de prueba de este elemento no determina la licitud de la conducta, sino solo la negación de su carácter discriminatorio, pudiendo esta ser considerada igualmente constitutiva de un supuesto de acoso moral sin adjetivos.

Con todo, lo que tipifica el acoso son sus destructivos efectos. Estos son identificados a través de un doble estándar, articulado en torno a la capacidad de la conducta para atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno asociado a ella intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, por citar otra vez la quintuple fórmula presente en las definiciones procedentes del Derecho de la Unión Europea. Se remite de tal forma a un catálogo indeterminado de actos e incluso de omisiones de muy diversa naturaleza, imposible de ser sintetizado en un listado cerrado, todos susceptibles de dar lugar a ese doble efecto de afectación de la consideración y estima que merece la persona por el hecho de serlo y de degradación de su espacio de desenvolvimiento social y laboral. Estas conductas, no obstante, no necesariamente deberán haber tenido esos efectos sobre la víctima y su medio. Antes bien, se opta por recurrir a una fórmula abiertamente flexible,⁹⁵ de acuerdo con la cual pueden ser incluidos dentro de esta categoría no solo los comportamientos que tengan como “consecuencia” ese resultado doblemente dañino, sino también aquellos que se marquen “como objetivo” producirlo. Lo relevante es aquí, una vez más, la *idoneidad* de la conducta para lesionar los bienes protegidos,⁹⁶

⁹² CHARRO, P.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, *cit.*, pp. 322 y 324.

⁹³ Como de hecho hacen las normas nacionales de transposición, según se ha indicado en *supra* nota 87.

⁹⁴ En *supra* nota 28.

⁹⁵ Como la califica el *Manual de legislación europea contra la discriminación*, *cit.*, p. 33.

⁹⁶ BARBERA, M., *op. cit.*, p. 55.

es decir su capacidad abstracta para dar lugar al resultado prohibido, al margen de si la lesión se ha o no producido e incluso de si esta ha sido o no la intención del agente. Esto supone que para la identificación del acoso asume un peso fundamental, antes incluso que la percepción de la víctima, la conducta del acosador y sus efectos potenciales o reales sobre la situación personal y social y el patrimonio jurídico de aquella.

Esta concepción *objetiva* en vez de subjetiva del acoso se refleja igualmente en la definición de *acoso sexual* aportada por la Directiva 2006/54/CE,⁹⁷ de acuerdo con la cual este abarca “cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.⁹⁸

Las diferencias entre esta definición y la noción general de acoso discriminatorio, de la que constituye una subespecie, son exclusivamente dos: a) la explícita índole sexual del comportamiento, que se indica puede ser verbal, no verbal o físico, y b) la identificación de la afectación de la dignidad de la persona como su efecto principal, pasando a ser la degradación del ambiente en el que se desenvuelve una forma particularmente cualificada de manifestación de este efecto. Lo dicho en torno a cada uno de los elementos de dicha noción resultan, por ello, aplicables *mutatis mutandis* a la aquí considerada con estas dos únicas particularidades. Solo ha de remarcarse que los comportamientos a considerar aquí son en todos los casos de una naturaleza explícita o implícitamente libidinosa. Y que estos pueden expresarse de cualquiera de las tres formas mencionadas. Es decir, no solo a través de un comportamiento *verbal* (requerimientos de naturaleza sexual, comentarios o insinuaciones asociados a la apariencia física o la conducta sexual, amenazas de perjuicios u ofrecimientos de ventajas a cambio de favores sexuales), sino también *físico* (caricias, tocamientos, aproximaciones o contactos más allá de lo que marcan el contexto y las pautas sociales ordinarias) e incluso *no verbal* (gestos, miradas insinuantes).

Finalmente, no puede dejar de observarse que, debido a su carácter por completo inadmisibile, en tanto que atentatorio contra el valor fundamental de la dignidad de la persona, de la que esta no puede ser en ningún caso privada, ni el acoso discriminatorio ni el acoso sexual admiten ningún tipo de excepciones o de justificaciones.⁹⁹ De ahí que las normas tipificadoras de ambas no aludan siquiera a esta posibilidad.

2.3. Las variantes de la discriminación

Los tres tipos básicos de discriminación que han sido presentados no agotan el catálogo de posibles conductas discriminatorias. A su lado es preciso tener presente también un conjunto de modalidades de carácter transversal, así como de actuaciones asociadas a la práctica discriminatoria que reciben un tratamiento semejante con el fin de garantizar la efectividad de la tutela y la protección de las víctimas. Todas ellas serán presentadas de forma breve en los apartados siguientes.

2.3.1. Discriminaciones múltiples e interseccionales

Este peculiar tipo de actuaciones discriminatorias se presentan cuando dos o más causas o factores de discriminación prohibidos concurren o se sitúan en la base de un mismo trato

⁹⁷ Artículo 2.1.d).

⁹⁸ Esta fórmula aparece recogida en el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, aunque con supresión de la referencia al carácter “no deseado” del comportamiento y a la naturaleza “hostil” o “humillante” del entorno al que por su intermedio se puede dar lugar.

⁹⁹ Nuevamente, BARBERA, M., *op. cit.*, p. 59.

desfavorable o desventaja particular. La casuística permite distinguir aquí dos modalidades de práctica discriminatoria portadoras de este rasgo particular. La primera es la *discriminación múltiple*. Esta se caracteriza porque los factores concurrentes pueden ser identificados por separado, tanto si intervienen en momentos distintos, caso en el que es posible hablar de *discriminación secuencial*, como en el mismo momento, cuando cabe calificar el supuesto como de *discriminación acumulativa*. La segunda modalidad es la denominada *discriminación interseccional*. Esta se diferencia de la anterior porque la conducta discriminatoria se basa en la interacción de más de un factor, de forma que estos no pueden ser distinguidos ni separados.¹⁰⁰

Las que se acaban de apuntar son, en todo caso, nociones de origen doctrinal, sin reflejo normativo a nivel comunitario, como no sea en la parte considerativa de algunas directivas.¹⁰¹ No sucede lo mismo en el Derecho interno, dentro del cual son objeto de recepción y definición expresa por el artículo 6 de la Ley 15/2022. De acuerdo con este, existe discriminación múltiple “cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas” [apartado 3.a)], mientras que se produce discriminación interseccional “cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación” [apartado 3.b)]. La norma pone así el acento en este último caso en el carácter cualitativamente distinto de esta variante del comportamiento discriminatorio respecto de la primera, que como hemos visto posee un carácter meramente aditivo. La regulación de ambas se cierra con una indicación que, aunque lógica, no deja de ser pertinente: en los dos casos, la justificación de las diferencias de trato, que deberá discurrir por los cauces previstos por el artículo 4.3 de la ley, que recogen a su vez lo establecido por las directivas europeas, “debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación” [apartado 3.c)]. Y no, por tanto, exclusivamente en relación con uno de ellos.

Estas dos son *formas agravadas* de discriminación, en las que la suma o la interacción de las causas de discriminación determina que su capacidad lesiva se incremente en términos aritméticos e incluso geométricos, cebándose sobre colectivos muy señalados de la población, aunque no por ello necesariamente minoritarios. Particular relevancia tiene aquí la condición femenina, que puede añadirse o interactuar con factores raciales (mujeres gitanas), motivos religiosos (mujeres musulmanas) o condiciones asociadas a la discapacidad (mujeres discapacitadas). Que este tipo de situaciones, más frecuentes de lo que se cree, no hayan merecido más atención hasta el momento seguramente se explique por el hecho de que cada uno de los factores de discriminación ha sido considerado de manera aislada por los colectivos y movimientos sociales feministas, contrarios al racismo o de defensa de los derechos de los minusválidos.¹⁰²

Si bien no existen pronunciamientos sobre el particular a nivel europeo,¹⁰³ sí es posible encontrar uno dentro de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Se trata del

¹⁰⁰ De acuerdo con la presentación de estas dos modalidades propuesta por BARBERA, M., *op. cit.*, p. 56. En contra de la distinción, no obstante, REY MARTÍNEZ, F.: *Derecho antidiscriminatorio*, *cit.*, p. 1043, para el cual el concepto de discriminación múltiple “es inservible ya que el dato de que los diversos factores se presenten a la vez en el caso concreto es fundamental (...) para poder calificar a una discriminación en puridad como una discriminación verdaderamente ‘múltiple’”. Basta, en consecuencia, con la noción de discriminación interseccional o con una concepción de la discriminación múltiple equivalente a esta.

¹⁰¹ En concreto, en las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, cuyos considerandos 14 y 3, respectivamente, coinciden en destacar la importancia del fomento de la igualdad entre hombres y mujeres “en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”.

¹⁰² Como explica REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 143-144.

¹⁰³ Aunque al Tribunal de Justicia de la Unión Europea han llegado asuntos en los que se alegaba la existencia de supuestos de discriminación múltiple, estos han sido examinados desde otras perspectivas. Este es el caso, por ejemplo, de la *Sentencia Meister*, de 19 de abril de 2012 (asunto C-415-10), donde lo denunciado era la discriminación de una mujer “a causa de su sexo, de su edad y de su origen étnico”.

caso examinado por la Sentencia 3/2018, de 22 de enero, que apreció la existencia de una “discriminación múltiple” por discapacidad y edad en perjuicio de una persona discapacitada psíquica mayor de 60 años a la que se negó plaza en una residencia especializada, derivándola a una residencia para mayores no adaptada a su situación, en atención a que ese era el límite de edad previsto para gozar de ese servicio por las normas autonómicas.¹⁰⁴

2.3.2. Discriminaciones por asociación y por error

Una variante particularmente llamativa de discriminación es la que recibe el nombre de discriminación por asociación. Lo característico de esta es que quien recibe el trato desfavorable o padece la desventaja particular no posee el rasgo o la condición que motiva su materialización, sino que estos le son infringidos debido a su relación con una persona o un grupo que sí los ostentan.

La elaboración conceptual de esta modalidad discriminatoria se debe a la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ella hasta en dos oportunidades. La primera fue con motivo de la *Sentencia Coleman*,¹⁰⁵ que examinó el caso de una trabajadora madre de una persona discapacitada que fue forzada a dimitir de su empleo. Luego de afirmar que el principio de igualdad de trato recogido por la Directiva 2000/78/CE “no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos”, el órgano comunitario señalará que “cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable” está motivado “por la discapacidad que padece un hijo suyo a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación”.

Esto significa que lo decisivo para la aplicación de la tutela antidiscriminatoria no es la posesión del factor prohibido por la persona que padece el perjuicio, sino la *conexión objetiva* entre este último y la causa de discriminación prohibida.¹⁰⁶ Este criterio ha sido aplicado luego por el mismo tribunal en su *Sentencia Chez* a un supuesto de discriminación por razones étnicas que afectó a una mujer que vivía en un barrio predominantemente habitado por personas de etnia gitana sin pertenecer a esta, indicando que el principio de igualdad de trato reconocido por la Directiva 2000/43/CE “también es aplicable a las personas que, aunque no pertenezcan ellas mismas a la raza o la etnia considerada, sufren sin embargo un trato menos favorable o una desventaja particular por uno de estos motivos”. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de hacer uso de esta categoría, para la que utiliza la denominación de “discriminación refleja”, en su Sentencia 71/2020, de 20 de junio, en la que se examina un caso de denegación de un permiso de trabajo solicitado por una trabajadora para atender a su hermana que se encontraba hospitalizada por parto.¹⁰⁷

¹⁰⁴ En la sentencia se afirma que “la discriminación del recurrente lo es, en primer término, por razón de su discapacidad (...) toda vez que el resultado de la aplicación de (la) norma autonómica ha conllevado (...) la pérdida del derecho a la asistencia médica que necesita por su discapacidad psíquica. Que el criterio que funda esa norma se identifique con (...) la edad, configura una segunda causa de discriminación, que no desplaza, sino que se suma, a la anterior (discriminación múltiple) en cuanto (...) no va a tener la atención que necesita (...) frente a quienes en su misma situación de discapacidad sí disponen de dicha asistencia únicamente por no tener 60 años”.

¹⁰⁵ De 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06).

¹⁰⁶ Conforme concluye BARBERA, M.: “Principi di eguaglianza e divieti di discriminazione”, *cit.*, p. 57, sintetizando el criterio marcado por esta decisiva sentencia.

¹⁰⁷ El supremo intérprete de la Constitución entenderá aquí que “la recurrente no es discriminada” respecto de otros trabajadores que solicitan permisos por razones médicas distintas del parto “por razón de su condición como mujer, sino por razón de la condición de mujer de su hermana hospitalizada, al excluirse los supuestos de alumbramiento en la concesión de dicha licencia”.

La noción de discriminación por asociación fue reconocida expresamente por primera vez en España, aunque sin detallar cuál podía ser su contenido, por el artículo 63 de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo texto refundido fue aprobado a través del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Con posterioridad, la Ley 15/2022 ha procedido a rellenar este vacío indicando en su artículo 6 que este tipo de discriminación existe “cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra una de las causas” de discriminación por ella previstas, “es objeto de un trato discriminatorio” (apartado 2.a).

Finalmente, el propio artículo 6 de esta ley añade una cuarta modalidad transversal de discriminación, de la que hasta el momento no existe reflejo jurisprudencial. Se trata de la discriminación *por error*, que es aquella “que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas” [apartado 2.b)]. La razón por la que este tipo de situaciones, que pueden producirse con frecuencia en relación con rasgos que no necesariamente se expresan de manera abierta, como ocurre en particular con la orientación sexual, no difiere de la apuntada en relación con la discriminación por asociación: lo relevante son los factores o motivos en virtud de los cuales se ocasiona un perjuicio a las personas, al margen de si estos recaen o no de forma efectiva en quienes lo padecen.

2.4. Órdenes de discriminar y represalias

El acervo de conductas ilícitas asociadas a la praxis discriminatoria se completa con la tipificación por las directivas comunitarias y sus normas de transposición de dos comportamientos que se sitúan en la antesala y en el momento posterior a la puesta en práctica de la discriminación: las órdenes de discriminar y las represalias.

La anticipación de la tutela a las órdenes de llevar a cabo comportamientos discriminatorios constituye una condición esencial para garantizar su eficacia en un espacio jerárquicamente organizado como la empresa, donde la decisión de discriminar puede provenir de una persona distinta de la que ha de ejecutarla. La técnica utilizada con este fin está representada por la consideración de “toda orden de discriminar” como una discriminación en sí misma. Al margen, por tanto, de que luego la discriminación se haya o no materializado y producido efectos. Así lo disponen las tres directivas comunitarias.¹⁰⁸ Y así se encuentra previsto también por el artículo 6.5 de la Ley 15/2022, que extiende esta calificación a la “inducción” a discriminar.¹⁰⁹ Es decir, a los casos en que, más que un mandato, lo que existe es una instigación, incitación, acicate, provocación, persuasión, sugestión, estímulo o apremio para llevar a cabo la conducta discriminatoria, no derivado ni condicionado por la existencia de una relación jerárquica entre el inductor y el inducido. Esta ampliación responde a la recomendación¹¹⁰ de que la tutela frente a las órdenes de discriminar se amplíe a las hipótesis en que se exprese una preferencia o se anime a tratar a personas menos favorablemente por alguno de los motivos protegidos. El precepto exige, no obstante, que la inducción sea “concreta, directa y eficaz para hacer surgir en otra persona una actuación discriminatoria”. Aun así, no puede descartarse que ese tipo de conductas puedan ser consideradas discriminaciones directas cuando hayan sido manifestadas públicamente.

De forma paralela a la interdicción de las órdenes de discriminar, la protección se extiende a la fase de defensa contra la discriminación, mediante el establecimiento de una singular *garantía*

¹⁰⁸ Directiva 2000/43/CE (artículo 2.4), Directiva 2000/78/CE (artículo 2.2.4) y Directiva 2006/54/CE (artículo 2.2.b)).

¹⁰⁹ De forma paralela, el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores declara que “serán igualmente nulas las órdenes de discriminar”.

¹¹⁰ Contenida en el *Manual de legislación europea contra la discriminación*, cit., p. 34.

*de indemnidad*¹¹¹ respecto de toda represalia que pueda padecer la persona afectada debido a la puesta en marcha de una actuación dirigida a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato. Esta es una previsión contenida en las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE¹¹², que encomiendan a los Estados miembros la adopción de medidas adecuadas para proteger a los trabajadores “contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por el empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial” que tenga ese objeto, de acuerdo con la dicción más orientada hacia el plano de las relaciones de trabajo de la segunda de ellas.

En nuestro Derecho esta garantía fue creada para la discriminación por razón de sexo por el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/2027, que optó por considerar constitutivo de discriminación “cualquier trato adverso o efecto negativo” que reciba una persona como consecuencia de la presentación de una “queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo” dirigidos a impedir su discriminación o reclamar el respeto de la igualdad entre mujeres y hombres. Con posterioridad, la misma se extenderá a todas las causas de discriminación prohibidas por medio del artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, que incluyó expresamente las acciones administrativas dentro de su espacio de aplicación, sancionando todas las actuaciones que la infrinjan con la nulidad. El último paso en su construcción ha venido dado por la inclusión, llevada a cabo a través del artículo 6.6 de la Ley 15/2022, de “cualquier trato adverso o consecuencia negativa” que pueda sufrir “una persona o el grupo en el que se integra” por “intervenir, participar o colaborar en un procedimiento administrativo o proceso judicial” dirigido a impedir o hacer cesar una situación discriminatoria. El círculo se cierra, de tal modo, con la inclusión de los testigos y las demás personas que pudieran participar en dichas actuaciones, no comprendidos, al menos de forma explícita, dentro de las normas anteriores, alcanzándose con ello el óptimo de protección.

¹¹¹ Como la denomina NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, *cit.*, p. 44.

¹¹² Artículos 9 y 11, respectivamente.

LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN LA DOCTRINA DEL TJUE

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

1. La dimensión antidiscriminatoria en la normativa de la Unión Europea

La dimensión transversal de la igualdad constituye la seña de identidad del Derecho antidiscriminatorio, propósito fundamental de la Unión Europea.¹

Las primeras Directivas sobre igualdad, en 1975 y 1976² contenían algunas medidas que pretendían asegurar la protección por conductas discriminatorias. En ellas, ya se decía que el principio de igualdad de trato suponía la ausencia de toda discriminación por razón de sexo y, desde entonces, dicho principio, se ha entendido referido a “la desigualdad de trato injustificada, derivada del hecho de ser mujer u hombre”³.

A este bloque normativo antidiscriminatorio se añadieron: la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986,

¹ MONTÓYA MELGAR, A. (Dir.): *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2007.

² Directiva 75/117/CEE sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, que amplió dicho principio al conjunto de los elementos y condiciones de la retribución; y, después, con la Directiva 76/207/CEE, de igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación y promoción profesionales y las condiciones de trabajo.

³ MONTÓYA MELGAR, A. (Dir.): *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., pág. 58.

relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social; la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con el trabajo autónomo; la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y prohibición de su despido; y, en fin, la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, pero que, en poco tiempo, resultaron insuficientes, lo que implicó la adopción de nuevas normas que comprometieran a los Estados miembros a garantizar, de forma efectiva, el principio de igualdad y no discriminación.

La igualdad y la no discriminación han confluído de forma constante; precisamente la no discriminación es la proyección más importante de aquélla: un mecanismo específico para su realización⁴. De esta manera, cualquier análisis de las formas de tutela frente a la discriminación debe llevarse a cabo dentro de la configuración más general del derecho a la igualdad⁵.

La búsqueda de la igualdad explica que el Derecho social comunitario – desde el Tratado de la Comunidad Económica pasando por el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, hasta las normas de derecho derivado- haya ido desplegando sucesivas acciones normativas centradas, inicialmente en la dimensión retributiva, pero que se han ido extendiendo, con posterioridad, a otros ámbitos laborales como el acceso al empleo, la formación profesional o, en general, las condiciones de trabajo.

Un momento particularmente relevante en la evolución del principio antidiscriminatorio en el derecho de la Unión Europea es la aprobación del Tratado de Ámsterdam, que contempló la prohibición de discriminación de todo ser humano, incorporando nuevas causas de discriminación, denominadas de “nueva generación”, para luchar –no solo en el ámbito laboral- contra “la discriminación por motivo de sexo, de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (art. 13 TCE).

A partir de este momento, el desarrollo del derecho antidiscriminatorio ha sido importante no sólo en el origen de la causa de discriminación sino también en la tutela antidiscriminatoria. Así,

1.- En el ámbito de la discriminación por razón de sexo, hay que destacar que algunas directivas suponen un intenso avance en la articulación de la tutela de este derecho en las últimas décadas, a saber:

-La Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

-La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)⁶.

⁴ 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. 313.

⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.”Vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo y principio de interpretación jurídica conforme a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: salarios de tramitación y despido nulo por embarazo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2024, núm. 4.

⁶ A través de esta técnica de refundición se persigue, por un lado, 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 por otro, asegurar la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación entre hombres y mujeres. 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.

-La Directiva 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, establece requisitos mínimos para las empresas que permitan reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor entre hombres y mujeres a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

Esta Directiva, cuyo plazo de transposición finaliza el 7 de junio de 2026 desarrolla el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o trabajo de igual valor, siguiendo la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tanto la STJUE de 1 de julio de 1986 C-237/85, Dato, como la de 17 de octubre de 1989 C-109/88, Danfoss, recogieron importantes pronunciamientos que, como analizaremos más adelante, han sido incorporado al texto final de la nueva Directiva, constatando, una vez más, la influencia de la jurisprudencia del TJUE en la conformación y consolidación del derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea.

2.- Las causas de discriminación de “nueva generación” han pasado también a engrosar de forma sustancial el derecho antidiscriminatorio de la UE. Así,

-La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico en cualquier ámbito (empleo, educación, seguridad social, salud, acceso a bienes y servicios).

-La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que establece un marco para evitar la discriminación por motivos de religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual.

Existe una propuesta de Directiva que tiene por objeto aplicar el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicción, edad u orientación sexual fuera del contexto laboral. Con esta propuesta se trata de complementar el marco jurídico comunitario actual en el que la prohibición de discriminación por los motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación circunscrito al empleo, la ocupación y la formación profesional⁷

3.- La entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 sirvió para reforzar las competencias de la UE en el ámbito de la igualdad de trato y no discriminación. En efecto, el art. 2 del Tratado de la Unión Europea define la igualdad como uno de los valores centrales en los que se fundamenta la Unión en el marco de una sociedad caracterizada por el pluralismo y la no discriminación. Por su parte, el art. 19 TFUE establece también que el Consejo de la Unión Europea, por unanimidad, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial, o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

-La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, enuncia un principio antidiscriminatorio general, al prohibir en su artículo 21 toda discriminación, y en particular, las ejercidas por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro topo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. También se

⁷ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [SEC (2008) 2180, SEC (2008)2181, Bruselas 2-7-2008 COM (2008) 426 final, 2008/0140 (CNS)]

recoge una referencia interesante sobre principio discriminatorio por razón de género en el art. 23 Carta de los Derechos Fundamentales, en tanto que reconoce que la igualdad entre hombres y mujeres ha de estar garantizada en todos los ámbitos, específicamente, en materia de empleo, trabajo y retribución, e insiste en que tal principio no impide que se puedan adoptar o mantener medidas que ofrezcan ventajas a favor del sexo menos representado⁸.

-Por último, completaría el marco normativo antidiscriminatorio la propuesta de Directiva, denominada “Directiva Horizontal” para ampliarlo más allá del empleo, la protección por orientación sexual, creencias religiosas, discapacidad y edad⁹.

Estas normas conforman la tutela antidiscriminatoria en el Derecho de la Unión Europea, se caracterizan por las siguientes particularidades¹⁰:

1ª.-La protección antidiscriminatoria establecida en la UE se aplica sólo a las causas establecidas en el art. 19 TFUE “discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” con el alcance que determinan las Directivas en desarrollo de cada una de ellas. En este sentido, señala Ballester Pastor¹¹, “la Unión Europea no ofrece protección frente a otras causas de trato diferenciado”. Y ello a pesar de que el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales establece una cláusula de prohibición general de discriminación, al disponer la prohibición de toda discriminación “y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. Prohíbe, además, “toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares” (art. 21.2 CDF). Sin embargo, los otros tratos diferenciados prohibidos por la Unión Europea (por ejemplo, por razón de contratación temporal, en la Directiva 99/70, de 28 de junio, sobre trabajo de duración determinada) no encuentran fundamento directo en el principio antidiscriminatorio (art. 19 y 157 TFUE) sino en las competencias de política social y laboral de la Unión Europea.

2ª.- La UE dispensa distinto rango de protección, en función de las causas de discriminación prohibida. Así:

- La discriminación por razón de género es la que cuenta con mayor grado de protección. Establece una prohibición de carácter directo e incondicionado (art. 157 TFUE)¹². Se extiende, de hecho, más allá de la discriminación por razón de sexo, abarcando también la discriminación por razón de género, y extendiendo su ámbito de protección a determinadas tareas o actitudes que suponen estereotipos de género, independientemente del sexo biológico de las personas, dando cabida así a las desventajas vinculadas a la construcción de roles de género¹³. Por ejemplo, la STJUE de 30 de septiembre, Asunto

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.”Vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo y principio de interpretación jurídica conforme a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: salarios de tramitación y despido nulo por embarazo”, *cit.*

⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2023, sobre la lucha contra la discriminación en la Unión: la esperada Directiva horizontal contra la discriminación (2023/2582(RSP))

¹⁰ BALLESTER PASTOR, M.A: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2024, 140-141.

¹¹ “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, *cit.*, 140.

¹² Por todas, STJUE de 17 de mayo de 1990, Asunto C-262/88, Barber.

¹³ BALLESTER PASTOR, M.A: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, *cit.*, 141.

C-104/09, Roca Álvarez, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que concurría discriminación por tratarse de una norma que perpetuaba roles de cuidado.

- La discriminación por causas de “nueva generación” tiene un diferente marco de grado de protección, determinado por la configuración específica que fija cada Directiva, pero sin llegar al nivel de protección antidiscriminatoria por razón género (básicamente, las Directivas antidiscriminatorias por las causas de nueva generación admiten más excepciones que las Directivas antidiscriminatorias por razón de sexo).

3ª.- La UE establece un distinto ámbito material, según cuál sea la causa originaria de la discriminación y su ámbito de afectación. Así:

- Si es una causa de discriminación por razón de género su ámbito de protección será tanto el laboral (art. 157 TFUE y Directiva 2006/54) como el extralaboral (Directiva 2004/113 de 13 de diciembre de 2004).
- Sin embargo; las causas de “nueva generación” tienen, dentro del derecho de la Unión Europea, su protección limitada a la esfera laboral (Directiva 2000/78), salvo en el caso de la discriminación por razón de etnia.

Por lo demás, en la conformación y construcción de la norma de tutela antidiscriminatoria en el Derecho de la Unión Europea, es del todo necesario valorar la acción del Tribunal de Justicia de la UE, en la introducción, generalización y precisión de conceptos clave en el tratamiento de la discriminación.

2. La tutela jurisdiccional del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea, con especial referencia a la tutela judicial efectiva

El Derecho de la Unión Europea ha venido exigiendo, desde los setenta, que los Estados miembros pongan a disposición de los afectados por la vulneración del principio de igualdad vías de reacción frente a las prácticas discriminatorias. Esta normativa ha ido ajustándose a lo largo de los años, de forma que el modelo originario se ha adaptado a la situación actual para que se corresponda a los estándares actuales de la tutela antidiscriminatoria.

La Directiva vigente 2006/54 dispone que los Estados miembros pueden establecer los mecanismos de reacción que estimen oportunos, siempre que prevean procedimientos judiciales que permitan exigir el cumplimiento de obligaciones a favor de toda persona que se considere perjudicada por la inaplicación del principio de igualdad de trato¹⁴. En todo caso:

- El derecho de los perjudicados a acudir la vía jurisdiccional conlleva para los Estados miembros la obligación de asegurar la protección del sistema jurídico frente a los casos concretos de vulneración del derecho a la igualdad.
- La respuesta a la reclamación “debe permitir que se garantice una tutela judicial efectiva y eficaz, y debe tener un efecto disuasorio real frente al empresario (STJUE de 02 de agosto de 1993, C-271/91, Marshall).
- A la vez, junto a este efecto disuasorio del empresario o sujeto que discrimina, en el caso de que la medida adoptada sea de índole indemnizatoria, ésta ha de ser adecuada al perjuicio sufrido, por ejemplo, debe compensar íntegramente los perjuicios efectivamente

¹⁴ 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. 309.

sufridos a causa del despido discriminatorio, según las normas nacionales aplicables (STJUE de 02 de agosto de 1993, C-271/91, Marshall).

- La indemnización o medida disuasoria debe tender a la íntegra restitución del perjuicio sufrido. No es solo la técnica indemnizatoria la que procede emplear; la técnica anulatoria de la medida adoptada por el empresario que discrimina –en caso de que ésta sea una acción susceptible de ser declarada nula– parece no solo coherente con esos presupuestos, sino aún más perfecta desde el punto de vista de la finalidad perseguida¹⁵.
- Por lo demás, junto a la intensidad de la medida en sí misma, existen también condicionamientos de índole procesal, que abordan la naturaleza y requisitos del cauce procesal escogido para que la víctima haga valer sus derechos (STJUE de 29 de octubre de 2009, C-63/08, Virginie Pontin vs T- Comalux y STJUE de 27 de junio de 2024, C-284/23, Haus Jacobus).
- En fin, el recurso a la vía judicial no ha de verse obstaculizado por eventuales represalias o amenazas, es decir, debe operar, en todo caso, la garantía de indemnidad.

Completa este sistema de tutela un conjunto de medidas destinadas a dar participación a los agentes social para que fomenten el diálogo social en materia antidiscriminatoria tanto en las prácticas que se desarrollen en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, etc... En este sentido, la Directiva 2006/54, en su considerando 28, exige a los Estados miembros que “establezcan procedimientos adecuados para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres”, instándoles a adoptar en su normativa interna las medidas necesarias para que los afectados puedan invocar efectivamente sus derechos frente a los órganos competentes (art. 21 Directiva 2006/54).

En la aplicación de esta directiva, en particular, y del ordenamiento jurídico europeo, en general, es clave destacar, de nuevo, el papel tan relevante que está desempeñando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como su supremo intérprete, cuya competencia se extiende, entre otras, al conocimiento de cuantas cuestiones se planteen por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en relación con la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (art. 267 TFUE)¹⁶.

En este sentido, el propio TJUE se ha encargado de subrayar, en su sentencia de 9 de septiembre de 2015, “la obligada remisión por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de las peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de un concepto, cuando existen resoluciones contradictorias de Tribunales inferiores acerca de la interpretación de un concepto incluido en norma comunitaria o cuando resulta difícil la interpretación del mismo entre los Estados miembros” (C-160/14, Ferreira da Silva Brito y otros).

Por tanto, resulta obligatorio para los Estados miembros el establecimiento de procedimientos judiciales para la defensa de los derechos de los empleados – o aspirantes a serlo¹⁷ – que se consideren perjudicados por una situación discriminatoria¹⁸.

¹⁵ CHARRO BAENA, P.: “Igualdad y discriminación de prohibición en el ámbito laboral”, en SEMPERE NAVARRO A.V. (Dir.). *Colección de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social*, Vol. I., BOE, 2023, pág. 326.

¹⁶ MARTÍNEZ MIRANDA, M.: “La tutela antidiscriminatoria en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, algunos pronunciamientos recientes”, en *XXVII Jornadas Catalanas de Derecho Social: Los nuevos retos del derecho del trabajo: cambios en la organización productiva y nuevos criterios jurisprudenciales*, Barcelona, 2017.

¹⁷ En este sentido, la STJUE de 21 de julio de 2011, C-104/10, Kelly y la STJUE de 19 de abril de 2012, C-415/10, Meister garantizaron la aplicación del principio de igualdad de trato aun cuando las personas concernidas eran “candidatos a acceder a un empleo durante el proceso de selección”.

¹⁸ 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*, cit., pág. 313.

Se trata, en definitiva, de garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Directiva 2006/54 “en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que se ha producido la discriminación”.

Siguiendo jurisprudencia reiterada del TJUE, el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza que las acciones destinadas a reconocer y actuar frente a situaciones discriminatorias no sean menos favorables que los recursos semejantes del derecho interno de cada Estado Miembro¹⁹. Este derecho, se configura, a su vez, sobre la base de dos principios:

- Por un lado, el principio de equivalencia, es decir, la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no ha de ser menos favorable que la referida a recursos semejantes de Derecho interno. De la jurisprudencia comunitaria se desprende que, para pronunciarse sobre la equivalencia de las normas procesales, el órgano jurisdiccional nacional debe comprobar de manera objetiva y abstracta la similitud de estas normas desde el punto de vista del lugar que ocupan en el conjunto del procedimiento, del desarrollo de dicho procedimiento y de las particularidades de las normas²⁰.
- Por otro, el principio de efectividad, esto es, “los Estados miembros deben procurar que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares”. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se deduce que “en los casos en los que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil, en la práctica, el ejercicio de los derechos que atribuye a los particulares el ordenamiento jurídico comunitario, dichas disposiciones deben analizarse también teniendo en cuenta el lugar que ocupan dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades ante las distintas instancias nacionales”²¹.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-460/60, Paquay, reproduce las tesis de otras numerosas resoluciones del TJUE y que cita, a su vez, la sentencia de 21 de septiembre 1989, Asunto C-68/88, Comisión/Grecia y la de 22 de abril de 1997, Asunto C-180/95, Draempaehl. En este sentido, el TJUE, en su sentencia de 29 de octubre 2009, Asunto C-63/08, Virginie Pontin versus T- Comalux S. A, aclara que los plazos y requerimientos procesales en los diferentes ordenamientos jurídicos deben velar por el ejercicio adecuado del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta doctrina se consolida y continúa reflejándose en la sentencia de 27 de junio de 2024, C-284/23, Haus Jacobus, en la que el TJUE afirma que “los inconvenientes procesales pueden vulnerar el principio de efectividad, y por consiguiente el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por la Directiva 92/85”²².

¹⁹ CHARRO BAENA, P.: “Igualdad y discriminación de prohibición en el ámbito laboral”, en SEMPERE NAVARRO A.V. (Dir.). Colección de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, *cit.*, pág. 324.

²⁰ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Tutela judicial efectiva de los derechos de las trabajadoras embarazadas (RI § 409309)”, *Revista General de Derecho Europeo, Iustel*, n° 21, 2010.

²¹ “Es desde esa perspectiva desde la que procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento”, en BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Tutela judicial efectiva de los derechos de las trabajadoras embarazadas (RI § 409309)”, *cit.*

²² BOGONI, M.: “La maternidad y la tutela judicial efectiva en supuestos de despidos por embarazo. A propósito de la STJUE de 27 de junio de 2024, C-284/23”, *Brief AEDTSS*, número 65, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido, en interés de la seguridad jurídica, la compatibilidad del Derecho comunitario con la fijación de plazos razonables por los Estados miembros; que, en línea con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, no tienen por qué ser de naturaleza tal que hagan imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario²³ (STJCE 24-9-2002, C-255/00 *Grundig Italiana*, y STJCE 12-2-2008, C-2/06, *Kempter*).

En definitiva, la medida elegida ha de permitir que se garantice una tutela judicial adecuada y eficaz, en el sentido de equivalente y efectiva, para responder y reaccionar frente a las situaciones de discriminación que acontezcan, en el sentido de la Directivas antidiscriminatorias.

La tutela antidiscriminatoria no sólo se circunscribe al momento en el que la relación laboral está viva, sino que también se prolonga tras la extinción de la relación laboral, que haya dado lugar a la supuesta vulneración (considerando 32, Directiva 2006/54). Como ejemplo de ello, cabe citar la STJUE de 22 de septiembre, C-185/97, *Coote*. En este caso, la trabajadora había sido despedida por causa de su embarazo, por lo que interpuso una acción judicial alegando discriminación por razón de sexo. El empresario se negó a entregar a una agencia de colocación una carta de referencia de la Sra. Coote para que ésta accediera a un nuevo empleo. El Tribunal consideró que esta actitud del empleador podía privar a la trabajadora de la protección necesaria para preservar el principio de igualdad, en el sentido del art. 17.2 de la Directiva 2006/54. Lo que confirma que los trabajadores gozarán de dicha protección, incluso tras haber finalizado su relación laboral.

La Directiva 2006/54 garantiza incluso la protección de un empleado que defienda o testifique a favor de una persona, que sea defensor o testigo de una situación de discriminación (considerando 27). Por tanto, está previsto que, junto a los perjudicados, las organizaciones o personas jurídicas que tengan interés legítimo en velar por el cumplimiento del principio de igualdad puedan iniciar los procesos correspondientes.

No obstante, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha matizado, en alguna ocasión, estas facultades. En este sentido, la STJUE de 25 de abril de 2013, aunque no referida a la igualdad por razón de sexo, pero sí a la igualdad y no discriminación en el empleo y la ocupación (art. 9.2 Directiva 2000/78), planteó la posibilidad de actuar ante los Tribunales a organismos que tuvieran un interés público en evitar una discriminación directa, ante la inexistencia del perjudicado concreto. En este asunto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que el club de fútbol profesional que “había declarado no emplear a futbolistas homosexuales” debía considerarse una discriminación directa en la contratación. En este caso, incumbiría al “club de fútbol- empleador” probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato y no discriminación. En todo caso, con esta sentencia del TJUE se clarifica que la existencia de discriminación directa no exige que haya un denunciante identificable que alegue haber sido víctima de tal discriminación²⁴.

En definitiva, la protección frente a la discriminación queda garantizada a través de la tutela judicial efectiva, que asegura el derecho de la persona discriminada y/o interesada a obtener una resolución eficaz y justa, especialmente en los procedimientos de tutela de derechos

²³ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Tutela judicial efectiva de los derechos de las trabajadoras embarazadas (RI § 409309), *Revista General de Derecho Europeo*, Iustel, nº 21, 2010.

²⁴ En el mismo sentido, aunque referido a la igualdad y no discriminación por origen racial y étnico, STJUE de 10 de julio de 2008 (C-54/78), *Feryn*, según la cual “las declaraciones de públicas mediante las que un empleador da a conocer que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria en el sentido del art. 8.1 de la Directiva 2000/43”.

fundamentales. El compromiso de prohibición de discriminación se concreta a través de las distintas y diferentes medidas que se recogen en las propias Directivas antidiscriminatorias²⁵, que asumen los Estados miembros, y que se ha ido tutelando, ahormando y forjando a través de la doctrina del TJUE.

Básicamente, el mecanismo sancionador que se activa ante situaciones de discriminación ha de llevar aparejado, al menos, alguno de los siguientes efectos jurídicos:

- La nulidad e ineficacia de los comportamientos y de sus consecuencias en la situación profesional del o la trabajadora afectados;
- La restitución de las cosas al ser y estado en que se encontraban, suprimiendo las consecuencias del comportamiento discriminatorio y evitándose su reiteración;
- El resarcimiento frente a los daños de toda índole (morales y materiales) generados por el comportamiento prohibido, teniendo presente que las indemnizaciones que podrán incluir indemnización a la víctima, como señala la Directiva 2006/54 “serán efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 25)
- La protección de la víctima del acoso y de la discriminación, en sentido amplio, contra las represalias que pudieran derivarse del ejercicio de sus derechos de tutela (art. 24 de la Directiva 2006/54)²⁶.

Además, la tutela discriminatoria, recogiendo las distintas iniciativas legislativas de Directiva 2006/54, como las 2000/43 y 2000/78, así como también su propia doctrina menciona, entre los medios de reacción contra la discriminación, dos tipos expresos de medidas de índole y naturaleza muy distintas: la carga de la prueba y su reparto, en casos de reacción judicial; y la acción positiva en el marco de las discriminaciones indirectas, en los que no incidiremos porque serán abordado en otros Capítulos de esta obra.

3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su tutela antidiscriminatoria

Como ya se ha señalado, el TJUE ha declarado “la obligada remisión por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de las peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de un concepto, cuando existen resoluciones contradictorias de Tribunales inferiores acerca de la interpretación de un concepto incluido en norma comunitaria -en nuestro caso, el principio de igualdad y no discriminación- o cuando resulta difícil su interpretación entre los Estados miembros”.

Esta doctrina ha sido reconocida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y, además, nos recuerda, en su sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 1307/2015) que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en su art. 219.2, incorporó la posibilidad de alegar como doctrina de contradicción “la establecida (...) en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario”. Se muestra así la relevancia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión como vía para abordar la tutela antidiscriminatoria como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

De todos es sabido que la protección dispensada por la jurisprudencia de la Unión Europa se ha extendido en los últimos años, protegiendo nuevas actuaciones y situaciones de

²⁵ BOGONI, M., considera que “profundizar en la tutela procesal es esencial para completar la dimensión práctica del derecho antidiscriminatorio”, en “La maternidad y la tutela judicial efectiva en supuestos de despidos por embarazo. A propósito de la STJUE de 27 de junio de 2024, C-284/23”, *cit.*, pág.4.

²⁶ CHARRO BAENA, P.: “Igualdad y discriminación de prohibición en el ámbito laboral”, *cit.*, pág. 326.

discriminación, que, en nuestro estudio, circunscribiremos a la discriminación por razón de sexo, discriminación retributiva por razón de género, maternidad y protección antidiscriminatoria por razón de sexo y la discriminación por las “causas de nueva generación”.

a) Discriminación por razón de sexo, discriminación retributiva por razón de género y maternidad y protección antidiscriminatoria por razón de sexo.

- a. Así, la discriminación por razón de sexo abarca la discriminación por razón de género, protegiéndose ante las situaciones que suponen estereotipos de género, independientemente del sexo biológico de las personas, y se aplica a cualquier aspecto de la relación laboral sea el que sea, directo o indirecto, incluyendo formación para el empleo, criterios de selección, sindicación (art. 14.1 Directiva 2006/54), y los regímenes profesionales de Seguridad Social (art. 5 Directiva 2006/54). También, se ha extendido el ámbito del trabajo a tiempo parcial, considerando que las discriminaciones a las personas trabajadoras a tiempo parcial constituyen discriminación por razón de sexo. Asimismo, se ha advertido un notable incremento de sentencias reconociendo el carácter discriminatorio de determinados preceptos de Seguridad Social (personas trabajadoras a tiempo parcial STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, Elbal Moreno, y STJUE de 8 de mayo de 2019, Villar Laiz; ausencia de diferencias de edad entre hombres y mujeres para el acceso a la jubilación, STJUE de 5 de noviembre 2019, Comisión contra Polonia, y la denominada “contribución a la maternidad”, STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, WA). La discriminación por razón de identidad sexual o transexualidad de la persona trabajadora constituye también una discriminación por razón de sexo (STJUE de 10 de abril de 1996, C-13/94, P v. S). Este pronunciamiento sobre discriminación por razón de sexo se diferencia de la discriminación que tiene como causa la opción sexual de las personas trabajadoras (STJUE de 12 de enero de 2023, C-356/21, TP). En esta línea, destaca un nuevo concepto, el de la transversalidad, que evidencia la tendencia expansiva de la tutela antidiscriminatoria (art. 29 Directiva 2006/54). El acoso por razón de género y por razón de sexo son también conductas diferenciadas por razón de sexo, y también, por razón de género, al igual que la discriminación directa e indirecta.
- b. También se ha desarrollado la protección discriminatoria de la Unión Europea en otros ámbitos, como la discriminación retributiva por razón de género.

La discriminación retributiva dispone, como ya se ha señalado, de una normativa y de una doctrina jurisprudencial consolidadas.

El TJUE ha entendido que para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo 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 para determinar si se trata -o no- de un trabajo de igual valor. En efecto, la STJUE de 1 de julio de 1986 (C-237/85, Dato) señaló que tenía el mismo valor el puesto de peonaje (mayoritariamente masculino), que el de limpieza (mayoritariamente femenino) dado que, si el primero suponía esfuerzo físico, el segundo requería otras condiciones para tener en cuenta en la retribución (toxicidad, destreza y horarios variables). Se demuestra así la estrecha relación entre reforzamiento del derecho a la igual retribución por trabajo de igual valor.

Se requiere, además, que las condiciones determinantes de la retribución sean claras y tengan en cuenta todas las circunstancias concurrentes, conectadas con el trabajo desarrollado. La transparencia retributiva se alza como valor fundamental para asegurar la igualdad laboral entre hombres y mujeres, y 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 efecto, el TJUE, además de los clásicos mecanismos de tutela en la Directivas antidiscriminatorias -los ya señalados de indemnización adecuada y efectiva, protección contra represalias, inversión de la carga de la prueba, arts.14-19 Directiva 2006/54-, prevé, en aplicación del art. 19 Directiva 2023/970 que, para determinar si existe discriminación retributiva por la realización de un mismo trabajo o trabajo de igual valor, la comparación se podrá hacer aunque la retribución no provenga del mismo empleador, bastando con que provenga de la misma fuente. También podrán compararse puestos de trabajo que se hubieran desarrollado en diferentes momentos. Asimismo, admite para la comparación cualquier mecanismo de prueba dirigido a probar que un trabajador hombre hubiera sido tratado de manera diferente²⁷.

En definitiva, el TJUE reconoce que el alcance de los conceptos “mismo trabajo”, “mismo puesto de trabajo” y “trabajo de igual valor” se ligan exclusivamente a la naturaleza del trabajo efectivamente realizado. Su efecto se extiende incluso a las situaciones en las que no se realiza un mismo trabajo sino un trabajo de igual valor. Lo contrario, “distinguir entre trabajos iguales o de igual valor a estos efectos, podría menoscabar y la consecución del objetivo que persigue la norma”²⁸.

c. La maternidad y protección antidiscriminatoria por razón de sexo

El art. 14 de la Directiva 2006/54 establece expresamente que la discriminación por razón de embarazo o maternidad constituye discriminación por razón de género. Ya desde el asunto Dekker, en la sentencia de 8 de noviembre de 1990 (C-177/88), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había señalado que “una diferencia de trato basada en el embarazo o la maternidad constituía una discriminación directa”. Se constata, así, cómo el TJUE ha ido configurando y ampliando su doctrina de protección antidiscriminatoria frente a cualquier trato desfavorable a las mujeres por causa de su embarazo o maternidad; protección que se recoge en el art. 157 TFUE y en el art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una consolidada doctrina de intensa protección frente al embarazo o la maternidad, cuya tutela alcanza no sólo a la situación de embarazo o disfrute del permiso por maternidad sino también a los momentos previos al propio embarazo y a los posteriores al final del disfrute del correspondiente permiso. Así, en la sentencia de 26 de febrero de 2008 C-506/06, Mayr, el TJUE declaró que la protección de situación de embarazo debía extenderse también a los períodos preparativos de fecundación *in vitro*. Concluyó que la situación suponía un trato perjudicial para la mujer que

²⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, cit., 2024, 148.

²⁸ MARTÍNEZ MORENO, C.: “Principio de igualdad retributiva y trabajos de “igual valor”: el alcance del efecto directo del art.157 TFUE. A propósito de la STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), asunto Tesco Stores”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 2022, núm. 2, pág. 128.

accedía al tratamiento médico vinculado al embarazo, y que, por tanto, era de aplicación la Directiva 2006/54: “basta con que el despido esté relacionado con el embarazo para ser calificado como discriminación por razón de sexo”. También, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de octubre de 2007 C-460/06, Paquay ha entendido que el ámbito de protección frente al despido se extiende al momento posterior al disfrute del permiso de maternidad, sobre todo, cuando en el que la decisión extintiva había sido preparada y decidida durante el período protegido.

Es necesario que exista relación de causa efecto entre el permiso por maternidad y el despido, tal como sucede en este caso en el que se había procedido a buscar sustituto a la trabajadora durante su embarazo. En definitiva, la doctrina antidiscriminatoria del TJUE protege la situación de embarazo en sentido amplio, incluyendo no sólo los actos preparatorios sino también alcanza el momento posterior al disfrute del permiso por maternidad.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea extiende su protección respecto de despidos provocados por la incapacidad de la trabajadora embarazada de asumir sus compromisos laborales. Tal es el caso de la STJUE de 14 de julio de 1994 (C-31/83, Webb), que declaró contrario al derecho de la Unión Europea la decisión de una compañía aérea británica de despedir a una trabajadora, que se incorpora a la empresa en sustitución de una trabajadora embarazada, “que una vez que había comenzado a trabajar, le comunicó su situación de embarazo”. Aunque el Tribunal británico entendió que el despido atendía a la previsible incapacidad para atender a la situación para la que había sido contratada -sustituir a la trabajadora embarazada-, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea negó que pudiera compararse la situación de incapacidad por embarazo a la de un hombre que sufriera incapacidad por razones médicas o de otra naturaleza y declaró que la falta de contratación de embarazadas, constituye una discriminación directa por razón de sexo. Por su parte, la STJUE de 5 de mayo de 1994 (Habermann, C-421/92) estimó que un contrato de trabajo por tiempo indefinido, relativo a un trabajo que debía ser realizado de noche y celebrado entre un empresario y una trabajadora que ignoraban la circunstancia del embarazo no podía ser declarado nulo alegando la prohibición legal de trabajo nocturno. En idéntico sentido, el TJUE resolvió, en su sentencia de 4 de octubre de 2001, (C-109/00, Asunto Tele Danmark), interpretando, en este supuesto, que el despido de una trabajadora, motivado por su embarazo, con independencia de si su contrato es temporal o indefinido, constituye también una discriminación directa por razón de sexo.

Apunta, además, que la trabajadora no tiene obligación de advertir su estado en el momento de la contratación; de hecho, su ocultación no puede entenderse como un incumplimiento del deber de lealtad, susceptible de justificar, por sí mismo, la decisión extintiva. En la sentencia de 3 de febrero de 2000, C-207/98, Mahlburg, el TJUE se pronunció sobre la prohibición de contratación de mujeres embarazadas, declarando que la norma comunitaria no permite al empresario negarse a contratar a una trabajadora embarazada por el mero hecho de que la ley nacional impidiera destinarla, desde el inicio y durante la gestación al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encontraba vacante.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 20 de junio de 2019, C-404/18, Hakelbracht se ha pronunciado sobre la negativa a contratar a una

candidata debido a su embarazo, así como sobre la protección de la trabajadora que intervino a favor de esa candidata, que también fue despedida. En esta sentencia el TJUE, realizando una interpretación “amplia”²⁹ y absolutamente motivada de la Directiva 2006/54, ha entendido que la protección de la discriminación por razón de sexo no sólo no puede determinar diferencias de trato en el momento de la contratación y/o en el desarrollo de la relación laboral, sino que también se extiende a todas las actuaciones “ya sean escritas o hubieran consistido en una declaración testifical, con independencia, en todo caso, de su carácter formal o informal”³⁰. Por tanto, incumbe al empresario la obligación de tomar decisiones organizativas razonables y proporcionadas que tiendan a suprimir la desigualdad de oportunidades en la empresa, desarrollando, para ello, comportamientos internos que eviten discriminaciones directas o indirectas en el ámbito de trabajo. La sentencia Hakelbracht es muy significativa porque extiende la protección antidiscriminatoria a personas que se ven perjudicadas profesionalmente por proteger a sujetos especialmente expuestos a conductas discriminatorias³¹, en nuestro caso, candidata en estado de gestación.

Este consolidado recorrido de protección de la mujer trabajadora embarazada, especialmente, en supuestos de despido, se ha intensificado a través de la sentencia de 27 de junio de 2024, C-284/23, Haus Jacobus. En ella, el TJUE ha reforzado la protección específica de estas trabajadoras, reiterando que la maternidad no debe constituir nunca un motivo de discriminación. Es más, conecta, de manera indisoluble, la protección de la maternidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizando no sólo que las medidas antidiscriminatorias se apliquen de forma efectiva, sino también que la vulneración de estos derechos pueda ser adecuadamente reparada³².

La maternidad y el embarazo son situaciones exclusivas de las mujeres, no son neutras – a diferencia, por ejemplo, de los permisos parentales y otros relacionados con el cuidado³³. Por ello, son las únicas situaciones en las que la normativa de la Unión Europea admite diferencias entre mujeres y hombres³⁴. Cualquier otra norma que distinga entre mujeres y hombres con una finalidad “supuestamente

²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. “Vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo y principio de interpretación jurídica conforme a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: salarios de tramitación y despido nulo por embarazo”, *cit.*

³⁰ NIETO ROJAS, P.: “Nuevas manifestaciones de la protección del embarazo en la doctrina del TJUE”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2019, núm. 441.

³¹ Esta línea jurisprudencial de extensión de los efectos de la protección a personas que se ven perjudicadas por proteger a sujetos especialmente expuestos a conductas discriminatorias se inició, debido a causa de discapacidad con la STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06, Coleman.

³² BOGONI, M.: “La maternidad y la tutela judicial efectiva en supuestos de despidos por embarazo. A propósito de la STJUE de 27 de junio de 2024, C-284/23”, *cit.*

³³ En los permisos y derechos vinculados al cuidado el principal objetivo es asegurar que no existen obstáculos para que los hombres accedan a aquéllos a efectos de potenciar la corresponsabilidad. En este sentido, la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, sobre conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores ha sido redactada con carácter neutro. Es una Directiva de conciliación, promueve medidas para favorecer la adaptación del trabajo a la persona con responsabilidad. En definitiva, fomenta la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, en CRISTÓBAL RONCERO, R.: “La conciliación de la vida familiar y profesional en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, núm. 8, 2024

³⁴ “Cualquier otra normativa que diferencia entre mujeres y hombres con una finalidad supuestamente protectora para las mujeres es contraria a las normas de la Unión Europea, si se trata de riesgos que concurren igual en hombres que en mujeres”, en BALLESTER PASTOR, M.A.: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M. FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, *cit.*, págs. 155-157.

protectora”³⁵ es contraria al Derecho de la Unión Europea, si se trata de riesgos que concurren igual en hombres que en mujeres.

Como ya se ha señalado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado, que son contrarias al Derecho de la UE “las normas internas que prohíben el trabajo nocturno de las mujeres”, y que, además, no tienen como objetivo ocuparse de la distribución de las cargas familiares o de la organización familiar” (STJCE de 25 de julio de 1991, C-345/89, Stoeckel). Tras esta sentencia, las disposiciones relativas a la prohibición del trabajo nocturno, como condición históricamente prohibida para las mujeres, se limitaron a lo estrictamente justificado por el hecho biológico diferencial de la maternidad, incluido, como hemos señalado, las decisiones extintivas.

Igualmente, el TJUE ha declarado, en su sentencia de 11 de enero de 2000 (C-285/98, Kreil), que son contrarias a la normativa de la UE “las reglamentaciones internas que prohíben el acceso a determinadas profesiones -empleos militares que impliquen el uso de armas- para proteger su integridad cuando el mismo riesgo existe para hombres que para mujeres”.

Asimismo, son discriminatorias las normas que establecen beneficios exclusivos o preferentes para mujeres que sólo se justifican por el cuidado que se procura a los hijos, pero que no se aplica en igual medida a los hombres que llevan a cabo actividades de cuidado. Como ejemplo, cabe citar la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09, Roca Álvarez) que estableció, que el permiso de lactancia debía reconocerse, indistintamente, al padre y a la madre por su condición de progenitores en tanto que el objetivo del permiso de lactancia es, estrictamente, el cuidado o la alimentación del hijo, no la tutela de la madre a consecuencia del proceso biológico de haber tenido un hijo. O también la sentencia de 12 de diciembre de 2019 (C-366/99, WA), en la que el TJUE entendió que era discriminatorio el complemento de pensiones exclusivo para mujeres que hubiera cuidado hijos.

En otro orden de cosas, el TJUE también ha declarado que, en caso de coincidencia del permiso de maternidad con las vacaciones, aquel no queda absorbido por éste (STJUE de 18 de marzo de 2004, C-342/01, Merino Gómez) sino que se disfruta en un momento posterior. En esta línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se ha manifestado sobre la forma en que se coordina el permiso por maternidad y el permiso parental. En efecto, en la STJUE 20 de septiembre de 2007, C-116/06, Kiiski, ha entendido que su doctrina prohíbe el trato discriminatorio que resulta de la aplicación de una norma interna en relación con las condiciones de trabajo que sólo podía afectar a las mujeres, e implica una discriminación directa por razón de sexo.

Por lo demás, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aplicación de la normativa comunitaria, también protege a las trabajadoras, en el desarrollo de su prestación de trabajo, en caso de embarazo y maternidad frente a la exposición ante determinados agentes. Para el TJUE todas las evaluaciones de riesgo deben prever la situación de riesgo para el embarazo o la lactancia. En este sentido, es clara la sentencia de 19 de octubre de 2017 (C-531/15, Otero Ramos, que abrió paso también, en caso de riesgo, al derecho de la trabajadora embarazada o en lactancia bien a la adaptación de su puesto de trabajo, bien al traslado a un puesto de trabajo compatible con su estado e incluso a quedar exenta de la prestación del servicio.

³⁵ 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 por maternidad, *cit.*, pág. 244.

- b) Discriminación por las “causas de nueva generación”: etnia, religión, convicciones, edad y orientación sexual.

Las dos directivas antidiscriminatorias de “nueva generación” (Directiva 2000/43 y la Directiva 2000/78) coinciden con la Directiva 2006/54 en el alcance de los mecanismos de aplicación y reacción frente a la protección de la vulneración. Así:

- a. Se constituyen en normas de garantía mínima, de forma que serán válidos los preceptos que, en cada Estado, resulten más favorables (art. 27.2 Directiva 2006/54, art. 6 Directiva 2000/43 y art. 8 Directiva 2000/78).
- b. Se establece la obligación de que los Estados miembros configuren procedimientos judiciales y administrativos para la defensa de las víctimas de discriminación, que, en todo caso, debe garantizar la indemnización o la reparación, sin que esta pueda quedar fijada previamente (art. 18 Directiva 2006/54).
- c. Se dispone la inversión de la carga de la prueba, de manera que, frente a la presentación de indicios de discriminación, la carga de la prueba se traslada al demandado. Como ejemplo de un hecho que permite presumir la existencia de discriminación directa, cabe citar la STJUE de 10 de julio de 2008 C-54/07, Feryn, según la cual “las declaraciones públicas mediante las que un empleador da a conocer que, en el marco de su política de contratación, que no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, es suficiente para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria, en el sentido del art. 8.1 de la Directiva 2000/43.
- d. Se fija la protección contra las represalias, esto es, la garantía de indemnidad. En este sentido el TJUE, en su sentencia de 20 de junio de 2019, extiende “la protección a cualquier persona que haya defendido a la víctima y no solo a quien haya actuado en el juicio por discriminación C-404/18, Asunto Hakelbracht.
- e. Se prevé el deber de información.
- f. Se favorece el diálogo social y con las organizaciones no gubernamentales en aras de fomentar las prácticas antidiscriminatorias.
- g. Se apuesta por la creación de organismos de promoción de la igualdad de trato y
- h. Se regula la obligación de los estados miembros de establecer un régimen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Se obliga, por tanto, a los Estados miembros a establecer en su ordenamiento jurídico interno medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de la Directiva 2000/43 y a hacerlo de tal manera que esas medidas se puedan invocar efectivamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales, también por una asociación, organización o persona jurídica tal y como se contempla en el art. 7.2 para que la tutela judicial sea real y efectiva, dejándoles al mismo tiempo la libertad de elegir entre las diferentes soluciones apropiadas para alcanzar tal objetivo³⁶. En este sentido, la STJUE de 15 de abril de 2021 (C-2021/269, Comisión Europea- Reino de España) ha señalado que cuando la reparación pecuniaria es la medida adoptada en caso de declaración de la existencia de discriminación, “debe ser adecuada, en el sentido de que ha de permitir que se compensen íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos

³⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M. FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, cit., págs. 155-157.

a causa de esta cuestión, según las normas nacionales aplicables”. En cambio, una sanción meramente simbólica no puede considerarse correcta y eficaz de la Directiva 2000/43. Por consiguiente, “el mero pago de un importe pecuniario, aunque sea reclamado por el demandante no garantiza la tutela judicial efectiva de una persona que solicita que se constate la existencia de la violencia de su derecho a la igualdad de trato que se deriva de la citada Directiva, en particular cuando el interés de esa persona no es económico, sino que se acrediten los hechos reprochados al demandado, así como su calificación jurídica”. Como ha señalado la doctrina, el mero pago de una cantidad de dinero sin que se reconozca la existencia de discriminación choca tanto con la función reparadora como con la función disuasoria que deben tener las sanciones previstas por los estados miembros³⁷.

En definitiva, para garantizar la protección frente a la discriminación por causas de nueva generación, en el sentido de la Directiva 2000/43 y la Directiva 2000/78 se articulan mecanismos similares. En el caso de la discriminación por razón de etnia, se prevé también como mecanismo antidiscriminatorio, la acción positiva con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica³⁸.

Al igual que la Directiva 2000/43, la Directiva 2000/78 “no afecta a las diferencias de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá, sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regula la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de los terceros países y de los apátridas” (art. 3.2). Con esta expresión, las Directivas pretenden “zanjar los problemas derivados de la conexión entre la discriminación por raza y la discriminación por nacionalidad”³⁹.

Como ejemplo, la Directiva 2000/43 prohíbe las discriminaciones fundadas en el origen racial y étnico y no las basadas en la nacionalidad, que sólo quedarán incluidas en el ámbito de la aplicación de la Directiva cuando “cubran” una discriminación racial. En la práctica muchas discriminaciones por motivos étnicos o raciales esconden diferencias de trato fundadas en la nacionalidad. En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho una aplicación muy estricta de la excepción prevista en el art. 3.2 de la Directiva 2000/43. En este sentido, la STJUE consideró que las declaraciones de un empresario, en las que hacía referencia a su voluntad de no contratar a trabajadores “extranjeros” porque los clientes “no les dejaban entrar en sus casas”, debía considerarse una discriminación directa fundada en el origen racial o étnico. Lo que viene demostrar una estrecha relación entre la condición de extranjero y las discriminaciones fundadas en el origen racial o étnico⁴⁰.

Por su parte, la prohibición de discriminación basada en la religión o convicciones, que establece la Directiva 2000/78, tiene carácter imperativo como principio general del Derecho de la Unión Europea, establecida también el art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Igualdad y no discriminación por origen racial o étnico; religión; convicciones; discapacidad; edad”, en GIL PLANA, J (Dir): *Derecho Social Internacional y de la Unión Europea*, Juruá, 2024, en prensa.

³⁸ SANCHÁ SAIZ, M.: “La tutela antidiscriminatoria del TJUE”, ELDERECHO.COM, Lefebvre, 2022.

³⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M. FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, cit., págs. 155-157.

⁴⁰ SANCHÁ SAIZ, M.: “La tutela antidiscriminatoria del TJUE”, cit., 2022.

Esta prohibición es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión⁴¹.

Como ejemplo de si una norma interna de una empresa que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo constituye –o no– una discriminación directa por motivo de religión o convicciones, cabe señalar la STJUE de 15 de julio de 2021 (C-804/18 y C-431/19). En ella se aborda la cuestión concreta de si una empresa puede prohibir el uso de símbolos religiosos, en este caso el uso de velo por una trabajadora, si se demuestra que ello ocasiona un perjuicio frente a los clientes.

- Respecto al primer asunto (C-804/18) se ha presentado la cuestión en relación con la suspensión otorgada a la trabajadora, tras su negativa a respetar la prohibición impuesta por su empresa, una guardería, de llevar “cualquier signo visible de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo cuando estén en contacto con los padres o los hijos de estos”.
- En el contexto del segundo asunto (C-341/19) se presenta la cuestión en relación con la orden de otra empresa, en este caso una cadena de droguerías, a la persona trabajadora para que se “abstuviera de llevar, en el lugar de trabajo, signos de naturaleza política, filosófica o religiosa que fueran vistosos y de gran tamaño.”

Para el Tribunal “una norma de esta índole no constituye tal discriminación si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos (STJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/15). Si la norma, continua el TJUE, “se aplica de forma general e indiferenciada, no establece una diferencia de trato basada en un criterio ligado a la religión o las convicciones (STJUE de 15 de julio de 2021 (C-804/18 y C-431/19). “...Debe interpretarse en el sentido de que una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, dimanante de una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios, siempre que:

- “en primer lugar, este régimen responda a una verdadera necesidad de este empresario, necesidad que incumbirá a éste acreditar tomando en consideración especialmente las expectativas legítimas de dichos clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin tal régimen, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades o del contexto en el que estas se inscriben;
- en segundo lugar, esa diferencia de trato sea apta para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad, lo que implica que el mismo régimen sea seguido de forma congruente y sistemática, y,
- en tercer lugar, esa prohibición se limite a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición.”

Por consiguiente, la Directiva 2000/78 permite tener en cuenta el contexto propio de cada Estado miembro y reconocer a cada uno de ellos un margen de apreciación en el marco de la conciliación necesaria entre los diferentes derechos e intereses en juego, con el fin de garantizar un justo equilibrio entre estos.”

⁴¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Igualdad y no discriminación por origen racial o étnico; religión; convicciones; discapacidad; edad”, en GIL PLANA, J (Dir): *Derecho Social Internacional y de la Unión Europea*, Juruá, 2024, en prensa.

Por lo tanto, ante la cuestión planteada al TJUE, ha de entenderse que la normativa interna de una empresa, que sea susceptible de generar una discriminación directa para las personas trabajadoras [art. 2.2 a) Directiva 2000/78] “debe interpretarse en el sentido de que las disposiciones nacionales que protegen la libertad religiosa pueden tenerse en cuenta como disposiciones más favorables, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de esta Directiva, al examinar el carácter adecuado de una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones.” En aras de la incidencia que esta doctrina antidiscriminatoria del TJUE tenga en nuestra jurisprudencia interna, cabe concluir lo siguiente: a) La normativa interna empresarial que prohíba a la plantilla llevar signos visibles relacionados con ideas políticas, filosóficas o religiosas mientras desempeñen su profesión, no se considerará discriminatoria, siempre que tal prohibición sea general e indiferenciada, b) la justificación de la voluntad del empresario deberá responder a una necesidad, que deberá acreditar no sólo atendiendo a las verdaderas expectativas de su clientela, sino también a las consecuencias desfavorables que sufriría si no aplicara tal prohibición, c) la existencia en la distinción de trato que se da con la prohibición para garantizar la referida neutralidad ha de ser aplicada de forma congruente y sistemática, limitándose a lo estrictamente necesario y d) la referencia del TJUE a que las disposiciones constitucionales del estado miembro que protegen la libertad religiosa pueden tenerse en cuenta como disposiciones más favorables, en el momento de examinar la adecuación de una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones propias.

En definitiva, la doctrina antidiscriminatoria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en esta sentencia concreta, advierte que determinadas empresas, a través de su normativa interna, podrían delimitar el uso de elementos políticos, filosóficos y/o religiosos, como en los asuntos analizados, cuando se trate de una norma interna dada por el empresario, siempre que: a) general e indiferenciada, b) congruente y sistemática y c) neutra frente a los clientes, tanto si esa decisión suponen mantener la clientela como perderla.

4. Conclusiones

El impacto de la doctrina antidiscriminatoria del TJUE en la configuración de las garantías de protección frente a causas de discriminación es, sin duda, relevante y determinante. Su tratamiento se aborda desde una doble perspectiva:

- La primera, a través del ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva, consolidado en las últimas décadas a través de los sólidos y motivados pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- La segunda, aplicando un criterio interpretativo amplio y dinámico de la normativa europea para dar respuestas a las situaciones de discriminación que se plantean en el ámbito de las relaciones laborales; valorando el contexto concreto en el que se circunscribe la situación discriminatoria y, sobre todo, evitando cualquier espacio de impunidad que pueda suponer un obstáculo para el propósito de alcanzar de manera efectiva una igualdad real.

En definitiva, la doctrina antidiscriminatoria del TJUE tiende siempre hacia el objetivo de lograr la efectividad real del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales. Como se ha advertido a lo largo de estas páginas, es cierto que se han conseguido importantes avances, pero también es unánimemente reconocido que queda mucho trabajo por hacer⁴².

⁴² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., FOLGOSO OLMO, A.: “Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa. STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, núm. 5.

REPARACIÓN EFECTIVA Y DISUASORIA FRENTE A LAS DISCRIMINACIONES

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña

ORCID ID: 0000-0002-4629-0539

1. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en el contexto del derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad

Nemo ius sine actione. Sin una protección jurisdiccional efectiva, los derechos son cuchillo sin hoja, campana sin badajo. De ahí la razón de ser del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos e intereses legítimos. Y esa razón de ser es más evidente cuando hablamos del derecho a la igualdad porque, además de las dificultades comunes de toda tutela judicial, las leyes de igualdad tienen poderosos enemigos: los estereotipos y los prejuicios (de género, raciales, religiosos, edadistas, capacitistas, LGTBI-fobia) que son invisibles (pues tendemos a naturalizarlos justificándolos en la naturaleza de las cosas) y omnipresentes (pues impregnan todos los aspectos de la vida de las personas). Los estereotipos y prejuicios dificultan la identificación de la discriminación, su prueba, e incluso su reparación, dejando las leyes en agua de borrajas. Los estereotipos y prejuicios se introducen en la actividad de quienes operamos en el mundo jurídico y, en especial, en las resoluciones judiciales que, al asumirlos, conducen a la parcialidad judicial. Además, las mujeres encuentran obstáculos y dificultades para la efectividad, en pie de igualdad con los hombres, del derecho a la tutela judicial a causa de la desigualdad social y económica que padecen. Hemos dicho en muchas ocasiones (y es momento de reiterarlo otra vez) que los estereotipos y prejuicios son capaces de derogar las leyes, haciéndolas inaplicables

o demorando su aplicación, y de torcer la recta aplicación del Derecho. Sin una protección jurisdiccional efectiva, la igualdad no pasaría de ser una idea más o menos romántica.

De este modo, se plantea la necesidad dogmática de un derecho a la tutela judicial efectiva en perspectiva de género o, más ampliamente, con enfoque de derechos humanos. Precisamente, el Comité CEDAW ha dedicado una Recomendación General, la 33 (2015), a la problemática del acceso de las mujeres a la Justicia. Naciones Unidas y el Consejo de Europa han manifestado su preocupación por las actuaciones judiciales y procesales estereotípicas y prejuiciosas. Las directivas sobre igualdad de la Unión europea contemplan diversas normas al respecto de la defensa del derecho a la igualdad, tanto en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, como en la igualdad por el origen racial o étnico y por convicción o religiones, edad, discapacidad u orientación sexual. Por supuesto, estas previsiones aparecen, en mayor o menor medida, en las normas internas, tanto en las leyes de igualdad como en las leyes de procedimiento.

Una lectura muy general de las especialidades adoptadas en todos estos textos internacionales, europeos e internos, permite, a meros efectos didácticos, proponer una clasificación de las especialidades del derecho a la tutela judicial efectiva en perspectiva de género o con enfoque de derechos humanos, en cuatro grandes grupos de medidas:

1º. El primer grupo se refiere a las normas orgánicas: organización judicial, incluyendo presupuesto, medios personales y materiales, planta de órganos judiciales (evitando la lejanía de las sedes judiciales respecto a los lugares donde puede surgir el conflicto), composición equilibrada de los tribunales e incluyendo a los tribunales supremos, asistencia pública a las víctimas de discriminación y en su caso defensa procesal, o instauración de medios alternativos efectivos de resolución de conflictos.

2º. Un segundo grupo está vinculado con las normas procesales y, dado su carácter técnico procesal, en anteriores ocasiones hemos denominado este grupo como cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad: legitimaciones ampliadas, facilitación de la actuación en juicio, tramitación urgente, reglas flexibles sobre la carga de la prueba, valoración de las declaraciones, contenidos de la sentencia estimatoria, protección frente a represalias de la persona demandante o de quien apoya su demanda.

3º. Un tercer grupo se proyectaría sobre la aplicación práctica de las normas procesales para garantizar un efectivo acceso a la Justicia: se trataría de buenas prácticas en la tramitación de los procedimientos sobre igualdad de género o sobre cualquier otra causa de discriminación, y de buenas prácticas que garanticen la accesibilidad de las personas con discapacidad o de personas atravesadas por varias causas de discriminación (víctimas extranjeras, desconocedoras del idioma, de zonas rurales ...).

4º. Un cuarto grupo se refiere a la introducción de la perspectiva de género en el enjuiciamiento judicial, y más ampliamente, a la introducción del enfoque de derechos humanos, con la finalidad de evitar que los prejuicios prendan en las actuaciones procesales y, en particular, en las sentencias y otras resoluciones judiciales, y, en aquellos ámbitos en que sea procedente (paradigmáticamente en ámbitos jurídicos donde prima la tuición, como es el derecho laboral), con la finalidad de erradicarlos.

Como se puede fácilmente adivinar por la temática de esta ponencia y por el tiempo y espacio que le puedo dedicar, no vamos a analizar todas estas concreciones del derecho a la tutela judicial efectiva en perspectiva de género o enfoque de derechos humanos, ni siquiera podemos analizar uno de esos cuatro grupos, pero sí ha sido oportuno contextualizar la temática objeto de estudio dentro del entero conjunto normativo. Pues bien, dicha temática de estudio es el contenido de

la sentencia apreciando discriminación con la finalidad de conseguir una completa reparación efectiva y disuasoria por la vulneración de la igualdad, lo que tendría cabida sistemática dentro del segundo de los grupos de medidas a que se ha aludido: las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva. A los efectos de abordar esa temática de estudio, comenzaremos con el análisis del Derecho de la Unión europea (epígrafe 2), luego el apoyadero constitucional (epígrafe 3) y el derecho nacional, tanto en sus desarrollos en las leyes de igualdad (epígrafe 4) como en la ley de procedimiento laboral (epígrafe 5).

2. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en el derecho de la Unión Europea

El Derecho de la Unión europea ha conocido una importante evolución en cuanto a las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad, y en particular en cuanto a la regulación del contenido de las sentencias estimatorias de discriminación, y a tales efectos, se podrían apuntar tres fases que coinciden con la periodificación usual de las directivas de igualdad en tres sucesivas oleadas normativas.

2.1. Primera oleada: las directivas sobre igualdad de los sexos del siglo xx

No contemplaban específicamente estas directivas clásicas unos determinados contenidos en la sentencia apreciando discriminación. Ahora bien, todas esas directivas, desde la primera (la Directiva 75/117/CEE¹) reconocían una garantía de defensa de derechos cuyo ejemplo modélico aparece en la segunda directiva de la saga de directivas clásicas de igualdad: la Directiva 76/207/CEE². Según su artículo 6, “los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato ... pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido eventualmente, a otras autoridades competentes”. Una redacción con un notable éxito pues se reproduce en las posteriores directivas sobre igualdad de mujeres y hombres aprobadas en el Siglo xx: Directiva 79/7/CEE, Directiva 86/378/CEE, Directiva 86/613/CEE y Directiva 92/85/CEE³.

¿Qué se quiere decir con esos términos genéricos y un tanto herméticos de la disposición contenida en el artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE, y sus trasuntos? Muy pronto, el TJUE consideró cumplida la transposición de la norma comunitaria con el artículo 24 de la Constitución italiana de 27/12/1947 donde se declara que “todos pueden actuar en juicio para la defensa de sus derechos e intereses legítimos” (STJUE de 26/10/1983, Comisión vs. Italia, C-163/82). Quedaba así claro que lo contemplado en la norma comunitaria es el derecho a acudir a un órgano judicial, es decir un derecho de acceso a la Justicia o a la tutela judicial efectiva de

¹ Ya en 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, se contenía (en su artículo 6), una garantía de defensa de derechos, aunque muy tosca pues, sin referencia expresa a las reclamaciones judiciales, se hablaba de “medios eficaces que permitan velar por el respeto (al) principio (de igualdad de retribución)”.

² Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

³ El artículo 6 de la 76/207/CEE aparece reproducido en: (1) el artículo 6 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; (2) el artículo 10 de la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social; (3) el artículo 9 de la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad; y (4) el artículo 12 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Juzgados y Tribunales. Es un derecho admitido con carácter general (no solo en relación con la igualdad de sexos) en la totalidad de los Estados miembros⁴ y el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵.

Se trata de un derecho de alcance absoluto, sin admitirse excepciones ni siquiera en materia de seguridad pública (el asunto se refería a un trabajo de policía en situación de graves disturbios internos), no pudiendo excluirse el control judicial dando carácter de prueba irrefutable a una certificación de la autoridad pública donde se afirme el cumplimiento de las exigencias para autorizar una excepción al principio de igualdad (STJUE de 15/04/1986, Johnston, C-222/84, que además reconoce efecto directo a la norma). Otro matiz destacado de la aplicación judicial es que el incumplimiento trasciende del plano procesal al plano sustantivo, es decir, su incumplimiento constituye una discriminación sexista sustantiva (STJUE de 29/10/2009, Pontin, C-63/0876).

Desvelado el sentido de la norma comunitaria, el Tribunal de Luxemburgo empezó a extraer importantes derivadas (cauces procesales adecuados, carga de la prueba, legitimación, plazos de recurso ...) y, en particular (en lo que interesa a nuestro estudio), los siguientes contenidos de la sentencia apreciando la discriminación:

1º. Los Estados miembros, para la sanción de una violación del principio de igualdad de mujeres y hombres, ostentan “la libertad de elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para realizar sus objetivos”, sin estar obligados, en una discriminación en el acceso al empleo, a imponer al empresario contratar al trabajador. Ahora bien, si un Estado escoge la indemnización, “esta debe, en todo caso, para asegurar su eficacia y su efecto disuasorio, ser adecuada por relación a los perjuicios sufridos y debe, por tanto, ir más allá de una indemnización puramente simbólica como, por ejemplo, el reembolso de los gastos ocasionados por la candidatura” (STJUE de 10/04/1984, Colson and Kaman, C-14/83⁶, y STJUE de 10/04/1984, Hartz, C-79/93).

2º. No es acorde con las normas comunitarias un tope máximo fijado *a priori* para la indemnización derivada de un despido discriminatorio, ni la inexistencia de intereses derivados del tiempo transcurrido desde el despido discriminatorio hasta el pago efectivo de la indemnización (STJUE de 2.8.1993, Marshall II, C-271/91⁷).

⁴ Aunque en muchas constituciones este derecho no aparece expresamente recogido, se ha considerado implícito en el derecho al proceso debido o en otras exigencias democráticas; en Alemania en el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, que recoge la cláusula de Estado de Derecho. Otros textos constitucionales sí lo recogen expresamente. Así, el artículo 24 de la Constitución italiana de 1947 citado en el texto principal. El artículo 20 de la Constitución portuguesa de 25 de abril de 1976 “garantiza a todos el acceso al Derecho y a los Tribunales para defender sus derechos e intereses protegidos legalmente”. O el artículo 24 de la Constitución española de 28 de diciembre de 1979, que declara que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

⁵ En el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) se establece, bajo la rúbrica “derecho a un proceso equitativo”, que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por las leyes, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. La tutela jurisdiccional se extiende al propio Convenio, en cuyo artículo 13, bajo la rúbrica “derecho a un recurso efectivo”, se establece que “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁶ Para la adecuada comprensión de esta sentencia comunitaria quizás sea conveniente referirse al cambio que supuso en el derecho alemán, explicado por DÄUBLER, W. (*Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, páginas 806 y 807). La aplicación del artículo 611, letra a), párrafo 2, del Código Civil, obligaba al empresario a indemnizar los daños que se originaban al trabajador por haber confiado en celebrar el contrato de trabajo, lo cual se entendía solo amparaba la reclamación de los gastos del envío de la solicitud para presentarse a la convocatoria, de donde, con cierta ironía, se le llamaba el artículo del franqueo. Después del Caso Colson and Kaman, la jurisprudencia germana ha rectificado su interpretación, admitiendo indemnizaciones superiores de hasta seis mensualidades, e incluso, de acreditar la candidatura rechazada que, de no mediar la discriminación, hubiera sido contratada, se le indemniza el valor del puesto de trabajo, lo que supone aplicar las indemnizaciones del despido.

⁷ La STJUE de 26/02/1986, Marshall I, C-152/84, consideró, en aplicación de la Directiva 76/207/CEE, despido discriminatorio el de una mujer “por la única causa de haber alcanzado o sobrepasado esta la edad a la que tiene

3º. Ahora bien, la legislación nacional *sí puede establecer a priori* un tope máximo individual de la indemnización por una no contratación discriminatoria cuando el empresario pueda probar que no habría obtenido la plaza vacante aunque la selección se hubiera efectuado sin discriminaciones, debido a la superior cualificación del candidato contratado. Pero la legislación nacional no puede establecer *a priori* un límite máximo global para la suma de las indemnizaciones que pueden reclamar las personas candidatas que hayan sido discriminados por razón de sexo con motivo de una contratación, cuando sean varias las personas candidatas que reclaman la indemnización (STJUE de 22/04/1997, Nils Draehmpaelh / Urania Immobilienservice, C-180/95).

4º. En el ámbito de la Seguridad Social Pública, el Tribunal de Justicia admite más flexibilidad, y a pesar de lo decidido sobre los intereses en el Caso Marshall II, no es obligado el pago de intereses sobre los atrasos de prestaciones aunque el atraso obedezca a discriminación sexista, sino solo a “reparar los perjuicios causados a un particular”, a concretar por el juez nacional (STJUE de 22/04/1997, Sutton, C-261/95). Lo que se compadece con la eficacia degradada de la directiva sobre seguridad social pública (Directiva 79/7/CEE), si bien no es claro que (aunque la Directiva 79/7/CEE no ha sido nunca reformada) esta doctrina sea mantenible a la vista de los importantes avances acaecidos en la normativa comunitaria sobre igualdad de mujeres y hombres.

5º. Los Estados miembros “deben procurar que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares” (STJUE de 11/10/2001, Paquay, C-460/06, donde, en aplicación combinada de la Directiva 92/85/CEE y el artículo 6 de la 76/207/CEE, se concluye que un despido discriminatorio notificado después del periodo de prohibición de despido por maternidad, pero iniciado antes, debe ser sancionado igual que si el despido se hubiera notificado en ese periodo). Lo cual supone aplicar al contenido de la sentencia los principios de equivalencia (según el cual la regulación no puede ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna), y de efectividad (según el cual la regulación no puede hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la efectividad del derecho) que el Tribunal de Luxemburgo ha aplicado en relación con la defensa de derechos (véase la STJUE de 01/12/1998, Levez / Jennings LTD, C-326/96).

2.2. Segunda oleada: las directivas de igualdad de los primeros años del siglo XXI

El Tratado de la Unión europea (Ámsterdam, 1998) supuso un importante avance del derecho a la igualdad. Con el empuje de la IV Conferencia Mundial de Beijing (1995), la Unión europea reconoció el principio de transversalidad de la dimensión de la igualdad de mujeres y hombres con el *máximo rango normativo* (artículo 3.2 del TUE, actual 8 del TFUE: “en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”). Además, se introdujo una cláusula competencial general para regular el derecho a la igualdad respecto a otras causas (artículo 13 del TUE, actual 19 del TFUE).

Pues bien, todas las directivas de igualdad aprobadas bajo este empuje contienen, inspirándose en los desarrollos jurisprudenciales, cláusulas de protección jurisdiccional efectiva en términos mejorados con respecto a las directivas de la primera oleada. El ejemplo modélico

derecho a una pensión del Estado, edad que es diferente para hombres y mujeres en virtud de la legislación nacional”. Como se trataba de una práctica generalizada en las Administraciones públicas británicas, ello generó un importante número de demandas dirigidas a reclamar una indemnización e intereses con riesgo de desequilibrio los presupuestos públicos y con un importante alboroto político de los euroescépticos. En este contexto, la House of Lords plantea la cuestión prejudicial Marshall II, cuya resolución por el TJUE generó una nueva oleada de euroescepticismo en Reino Unido.

de este perfeccionamiento normativo lo encontramos, primero en la Directiva 2002/73/CE⁸, y luego en la que la refundió, la Directiva 2006/54/CE⁹, aunque todas las directivas de igualdad de esta oleada contienen cláusulas de protección jurisdiccional efectiva, tanto las de igualdad de los sexos¹⁰, como las relativas a otras causas de discriminación¹¹. Ciertamente, las cláusulas ofrecen variedad de redacciones, pero sí buscan una misma finalidad, y para potenciar esa finalidad el Tribunal de Justicia las ha interpretado uniformemente, actuando como argamasa que atribuye unidad al conjunto. De ahí que lo que se diga para la Directiva 2006/54/CE se extiende a todas las directivas sobre igualdad por razón de sexo, y también por origen racial o étnico, o por convicciones o religión, discapacidad, edad u orientación sexual, y viceversa, lo que se diga para algunas de estas otras directivas, se extiende a aquella.

De la regulación contenida sobre defensa de los derechos en la Directiva 2006/54/CE, destacaremos, respecto a los contenidos de la sentencia, tres disposiciones.

En primer lugar, se mejora la redacción de la garantía general de defensa de derechos cuando se establece, en el artículo 17.1, que “los Estados miembros velarán por que, 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”. Ahora como antes, nos encontramos ante el reconocimiento de un derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso debido o al acceso a la Justicia. Y ahora como antes, es un derecho absoluto. De ese derecho el Tribunal de Luxemburgo ha deducido los contenidos de la sentencia apreciando discriminación. Por ello, la amplitud del derecho puede dar lugar a nuevos desarrollos en orden al contenido de la sentencia apreciando discriminación que, por el hermetismo de su formulación, aún no han visto la luz en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Luxemburgo. Quedémonos pues con esta disposición en la recámara pues en cualquier momento puede ser un argumento decisivo para interpretar el contenido normativamente exigido para una sentencia apreciando discriminación.

En segundo lugar, se introduce una disposición específica en relación con el contenido de la sentencia apreciando discriminación, el artículo 18 donde, bajo la rúbrica “indemnización o reparación”, se establece lo siguiente: “Los Estados miembros introducirán 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

⁸ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. La 2002/73/CE modificó el artículo 6 de la 76/207/CEE.

⁹ Artículos 17, 18, 19, 23, 24 y 25 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

¹⁰ Cláusulas semejantes (aunque no siempre idénticas) a las de la Directiva 2006/54/CE aparecen en: (1) los artículos 8, 9 y 10 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y (2) en los artículos 9 y 10 de la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

¹¹ Cláusulas semejantes (aunque no siempre idénticas) a las de la Directiva 2006/54/CE aparecen en: (1) los artículos 7, 8 y 9 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y (2) los artículos 9, 10 y 11 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

perjuicio sufrido. 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”.

En tercer lugar, y aunque no se incluye sistemáticamente dentro del capítulo de la Directiva 2006/54/CE dedicado a “recursos y cumplimiento” en el título III sobre “disposiciones horizontales”, sino dentro del capítulo, también incluido en ese título III, dedicado a “disposiciones horizontales generales” (anodino título que nada aporta), el artículo 23, sobre “sanciones”, dice lo siguiente: “Los Estados miembros establecerán el 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...”.

No es en absoluto difícil encontrar las inspiraciones jurisprudenciales de estos artículos, y en particular del artículo 18 (remitimos a lo dicho en anterior epígrafe 1.2).

A su vez, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de dictar nuevas sentencias sobre el contenido de la sentencia apreciando la discriminación, bien (en una ocasión) interpretando el artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE, bien (en otras dos ocasiones) interpretando normas de alcance semejante recogidas en otras directivas de igualdad.

- STJUE de 17/12/2015, Arjona Camacho, C-407/14. Un Juzgado de lo Social de Córdoba se planteó la cuestión, en un supuesto de despido discriminatorio sexista, si la indemnización solo debía abarcar la reparación del daño (que cuantificaba en 3.000 euros), o podía incluir daños punitivos (en cuyo caso la indemnización podía alcanzar los 6.000 euros reclamados por la trabajadora). El TJUE responde lo obvio: “el artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE ... debe interpretarse en el sentido de que, para que el perjuicio sufrido como consecuencia de una discriminación por razón de sexo sea efectivamente indemnizado o reparado de manera disuasoria y proporcionada, este artículo obliga a los Estados miembros que eligen la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno, según los procedimientos que determinen, medidas que establezcan el pago a la persona que ha sufrido un perjuicio de una indemnización que cubra íntegramente dicho perjuicio”. Lo que significa que los daños punitivos solo están incluidos si la ley nacional lo establece expresamente, pero no lo impone la Directiva.
- STJUE de 23/04/2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, C-507/18, que da una respuesta curiosa a una sencilla pregunta. La Corte suprema di cassazione de Italia quería saber si, en aplicación de la Directiva 2000/78/CE, una asociación de defensa de los derechos de igualdad adquiría, por ostentar un interés colectivo y no tener ánimo de lucro, legitimación para recurrir judicialmente y (en el extremo de interés a nuestro estudio) solicitar una indemnización. Pero lo que contesta el TJUE es que la Directiva 2000/78/CE no impide a una legislación nacional atribuir dicha legitimación y pedir una indemnización a una asociación con tales características. Con lo cual, aunque sea con un renglón torcido, el TJUE está dando por supuesto que la Directiva 2000/78/CE ni reconoce legitimación ni poder solicitar indemnización.
- STJUE de 14/09/2023, DX, C-113/22. Ante la situación derivada de que la entidad gestora (en el caso española: se trataba del INSS) había denegado un complemento de pensión (se trataba del complemento por aportación demográfica) a un solicitante varón después de que una sentencia había considerado (STJUE de 12/12/2019, WA, C-450/2018) que

la norma legal que solo reconocía ese complemento a las mujeres era discriminatoria, el Tribunal de Justicia aclaró (en aplicación del artículo 6 de la Directiva 79/7/CEE, versión original de la garantía de defensa) que “el órgano jurisdiccional nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, sino también que le abone una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial”.

2.3. Tercera oleada: el pilar social y nuevas directivas de igualdad de los sexos

La potenciación del Pilar social de la Unión Europea acaecida en los últimos años ha supuesto un nuevo empuje en las directivas de igualdad que puede constituir una tercera oleada. De momento, se han aprobado, en 2019, una directiva sobre conciliación (Directiva 2019/1158¹²), en 2022, otra sobre equilibrio de género en la administración de sociedades cotizadas (Directiva 2022/2318¹³), en 2023, otra sobre transparencia retributiva y mecanismos para su cumplimiento (Directiva 2023/970¹⁴), y en 2024 dos sobre organismos de igualdad (Directivas 2024/1499¹⁵ y 2024/1500¹⁶).

De estas directivas, las de conciliación y, en especial, la de transparencia retributiva y mecanismos para su cumplimiento, contienen garantías de defensa de derechos, y entre ellas algunas relacionadas con eventuales contenidos de la sentencia.

En cuanto a la de conciliación (Directiva 2019/1158), contiene un artículo sobre “sanciones”, el 13, según el cual: “Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva o de las disposiciones pertinentes ya en vigor relativas a los derechos que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación de dichas sanciones. Las sanciones previstas serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

En cuanto a la de transparencia retributiva (Directiva 2023/970), su regulación presenta sumo interés pues, además del detalle regulador en cuanto a la indemnización o reparación (artículo 16), admite la posibilidad de otras vías de reparación (artículo 17).

¹² Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

¹³ Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.

¹⁴ 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.

¹⁵ Directiva (UE) 2024/1499 del Consejo, de 7 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en materia de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y por la que se modifican las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE.

¹⁶ Directiva (UE) 2024/1500 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación, y por la que se modifican las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE.

Según el artículo 16, rubricado “derecho a indemnización”, “los Estados miembros se asegurarán de que todo trabajador que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de la infracción de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución tenga el derecho de reclamar y obtener una indemnización o reparación íntegra, según determine el Estado miembro, por dicho perjuicio” (apartado 1), aclarando que “la indemnización o reparación ... constituirá una indemnización o una reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva por los daños y perjuicios sufridos, y será disuasoria y proporcionada” (apartado 2). Hasta aquí nada nuevo. Pero lo siguiente (apartado 3) sí que es interesante pues se contienen criterios en orden a interpretar qué se debe indemnizar o reparar. De un lado, se contempla un principio general de *restitutio in integrum*: “la indemnización o reparación restituirá a la parte que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que se habría encontrado si no hubiera sido discriminada por razón de sexo o si no se hubiera producido ninguna infracción de los derechos u obligaciones relativos a la igualdad de retribución”. De otro lado, se detallan las partidas concretas a indemnizar o reparar: “los Estados miembros velarán por incluir en la indemnización o reparación la recuperación íntegra de los atrasos y las primas o pagos en especie correspondientes, el rescancamiento por la pérdida de oportunidades, los daños morales, cualquier perjuicio causado por otros factores pertinentes, entre los que se puede incluir la discriminación interseccional, así como los intereses de demora”. Finalmente, se establece que “la indemnización o reparación no estará sujeta a ningún límite máximo fijado previamente” (apartado 4), lo que supone separarse del criterio (establecido en el Caso Nils Draehmpaelh / Urania Immobilienservice) de posibilitar un tope individual cuando la empresa acredita que no hubiera contratado a la persona candidata aún sin mediar la discriminación; se trata de una separación en principio lógica pues cuando se trata de discriminaciones retributivas no hay un proceso competitivo como en una contratación.

Según el artículo 17, rubricado “otras vías de reparación”, “los Estados miembros velarán por que, en caso de infracción de los derechos y las obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución, las autoridades competentes o los órganos jurisdiccionales nacionales puedan decidir, de conformidad con el Derecho nacional, a petición de la parte reclamante y a expensas de la parte reclamada: a) una medida por la que se ordene el cese de la infracción; b) una medida por la que se ordene la adopción de medidas para garantizar que se apliquen los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución” (apartado 1). ¿De qué medidas se trata? En el Preámbulo (51), la Directiva aclara que se trata de “medidas estructurales u organizativas” a adoptar por el empleador “para cumplir sus obligaciones en materia de igualdad de retribuciones”, poniendo al efecto varios ejemplos: “la obligación de revisar el mecanismo de fijación de la retribución con arreglo a una evaluación y una clasificación neutras con respecto al género; el establecimiento de un plan de acción para eliminar las discrepancias constatadas y reducir toda diferencia retributiva que no esté fundamentada; el suministro de información a los trabajadores para que sean más conscientes de su derecho a la igualdad de retribución; y la impartición de formación obligatoria para el personal de recursos humanos sobre igualdad retributiva y sobre técnicas de evaluación y clasificación profesional neutras con respecto al género”. Para garantizar el cumplimiento de las medidas expuestas, los Estados miembros “cuando la parte reclamada no cumpla una orden dictada en virtud del apartado 1 ... velarán por que sus autoridades competentes u órganos jurisdiccionales puedan, en su caso, imponer una multa coercitiva con el fin de garantizar el cumplimiento” (apartado 2). Nos encontramos, a no dudarlo, de una disposición novedosa cuya única pega es que la Directiva no parece imponer obligaciones cerradas a los Estados miembros, pues, como se deriva de la literalidad de la norma, las obligaciones de estos se reconducen a “velar” que las autoridades competentes o los órganos jurisdiccionales puedan imponer esta clase de medidas, y que, en caso de incumplimiento, puedan adoptar multas coercitivas. ¿Qué ocurre, pues, si los Estados miembros no velan por que

ello sea así, no trasponiendo la norma comunitaria? ¿Podrían entonces los sujetos legitimados reclamar esas medidas y coerciones y podrían entonces las autoridades competentes y los órganos jurisdiccionales acordarlas? Dicho de otro modo, ¿tiene la norma una eficacia directa?

Queda claro, en todo caso, que esta tercera oleada de directivas de igualdad viene pisando fuerte para la conseguir la efectividad de los derechos de igualdad, con especial incidencia en los contenidos de la sentencia estimatoria de discriminación. Veremos a partir de ahora cómo estas normas se trasponen en los Estados miembros y cómo son interpretadas, a través de cuestiones prejudiciales, por el Tribunal de Justicia.

3. Apoyatura constitucional del contenido de la sentencia apreciando discriminación

En el derecho nacional, la norma fundamental es el artículo 14 de la Constitución Española en cuanto avala la adopción de cualquier medida para evitar que la discriminación pueda prevalecer (“sin que pueda prevalecer”, se dice literalmente). Como la protección frente a la discriminación encuentra protección a través del recurso de amparo constitucional, también se debe tener en cuenta lo establecido, en relación con el contenido de la sentencia estimatoria de un amparo constitucional, en el artículo 55.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC):

“La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos. b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”.

Y se debe tener en cuenta esta norma pues no tendría sentido que el alcance del recurso de amparo ordinario fuera diferente y menor que al del amparo constitucional.

4. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en las leyes de igualdad internas

4.1. Disposiciones comunes para todas las igualdades

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LIIT), y como se explica en su Exposición de Motivos, “tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas”. De ahí que las disposiciones dedicadas al contenido de las sentencias estimatorias de la discriminación en los artículos 26, 27 y 28 de la LIIT presentan la relevancia derivada de su aplicación general para todas las causas de discriminación protegidas y con respecto a todos los órdenes jurisdiccionales.

Según el artículo 28 de la LIIT (que opera como disposición común), “la tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate”. Una afirmación general que, por su amplitud, posibilita la adopción de cualquier medida siempre que sea necesaria en orden a poner fin a la discriminación, lo que acaecerá cuando la medida, en atención al caso particular, sea pertinente

(esto es, adecuada) y sea útil (esto es, eficaz). Aunque esta afirmación general no se puede considerar novedosa pues del artículo 14 de la CE ya se deduce que es exigible adoptar cualquier medida para evitar que la discriminación pueda prevalecer (“sin que pueda prevalecer” dice la norma constitucional), también es verdad que la plasmación expresa de esta consideración en una ley ordinaria facilitará la adopción por los órganos judiciales de las medidas en el caso pertinentes y útiles en orden a poner fin a la discriminación.

La más radical consecuencia jurídica de un incumplimiento normativo es la nulidad de pleno derecho que el artículo 26 de la LIIT anuda a “las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación”. Tal consecuencia se concreta en el ámbito de un proceso judicial en una tutela anulatoria declarativa, que curiosamente no enumera el artículo 28, acaso para no repetir con el 26.

Sí enumera el artículo 28 otras posibles medidas: “el cese inmediato de la discriminación” (tutela interdictal), “pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores” (tutela cautelar), “la indemnización de los daños y perjuicios causados” (tutela indemnizatoria) y “el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho” (tutela restitutoria). Aunque es oportuna la referencia a la tutela cautelar, es llamativo que su inclusión se contemple en una oración subordinada en relación con la tutela interdictal de cese inmediato de la discriminación cuando es que la tutela cautelar, según las leyes de enjuiciamiento (tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 726.2 y 727, como en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, artículos 79 y 180), tanto ampara el cese inmediato de la discriminación (tutela cautelar negativa) como otras medidas más amplias, e incluso la anticipación del resultado del litigio (tutela cautelar positiva); así, hubiera sido más oportuno citarla desgajada para acentuar su autonomía.

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

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

la norma para la reparación del daño moral, o deberá acreditar la existencia de daños físicos o materiales no amparados en dicha presunción.

(2) Y otra en relación con los sujetos obligados: “serán igualmente responsables del daño causado las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones (sobre la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias)”.

4.2. Disposiciones específicas para determinadas igualdades

Además de en la LIIT, encontramos disposiciones sobre los contenidos de las sentencias en los artículos 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), y en el artículo 75 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD).

Según el artículo 10 de la LOIEMH, rubricado “consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias” (sin centrarse en la tutela judicial efectiva, aunque obviamente dichas consecuencias podrán ser reclamadas judicialmente): “Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

Según el artículo 75 de la LGDPD, rubricado “tutela judicial y protección contra represalias”: “1. La tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho. 2. La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado *a priori*. La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión ...”.

Aunque examinadas las normas de la LIIT, de la LOIEMH y de la LGDPD, aparenta la existencia de una cierta dispersión en el derecho nacional, se debe alcanzar la misma conclusión que, en relación con el Derecho de la Unión europea, hemos alcanzado: se deben interpretar todas las normas las unas por las otras dada su misma finalidad de erradicación de la discriminación para alcanzar un resultado coherente de manera que, sea cual sea la igualdad implicada en el caso, las consecuencias deberían ser uniformes, a lo que coadyuva el carácter de normativa común que ostenta la LIIT.

5. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en la ley reguladora de la jurisdicción social

Comoquiera que las leyes de igualdad se suelen remitir a las leyes de procedimiento en relación con las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad, debemos acudir a tales leyes de procedimiento. Lo que ocurre es que, en concreto en relación con el contenido de las sentencias apreciando discriminación, la única ley de procedimiento (s.e.u.o.) que contiene

disposiciones específicas al respecto es la ley de procedimiento laboral, o sea la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), que las contiene en sus artículos 182 y 183. Aunque tales disposiciones ya aparecían en las anteriores Leyes de Procedimiento Laboral de 1990 y de 1995, la LRJS, dentro de su propósito de “asignación al juez social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales” (según se afirma en su Exposición de Motivos), las mejoró sustancialmente, no solo por mejoras en las distintas tutelas (artículo 182), sobre todo por la regulación de la tutela indemnizatoria (artículo 183)¹⁷.

5.1. Elenco de las posibles tutelas judiciales

De conformidad con el artículo 182, apartado 1, de la LRJS: “La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: (a) declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes; (b) declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada; (c) ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados; (d) dispondrá 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”. O sea, y en línea con lo establecido en la LIIT, se distingue una tutela declarativa (la existencia de la vulneración denunciada y la concreción del derecho o libertad infringidos según su contenido constitucionalmente declarado), una tutela anulatoria (la nulidad radical de la conducta¹⁸), incluyendo la nulidad constructiva (interrumpir una conducta o realizar una conducta omitida), una tutela interdictal (cese inmediato del comportamiento antisindical, discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales), una tutela repositoria (la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo), y una tutela indemnizatoria (la indemnización que procediera).

¹⁷ Las diferencias entre los contenidos de los actuales artículos 182.1 y 183 de la LRJS/2011, en relación con el precedente artículo 180.1 de la LPL/1995, son las siguientes: (1) Una mayor precisión de la declaración a realizar en la sentencia estimatoria, al exigir -lo que no hacía la LPL- la expresión del “derecho o libertad infringidos” declarando su vulneración “según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes”. (2) Una mayor precisión de la condena consistente -según la LPL- en “el cese inmediato del comportamiento contrario al derecho fundamental”, que se detalla -en la LRJS- como “el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados”. (3) La complementariedad de las condenas relativas a “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” -sustancialmente iguales en la LPL y la LRJS-, con la condena a “el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho” -que no aparecía en la LPL-. (4) Una regulación detallada -que no existía en la LPL, ni en artículo 180.1 ni en ningún otro- de la indemnización por la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas -a la que se dedica in extenso el artículo 183 de la LRJS-.

¹⁸ La expresión nulidad radical se utilizó históricamente para distinguir la nulidad del despido por motivos formales (o nulidad simple) y por vulneración de derechos fundamentales (o nulidad radical). Actualmente, la expresión está desfasada pues las nulidades del despido disciplinario u objetivo son principalmente por vulneración de derechos fundamentales, de ahí que la expresión nulidad radical, si algún sentido tiene hoy días, es “puro efecto pedagógico”, en expresión de TUDELA CAMBRONERO, G.: “Proceso de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en *Proceso laboral. Estudios en homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 848.

5.2. ¿Resulta posible imponer a la empresa una contratación forzosa?

La discriminación en la fase precontractual nos conduce a cuestionar si es posible condenar a quien ha discriminado a la contratación forzosa de quien ha sido discriminado. Tal cuestión ha sido analizada con cierta profundidad en la doctrina civilista alemana, admitiéndose cuando concurren las siguientes tres condiciones: (1) que no haya alternativa en el mercado por prestarse el bien o servicio en régimen de monopolio, o cuando se produzcan situaciones de necesidad; (2) que el sujeto discriminador no haya celebrado un contrato con una persona tercera de buena fe; y (3) que estén determinados o sean determinables los elementos esenciales del contrato¹⁹.

No presenta la contratación forzosa en el ámbito laboral problemas tan intensos como en el civil entre otras cosas porque cada puesto de trabajo es un bien insustituible y las condiciones del contrato siempre están determinadas o son determinables aplicando leyes, reglamentos y convenios colectivos. Por ello, la STC 229/1992, de 14 de diciembre, no tuvo reparo en obligar a HUNOSA a contratar a la trabajadora a la que se había excluido del trabajo en el interior de la mina. Y la STC 173/1994, de 7 de junio, obligó a renovar un contrato temporal a una trabajadora embarazada en el Museo Reina Sofia. La determinación del contenido de la condena a contratar y su ejecución se deberían seguir, como ha apuntado nuestra mejor doctrina, por las normas del despido²⁰.

Cuando se trata de una discriminación colectiva (que es lo más usual si es discriminación indirecta), la contratación forzosa no resulta factible al no existir unas personas discriminadas perfectamente individualizadas a quienes contratar. ¿Puede entonces solicitarse la condena de la empresa a la adopción de una política de personal para reparar hacia el futuro la discriminación colectiva? De entrada, nada impide se acuerde ello en conciliación, lo cual, si bien se mira, sería algo semejante a acordar un plan de igualdad. Si esto es así, nada debería impedir se pudiese solicitar eso mismo judicialmente y se pudiese acordar en especial cuando, por las circunstancias propias del caso, sea identificable un interés cualificado para prevenir futuras discriminaciones²¹.

5.3. Tutela indemnizatoria: las fuentes normativas

La tutela indemnizatoria frente a una discriminación es una tutela en muchos aspectos más eficaz que el resto de las posibles tutelas, y en todos los casos complementaria de la otras tutelas aplicables, y ello por varias razones: (a) porque es aplicable en todos los casos, incluso en aquellos en que las demás tutelas resultan inaplicables o de muy difícil aplicación, como ocurriría con un acoso sin represalia, una no contratación discriminatoria o la adquisición del derecho por tercero de buena fe; (b) porque es el mejor mecanismo para la eficacia preventiva / disuasoria, haciendo realidad la máxima de que quien discrimina o lesiona un derecho fundamental, paga;

¹⁹ En la doctrina civilista española admiten la contratación forzosa en supuestos de discriminación bajo condiciones semejantes a las de la doctrina civilista alemana: GARCÍA RUBIO, M. P.: "Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Revista Derecho Privado y Constitución*, número 21, 2006; NAVAS NAVARRO, S.: "Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)", *Anuario de Derecho Civil*, volumen 60, número 4, 2007; GIMÉNEZ COSTA, A.: "La negativa a contratar por razón de género en el derecho privado", en MESA MARRERO, C. / GRAU PINEDA, M. C. (coords.), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant, Valencia, 2014.

²⁰ ALFONSO MELLADO, C. L.: "Comentario a STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo", *Poder Judicial*, número 35, 1994; CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2004, páginas 376 y 377.

²¹ También a favor de la posibilidad de imponer al demandado la elaboración de un plan de igualdad en discriminaciones colectivas María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, quien argumenta que "no existe en mi opinión obstáculo alguno para ello a la vista de la amplitud del pronunciamiento resarcitorio que autoriza el artículo 180 de la LPL (actual 182 de la LRJS), y daría su justa dimensión a la complejidad de la situación de fondo, que puede no ser abarcada en todos sus extremos por el pronunciamiento judicial", (*La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid, 2008, página 226).

y (c) porque permite reparar, no solo daños materiales y físicos, también los daños morales que son tan importantes en una materia donde está en juego la dignidad de la persona.

No resulta extraño, en consecuencia, el protagonismo que esta tutela ha adquirido en las últimas décadas a pesar del peso de la tradición histórica de nuestro Derecho del Trabajo en orden a reconocer solo indemnizaciones tasadas legalmente.

La brecha para romper con ese pasado comenzó con la Ley Orgánica de Libertad Sindical (1985), en cuyo artículo 15 se dice que “si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará ... la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas”, lo que se interpretó como incluyendo la indemnización. La Ley de Procedimiento Laboral (1990) fue explícita al reproducir, en su artículo 179, ese mandato y agregando “incluida la indemnización que procediera”.

Gracias a esas parcas precisiones normativas, los tribunales laborales comenzaron a conceder indemnizaciones, en un primer momento en relación con conductas antisindicales, después en las situaciones de acoso sexual y algo más adelante de acoso moral, para finalmente reconocerlas para todas las conductas discriminatorias y vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito de las relaciones laborales, hasta convertirse la indemnización en una pretensión adicionada a todas las demandas en que se alega discriminación o lesión de derechos fundamentales.

Sin duda alguna, en ese aspecto de generalización tuvieron mucho protagonismo la LOIEMH (2008) al resolver en sentido positivo la enojosa problemática de si era, o no, acumulable la indemnización a cualquier modalidad procesal especial y en particular a la acción de impugnación del despido, y la LRJS (2011), que contiene una regulación detallada de la tutela indemnizatoria, en su artículo 183, en los siguientes términos:

“1. 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.

2. El tribunal se pronunciará 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.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”.

5.4. Tutela indemnizatoria: la aplicación judicial, en especial la problemática indemnización del daño moral

En aplicación de las anteriores normas positivas, no existe mayor problema en la indemnización de los daños materiales, algo más los físicos, y mucho más los morales.

Los daños materiales comprenden tanto el daño emergente (son los daños derivados de la lesión, acreditados usualmente con facturas), como el lucro cesante (son las ganancias dejadas de obtener, por ejemplo, a consecuencia de una relegación en ascensos). Quizás el aspecto más controvertido es si se pueden incluir como tales las costas y honorarios de abogados (en su caso, honorarios de graduados sociales), lo que se negó porque ello supone desvirtuar el principio de gratuidad del proceso laboral (STS de 11/05/2012, RCUd 1554/2011), en criterio seguramente necesitado de revisión a la vista de la doctrina contenida en la reciente STJUE de 14/09/2023, DX, C-113/22.

Para los daños físicos se ha admitido, razonablemente, que se utilicen para su cuantificación los baremos de tráfico (STS de 20/09/2007, RCUd 3326/06, en relación con la cuantificación de daños por días de baja tras agresión sexual en el trabajo).

Los daños morales son los de más problemática cuantificación. Al respecto, la jurisprudencia social ha discurrido a través de varias etapas que se detallan en la didáctica STS 3908/2017 de 5 de octubre (RCUd 2497/2015), en la cual se llega a reconocer que “la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos ... no ha tenido la uniformidad que sería deseable”. Veamos las etapas a las que aluce esa STS:

Primera posición: Inicialmente se asumió la concesión automática de la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que este perjuicio se presume con la vulneración del derecho (SSTS 09/06/1993, RCUd 3856/1992; STS 08/05/1995, RCO 1319/1994).

Segunda posición: Otras veces se asume la 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 (STS 22/07/1996, RCO 7880/1995). Doctrina jurisprudencial que (este es un añadido del autor) se vio desacreditada con la STC 247/2006, de 24 de julio (en particular, en lo relativo a la necesidad de acreditar tales indicios o puntos de apoyo).

Tercera posición: Se aplica el criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral argumentando que la “inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño (moral) esencialmente consiste” conduce a “un mayor margen de discrecionalidad” y además “diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica” (STS 21/09/2009, RCUd 2738/2008; STS 11/06/2012, RCUd 3336/2011).

Doctrina actual: Se consolida la anterior tendencia en atención a la regulación de la LRJS (2011), de manera que la exigible identificación de “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada” se ha de excepcionar en el caso de “los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada” (STS 17/12/2013, RCO 109/2012; STS 08/07/2014, RCO 282/2013; STS 02/02/2015, RCO 279/2013; STS 26/04/2016, RCO 113/2015; STS 649/2016 de 12 julio, RCO 361/2014). Esta doctrina, que es *más acorde con la naturaleza del daño moral*, ha ido acompañada con una

invocación, como criterio orientador para la cuantificación de la indemnización, a parámetros indemnizatorios varios (el baremo de cuantificación de las indemnizaciones por accidentes de tráfico; los criterios utilizados en la legislación sobre protección del derecho al honor; los principios europeo sobre responsabilidad civil), el más invocado ha sido, a no dudarlo, las cuantías de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social para las infracciones producidas en el caso enjuiciado. Al respecto, se suele argumentar que ese criterio ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio) y en las últimas sentencias de las anteriormente citadas se le califica como un criterio judicial totalmente consolidado.

Hay cuatro sentencias recientes de interés en donde se ha aplicado la doctrina imperante de aplicar el baremo LISOS. No se trata de analizar su *thema decidendi*, que no es relevante más que incidentalmente, sino de verificar cómo, después de resolver el *thema decidendi* en el sentido de reconocer el derecho a indemnización, la Sala la cuantifica: la STS 179/2022, de 23 de febrero (RCUD 4322/2019), la STS 214/2022, de 9 de marzo (RCUD 2269/2019), la STS 356/2022, de 20 de abril (RCUD 2391/2019), y la STS 397/2023, de 6 de junio (RCUD 4538/2019). Las dos primeras y la última se alinean, ante la falta de mayores precisiones en la cuantía indemnizatoria mínima prevista para las sanciones muy graves en la LISOS (6.251 euros, actualmente serían 7.501 euros), mientras que la tercera impone una indemnización superior 60.000 euros).

- STS 179/2022²²: “La relación laboral apenas ha durado dos años ... siendo el salario medio del trabajador durante ese periodo de unos 1.300 euros mensuales, por lo que resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma reclamada por daños morales de 15.525 euros, una vez que la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de trabajo”. Sobre la base de estos datos fácticos se razona que “el importe de la sanción prevista en el artículo 40 de la LISOS, a lo que se acoge el demandante como parámetro de referencia, parte de un mínimo de 6.251 euros hasta un máximo de 25.000 euros, por lo que es más razonable y adecuado fijar la indemnización en la suma correspondiente a la cuantía inferior de esa multa, que prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador”.
- STS 214/2022²³: “La relación laboral ha durado alrededor de dos años, desde el 23 de diciembre de 2015 al 11 de agosto de 2017, siendo el salario bruto anual del trabajador durante ese periodo de 23.618,28 euros, por lo que resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma reclamada por daños morales de 25.000 euros, una vez que la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de trabajo”. Sobre la base de estos datos fácticos se razona (en términos casi literalmente idénticos a los razonados en la citada sentencia anterior) que “el importe de la sanción prevista en el artículo 40 de la LISOS, a lo que se acoge el demandante como parámetro de referencia, partía para las faltas muy graves en el caso de infracciones en materia de relaciones laborales, en su grado mínimo de la cantidad de 6.251 euros hasta un máximo de 25.000 euros, por lo que es más razonable y adecuado fijar la indemnización en la

²² Comentada por MONEREO PÉREZ, J. L.: “Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo “prudencial” de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3, 2022.

²³ Comentada por GARCÍA ROMERO, B.: “Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 4, 2022.

suma correspondiente a la cuantía inferior de esa multa, que prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador”.

- STS 356/2022: “En multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Esto es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia ... Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se produzcan en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conducta vulneradoras, el carácter pluri ofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización ... La Sala, teniendo en cuenta la duración de la relación entre las partes (en torno a los 18 años), así como el resto de circunstancias del caso, especialmente el hecho de que se encontrara el trabajador una situación de IT cuyo origen estaba relacionado con los aspectos que, finalmente, dieron lugar a la violación de su derecho fundamental, estima adecuada la cantidad de 60.000 euros, que supone alrededor de dos anualidades de su salario y se sitúa en la franja media de las referidas sanciones del texto vigente de la LISOS y del que se encontraba en vigor al tiempo de producirse los hechos y que resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infligido al trabajador, a la vez que puede resultar disuasoria de futuras posibles conductas de ataque a los derechos fundamentales de los trabajadores”.
- STS 397/2023²⁴: En este supuesto litigioso, el abordaje de la cuestión es diferente a los tres casos anteriores: no es el trabajador demandante quien reclama una indemnización que, por unos u otros motivos, se le ha denegado en la sentencia recurrida en unificación de doctrina, y la sentencia de casación, después de despejar esos motivos entra a cuantificar la indemnización dentro de los límites en que se ha planteado el debate; en este caso es la empresa quien, como tema principal de debate, reclama una reducción de la indemnización que se había cuantificado en la sentencia recurrida conforme al mínimo establecido para la infracción correspondiente en la LISOS, argumentando la empresa que su decisión lesiva fue una sola, y si fueron dos las trabajadoras afectadas, se debería considerar reducir en proporción esa cuantía. Ante esta cuestión litigiosa, la doctrina contenida en la STS 397/2023 resulta ser sencilla: “Admitido como válido el baremo de la LISOS para fijar la indemnización debida por daño moral a la actora -como razona la sentencia de instancia-, que es el importe de la multa del grado mínimo señalada para las infracciones muy graves (artículo 40.1.c) de la LISOS), y entendiéndose comprendida la presente en la muy grave prevista en el art. 8.12 de la misma Ley, con importe de 6.251 a 25.000 euros, que se fija en el importe mínimo de 6.251 euros, esta cuantía ha de

²⁴ Que ha comentado quien esto escribe (LOUSADA AROCHENA, J. F.: “La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 6, 2023).

aceptarse como válida, sin que sea aceptable rebajar el importe por debajo del baremo, indiscutiblemente aceptado por las partes”.

Puesta esta doctrina en el contexto legal reseñado en los párrafos anteriores, y situada dentro de la evolución jurisprudencial, en particular las últimas sentencias analizadas, la conclusión sale de suyo: la cuantía mínima de la sanción establecida para la infracción correspondiente en la LISOS opera como mínimo de derecho necesario en los pleitos de despido calificado de nulo pues (1) se aplica incluso en el supuesto de no haberse argumentado en demanda los parámetros de cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, y (2) se aplica individualmente, aunque el acto empresarial vulnerador de derechos haya afectado a más de una trabajadora. Como ha destacado la doctrina científica, “puede ser razonable, en definitiva, seguir manteniendo la LISOS como norma básica para la concreción de la indemnización, pero parece oportuno (quizá incluso necesario) implementar legal o jurisprudencialmente una serie de parámetros o criterios adicionales que, teniendo en consideración la gravedad de la conducta empresarial, el daño moral infligido, y el contexto laboral en el que se produce, faciliten el refinamiento de la indemnización de una manera más depurada”²⁵.

¿Sigue siendo cuantía mínima la del baremo LISOS, o esta debe subir en los supuestos de discriminación una vez que la LIIT establece unas cuantías ligeramente superiores (su artículo 48 sitúa el mínimo de las infracciones graves en 10.001 euros, siendo la tipificación de las infracciones graves en el artículo 47 de la LIIT el equivalente a la tipificación de las conductas discriminatorias como las infracciones muy graves de la LISOS)? No es fácil ofrecer una respuesta en buena técnica jurídica. En principio, la LISOS es *lex specialis* en el ámbito laboral pero la LIIT es *lex posterior*, además de *lex specialis* en materia de discriminación. En todo caso, no se trata aquí de decidir una aplicación directa ni de la LISOS ni de la LIIT, sino de tomar sus criterios indemnizatorios como orientativos y la cuestión es que la indemnización se ajuste a los parámetros fijados en el artículo 183 de la LRJS, y normas concordantes.

5.5. Pero, ¿dónde está la eficacia disuasoria de la indemnización?

De conformidad con el artículo 183, apartado 2, de la LRJS, “el tribunal se pronunciará 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

²⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, BOE, Madrid, 2023, p. 214. Sobre esta base, el autor propone una fórmula de cálculo del daño moral en los siguientes términos: “Podría proponerse, en definitiva, como fórmula de cálculo que la indemnización se situase en el límite o frontera que marca el salario mensual de la persona trabajadora como indemnización mínima y el salario anual como indemnización máxima, situando la indemnización por daño moral, en términos generales, en la cuantía que resulte de adicionar a la cuantía prevista en la LISOS como sanción mínima ante la comisión de infracciones muy graves, un salario mensual del trabajador por cada lesión de un Derecho Fundamental que haya acontecido. Con ello se lograría la consecución de dos objetivos. En primer lugar, que todas las transgresiones de Derechos Fundamentales de todos los trabajadores encuentren una misma respuesta indemnizatoria mínima por parte del ordenamiento jurídico, con independencia de la duración del contrato o del tipo de actividad profesional que se desarrolle. Se mire como se mire, la transgresión de un mismo Derecho Fundamental debería tener la misma sanción para cualquier persona trabajadora. Y, en segundo lugar, que todas las indemnizaciones van a tener un cierto grado de exclusividad e individualidad, en función del parámetro salarial mensual, que es perfectamente conocido y empleado por el ordenamiento laboral para otro tipo de indemnizaciones. Posteriormente, después de obtener esa suma o cuantía mínima de la indemnización (compuesta, se reitera, por la adición a los 7501 euros de la suma de su salario mensual) se procedería a aqilatar la indemnización complementaria multiplicando el salario mensual por el múltiplo de los parámetros de gravedad apreciados que se relacionan con las circunstancias contextuales enunciadas (u otras igualmente pensables). Así, si se apreciara dos parámetros de gravedad la indemnización se compondría de dos sumandos: la “indemnización base” (compuesta por la suma de 7501 euros más el salario mensual de la persona trabajadora) más la “indemnización agravada” o complementaria (que resultaría de multiplicar el salario mensual por el número de factores de gravedad apreciados en el caso concreto). Por último, si apreciamos una intensidad lesiva especialmente grave, que acumulase varios (cuatro o cinco) factores de gravedad de la conducta lesiva empresarial, podríamos razonar en saltar de grado, del mínimo al medio de la LISOS, o incluso al máximo, para aquellas vulneraciones individuales de expansión colectiva y que afecten a la totalidad de trabajadores de una empresa” (ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La cuantificación*, obra citada, páginas 216 y 217).

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”. Si prescindimos del inciso “determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa” (que se relaciona con la indemnización del daño moral y en cuya interpretación la jurisprudencia se ha recreado), lo que queda de la norma es que el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño “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”. O sea, la norma recoge la doble eficacia resarcitoria y disuasoria de la indemnización por discriminación o vulneración de derechos fundamentales, y ello desvinculádonlo de la cuestión de la reparación del daño moral.

Una relectura de la jurisprudencia nos deja cierta desazón pues, más allá de la reproducción de la norma o algunas alusiones generales, no se suele hacer mayor desarrollo acerca de la eficacia disuasoria. La propia existencia de la eficacia disuasoria de la indemnización por discriminación ha sido objeto de cuestionamiento por motivos varios. Se ha dicho, en este sentido, que la indemnización tendría una finalidad exclusivamente resarcitoria, debiendo buscarse la finalidad disuasoria en las sanciones administrativas y, en su caso, en la sanción penal de las conductas discriminatorias. Que una indemnización con finalidad disuasoria es excéntrica en nuestro ordenamiento jurídico laboral, y sería asumir la figura de los daños punitivos anglosajona. También se ha dicho que la función disuasoria de la indemnización quedaría cubierta con la indemnización de los daños morales que la jurisprudencia ahora admite con naturalidad.

Ninguna de estas objeciones es totalmente correcta y alguna de ellas es totalmente desajustada a la vista de nuestro ordenamiento jurídico²⁶, y a los efectos de precisar la cuestión es oportuno volver sobre la literalidad del artículo 183, apartado 2 de la LRJS, y la normativa comunitaria que le sirve de apoyo (a saber, las directivas sobre igualdad de género, y en particular el artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE).

El artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE no impone ni la indemnización disuasoria, ni los daños punitivos. Literalmente lo que establece (basándose en la jurisprudencia previa del TJUE) es que “los Estados miembros introducirán 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 sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”. Y la STJUE Arjona Camacho (analizada *ut supra*) no se ha salido de este derrotero: los Estados miembros pueden elegir la reparación o la indemnización para cumplir la finalidad disuasoria y no están obligados a implementar, aunque pueden hacerlo, la figura de los daños punitivos. Ahora bien, dentro de esa libertad de los Estados miembros, el resultado final debe garantizar una respuesta que debe ser “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”.

Por lo tanto, la disuasión se puede conseguir, según el Derecho de la Unión europea, tanto con la reparación como con la indemnización, que es una opción libre para los Estados miembros, o ser ambas necesarias para la eficacia de la disuasión en la medida en que lo exigido es garantizar una respuesta “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”. Trasladando esta apreciación a nuestro derecho interno, y refiriéndonos a un supuesto prototípico, la eficacia disuasoria frente a un despido discriminatorio probablemente se consiga, en un buen número de supuestos, con la readmisión obligatoria más una indemnización resarcitoria del daño pues la readmisión obligatoria no cubre la totalidad de los perjuicios a resarcir, y en particular no cubre en ningún

²⁶ Muy interesantes son las críticas a todos estos cuestionamientos, y otros, realizadas por BALLESTER PASTOR, M. A.: “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, número 69, 2015, páginas 34 a 43.

caso el daño moral (aparte otros posibles daños, como la pérdida de la salud, en el supuesto de que esos posibles daños se aleguen y acrediten oportunamente en juicio).

Ahora bien, hay cuando menos dos escenarios en donde no se garantiza una respuesta “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”, y aquí debemos volver la vista al Derecho de la Unión europea y a su desarrollo por el Tribunal de Luxemburgo:

1ª. Cuando no es aplicable ninguna reparación diferente a la indemnización, que, por lo tanto, deberá ser resarcitoria y disuasoria pues sino no se conseguiría la respuesta “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”, y esto nos sitúa, precisamente, en los casos judicializados ante el TJUE que dieron lugar al contenido vigente del artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE: la STJUE Colson and Kaman; la STJUE Hartz; y la STJUE Nils Draehmpaelh / Urania Immobilienservice. Estos tres casos se referían a ordenamientos jurídicos (el alemán y el danés) donde la respuesta ante una discriminación en el acceso al empleo no contempla una contratación forzosa obligatoria, con lo cual no cabe más reparación que la indemnización y, consiguientemente, esa indemnización deberá de ser disuasoria además de resarcitoria.

2ª. Cuando, aun existiendo la posibilidad de reparación, la misma unida a la indemnización resarcitoria no consigue una eficacia disuasoria completa, y esto nos sitúa, precisamente, en otro caso judicializado ante el TJUE de los que dieron lugar al contenido vigente del artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE: la STJUE Marshall II. Este caso se refería a un ordenamiento jurídico (el inglés) que posibilitaba una política de personal en las administraciones públicas según la cual eran despedidas las trabajadoras que alcanzaban la edad legal de jubilación, más baja que para los varones, con lo cual la indemnización, además de resarcir el daño, debía corregir aquella política, no bastando, en consecuencia, con una indemnización con un tope legal fijado *a priori*.

Y esto no es más ni menos que lo que dice, en sus precisos términos, el artículo 183, apartado 2, de la LRJS, pues se exige que la indemnización tenga la doble finalidad, de un lado, de “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”, y de otro lado, de “contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. Con lo cual (y los verbos utilizados resultan relevantes), la finalidad reparadora busca “resarcir suficientemente”, mientras que la finalidad disuasoria busca “contribuir a ... prevenir el daño”, dando como presupuesto que otras tutelas, incluyendo la indemnizatoria dirigida al resarcimiento, tienen esa finalidad disuasoria que, sin embargo, puede no ser completa, y de ahí que se contribuye a ella con la indemnización disuasoria. Es decir, y siguiendo con el ejemplo prototípico del despido discriminatorio, es perfectamente posible (por ejemplo, en supuestos donde el despido obedezca a una política de personal generalizada en una administración pública o en una gran empresa) que la finalidad disuasoria no quede cubierta con la readmisión de la persona trabajadora y el resarcimiento de sus daños, sino que sea necesaria una cuantía superior para considerar efectivamente cubierta la finalidad disuasoria de la reparación más la indemnización.

Hemos de precisar que, en el caso ejemplificado y en otros posibles en que ni siquiera quepa una reparación *in natura*, la indemnización del daño moral no agota la finalidad disuasoria de la reparación o indemnización, pues, aunque pueda tener una eficacia disuasoria en sí mismo considerada, la misma no agota la finalidad preventiva pues esta tiene un componente social que va más allá del resarcimiento del daño y está dirigido a fortalecer la confianza en el cumplimiento de la Ley y en el Sistema judicial. No podemos aceptar, en consecuencia, que la jurisprudencia analizada en páginas precedentes, que acepta con naturalidad la indemnización del daño moral y lo cuantifica sobre el parámetro de las cuantías de las sanciones contempladas en la LISOS, tenga por sí misma una finalidad disuasoria que, en todos los casos, excluya la indemnización con

finalidad disuasoria acumulada a la reparación y a la indemnización resarcitoria. Debemos estar, en consecuencia, a cada caso judicializado para llegar a la solución que, en ese caso concreto, permita un resultado reparatorio y/o indemnizatorio que garantice una respuesta, valorada en su conjunto, “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”.

Recapitulando: la reparación frente a la conducta discriminatoria en alguna de las tutelas contempladas en el artículo 182 de la LRJS (declarativa, anulatoria, interdictal y repositoria) se debe complementar con una indemnización resarcitoria en los términos establecidos en el artículo 183 de la LRJS, incluyendo el daño moral, y ello en muchos casos, garantiza una respuesta, valorada en conjunto, “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”; pero habrá casos en que, por no existir ninguna tutela efectiva más allá de la indemnización, o porque, aun existiendo alguna otra tutela efectiva además de la indemnización, no se garantice una respuesta que, valorada en su conjunto, sea “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”. Será en estos casos, interpretados a la luz del Derecho de la Unión europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sin llegar a ser daños punitivos, la finalidad disuasoria tendrá una virtualidad específica para cuantificar la indemnización del artículo 183 de la LRJS.

5.6. Cuestiones de procedimiento en el ejercicio de las acciones

5.6.1. Alegación y justificación de la cuantificación de la indemnización

La LRJS, en su artículo 179.3, obliga a expresar en la demanda “los hechos constitutivos de la vulneración (y) el derecho o libertad infringidos”. Pero no las tutelas ejercitadas, siendo habitual que, en el suplico de la demanda, se transcriba el contenido de su artículo 182. Sin embargo, en no pocas ocasiones resultará conveniente, para prevenir alegatos de indefensión por los sujetos demandados, la especificación de otras condenas más concretas. La cuestión conecta con la posibilidad de solicitar pretensiones no expresamente recogidas en la norma, como la publicidad de la sentencia de condena dentro del entorno de la empresa, que pueden ser acogidas si, siendo solicitadas, son necesarias para la reparación del derecho y no son desproporcionadas a dichos fines.

A lo que sí obliga el artículo 179.3 de la LRJS (y fue una novedad con respecto a la LPL) es a expresar, con igual claridad a hechos y derecho, “la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios” en unos términos que en parte recogen y en parte matizan la jurisprudencia previa a la LRJS. En parte la recogen porque, desde la STS de 22/07/1996, RCU 3780/1995, se exige que, en la demanda, se concreten, cuando menos, las bases de cálculo de la indemnización. Y en parte la matizan porque se establece la salvedad de los daños morales de difícil estimación detallada, conectando con la STC 247/2006, de 17 de julio, que deriva el daño de la vulneración del derecho²⁷.

5.6.2. Supuestos de prejudicialidad en relación con vulneraciones constitucionales con trascendencia penal

De acuerdo con el artículo 4.1 de la LRJS, “la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo” (principio general de colaboración jurisdiccional). Únicamente se produce el efecto devolutivo

²⁷ Como apunta (en razonable opinión) FOLGUERA CRESPO, J. A., “la norma va a requerir probablemente una nueva elaboración jurisprudencial, porque la ley parte ahora de la presunción de existencia del daño, al menos del daño moral, mientras que los daños y perjuicios materiales y personales adicionales a ese primer daño presunto son los que deben ser probados”, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, dirigidos por FOLGUERA CRESPO, J. A. / SALINAS MOLINA, F. / SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011, página 686.

en el supuesto del artículo 4.3 de la LRJS: “Hasta que las resuelva el órgano judicial competente, las cuestiones prejudiciales penales suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión solo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla” (supuesto excepcional de separación jurisdiccional).

Por ello, en los supuestos de violación de derechos fundamentales, aunque sean delito o falta (caso típico del acoso sexual), se pueden utilizar las acciones laborales de manera independiente a las acciones penales. ¿Incluso la acción laboral indemnizatoria? La STS de 05/06/2005, RCU 1838/04, ha considerado que, si concurre con la laboral, la vía penal es preferente en relación con la indemnización, de donde, solo si en ella no resulta satisfecha la acción indemnizatoria, se podría reclamar en la vía laboral, quedando interrumpido el plazo de prescripción durante el trámite del proceso penal.

Tal doctrina jurisprudencial, con alguna matización, es la base del artículo 183.4 de la LRJS, donde se establece que “cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquella o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”. La matización a que se ha aludido al principio de este párrafo se encuentra en la posibilidad de reclamar la indemnización en vía laboral, aún en trámite la vía penal, en el supuesto de hacer reserva de ejercicio de la acción civil.

En cualquier caso, el artículo 183.4 de la LRJS se limita a resolver el supuesto de concurrencia de la vía penal con la vía laboral, pero (literalmente interpretado) no obliga a la víctima a acudir a la vía penal para reclamar la indemnización (lo que, además, chocaría con el artículo 177.4 de la LRJS), de modo que, aunque el órgano judicial social considere la existencia de indicios constitutivos de un ilícito penal, no se puede declarar incompetente si la víctima no ha ejercitado la acción penal, sin perjuicio de que el órgano judicial, en la sentencia, acuerde enviar testimonio al Ministerio Fiscal para depuración de las responsabilidades penales (exclusivamente las penales, pues para las civiles concretadas en la indemnización la víctima ha optado por acciones laborales).

5.6.3. Comunicabilidad de los contenidos de los artículos 182 y 183 de la LRJS a los procesos citados en el artículo 184 de la LRJS

La LPL decía, en su artículo 182, que, “no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de libertad sindical u otro derecho fundamental, se tramitarán inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente”.

Tal norma dio lugar a dudas aplicativas, pues según algunas sentencias, la remisión de la tutela de derechos fundamentales a esas modalidades procesales suponía una exclusión de las reglas especiales de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, de manera que (por poner el ejemplo más usual) en un juicio de despido se podía alegar la discriminación para conseguir la nulidad, pero no se podía acumular una indemnización por discriminación o vulneración de derechos fundamentales.

Frente a esta tesis de remisión excluyente, se fraguó la tesis de remisión acumulativa, interpretando la norma en el sentido de permitir la aplicación acumulativa tanto de las

especialidades de las modalidades procesales a las que se remitía como de las especialidades de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales²⁸.

La más conocida de las discusiones generadas entre ambas tesis la resolvió la LOIEMH al admitir la acumulación de la indemnización en esas otras modalidades procesales especiales. Mientras se tramitaba la LOIEMH, el TS, cambiando su previa doctrina excluyente, asimismo lo admitió (STS de 17/05/2006, RCU 4372/2004).

El artículo 184 de la LRJS, aunque mantiene la remisión inexcusable de determinadas pretensiones de tutela de derechos fundamentales a las correspondientes modalidades procesales especiales, establece expresamente (lo que no hacía la LPL) la unificación de las garantías procesales exorcizando el riesgo de debilitación de la tutela efectiva a través de la intercomunicabilidad entre las garantías establecidas en la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales (artículos 177 a 183) y las garantías establecidas en las modalidades procesales especiales a que se remite la el artículo 184; esa intercomunicabilidad se consigue a través de las dos siguientes reglas:

1ª. De un lado, con la previsión (contenida en el artículo 184) de canalización de las pretensiones de tutela de derechos fundamentales a través de las modalidades procesales especiales a las que inexcusablemente se remite ese artículo, al establecer que esas pretensiones “se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos ... las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”. Norma que se compadece con lo regulado para la acumulación de las acciones en el artículo 26.2.

2ª. De otro lado, con la previsión (contenida en el artículo 178.2) de que “cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal”. De donde, cuando la tutela se realice a través de las modalidades procesales especiales del artículo 184, se les aplicarán a ellas tanto las normas relativas a las pretensiones sustantivas como las normas sobre garantías procesales establecidas en los artículos 177 a 183 de la LRJS.

5.6.4. Revisión de la cuantificación en vía de recurso

Una precisión final en orden a la tutela indemnizatoria discurre al hilo de la jurisprudencia sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el sentido de respetar la discreción judicial del órgano de instancia en la cuantificación de la indemnización, “de aquí que no quepa impugnar con consistencia jurídica la determinación que, de forma razonada, hace la Sala de instancia del perjuicio originado a los trabajadores” (STS de 23/12/2003, RCO 46/2003). O sea, la revisión de la cuantía indemnizatoria en recurso únicamente es posible cuando su determinación “resulta irrazonable o desproporcionada” (como afirma la STS de 12/12/2005, RCO 59/2005).

²⁸ La tesis de la remisión acumulativa surgió de las críticas y propuestas de los primeros comentaristas de la LPL/1990: VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en el libro colectivo *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, páginas 662 a 666; BAYLOS GRAU, A. / CRUZ VILLALÓN, J. / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, páginas 193 y 194; ALBIOL MONTESINOS, I. / BLASCO PELLICER, A.: *Proceso de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, páginas 23 a 28. Y se acabó convirtiendo en la tesis predominante en la doctrina científica, siendo poco a poco acogida en la aplicación judicial, y, al final, ha sido la doctrina inspiradora de la LOIEMH y de la LRJS.

6. Bibliografía consultada (y no solo la citada)

- ALBIOL MONTESINOS, I. / BLASCO PELLICER, A.: *Proceso de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ALFONSO MELLADO, C. L.: “Comentario a STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo”, *Poder Judicial*, número 35, 1994.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, BOE, Madrid, 2023.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, número 69, 2015.
- BAYLOS GRAU, A. / CRUZ VILLALÓN, J. / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Editorial Trotta, Madrid, 1991.
- CARDENAL CARRO, M.: *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical (Un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia)*, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid, 2008.
- FOLGUERA CRESPO, J. A. / SALINAS MOLINA, F. / SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L. (dirs.): *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011.
- GARCÍA ROMERO, B.: “Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 4, 2022.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: “Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, número 21, 2006.
- GIMÉNEZ COSTA, A.: “La negativa a contratar por razón de género en el derecho privado”, en MESA MARRERO, C. / GRAU PINEDA, M. C. (coords.), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant, Valencia, 2014.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: “La carga de la prueba y el acceso a la justicia en los casos de discriminación por razón de sexo”, *Revista del Poder Judicial*, número 89, 2009.
- *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- “Tutela judicial de la igualdad de sexos en el Derecho Comunitario”, en MOYA AMADOR, R.(dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (coord.), *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016.

- “La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 6, 2023.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo “prudencial” de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3, 2022.
- NAVAS NAVARRO, S.: “Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 60, número 4, 2007.
- TUDELA CAMBRONERO, G.: “Proceso de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en *Proceso laboral. Estudios en homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en el libro colectivo *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.

TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL Y COSA JUZGADA MATERIAL. EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD COMO LABORATORIO

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca
Magistrado (suplente) del TSJ de Madrid

1. Una materia poco estudiada: La cosa juzgada como posible “castigo” para los pioneros de la tutela antidiscriminatoria

Uno de los aspectos menos estudiados de la tutela antidiscriminatoria, por utilizar esta terminología amplia y de gran tradición en la Unión Europea, comprensiva no solo de la no discriminación en sentido estricto, sino también de la más amplia igualdad de trato (dualidad de principios y derechos del art. 14 CE), es el juego obstativo de la cosa juzgada material, del efecto negativo de la cosa juzgada del artículo 222.1 LEC, con o sin aplicación de la preclusión del artículo 400 LEC, también conocida como cosa juzgada virtual o implícita¹.

Juego obstativo para los que podrían denominarse pioneros de la tutela antidiscriminatoria, es decir, las personas que se arriesgan a pleitear para obtener la correspondiente tutela antidiscriminatoria mucho antes de que dicha tutela tenga visos de prosperar ante la ausencia

¹ Sobre la cosa juzgada, NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2009, EZURMENDIA ÁLVAREZ, J., *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre modelos de Civil Law y Common Law*, Bosch, Barcelona, 2021, y DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M^a. L., *La cosa juzgada en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2024.

todavía de intervenciones judiciales de alto nivel, del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) y, de forma menos habitual, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante).

Son esos pioneros los que a fuerza de pleitear y recurrir los primeros pronunciamientos judiciales adversos logran que acabe sentando jurisprudencia el Tribunal Supremo. Son esos mismos pioneros los que, deliberadamente o no, acaban permitiendo que algunos jueces o tribunales planteen una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional o una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Lo cierto es que mientras las personas que adoptan una postura pasiva y no pleitean hasta tener la certidumbre de haber sido objeto de un trato discriminatorio o de un trato desigual injustificado logran la correspondiente tutela antidiscriminatoria con relativa facilidad, con el terreno jurídico ya bien trillado, en su caso incluso sin necesidad de acudir a la jurisdicción competente, los pioneros que no tuvieron suerte judicial y fueron objeto de una sentencia firme desestimatoria de su pretensión de tutela antidiscriminatoria se enfrentan al calvario de procurar lograr en un segundo intento la tutela antidiscriminatoria en cuestión, siempre con la espada de Damocles de la excepción procesal de la cosa juzgada del artículo 222.1 LEC, con o sin invocación de la preclusión del 400 LEC.

Una situación, la appena apuntada, que constituye un ejemplo de libro de la sempiterna tensión entre la necesidad de poner definitivamente fin a todo pleito, sin que pueda volver a repetirse (con el riesgo de alteración de lo ya fallado) en el futuro ese mismo pleito, como elemental exigencia de la seguridad jurídica a la que sirve el complejo instituto procesal de la cosa juzgada, y la búsqueda de la justicia material, del acierto judicial². Una tensión en la que hasta no hace mucho la cosa juzgada ha sido legal y jurisprudencialmente privilegiada, asistiendo en lo que va de siglo XXI a una relativa crisis de la otrora sacrosanta cosa juzgada, con diferentes vías para su matización o su relegación en el caso concreto. Ocasión habrá de volver sobre este particular con mayor detenimiento más adelante.

La tensión a la que se acaba de hacer referencia no es exclusiva ni del Derecho social (laboral y de protección social) ni de la tutela antidiscriminatoria, pero ciertamente encuentra en la tutela antidiscriminatoria proyectada sobre el Derecho social su principal campo de juego.

Tres razones, al menos, contribuyen a ese especial protagonismo. Primera, en materia de no discriminación e igualdad de trato las personas que a modo de pioneros deciden pleitear para hacer valer la correspondiente tutela antidiscriminatoria suelen enfrentarse a un panorama jurídico de aparente licitud, el de las normas estatales, las normas convencionales, las prácticas empresariales o la praxis administrativa que plasman una diferencia de tratamiento jurídico que solo tras la correspondiente intervención jurisdiccional pasa de la apariencia de licitud a la contravención del ordenamiento jurídico. Segunda razón, la tutela antidiscriminatoria en el campo social constituye la avanzadilla que con el tiempo acaba afectando a otros ámbitos jurídicos y ello tanto en clave nacional como en clave europea. Y tercera y última razón, en la jurisdicción social mucho más que en la jurisdicción civil los institutos procesales en general admiten una mayor flexibilidad o relajación que conecta con la relativización que el principio dispositivo experimenta en este orden jurisdiccional, expresión última de la conexión que tanto las normas sustantivas laborales como las correspondientes normas procesales tienen con el principal principio informador del entero Derecho del trabajo, el principio de protección de

² Así, por ejemplo, CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, op. cit., pp. 46 ss. y EZURMENDIA ÁLVAREZ, J., *Reflexión contemporánea sobre ...op. cit.*, pp. 46 ss.

los trabajadores. Algo reivindicado muy tempranamente por el Tribunal Constitucional (STC 3/1983).

Campo de juego privilegiado que en los últimos años encuentra en la tutela antidiscriminatoria en materia de protección social, de la mano sobre todo de la recurrente intervención del TJUE, su cénit. De ahí la incorporación de una ponencia como esta en un Congreso internacional y nacional que lleva por título “Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital”.

2. Los complementos por aportación demográfica y para la reducción de la brecha de género como laboratorio privilegiado para el estudio de esta temática

Si, tal y como se acaba de decir, la tensión entre la seguridad jurídica y el acierto judicial o justicia material, con la cosa juzgada como telón de fondo, alcanza su cénit en el campo de la tutela antidiscriminatoria en materia de protección social, los mejores ejemplos dentro de este campo pueden encontrarse últimamente en los dos complementos de pensiones contributivas de seguridad social que han compartido sucesivamente un mismo solar legal, el artículo 60 LGSS. Primero, el complemento por maternidad o aportación demográfica. Y, después, tras el Real Decreto-ley 3/2021, el complemento para la reducción de la brecha de género³. Se trata de un laboratorio privilegiado para el estudio de esta temática⁴.

En efecto, hasta que la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, cambió el paso y puso fin a la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad o aportación demográfica los centenares o miles de varones (padres de dos o más hijos) que no se conformaron con la denegación administrativa del complemento y acudieron a la jurisdicción social (o a la contencioso-administrativa para el régimen de clases pasivas) vieron como esta respaldaba el criterio administrativo aferrándose a la literalidad de la normativa legal española, sin plantearse, salvo en muy contadas excepciones, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE o la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional⁵.

Cuando muchos de esos varones, pioneros de la tutela antidiscriminatoria sin éxito judicial, vieron como los varones que habían permanecido de brazos cruzados se apuntaron al efecto llamada de la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, y obtuvieron judicialmente el complemento en cuestión, intentaron obtenerlo mediante una segunda solicitud se encontraron con el muro de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC. Un muro que a día de hoy sigue invocando la Administración de seguridad social.

Sin salir del complemento por maternidad o aportación demográfica, los varones que tras el efecto llamada de la STJUE solicitaron por vez primera el complemento por maternidad no lograron obtenerlo en sede administrativa, al amparo del restrictivo criterio de gestión establecido al respecto⁶, viéndose obligados a pleitear para obtener judicialmente lo que en derecho les correspondía, lógicamente una vez arrumbada por el TJUE la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad. Muchos de esos varones incluyeron en su demanda

³ Por todos, VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Comares, Granada, 2021 y MALDONADO MOLINA, J. A., “El controvertido complemento por maternidad (por aportación demográfica): Un repaso de las principales cuestiones debatidas judicialmente, desde la STJUE de 12 de diciembre de 2019 a la de 14 de septiembre de 2023”, en *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 106.

⁴ Un esbozo del posible juego de la cosa juzgada en relación con el complemento por maternidad puede verse en VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ... op. cit.*, pp. 126 ss.

⁵ Cuestiones prejudiciales y cuestiones de inconstitucionalidad de las que se da cuenta en VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ... op. cit.*, pp. 29 ss.

⁶ Criterio de gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, disponible en el portal de transparencia del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la Administración de la seguridad social por el hecho de abocarlos innecesariamente a la vía judicial para la obtención de una prestación que en buena lid debería haberseles reconocido en sede administrativa. Muy mayoritariamente los jueces y tribunales al tiempo que reconocieron el complemento denegaron radicalmente la indemnización interesada, llegando a contar incluso con el beneplácito del Tribunal Supremo⁷.

Cuando tiempo después la STJUE, de 14 de septiembre de 2023, estableció que la innecesaria judicialización del reconocimiento del complemento por maternidad a favor de los varones tenía que ser objeto de una indemnización específica, sin perjuicio del resarcimiento parcial del daño patrimonial derivado de la retroactividad sin límites del reconocimiento judicial del complemento, ya amparada por el Tribunal Supremo español⁸, los varones que no habían incluido en la correspondiente demanda una petición expresa de indemnización pudieron pleitear de nuevo sobre este exclusivo extremo, sin riesgo de topar con el muro del efecto negativo de la cosa juzgada material, habiendo quedado imprejuizado en el primer pleito la controversia en torno a la indemnización por innecesaria obtención judicial del complemento, no operando, con anterioridad a la fecha de la STJUE de septiembre de 2023, la preclusión o cosa juzgada virtual del artículo 400.1 LEC relativa al *petitum*. Así lo ha dicho ya el Tribunal Supremo, bien es cierto que *obiter dicta*⁹. Por cierto, no parece que la cosa juzgada virtual del 400 LEC pueda proyectarse más allá de la *causa petendi* y afectar también al *petitum*, aunque la jurisprudencia iniciada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en noviembre de 2022 haya puesto patas arriba este controvertido asunto entre la doctrina procesalista¹⁰.

En cambio, los pioneros que se arriesgaron a incluir en sus demandas la pretensión adicional de indemnización y la vieron rechazada antes de la STJUE, de 14 de septiembre de 2023, cuando interesaron la indemnización por segunda vez se encontraron (y lo siguen haciendo a día de hoy) con el muro de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC.

Dejando al margen el complemento por maternidad o aportación demográfica, en el que podrían ponerse otros ejemplos de la tensión entre la seguridad jurídica y el acierto judicial, siempre con el telón de fondo de la cosa juzgada¹¹, el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género muy probablemente ocasionará los mismos problemas creados por el anterior complemento por maternidad, incluido el relativo a la cosa juzgada.

Así, ante la muy restrictiva titularidad masculina del complemento para la reducción de la brecha de género algunos varones (padres de uno o más hijos) que no cumplen escrupulosamente los requisitos de acceso y que lo ven denegado en vía administrativa lo han interesado en vía judicial, abocados de antemano al fracaso¹², salvo los pocos casos en los que se ha planteado

⁷ STS, 4ª (Pleno), 17-5-2023, rcud 2222/2022, objeto de una dura reseña crítica a cargo de VIVERO SERRANO, J. B., “Las sentencias anotadas”, en *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 105.
Criterio de la sentencia de mayo de 2023 posteriormente rectificado por la STS, 4ª (Pleno), 15-11-2023, rcud 5547/2002, a resultados de la STJUE, de 14 de septiembre de 2023.

⁸ STS, 4ª (Pleno), 30-5-2022, rcud. 3192/2021, seguida de otras muchas.

⁹ STS, 4ª, 29-11-2023, rcud 4014/2021, F. J. 5, seguida de otras muchas en el mismo sentido *obiter dicta*.

¹⁰ Véase PICÓ I JUNOY, J., “El art. 40 LEC: una norma tan bienintencionada como peligrosa”, en *InDret*, 2023, núm. 2, pp. 516 ss.

¹¹ Otros ejemplos que tienen que ver con la retroactividad de los efectos económicos, con la prescripción, con la titularidad para un único progenitor, con el importe de la indemnización por innecesaria judicialización y, por último, con la minoración del importe tras el reconocimiento del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género a favor de la progenitora de los mismos hijos.

¹² Por poner solo un ejemplo, la STSJ del País Vasco, 1-7-2022, rec. 1435/2022.

una cuestión prejudicial ante el TJUE y en función de lo que acabe resolviéndose¹³. Pues bien, si finalmente el TJUE acabara tumbando el nuevo complemento, algo muy probable a la vista de la tozuda resistencia legislativa a la modificación de los aspectos más controvertidos de la regulación introducida por el Real Decreto-ley 3/2021¹⁴, todos los varones que hubieran esperado pasivamente tendrían posibilidades de obtener el reconocimiento administrativo y/o judicial, salvo que las progenitoras de los mismos hijos ya lo tuvieran reconocido, mientras que los pioneros que tuvieran una sentencia firme contraria al reconocimiento del nuevo complemento tendrían que asistir con resignación al fracaso administrativo de su segundo intento de reconocimiento, al amparo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC.

3. Las vías complementarias para evitar que la cosa juzgada suponga un “castigo” para los pioneros de la tutela antidiscriminatoria

Vaya por delante que no se pretende en este trabajo cuestionar el poliédrico e histórico instituto procesal de la cosa juzgada, una pieza maestra de toda administración de justicia, presente tanto en los sistemas de *civil law* como en los de *common law*¹⁵. Y, por si lo anterior fuera poco, un instituto con inequívoco fundamento constitucional en el principio de seguridad jurídica del 9.3 CE y en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹⁶. Y respeto del Derecho de la Unión Europea de la mano de la jurisprudencia del TJUE¹⁷.

Tampoco pretende esta contribución alinearse con quienes, con agrado o sin él, ven en la línea inaugurada por el TJUE en sus sentencias de mayo de 2022, a las que después se hará referencia, una crisis inevitable de la cosa juzgada¹⁸.

De forma mucho más modesta y desde una perspectiva puramente pragmática, que huye deliberadamente de la abstracción y de la extrapolación facilona, se busca aquí encontrar las vías más adecuadas para que la cosa juzgada no se convierta ineludiblemente en el muro infranqueable que penalice o “castigue” a los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social, muy en particular en el ámbito de la protección social. Pioneros sin los cuales, se recuerda una vez más, las intervenciones decisivas de los altos tribunales españoles o europeos nunca llegarían a producirse.

Tres son las vías a explorar en este trabajo. La primera, la consideración de la intervención judicial decisiva de un alto tribunal (sobre todo, del TJUE) como una novedosa causa de pedir o *causa petendi*. La segunda, la exceptuación de la cosa juzgada en aras del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea. Y la tercera, la exclusión de la cosa juzgada como exigencia del principio constitucional de igualdad de trato.

¹³ Se han presentado hasta la fecha tres cuestiones prejudiciales a cargo de los siguientes jueces y tribunales: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona y Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander. Las mismas pueden verse en el ATS, 4ª (Pleno), 4-4-2024, rcud 4933/2022, mediante el que se suspende la tramitación del correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina a la espera del pronunciamiento del TJUE, fundamental para la resolución del recurso de casación.

¹⁴ Véase VÍVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ..., op. cit.*, pp. 180 ss.

¹⁵ EZURMENDIA ÁLVAREZ, J., *Reflexión contemporánea sobre ..., op. cit., passim*.

¹⁶ Entre otras muchas, SSTC 77/1983 y 159/1987.

¹⁷ “A este respecto, es preciso recordar la importancia que reviste el principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos” (véanse, en particular, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartados 35 y 36, y de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14, apartado 46).

¹⁸ Por todos, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., “La cosa juzgada ha muerto (y los principios procesales vilipendiados)”, en *Actualidad Civil*, 2022, núm. 7-8, versión digital.

Son vías no excluyentes sino complementarias, que se refuerzan entre sí. Y vías con un alcance muy diferente, pues mientras la primera pretende delimitar de forma restrictiva el efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC, las otras dos tienen un carácter más drástico y buscan exceptuar o neutralizar el juego del referido efecto negativo bajo determinadas circunstancias.

Las dos primeras vías son por el momento, al menos en el campo de la tutela antidiscriminatoria, más un ejercicio teórico que una realidad jurídica, asentada normativa o judicialmente. En cambio, la tercera vía tiene ya un notable recorrido jurisprudencial detrás, aunque no por ello resulte clara su afirmación; al contrario.

4. La consideración de la tutela antidiscriminatoria dispensada con el paso del tiempo por el tñue (u otros altos tribunales) como novedosa causa de pedir que excluye el juego de la cosa juzgada

La primera vía para intentar no penalizar o “sancionar” a los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social consiste no tanto en exceptuar el efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LEC cuanto en defender una concepción restrictiva de la triple identidad (partes, *petitum* y *causa petendi*) necesaria para la operatividad del instituto procesal en cuestión¹⁹. Concepción restrictiva proyectada sobre la *causa petendi* y más en concreto sobre la fundamentación jurídica.

De conformidad con esta tesis, si entre el primer y el segundo pleito entre las mismas partes y para una misma pretensión *stricto sensu* o *petitum* (por ejemplo, el complemento por maternidad a favor de un varón padre de dos o más hijos) se produjera la intervención de un alto tribunal español o europeo que otorgara por fin cobertura jurídica a la tutela antidiscriminatoria que se viniera interesando hasta ese momento sin éxito judicial (la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, por seguir con el ejemplo del complemento por maternidad a favor de varones), la dimensión jurídica de la causa de pedir del segundo pleito, centrada precisamente en la intervención del alto tribunal español o europeo, ya no sería la misma que la del primer pleito y no entraría en juego en el segundo pleito el efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC proveniente del primer pleito.

Y es que, por continuar con el ejemplo del complemento por maternidad interesado por varones padres de dos o más hijos, en el segundo pleito el fundamento jurídico de la pretensión de reconocimiento judicial del complemento por maternidad o aportación demográfica no consistiría en la inaplicación de la titularidad exclusivamente femenina del complemento contemplada por el artículo 60 LGSS (versión anterior a la reforma operada por el RDL 3/2021) a la luz de la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Y no consistiría en la inaplicación de la norma legal española aparentemente contraria a la Directiva europea porque dicho fundamento jurídico podría haberse empleado ya en el primer pleito, con la consiguiente activación de la cosa juzgada virtual del artículo 400.2 LEC. El fundamento jurídico del segundo pleito sería directamente la intervención del alto tribunal europeo en materia antidiscriminatoria, la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, que evidentemente no podría haberse invocado en el primer pleito anterior a esa fecha, excluyendo así la invocación del 400.2 LEC²⁰. Sería, por tanto, un fundamento jurídico novedoso, una nueva causa de pedir ante la que no podría oponerse el muro del efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LEC.

¹⁹ Sobre la triple identidad, por todos, CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada ...*, op. cit., pp. 74 ss.

²⁰ Permitiría apoyar esta tesis la STS, 4ª, 29-11-2023, rcud 4014/2021, F. J. 5, aunque su doctrina (*obiter dicta*, eso sí) se refiera a la cosa juzgada virtual del 400.1 LEC en lugar de a la cosa juzgada virtual del 400.2 LEC. Sentencia seguida de otras muchas en el mismo sentido.

Es verdad que esta tesis podría resultar contraria a la consolidada jurisprudencia del Supremo sobre la cosa juzgada material, según la cual el cambio jurisprudencial acaecido entre el primer y el segundo pleito entre las mismas partes y para la misma pretensión (incluido, evidentemente, el criterio jurisprudencial *ex novo*), a diferencia del cambio normativo, no podría considerarse una nueva causa de pedir y menos aún un hecho nuevo del 222.2 LEC²¹.

Sucede, sin embargo, que en materia de tutela antidiscriminatoria la intervención de los altos tribunales españoles y europeos no supondría sin más un cambio jurisprudencial sin variación del Derecho en vigor objeto de interpretación y/o aplicación, sino algo cualitativamente distinto, a saber, la “expulsión” del ordenamiento jurídico de la normativa declarada discriminatoria en sentido estricto, o bien afectada por una declaración de desigualdad de trato injustificada. En un escenario así, la sentencia del alto tribunal que dispensara la tutela antidiscriminatoria no solo afectaría a las partes del concreto pleito, sino que iría mucho más allá y desplegaría efectos *erga omnes* y cuasi normativos. Desde este punto de vista, la intervención del alto tribunal español o europeo en materia de tutela antidiscriminatoria, dada la singularidad de sus efectos, más próximos a un genuino cambio normativo que a un mero giro jurisprudencial, constituiría un nuevo fundamento o causa de pedir que alejaría el efecto negativo de la cosa juzgada material.

Es el caso, desde luego, de las sentencias del TJUE que declaran que una norma española es contraria a una norma europea sobre igualdad de trato y no discriminación. El ejemplo recurrente de la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, para la que la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad o aportación demográfica es contraria a la Directiva 79/7, con la consiguiente extensión del complemento también a los varones padres de dos o más hijos en lugar de la supresión del complemento sin más²².

Y también lo es de las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran que una norma legal española es contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación del artículo 14 CE, con la sanción de nulidad o expulsión del ordenamiento jurídico de la norma legal contraria a la Constitución (art. 39.1 LOTC) y la extensión del beneficio legal al colectivo objeto de discriminación. Así, por ejemplo, la discriminación indirecta por razón de sexo de las personas trabajadoras a tiempo parcial, de conformidad con la STC 91/2019, de 3 de julio, relativa al cálculo de la pensión por jubilación²³.

Igualmente, las sentencias del Supremo dictadas en el proceso de impugnación de convenios colectivos (arts. 163 y ss. LRJS a los que remite el 184 LTJS), con declaración de vulneración convencional de los principios de igualdad de trato y no discriminación, anulan los correspondientes preceptos convencionales y han de ser publicadas en el mismo boletín oficial en que se hubiese publicado el convenio colectivo objeto de anulación en todo o en parte (art. 166.3 LRJS). Adviértase que esta modalidad procesal especial podría iniciarse por el Ministerio Fiscal (art. 165.1.a) LRJS) a resultas de algún pleito individual o colectivo que hubiera concluido con una sentencia firme que contuviera una declaración de contravención convencional de los

²¹ En este sentido, la STS, Sala de lo Social, 10-5-1988, recurso en infracción de la ley. Asimismo, entre otras muchas, las SSTs, 4ª, 13-6-2008, rcud 809/2007, y 21-1-2010, rcud 57/2009. Véase, en el mismo sentido, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “Los límites de la cosa juzgada en el proceso social”, en *Aranzadi Social*, 2006, pp. 3 y ss. de la versión digital.

²² Así, la STS, 4ª (Pleno), 17-2-2022, rcud 3379/2021, seguida de otras muchas en el mismo sentido. También para el régimen de clases pasivas del Estado, la STS, 3ª, 25-11-2021, rec. 4535/2020.

²³ Entre otros muchos, BENITO BENÍTEZ, Mª. A., “La vulneración del derecho de igualdad y de la prohibición de la discriminación sexista en el cálculo de la pensión de jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 153 y ss., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los problemas del acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial. Comentarios a la STJUE de 8 de mayo de 2019 y STC 91/2019, de 3 de julio”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 163 y ss.

referidos preceptos constitucionales, con efectos solo *inter partes*, aunque aviso del Ministerio Fiscal por parte del órgano judicial competente. Es precisamente en esos pleitos individuales, sobre todo si no hubiera ningún pleito de conflicto colectivo por medio, en los que los pioneros de la tutela antidiscriminatoria podrían verse perjudicados por el efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LRJS, sirviendo la tesis que ahora se defiende como antídoto frente a una interpretación de la norma ritual española que pudiera actuar como “sanción” de los pioneros en un eventual segundo pleito entre las mismas partes y con la misma pretensión en liza; que no con la misma causa de pedir, siempre con arreglo a la tesis que se viene defendiendo.

Particular atención merecen las sentencias sobre tutela antidiscriminatoria del TJUE y del Tribunal Constitucional español.

Respecto de las sentencias del TJUE, se trata de reforzar la condición de novedosa causa de pedir y consiguiente inaplicación del efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC. El refuerzo combina argumentos de Derecho nacional y de Derecho de la Unión Europea.

Empezando por los argumentos de Derecho nacional, los mismos hay que buscarlos en la consolidada jurisprudencia del Supremo que extiende el peculiar efecto positivo de la cosa juzgada de las sentencias de conflicto colectivo del artículo 160.5 LRJS no solo a los pleitos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en el futuro, de conformidad con la literalidad de la norma legal ritual, sino también a los pleitos individuales anteriores a la sentencia de conflicto colectivo y afectados por el instituto de la cosa juzgada²⁴. Para dicha jurisprudencia, cuando entran en colisión dos tipos de resoluciones judiciales con las garantías formales y materiales de la cosa juzgada, las de tipo colectivo han de primar siempre sobre las de tipo individual, siendo uno de los argumentos principales el efecto *erga omnes* y cuasi normativo de las sentencias de conflicto colectivo²⁵.

En cuanto a los argumentos de Derecho de la Unión Europea, es de sobra sabido que la jurisprudencia del TJUE respeta la soberanía nacional en materia de normas procesales (autonomía procesal), incluidas las relativas al instituto de la cosa juzgada, con la salvedad de que dichas normas rituales respeten los principios de equivalencia y de efectividad, que son principios europeos de construcción jurisprudencial²⁶. Dejando al margen todo lo relativo al

²⁴ Por todas, STS, 4ª (Pleno), 19-7-2018, rcud 903/2017.

Véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La cosa juzgada material positiva en el proceso social. Configuración legal y aportación jurisprudencial”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 2019, núm. 437-438, pp. 23 ss.

²⁵ Literalmente: “La sentencia colectiva tiene efectos cuasi normativos porque define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada. Por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto: “se trata de una prejudicialidad que presenta unas connotaciones tan específicas que muy bien podría calificarse de prejudicialidad normativa, en tanto en cuanto la sentencia que se dicta en el proceso de conflicto colectivo define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto, pero con categoría de norma para que cada uno, tomando tal sentencia en su declaración de premisa “iuris”, pueda ejercitar las pertinentes acciones individuales de condena bajo el amparo de aquella sentencia que puso fin al proceso de conflicto colectivo” [...] Y que el efecto de cosa juzgada previsto en tal precepto (el art. 160.5 de la LRJS) “da a la sentencia colectiva [...] un efecto especial de carácter regulador o, como dijo nuestra sentencia de 30 de junio de 1994, normativo, en la medida en que “...define el sentido en el que ha de interpretarse la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto” (entre otras muchas, SSTs, 4ª, 8-9-2020, rrcud 1719/2018 y 2645/2018).

²⁶ Literalmente: “Por lo tanto, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha considerado que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véanse, en particular, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 68), siempre

principio de efectividad, que será objeto de tratamiento exhaustivo en el siguiente apartado, el principio de equivalencia supone que las normas procesales nacionales a través de las cuales discurre procedimentalmente una pretensión sustantiva amparada en el Derecho europeo (la tutela antidiscriminatoria en lo que aquí interesa) “no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno”²⁷.

Pues bien, si conforme al Derecho interno español, en la interpretación del Tribunal Supremo, ha de prevalecer la cosa juzgada de las sentencias de conflicto colectivo sobre la cosa juzgada de las sentencias individuales anteriores en el tiempo, debido fundamentalmente a los singulares efectos cuasi normativos de las sentencias de conflicto colectivo, ese mismo criterio ha de servir, de conformidad con el principio europeo de equivalencia, para otorgar prioridad a las sentencias del TJUE sobre las sentencias españolas anteriores en el tiempo, rodeadas unas y otras de las características propias de la cosa juzgada. Y es que si las sentencias de conflicto colectivo tienen efectos *erga omnes* y cuasi normativos otro tanto ha de decirse de las sentencias del TJUE, al menos en materia de tutela antidiscriminatoria en el campo social.

De hecho, este mismo razonamiento, anclado en el principio de equivalencia y proyectado sobre la cosa juzgada, ha sido ya empleado en una mediática sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre temática europea (conversión automática o no en fijos de los trabajadores indefinidos no fijos), bien es cierto que en un voto particular²⁸.

Mayor complejidad presentan las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de tutela antidiscriminatoria en el ámbito social. Mayor dificultad por el hecho de que todos los argumentos hasta el momento utilizados podrían ceder ante la claridad del artículo 40.1 LOTC, que salvaguarda expresamente la cosa juzgada propia de las sentencias firmes aplicativas de la norma legal posteriormente declarada inconstitucional y nula por el Alto Tribunal.

A la vista de la disparidad de criterios según la novedosa causa de pedir, a efectos del 222.1 LEC, fuese una sentencia del TJUE o una sentencia del Tribunal Constitucional español, y de la injusticia de dicha disparidad para los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social, habría que acabar con la misma por la vía legal o por la vía jurisprudencial, sirviendo para ello tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Supremo. Ni que decir tiene que aquí se defiende una evolución que no perjudique a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional frente a los del TJUE, que no minusvalore los primeros frente a los segundos. En fin, que en uno y otro caso no pueda entrar en juego la cosa juzgada material en detrimento de los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social.

5. La exceptuación de la cosa juzgada en aras del principio de efectividad del derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea: la extrapolación de la doctrina de las sentencias del TJUE de 22 de mayo de 2022

La segunda vía mediante la que procurar evitar la “sanción” a los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social es más drástica que la anterior, en la medida en que no postula una interpretación restrictiva de la excepción procesal de la cosa juzgada material, sino lisa y llanamente la exceptuación del instituto procesal bajo determinadas circunstancias.

que, no obstante, se respeten los principios de equivalencia y efectividad, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 39 de la presente sentencia” (parágrafo 42 de la STJUE (Gran Sala), 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19).

²⁷ Entre otras muchas, STJUE (Gran Sala), 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19, parágrafo 39.

²⁸ Se trata del voto particular del magistrado López Parada (con adhesión de cuatro magistrados más) a la STSJ de Madrid, 10-4-2024, rec. 753/2021. También resulta interesante la doctrina sobre la cosa juzgada sentada por la sentencia de la mayoría de los magistrados, que incluye la jurisprudencia sobrevenida del TJUE como novedosa causa de pedir que excluye la aplicación del 222.1 LEC. En sentido contrario, el voto particular discrepante del magistrado Yuste Moreno.

Esas circunstancias, sin embargo, otorgan a la excepción un muy reducido campo de actuación, limitado a la defensa del Derecho de la Unión Europea y no en todos los casos, sino exclusivamente cuando la aplicación judicial de la excepción procesal de cosa juzgada material choque frontalmente con el principio de efectividad del Derecho europeo, algo más factible en el campo del Derecho antidiscriminatorio en materia social que en otros campos, con la salvedad de la tutela de los consumidores frente a las cláusulas contractuales abusivas en el que realmente esta vía tiene su origen jurisprudencial europeo.

En efecto, es en el ámbito del control judicial de oficio de las posibles cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, al amparo de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, en el que el TJUE ha recordado en numerosas ocasiones la autonomía procesal de los Estados miembros y la importancia dentro de esta del principio de cosa juzgada, sin perjuicio de la posibilidad excepcional de inaplicar las normas procesales nacionales en aras de la salvaguarda de los principios europeos de equivalencia y efectividad²⁹. Del principio de equivalencia algo se ha dicho ya en el apartado anterior, correspondiendo ahora un mínimo esbozo del alcance del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea³⁰.

“Por lo que se refiere al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus peculiaridades, así como, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencia de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, EU:C:2021:313, apartado 53). Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha estimado que el respeto del principio de efectividad no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor afectado (sentencia de 1 de octubre de 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14, EU:C:2015:637, apartado 62)”³¹.

La frecuente invocación por parte del TJUE del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea como posible limitación de la autonomía procesal de los Estados miembros, con inclusión del instituto de la cosa juzgada, con especial relevancia de la STJUE, de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (Banca Primus)³², no había tenido en realidad ninguna aplicación efectiva hasta las cuatro sentencias de la Gran Sala, de 17 de mayo de 2022, dos de ellas relativas a España: una sobre la cosa juzgada material (asunto C-600/19; Ibercaja Banco) y otra sobre la prohibición de la *reformatio in peius* (asunto C-869/19; Unicaja Banco)³³. Aplicación efectiva del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea que tarde o temprano afectará a la

²⁹ Véanse las notas a pie número 17 y 26.

³⁰ QUESADA LÓPEZ, P. M., *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el Derecho procesal nacional*, Iustel, Madrid, 2019.

³¹ Parágrafo 44 de la STJUE (Gran Sala), de 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19.

³² Muy interesantes las reflexiones de PÉREZ DAUDÍ, V., “Los efectos de la STJUE, de 3 de marzo de 2020, sobre IRPH en las sentencias firmes dictadas por los jueces nacionales”, en *Diario La Ley*, núm. 9591, 11 de marzo de 2020, versión digital, BECH SERRAT, J. M., “Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?”, en *InDret*, 2018, núm. 1, pp. 1 ss. de la versión digital, y SÁNCHEZ GARCÍA, J., *La cosa juzgada en el ámbito de los consumidores y los efectos retroactivos de las cláusulas suelo declaradas abusivas*, Vlex, Barcelona, 2017.

³³ Entre otros muchos, ALBA CLADERA, F., “Preclusión y cosa juzgada como obstáculos para los derechos del consumidor. Límites y perspectivas de futuro en España a la luz de la última jurisprudencia del TJUE”, en *Justicia*, 2023, núm. 1, pp. 385 ss., y DAMIÁN MORENO, J., “Legalidad procesal y principio de efectividad a la luz de la doctrina del TJUE”, en *Justicia*, 2023, núm. 1, pp. 43 ss.

jurisprudencia constitucional española de la mano del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva³⁴.

Vaya por delante que nada hay en la doctrina del TJUE de 17 de mayo de 2022 que impida su traslación fuera del ámbito originario de la tutela de los consumidores articulada por la Directiva 93/13. Al contrario, las premisas sobre las que descansa dicha doctrina se cumplen a la perfección en el campo que aquí interesa, el de la tutela antidiscriminatoria europea en materia social.

Las premisas en cuestión, por lo que a la exceptuación del instituto procesal de la cosa juzgada se refiere, son tres: primera, la competencia de oficio del órgano judicial nacional que intervenga en el primer pleito para la defensa del Derecho de la Unión Europea. Segunda premisa, la falta de defensa expresa del Derecho de la Unión Europea por parte del órgano judicial nacional en el primer pleito en el que dicha defensa tendría que haberse activado. Tercera y última premisa, la no pasividad total del justiciable.

Para trasladar dichas premisas, y la correspondiente doctrina del TJUE de mayo de 2022 sobre la exceptuación del instituto de la cosa juzgada, al ámbito de la tutela antidiscriminatoria europea en materia social nada mejor que seguir el ejemplo del complemento por maternidad o aportación demográfica.

Por lo pronto, ninguna duda cabe de que en el primer pleito en el que cualquier varón padre de dos o más hijos hubiera interesado el reconocimiento judicial del complemento por maternidad o aportación demográfica, lógicamente con anterioridad a la STJUE de 12 de diciembre de 2019, el órgano judicial de instancia tendría de oficio que haber contrastado la titularidad exclusivamente femenina del complemento, de conformidad con la versión entonces vigente del artículo 60 LGSS, con el Derecho antidiscriminatorio nacional y europeo, esto es, con el artículo 14 CE y con la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Y ello al margen de la invocación expresa o no en la demanda del Derecho antidiscriminatorio en cuestión.

Recuérdese que en la jurisdicción social la demanda no tiene que venir necesariamente acompañada de fundamentación jurídica alguna (art. 80.1 LRJS), lo que otorga al principio *iura novit curia* en la instancia la mayor intensidad posible. Adicionalmente, el Derecho antidiscriminatorio tiene, por supuesto, carácter imperativo, y en el ámbito de las prestaciones de seguridad social rige el principio de irrenunciabilidad (art. 3 LGSS).

La segunda de las premisas es la más importante, ya que condiciona la exceptuación en el segundo pleito de la cosa juzgada material derivada del primer pleito al hecho de que en el primer pleito el órgano judicial competente no hubiera manejado de forma expresa el Derecho de la Unión Europea aplicable al caso, privando de esta manera al justiciable de recurrir la resolución judicial invocando en el recurso precisamente la aplicación del Derecho de la Unión Europea supuestamente favorable a la pretensión del justiciable; incluso, propiciando, en su caso, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

En el ejemplo que se está empleando, si la sentencia de instancia hubiera denegado el reconocimiento judicial del complemento por maternidad interesado por un varón padre de dos o más hijos antes de la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, y en la desestimación de la demanda el juez de lo social (o de lo contencioso-administrativo en el régimen de clases pasivas) se hubiera limitado a manejar la normativa española aplicable al caso, el artículo 60 LGSS y, quizá también,

³⁴ En este sentido, los dos interesantes votos particulares discrepantes a la STC 151/2022, de 30 de noviembre, con el incidente de nulidad de actuaciones del 241 LOPJ como telón de fondo.

el artículo 14 CE³⁵, pero sin mención alguna del Derecho antidiscriminatorio europeo (muy en particular, la Directiva 79/7), el demandante podría perder la oportunidad de hacer valer a su favor en el recurso de suplicación dicho Derecho antidiscriminatorio europeo, incluida la petición de una eventual cuestión prejudicial ante el TJUE. Podría en el supuesto extremo renunciar a la presentación del recurso de suplicación sin tener conocimiento a través de la sentencia de instancia de la existencia de un Derecho antidiscriminatorio europeo potencialmente favorable a su pretensión, lógicamente mediante una aplicación y/o interpretación distinta de la defendida por el órgano judicial en la instancia.

En un escenario como el apenas descrito, y sin perjuicio de lo que después se dirá sobre la tercera premisa, si tras la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, el varón padre de dos o más hijos volviera a pleitear con la intención de obtener judicialmente el complemento por maternidad o aportación demográfica denegado en sede administrativa por segunda vez, el efecto negativo de la cosa juzgada material derivado del primer pleito debería ser exceptuado en aras del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea (Directiva 79/7), sacrificado silenciosa e indebidamente en el primer pleito³⁶.

La tercera de las premisas de la doctrina del TJUE de mayo de 2022 es la no pasividad total del justiciable. Aunque se trate de una premisa sin apenas explicación en las sentencias del TJUE, parece razonable entender que la defensa activa del Derecho de la Unión Europea por parte del justiciable tendría que ir más allá del hecho mismo de pleitear por segunda vez pese a tener una primera sentencia firme en contra. Ya en el primer pleito el justiciable tendría que haber desplegado una mínima defensa de su pretensión con amparo en el Derecho europeo, aunque fuese muy elemental y tosca, sin cita precisa y fundamentada del Derecho europeo en cuestión.

De nuevo en el ejemplo que se está siguiendo, el varón padre de dos o más hijos en el primer pleito tendría que haber suplicado el reconocimiento judicial del complemento por maternidad o aportación demográfica mediante como mínimo la alegación de su derecho o interés a no ser objeto de una discriminación o de un trato desigual injustificado, sin necesidad de una precisa y fundamentada invocación del Derecho antidiscriminatorio europeo, concretado en la Directiva 79/7, incompatible con la titularidad exclusivamente femenina del complemento defendida en su momento por el legislador español. Recuérdesse, una vez más, que el artículo 80.1 LRJS no exige fundamentación jurídica de la demanda.

En conclusión, una muy interesante vía, por el momento más teórica que real, de protección de los pioneros de la tutela antidiscriminatoria frente al muro de la cosa juzgada material, limitada a los supuestos amparados por el Derecho antidiscriminatorio europeo, extraordinariamente relevante en el ámbito social, eso sí. Una vía menos compleja que la de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador arbitrada por el muy restrictivo artículo 32.5 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, censurado, por cierto, por el TJUE en el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea³⁷.

³⁵ Los casos de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia, inadmitidas a trámite por los AATC 61/2018 y 106/2018, sin mención alguna del Derecho de la Unión Europea contrario a la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad *ex* artículo 60.1 LGSS (versión anterior a la modificación operada por el Real Decreto-ley 3/2021).

³⁶ En ese sentido, VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, *op. cit.*, pp. 128-130.

³⁷ STJUE (Gran Sala), 28 de junio de 2022, asunto C-278/20.

6. La exceptuación de la cosa juzgada en aras del principio constitucional de igualdad de trato

La tercera y última de las vías para procurar proteger a los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social frente al obstáculo del efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC es la única de las tres que tiene cierto recorrido en la realidad jurídica. Recorrido jurisprudencial para ser precisos. Ahora bien, de inmediato habrá ocasión de comprobar que esta vía tiene notables limitaciones en la práctica, pudiendo beneficiar solo a determinados pioneros de la tutela antidiscriminatoria con una primera sentencia desfavorable y firme a sus espaldas. Aunque algún pronunciamiento aislado del Supremo, que será objeto de consideración al final del apartado, podría abrir las puertas a la extensión de esta vía, con la consiguiente protección del grueso de los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social.

Todo arranca de la STC 307/2006, de 23 de octubre, que vino a exceptuar la excepción procesal de cosa juzgada material de la mano del principio constitucional de igualdad de trato³⁸. Sentencia que otorgó el amparo al beneficiario de la pensión por incapacidad permanente total reconocida por vía judicial (año 1999) y con una base reguladora sin aplicación de la entonces inexistente doctrina judicial del paréntesis sobre el periodo previo de incapacidad laboral transitoria, no habiéndose podido beneficiar poco después el interesado, por el juego de la cosa juzgada material, de la revisión de oficio de la base reguladora de las pensiones por incapacidad permanente reconocidas en vía administrativa practicada por el INSS. Revisión al alza de la base reguladora al amparo de la nueva jurisprudencia del Supremo (año 2000) favorable a la aplicación de la doctrina del paréntesis. Para el Alto Tribunal, la diferencia de trato dispensada por el INSS suponía la vulneración del principio constitucional de igualdad de trato, no pudiendo servir la cosa juzgada como justificación de la diferencia de trato.

La jurisprudencia constitucional partidaria de la exceptuación de la cosa juzgada material en aras del principio constitucional de igualdad de trato, que descansa inequívocamente en la diferente actuación del INSS tras un cambio jurisprudencial del Supremo, con penalización de quienes tuvieran una sentencia firme anterior al nuevo criterio jurisprudencial, lógicamente de sentido contrario al mismo, pronto fue acogida por el Tribunal Supremo para casos idénticos al resuelto por el Tribunal Constitucional³⁹ y para casos no idénticos pero sí muy similares⁴⁰.

Una jurisprudencia nacida en el ámbito de la seguridad social, aunque no necesariamente restringida a dicho ámbito. En cualquier caso, recuérdese que el principio constitucional de igualdad de trato, distinto del principio de no discriminación, no rige en las relaciones entre particulares, salvo que dichas relaciones se concreten en normas contenidas en convenios colectivos estatutarios⁴¹. Esta limitación subjetiva, obviamente, no despliega sus efectos en materia de seguridad social donde siempre actúan poderes públicos o sujetos privados (mutuas colaboradoras) en el ejercicio de potestades administrativas.

³⁸ Un comentario crítico de esta sentencia del Tribunal Constitucional puede verse en MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “Los límites de ...”, *op. cit.*, versión digital.

³⁹ Entre otras, la STS, 4ª, 21-1-2010, rcud 57/2009.

⁴⁰ Por ejemplo, las SSTs, 4ª, 22-4-2010, rcud 1888/2009. Más recientemente, la STS, 4ª, 18-5-2018, rcud 3552/2016.

⁴¹ SSTC 34/1984 y 36/2011, entre otras muchas, referidas a la inaplicación del principio constitucional de igualdad en el ámbito de las relaciones privadas. Respecto de la aplicación de ese principio a la autonomía colectiva concretada en los convenios colectivos estatutarios, por todas, la STC 177/1988. Y la aplicación para los empleadores públicos en la STC 34/2004.

La proyección de esta tercera vía sobre el laboratorio privilegiado del complemento por maternidad o aportación demográfica arroja un panorama de sobresaliente interés, que aconseja un análisis detallado en lugar de global.

Empezando por el supuesto extremo de los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en el referido laboratorio privilegiado, es decir, el de los varones padres de dos o más hijos que antes de la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, vieron confirmada judicialmente la denegación administrativa del complemento, hay que recordar que en un primer momento, ya tras la STJUE de diciembre de 2019, la Administración de la seguridad social siguió denegando en sede administrativa el complemento por maternidad o aportación demográfica interesado por los varones⁴². Tiempo después, en cambio, la Administración de la Seguridad Social empezó a reconocer en sede administrativa, salvo en algunos supuestos que no vienen al caso, el complemento interesado por los varones, siempre que no tuvieran ninguna sentencia firme confirmatoria de la denegación administrativa de la primera solicitud del complemento⁴³.

Esa actuación de la Administración de la seguridad social encaja perfectamente en la diferencia de trato censurada primero por la STC 307/2006 y posteriormente por numerosas sentencias del Tribunal Supremo. La denegación del complemento interesado por segunda vez por el solo hecho de tener una sentencia firme confirmatoria de la primera denegación administrativa constituye una actuación administrativa contraria al principio constitucional de igualdad de trato, cuya reparación exige exceptuar el efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC.

Los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, salvo contadas excepciones⁴⁴, todavía no han tenido ocasión de abordar esta problemática, sin que resulte sencillo conocer lo que pueda estar sucediendo en los juzgados de lo social, aunque todo apunta a que el grueso de los beneficiarios potenciales del complemento por maternidad se están resignando ante el muro de la cosa juzgada material opuesto por la Administración de la seguridad social, con una muy escasa litigiosidad judicial, comprensible tras haber experimentado con anterioridad a la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, el fracaso judicial. Con todo, tarde o temprano la controversia acabará escalando hasta el Tribunal Supremo.

Y para cerrar este supuesto extremo, téngase muy en cuenta que en el régimen de clases pasivas del Estado la Administración competente está denegando el complemento por maternidad solicitado por segunda vez por los varones mediante la simple invocación de la llamada cosa juzgada administrativa, esto es, la firmeza de la primera resolución administrativa denegatoria del complemento no combatida administrativa y/o judicialmente en su momento con éxito (art. 28 LJCA). Invocación de la cosa juzgada administrativa que la jurisdicción contencioso-administrativa está dando por buena por el momento⁴⁵. Ello sin perjuicio de que

⁴² Criterio de gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, mencionado en la nota número 6.

⁴³ El primer y tímido cambio se aprecia en el Criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS. Criterio a su vez modificado, en sentido todavía más favorable a los varones padres de dos o más hijos, por el Criterio de gestión 5/2024, de 8 de marzo de 2024, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS. Estos criterios están disponibles en el portal de transparencia del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

⁴⁴ La STSJ de la Rioja, 23-12-2021, rec. 218/2021, aprecia de oficio el efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LEC pese a que en el anterior pleito no se discutió en ningún momento sobre el complemento por maternidad, sino exclusivamente sobre el grado de incapacidad permanente, habiendo el INSS reconocido una IPT y la jurisdicción social en ese primer pleito una IPA. En sentido contrario, y para un supuesto muy parecido, la STSJ de la Rioja, 22-2-2024, rec. 6/2024, que no considera aplicable la cosa juzgada material del 222.1 LEC. Tampoco lo considera aplicable la STSJ del País Vasco, 31-1-2023, rec. 1898/2022.

⁴⁵ Por ejemplo, las SSTSJ de la Comunidad de Madrid, c-a, 25-1-2024, recls. 505/2021 y 1104/2021.

siempre pueda acudir a la revisión de oficio del artículo 106 LPACAP, alegando la nulidad del correspondiente acto administrativo *ex* artículo 47.1.a) LPACAP. Nótese que solo en el régimen de clases pasivas puede invocarse la denominada cosa juzgada administrativa, no así en el resto de regímenes de la seguridad social en los que opera la reclamación administrativa previa del artículo 71 LRJS, cuya interpretación por el Tribunal Supremo descarta la operatividad de la cosa juzgada administrativa⁴⁶.

Más allá del supuesto extremo del que se acaba de dar cuenta, y sin ánimo exhaustivo, existen otros aspectos del controvertido régimen jurídico del complemento por maternidad o aportación demográfica en los que también hay que plantearse la excepción o no de la cosa juzgada en aras del principio constitucional de igualdad de trato.

El caso, por ejemplo, de la indemnización por el perjuicio derivado de la innecesaria obtención del complemento por maternidad en sede judicial debiendo haberlo visto reconocido en sede administrativa. Indemnización por la innecesaria judicialización que atenta contra la Directiva 79/7 como ha tenido ocasión de manifestar la STJUE, de 14 de septiembre de 2023, seguida de inmediato por el Tribunal Supremo, cambiando de hecho su previa doctrina de signo contrario a la indemnización⁴⁷. Sucede que la Administración de la seguridad social, con el INSS a la cabeza, está interpretando que la reclamación en sede administrativa de la pertinente indemnización (1800 euros según el Supremo) no puede ser resuelta por dicha administración al no estar en juego una genuina prestación de seguridad social, encauzando a las personas interesadas a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, competencia de la ministra de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Una vía por el momento colapsada, a la espera de que pueda encontrarse alguna fórmula jurídica que permita reconocer la indemnización a la Administración de la Seguridad Social.

Lo cierto es que cuando quien solicita la indemnización es un beneficiario del complemento por maternidad que en el correspondiente pleito no interesó de forma expresa la indemnización, la vía de la responsabilidad patrimonial queda abierta, mientras cuando quien presenta la solicitud de la indemnización es un beneficiario del complemento por maternidad con denegación judicial firme de la indemnización interesada en el mismo pleito en el que se obtuvo el reconocimiento del complemento, el efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LEC se erige en obstáculo aparentemente insalvable para la depuración de la responsabilidad patrimonial. De nuevo, una diferencia de trato al amparo de la cosa juzgada incompatible con el principio constitucional de igualdad. Está por ver, eso sí, cuál será la postura de los tribunales de lo social y de lo contencioso-administrativo sobre este particular. Aquí se defiende, evidentemente, la excepción de la cosa juzgada material al socaire del principio constitucional de igualdad de trato. Es razonable que así lo acabe entendiendo también la jurisdicción social. Más difícil será que lo haga la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y por poner un último ejemplo, relativo a los efectos económicos retroactivos del reconocimiento judicial del complemento, concretados conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la fecha misma del hecho causante de la pensión contributiva objeto del complemento, más allá, en su caso, de la retroactividad máxima de tres meses del artículo 53.1 LGSS⁴⁸. Sucede que la Administración de la seguridad social está reconociendo en sede administrativa el complemento con la retroactividad coincidente con la fecha del hecho causante de la pensión complementada, sin la limitación de tres meses del 53.1 LGSS, salvo en el caso de los beneficiarios del complemento que lo hubieran obtenido judicialmente con una sentencia firme

⁴⁶ Véase VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, *op. cit.*, pp. 123 ss.

⁴⁷ Véase la jurisprudencia citada en la nota número 7.

⁴⁸ STS, 4ª (Pleno), 30-5-2022, rcud 3192/2021, seguida de otras muchas en el mismo sentido.

que limitara la retroactividad a los tres meses del 53.1 LGSS, algo muy frecuente en su momento, antes de que el Tribunal Supremo pusiera orden y unificara las doctrinas contradictorias sobre este extremo. Hay, por cierto, pronunciamientos judiciales que consideraban aplicable en este escenario el artículo 222.1 LEC, sin plantearse una posible vulneración del principio constitucional de igualdad de trato⁴⁹.

Esta diferencia de trato dispensada por la Administración de la seguridad social, con aparente cobertura jurídica en la cosa juzgada material, constituye una vulneración del principio constitucional de igualdad, cuyo respeto pasa por la exceptuación del juego del 222.1 LEC. Así probablemente acabará reconociéndolo el Tribunal Supremo cuando esta problemática escale hasta el mismo.

Se deja para el final el pronunciamiento aislado del Tribunal Supremo que parece haberle dado a la exceptuación de la cosa juzgada material en aras del principio constitucional de igualdad de trato un amplísimo ámbito de aplicación, que desborda los estrechos contornos de la excepción dibujados por la STC 307/2006.

Se trata de la STS, 4ª, 11-7-2023, recurso de casación 34/2021, que se pronuncia sobre un supuesto de discriminación de los fijos discontinuos respecto de los trabajadores a tiempo completo en materia de trienios, debiendo computarse para los fijos discontinuos tanto los periodos de actividad como los periodos de inactividad, de conformidad con el nuevo criterio del TJUE, seguido después por el Tribunal Supremo⁵⁰. Para el Tribunal Supremo los fijos discontinuos de la Agencia de la Junta de Andalucía afectados por el conflicto colectivo no pueden verse perjudicados por una sentencia firme anterior al nuevo criterio sentado por el TJUE y el Tribunal Supremo español. A diferencia de la sentencia de instancia, el Alto Tribunal descarta la cosa juzgada material del 222.1 LEC en aras del principio constitucional de igualdad de trato.

Aunque este pronunciamiento aislado del Tribunal Supremo reivindica la STC 307/2006, así como la jurisprudencia del Supremo surgida de inmediato a su amparo, lo cierto es que va mucho más allá de donde fue en su día el Tribunal Constitucional. Y es que para el Tribunal Constitucional la clave de la exceptuación de la cosa juzgada del 222.1 LEC radica en la existencia de una diferencia de trato cometida por un mismo sujeto, el INSS en el caso de autos. En cambio, en la sentencia del Supremo de julio de 2023 no hay diferencia de trato cometida por un mismo sujeto, la Agencia de la Junta de Andalucía empleadora, pues todos los fijos discontinuos de la misma son tratados de la misma forma, en atención a una sentencia firme anterior al nuevo criterio sentado por el TJUE y el Tribunal Supremo.

Lo que queriendo o sin querer viene a hacer el Tribunal Supremo en su pronunciamiento aislado de julio de 2023 es cuestionar la consolidada jurisprudencia según la cual un cambio de criterio jurisprudencial sin cambio normativo por medio no constituye una nueva causa de pedir que permita eludir el efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LEC⁵¹. Un cuestionamiento apoyado en el principio constitucional de igualdad de trato defendido por la STC 307/2006, pero en el que la diferencia de trato censurada sería la cometida por el poder judicial por no permitir que los asuntos resueltos con carácter firme a partir de un criterio judicial posteriormente superado puedan volver a ser enjuiciados y resueltos conforme al nuevo criterio.

⁴⁹ STSJ de Castilla y León/Valladolid, 31-3-2023, rec. 489/2023. Y STSJ del País Vasco, 17-10-2023, rec. 1041/2023.

⁵⁰ STS, 4ª, 19-11-2019, rcud 2309/2017, y otras muchas posteriores en la misma línea.

⁵¹ Se remite a la jurisprudencia citada en la nota número 21.

Si este pronunciamiento aislado llegara a consolidarse todo cambio jurisprudencial relevante abriría las puertas a una nueva litigación orientada a la aplicación del nuevo criterio frente al anterior de signo contrario y ya firme, lógicamente siempre que la situación jurídica controvertida lo permitiera y con el alcance en que lo permitiera (prescripción, etc.). Supondría no tanto una excepción de la cosa juzgada en aras del principio constitucional de igualdad de trato cuanto una restrictiva interpretación de la triple identidad que exige para la activación del efecto negativo de la cosa juzgada material el artículo 222.1 LEC. El cambio jurisprudencial relevante se erigiría así en una novedosa causa de pedir en comparación con la causa de pedir del primer pleito, sin que la cosa juzgada virtual del 400.2 LEC pudiera entrar en liza a la fuerza. Habrá que estar muy atentos.

COMUNICACIONES

COMPATIBILIDAD ENTRE INCAPACIDAD PERMANENTE Y TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA POR EL TRIBUNAL SUPREMO ¿EN DISCORDANCIA CON LA ESTABLECIDA POR EL TJUE?

M^a. VANESA GARCÍA DEL CERRO
UCLM

ORCID iD: 0009-0003-4331-2768

1. Aspectos generales de la regla de incompatibilidad entre trabajo remunerado e incapacidad permanente

La declaración de incapacidad permanente (IP) es un proceso legal que marca un punto de inflexión en la vida laboral la persona trabajadora. Esta situación se produce tras la evaluación del trabajador por parte del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), bien a petición del trabajador, del Servicio Público de salud o de la propia Entidad Gestora. La dirección provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) dispone de un plazo de 135 días para emitir resolución, entendiéndose desestimada en caso de silencio administrativo.

La resolución supondrá el reconocimiento para la persona trabajadora de que su capacidad para desempeñar su labor se ha visto mermada de manera definitiva. Esto produce que, a partir de ese momento, se enfrenta a limitaciones significativas que le impiden continuar trabajando en su puesto habitual o en cualquier otro que requiera un esfuerzo similar.

La Seguridad Social contempla la protección social a las personas con una IP, reconociéndoles, bajo determinadas condiciones, el derecho a una pensión por IP. Este reconocimiento es fundamental para proporcionar un soporte económico que compense, en cierta medida, la pérdida de ingresos derivada de la incapacidad para trabajar.

La pérdida de capacidad laboral, derivada de una IP conlleva un marcado descenso en las oportunidades de encontrar empleo en el mercado laboral actual. Es un hecho ampliamente documentado¹ que las personas con discapacidad se enfrentan a condiciones de trabajo significativamente más desfavorables en comparación con aquellas sin discapacidades. Esta realidad se traduce en una menor tasa de empleabilidad y, en consecuencia, en una mayor vulnerabilidad económica y social.

Esta situación se ve agravada por la menor probabilidad de ser contratadas, lo que evidencia una discriminación palpable en el ámbito laboral hacia las personas con discapacidad, afectando no sólo a su trayectoria laboral sino también teniendo impacto negativo en su bienestar emocional y económico. La discriminación laboral no solo se manifiesta en la dificultad para acceder a un empleo, sino también en las condiciones de trabajo, donde a menudo se encuentran con barreras que limitan su desarrollo profesional².

El art. 35 de la Constitución Española (CE) recoge derecho de todos los españoles “*al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo*”³, siendo una garantía institucional para todo ciudadano que busca asegurar la libertad de trabajo y la igualdad de oportunidades en el acceso a la empleabilidad sin discriminación alguna. Este artículo es un pilar fundamental en la lucha contra la discriminación laboral y busca promover una inclusión efectiva de todas las personas en el mercado de trabajo.

1.1. Regulación actual

El art. 198.2 de la Ley General de la Seguridad Social (L.G.S.S.) establece la compatibilidad entre la pensión derivada de una incapacidad permanente absoluta (IPA) o una gran invalidez (GI), con la realización “*de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión*”⁴. Esta regulación es crucial para entender cómo se pueden conciliar la recepción de una pensión por incapacidad y la participación en actividades laborales o sociales que no supongan un menoscabo de la condición por la cual se otorgó la pensión.

El precepto legal mencionado se centra en la idea de compatibilidad entre la realización de una actividad y el estado de quien recibe una pensión. Para que una actividad sea considerada compatible, es fundamental que no altere la situación laboral del beneficiario de manera que afecte su capacidad para trabajar. En otras palabras, si al realizar dicha actividad, se demuestra que la capacidad laboral del individuo ha cambiado, podría desencadenarse una revisión por parte de la entidad que gestiona las pensiones. En caso de que se concluya que la actividad no es compatible, esto podría llevar a la suspensión de la pensión que recibe el individuo.

La entidad gestora tiene la responsabilidad de evaluar cada caso de manera individual, considerando las particularidades de la situación del beneficiario y la naturaleza de la actividad

¹ SOLÉ JUVÉS, M.: *Trayectorias laborales e incapacidad permanente*. https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/89a0f060-8861-476e-b798-f67153152039/44PF10_RE.pdf?MOD=AJPERES pp 6-8 (Consultado 15 de junio de 2024).

² <https://www.ilo.org/es/resource/discapacidad-y-trabajo> (Consultado 23 de junio de 2024).

³ “BOE” núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Constitución Española.

⁴ “BOE” núm. 261, de 31 de octubre de 2015. Art. 198.2 LGSS.

que realiza. Este proceso de evaluación es crucial para asegurar que los beneficiarios de pensiones no sean desfavorecidos por participar en actividades que, en principio, no deberían afectar su derecho a recibir la pensión.

En este contexto, la normativa busca equilibrar la protección de los derechos de los pensionistas con la flexibilidad necesaria para que puedan participar en actividades compatibles con su estado. La finalidad es garantizar que los beneficiarios puedan llevar a cabo actividades que contribuyan a su bienestar sin poner en riesgo los beneficios de la pensión que reciben. Este enfoque refleja un esfuerzo por parte del legislador para adaptarse a las realidades cambiantes del mundo laboral y las necesidades de los individuos que reciben pensiones.

2. La marginalidad de la actividad como excepción a la regla general de incompatibilidad

La discusión sobre la marginalidad de ciertas actividades, que son vistas como excepciones dentro de la normativa de incompatibilidad, se ha vuelto más relevante en el contexto actual. Esta idea de excepcionalidad apunta a casos específicos donde algunas actividades, dada su naturaleza única o el contexto en el que se llevan a cabo, pueden coexistir con otras sin que esto represente un conflicto con las normas vigentes. Este tema es especialmente relevante en situaciones donde se busca equilibrar los derechos laborales con otras consideraciones legales.

En el contexto de esta discusión, es crucial comprender que la norma de incompatibilidad tiene como objetivo principal evitar conflictos de intereses. Así, busca asegurar que las personas que reciben un Ingreso por IPA o GI no se vean perjudicadas en su derecho a trabajar en condiciones que sean compatibles con su situación. Esta norma es fundamental para proteger tanto a los individuos como al sistema de seguridad social en su conjunto⁵.

Por tanto, la identificación de estas actividades marginales, en las que ahora se sustenta la nueva doctrina el Tribunal Supremo (TS), susceptibles de ser consideradas excepciones, exige un examen minucioso de cada caso. Este análisis debe contemplar la naturaleza de las actividades involucradas y el posible impacto de su coexistencia en el entorno y sobre los intereses de todas las partes involucradas. Es un proceso que requiere un equilibrio entre la comprensión detallada de las circunstancias individuales y la aplicación de la normativa vigente.

La doctrina actual promueve una aplicación flexible de la norma de incompatibilidad en lo que respecta a la realización de trabajos marginales⁶. Esta flexibilidad busca un balance entre la necesidad de ser rigurosos para prevenir conflictos de intereses y la necesidad de permitir el desarrollo de ciertas actividades. Esta relación entre marginalidad y la pérdida de la capacidad para ejercer una profesión de manera rentable y continua se ve reflejada en la jurisprudencia, como muestra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura del 14 de marzo de 2019 *“la pérdida de la aptitud necesaria para poder desarrollar una profesión en condiciones de rentabilidad y con la necesaria continuidad, dedicación y eficacia exigida a un trabajador”*.

Para profundizar en el concepto de marginalidad, es necesario revisar la jurisprudencia y doctrina del Tribunal Supremo. A través de sus sentencias, entre otras las de fecha veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y siete, veintisiete de julio de mil novecientos ochenta y nueve (en el mismo sentido v. STS 23 de noviembre de 1987, 19 de diciembre de 1988, 23 de diciembre de 1988 o 6 de diciembre de 1989) el Tribunal ha definido las actividades marginales como aquellas de carácter esporádico y de escasa relevancia, que no generan un ingreso significativo ni

⁵ CAVAS MARTINEZ, F.: “Incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con el trabajo, salvo que sea esporádico o marginal: nuevo revés jurisprudencial para los grandes inválidos”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Núm. 5, 2024, pp. 5-6.

⁶ STSJ EXT 290/2019. Id Cendoj: 10037340012019100147.

estable. Estas actividades, por su naturaleza, quedan fuera del ámbito de empleo regular y son a menudo realizadas de manera informal.

La falta de regulación y supervisión adecuada de estas actividades marginales⁷, conlleva a que muchas de ellas se realicen en la clandestinidad⁸. Están vinculadas a un nivel de productividad bajo y se asocian frecuentemente con el sector informal. Esta situación no solo distorsiona el mercado laboral, sino que también relega a las personas con discapacidad a un tipo de empleo precario, marcando una discriminación clara en cuanto a su acceso al empleo. Este escenario destaca la necesidad de abordar la marginalidad laboral con una perspectiva más inclusiva y justa para todos⁹.

3. Freno y marcha atrás de la aceptación por parte del Tribunal Supremo de la compatibilidad entre la IPA y GI con el desarrollo de una actividad laboral

La Ley General de la Seguridad Social (LGSS) en su artículo 194 establece los distintos grados de incapacidad permanente, entre los que se encuentra en su apartado c) y d) la IPA y la GI. La calificación *“en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca”*¹⁰. La Ley 27/11, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en una necesidad de atender reformas que el Sistema de la Seguridad Social debía acometer, a consecuencia de las causas como la longevidad de la sociedad española, la falta de natalidad y al número de personas cotizando y aportando al sistema, recogía la justificación en su preámbulo de la necesidad de ajustes para la fortaleza de este¹¹.

En la citada Ley sólo se justificaba la incompatibilidad *“de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez con el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación”*¹².

Esta medida, pensada originalmente para facilitar la reinserción de los beneficiarios en el ámbito laboral, pierde su propósito una vez que se llega a la edad de jubilación, conforme a la recomendación 18ª de la reformulación del Pacto de Toledo¹³, que, en su nueva versión, buscaba adaptarse a las realidades actuales del mercado laboral y del sistema de seguridad social. En un enfoque de garantizar la sostenibilidad del sistema a largo plazo, mientras se protegen los derechos de los trabajadores. Así, *“implícitamente se viene a reconocer la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con el trabajo hasta el momento de la edad de acceso a la pensión de jubilación”* tal y como mantienen D. Luis Collado García, Encarnación Tarancón y María José Romero Rodenas¹⁴.

Lo que parece una cuestión sencilla en aplicación del precepto legal, conforme regulación expuesta en la Ley General de la Seguridad Social, y atendiendo a las circunstancias de cada caso, no deja de ser una fuente de conflictos que se ha complicado tras la reciente doctrina acogida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, aventurando lo ya puesto de manifiesto por

⁷ “BOE” núm. 261, de 31/10/2015. Art. 138 y art. 141 LGSS.

⁸ <https://ribeter.org/que-es-una-actividad-marginal/> (consultado en fecha 1 de julio de 2024)

⁹ VV.AA.: *Por un futuro del trabajo inclusivo para las personas con discapacidad*. Fundación ONCE y Red Mundial de Empresas y Discapacidad de la OIT, pp 7. 2020. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@ifp_skills/documents/publication/wcms_844224.pdf (consultado en fecha 24 de junio de 2024)

¹⁰ “BOE” núm. 261, de 31 de octubre de 2015. Art. 194. LGSS.

¹¹ “BOE” núm. 184, de 02 de agosto de 2011. Preámbulo.

¹² “BOE” núm. 261, de 31 de octubre de 2015. Art. 198.3. LGSS.

¹³ Boletín Oficio de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Núm. 187 de 27 de noviembre de 2020.

¹⁴ VV.AA.: *Manual de prestaciones contributivas del régimen general de la Seguridad Social*, COLLADO GARCIA, L., TARANCÓN PÉREZ, E y ROMERO RÓDENAS, M.J. (Ed.), Madrid, Bomarzo, 2023, pp. 173.

Jimenez Fernandez, Lorenzo García, Jacob Sánchez y Cabra de Luna: *“la falta de un marco jurídico estable y clarificador de quienes trabajan siendo perceptores de pensión por incapacidad permanente, obliga a que sea la jurisprudencia quien, caso por caso, tenga que completar los vacíos existentes, con el peligro, de que, a veces, los resultados sean distintos”*¹⁵.

El estudio del precepto legal nos lleva al análisis de qué son actividades o no lucrativas, pues si bien el artículo 141.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio ya preveía la regulación de la incompatibilidad entre el percibo de la prestación y el trabajo, cuando se excedían los límites del citado precepto.

La actual regulación del art. 198.2 de la L.G.S.S. no supone un impedimento, debiendo ser la regla general la de la compatibilidad, para aquellos que perciben una pensión de IPA o IG con el desarrollo de una jornada laboral y derecho al trabajo consagrado, no sólo en nuestra carta magna sino también en normativa europea¹⁶.

3.1. El elemento determinante: la marginalidad

Este carácter marginal, que ha sido cuidadosamente delineado por el Tribunal Supremo, se erige como un criterio distintivo crucial. Dicho criterio marca un antes y un después en la manera de interpretar qué tipo de actividad es considerada compatible con el estado de IPA o GI. Este giro hacia un enfoque más tradicional representa un notable retorno a una línea de pensamiento que, desde 1986, había sido progresivamente abandonada. Con esta decisión, se busca retomar una perspectiva que había sido dejada de lado, con el objetivo de abordar los cambios en la doctrina jurídica. Este esfuerzo se centra en determinar la compatibilidad de ciertas actividades con el estado de incapacidad, siguiendo lo estipulado en el artículo 198.2 de la L.G.S.S.

Sin embargo, este retorno a prácticas anteriores no se presenta sin controversias. Entra en un conflicto directo con los criterios recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente con una sentencia emitida el 18 de enero del 2024, C-631/22, Asunto Ca Na Negreta¹⁷. Esta sentencia, que podría haber marcado un nuevo camino en la interpretación de la ley, se ve ahora en tensión con la postura adoptada por el Tribunal Supremo. La discrepancia entre ambas instancias judiciales pone de manifiesto la complejidad de adaptar la normativa existente a las realidades contemporáneas, sin perder de vista los principios que han regido la seguridad social desde sus inicios.

La decisión del Tribunal Supremo, al volver a un criterio más restrictivo, no solo genera confusión entre los afectados, sino que también plantea dudas sobre la alineación de la legislación española con los estándares europeos. Este cambio de dirección en la doctrina judicial española respecto a la incapacidad permanente pone de manifiesto la complejidad y la evolución constante de la interpretación de las leyes en este ámbito.

Relacionar la compatibilidad de ciertas actividades laborales con la condición de discapacidad no es un tema menor, ya que afecta directamente a la vida de muchas personas que, a pesar de su discapacidad sobrevenida, desean y pueden contribuir al mercado laboral en la medida de sus posibilidades. La claridad en la definición de estos criterios de compatibilidad y acceso al

¹⁵ VVAA.: *La protección de la seguridad social por incapacidad permanente*, JIMENEZ FERNANDEZ, A., LORENZO GARCÍA, R., JACOB SÁNCHEZ, F.M., y CABRA DE LUNA M.A, Madrid Escuela Libre Editorial, 1999, pp. 217.

¹⁶ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹⁷ STJUE 18/01/2024. C-631/22. Asunto Ca Na Negreta.

trabajo en condiciones de igualdad es fundamental para garantizar la seguridad jurídica de los trabajadores y para promover una integración laboral efectiva de personas con discapacidad.

Este criterio, inicialmente acogido por el TS fue abandonado en sentencias como la de fecha 23 de noviembre de 1987, 6 de marzo de 1989, 30 de enero de 2008, 10 de noviembre de 2008 y 20 de marzo de 2019 entre otras, en las que tras el análisis de los antecedentes de las mismas, se abordaba la compatibilidad entre una jornada de trabajo con una IPA o GI, sosteniendo que “*de la declaración de incapacidad permanente absoluta no deriva ninguna prohibición para el inválido de realizar un trabajo por cuenta propia o ajena, y así lo ha declarado la Sala en sus Sentencias de 6 de octubre, 3 y 23 de noviembre de 1987, 11 y 26 de enero de 1989, con invocación expresa del derecho al trabajo que consagra el art. 35.1 de la Constitución*”. (STS 26 de enero de 1989).

En la que hasta ahora era la doctrina del TS, se perseveraba en que la incompatibilidad no es la regla general para este colectivo por entender que este criterio empleado por la Seguridad Social para denegar las compatibilidades instadas o suspender las prestaciones de aquellos beneficiarios de IPA o GI tenía un efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral sobre la persona que se halla en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, privando no solamente del estímulo económico por la percepción de esa remuneración salarial sino también del estímulo y el esfuerzo psicológico al que tiene derecho el discapacitado. Se destacaba la importancia de la reinserción social y laboral de las personas en situación con una discapacidad reconocida, subrayando que el desarrollo de las nuevas tecnologías permite la realización de actividades laborales a quienes se encuentran en situaciones de IPA o IG, promoviendo su inclusión laboral.

El TS justificaba la compatibilidad de discapacitados en situación de IPA y GI con jornadas laboral a tiempo completo o parcial destacando así la importancia de la inserción social y laboral de las personas en situación con una discapacidad reconocida, subrayando que las nuevas tecnologías permiten la realización de actividades laborales a quienes se encuentran en situaciones de IPA o IG, promoviendo su inclusión laboral, pues lo contrario, como advertía la STS 1849/2008, supondría “*un juicio problemático de las expectativas de empleo*”¹⁸.

A lo largo de esta sentencia del TS se justifican las razones que llevan al cambio de criterio, y con ello de doctrina, respecto de la compatibilidad establecida en el artículo 198.2 de la LGSS por entrar en conflicto con el artículo 194 del mismo precepto legal.

El análisis que se realiza en el nuevo cambio de doctrina de ambos conceptos, basados principalmente en la pérdida de la capacidad y la inhabilitación para el desarrollo de una actividad profesional u oficio, para justificar el paradigma ante una situación en la que se solicita la compatibilidad por parte del beneficiario de esta prestación con una actividad laboral. Entiende la nueva doctrina actual, objeto de posterior análisis, que carece de sentido y es contrapuesto a derecho, el estar inhabilitado para el ejercicio de cualquier actividad profesional con el desarrollo de un trabajo que implique las tres características contrarias a las que otorga el carácter residual o marginal para entender lo que la diferencia éstas de una profesión: habitualidad, rentas periódicas y alta en la Seguridad Social.

3.2. Nuevo cambio doctrinal. Un antes y un después

Es su sentencia del 11 de abril de 2024 el Tribunal Supremo regresa a su primera interpretación, defendiendo el argumento de la incompatibilidad como norma general, y hace mención a qué dicho carácter marginal viene determinado por el hecho de que estas actividades “*no requieran*

¹⁸ STS 1849/2008 de 30 de enero. Recurso 480/2007.

darse de alta ni cotizar por ellos en la Seguridad Social; es decir los residuales mínimos y limitados y ,en manera alguna, los que constituyen la propios que se venían realizando habitualmente ni cualesquiera otros que permitan la obtención regular de rentas y que, como se ha precisado, den lugar a su inclusión en un régimen de la Seguridad Social”¹⁹. Se hace así una diferencia entre lo que se considera trabajos de carácter marginal y residual siendo aquellos que no supongan una obtención regular de rentas, que no requieran habitualidad, y que no den lugar a su inclusión en el régimen de la Seguridad Social con aquellos que sí suponen el alta en la Seguridad Social

Se modifica así la interpretación que por la Sala IV se hace del artículo 198.2 LGSS, fundamental para comprender qué actividades son compatibles con las prestaciones por incapacidad, en particular con la IPA y la GI. Según esta normativa, las actividades que no entran en conflicto con dichas prestaciones son aquellas consideradas de menor importancia, que no requieren alta ni cotización en la Seguridad Social. Estas actividades son de carácter secundario, no siendo las principales fuentes de ingreso ni las labores habituales de una persona.

Este enfoque se basa en varios fundamentos y argumentos que apoyan la vuelta a la interpretación original de la norma. Primero, una lectura literal de los preceptos que definen la incapacidad permanente deja claro que las “actividades compatibles” se refieren a trabajos de naturaleza ocasional o secundaria. Estas no son actividades que se realicen de manera permanente o que formen parte de la rutina diaria de una persona, y que por su naturaleza, requieran inclusión en el sistema de Seguridad Social.

Además, al analizar el artículo 194 de la LGSS y la Disposición Transitoria 26^a, encontramos que la incapacidad permanente absoluta se describe como una condición que impide totalmente al trabajador desempeñar cualquier profesión u oficio. Por otro lado, la gran invalidez se refiere a aquellos que, debido a pérdidas anatómicas o funcionales graves, necesitan asistencia de otra persona para las actividades básicas de la vida diaria. Para el Tribunal resulta complicado argumentar que, bajo estas definiciones, se permita la realización de actividades que, en teoría, no podrían llevarse a cabo debido a la naturaleza de la incapacidad.

La razón de ser de las prestaciones que ofrece el sistema de seguridad social es cubrir situaciones de necesidad de los ciudadanos, en particular, de aquellos afiliados al sistema. La financiación de la Seguridad Social proviene tanto de las contribuciones de empresarios y trabajadores como de las transferencias de los presupuestos generales del Estado. Esto significa que los recursos, siempre limitados frente a las necesidades a cubrir, deben gestionarse cuidadosamente. La normativa que regula cada prestación, incluyendo su compatibilidad con otras actividades, debe interpretarse en línea con los principios de suficiencia de las prestaciones y el equilibrio financiero del sistema.

4. Primeras consecuencias del cambio: nuevo Criterio del INSS sobre incompatibilidad

Los criterios de gestión del INSS constituyen un conjunto de directrices desarrollados por los entes administrativos de la Seguridad Social. Tienen como propósito primordial orientar la aplicación de las leyes y reglamentos que rigen el sistema de Seguridad Social en España. Su finalidad es doble: por un lado, buscan asegurar que la normativa de Seguridad Social se interprete y aplique de manera homogénea en todo el territorio español; por otro lado, pretenden simplificar el proceso mediante el cual tanto ciudadanos como empresas pueden ejercer y acceder a sus derechos.

¹⁹ STS 544/2024 de 11 de abril. Rec. 197/2023.

La elaboración de estos criterios de gestión es responsabilidad de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, que forma parte de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Este departamento trabaja para compilar, actualizar y difundir las directrices que ayudarán a los funcionarios encargados de la gestión de la Seguridad Social a tomar decisiones relativas a determinadas cuestiones que son objeto de las mismas. Además, estos criterios sirven como una herramienta de consulta esencial para resolver las dudas que puedan surgir en torno a la interpretación de la normativa vigente.

Así, los criterios de gestión no solo benefician a los trabajadores de la administración pública encargados de la Seguridad Social, sino que también representan una fuente de información valiosa para los ciudadanos y las empresas. Gracias a la claridad y accesibilidad de estos criterios, todos los actores involucrados pueden tener una mejor comprensión de sus derechos y obligaciones dentro del sistema de Seguridad Social. Esto contribuye a una mayor transparencia y eficiencia en la gestión de los recursos y prestaciones sociales, reforzando así la confianza en las instituciones encargadas de velar por el bienestar de la población.

El INSS ha publicado recientemente, en fecha 13 de junio de 2024, su Criterio de Gestión 11/2024, abordando la *“incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta (IPA) con la realización de trabajos por cuenta ajena o actividades por cuenta propia que determinen la inclusión en un régimen de la Seguridad Social”*²⁰.

Este Criterio se publica en adaptación a la nueva doctrina fijada por el TS, concluyendo que la percepción de la pensión de IPA será incompatible con la realización de cualquier trabajo o actividad que implique la inclusión en un régimen del sistema de la Seguridad Social. En este sentido, advierte que se suspenderá el pago de la pensión de IPA durante el desempeño de dichos trabajos o actividades, emitiéndose una resolución que fundamente la suspensión basada en la nueva doctrina y se reanudará una vez que cese la realización de dicho trabajo o actividad.

En los casos en los que se haya reconocido el complemento destinado a remunerar a la persona que asiste al interesado, previsto en el artículo 196.4 LGSS la suspensión de la pensión no afectará la percepción de dicho complemento. Lo establecido en este apartado no limita la capacidad del INSS para promover la revisión del estado del interesado, conforme a lo dispuesto en el artículo 200 del TRLGSS.

En situaciones donde, siguiendo la doctrina anterior del TS, un pensionista haya estado compatibilizando la pensión de IPA con un trabajo por cuenta propia o ajena, y dicho trabajo haya requerido alta en algún régimen de la Seguridad Social, esta compatibilidad se mantendrá durante la vigencia de los contratos de trabajo o mientras dure la actividad económica. Sin embargo, esto no impide que se pueda iniciar un procedimiento de revisión para determinar si el grado de incapacidad permanente se mantiene, siempre y cuando el pensionista no haya alcanzado la edad de jubilación y dicho procedimiento de revisión no se haya iniciado previamente. Este enfoque busca garantizar que los beneficiarios de la pensión de IPA que hayan podido mejorar su estado de salud y puedan incorporarse al mercado laboral lo hagan sin perder de manera inmediata los beneficios de su pensión, pero siempre bajo un marco de control y seguimiento por parte del INSS²¹.

²⁰ <https://www.iberley.es/noticias/criterio-inss-incompatibilidad-las-pensiones-ipa-trabajo-33684>

²¹ ROMERO RÓDENAS, M^a J.: “Compatibilidad de la incapacidad permanente con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, al no ser perjudicial o inadecuado al estado del trabajador”. *Revista jurisprudencial laboral*. Núm. 4, 2019, pp. 6-7.

5. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso adelante en la lucha contra la discriminación por discapacidad en el ámbito laboral

El principio fundamental que busca garantizar que todos los individuos, independientemente de sus capacidades físicas, mentales o sensoriales, tengan acceso pleno y sin restricciones a las mismas oportunidades que el resto de la sociedad, se va reforzado con la necesaria reciente reforma del art. 49 de la CE, de 15 de febrero de 2024²². Con ella se reconoce a las personas con discapacidad a “*ejercer los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas*”. Se enfatiza la importancia de eliminar cualquier forma de discriminación, promoviendo un entorno inclusivo que reconozca y valore la diversidad humana. Se asegura así que las personas con discapacidad puedan participar activamente en todos los ámbitos de la vida social, económica, política y cultural, por supuesto en el ámbito laboral.

Como se comentó al principio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió una sentencia fundamental contra la discriminación por motivos de discapacidad, marcando un hito en la promoción de la igualdad de trato en el ámbito laboral. Esta decisión representa un avance significativo en la ampliación de oportunidades laborales para las personas con discapacidad, asegurando su derecho a integrarse en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones. Este fallo es particularmente relevante al contrastar con la nueva orientación doctrinal establecida por el Tribunal Supremo en febrero, que ha suscitado preocupaciones en cuanto a la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad al limitarla al desarrollo de actividades marginales y de escasa índole.

La sentencia aborda la prohibición de discriminación en casos de discapacidad sobrevenida, en el litigio de J.M.A.R y Ca Na Negreta S.A., en relación con la resolución del contrato laboral por parte de la citada sociedad. Se cuestiona el cese de la relación laboral cuando un trabajador tras ser declarado en situación de incapacidad permanente total, basado en el artículo 49.1. e) del Estatuto de los Trabajadores. Este artículo contempla como causa de extinción del contrato laboral entre otras la declaración de gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador.

El Tribunal realiza un análisis detallado de diversas normativas de derecho internacional, incluyendo la Convención de la ONU, así como de la Directiva 2000/78/CE²³ sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, enfocándose en la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad tras un accidente de trabajo que resultó en una incapacidad permanente total y la posterior resolución del contrato de trabajo.

Además, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea refuerza estos principios plasmando este compromiso con la igualdad, prohibiendo explícitamente la discriminación por discapacidad en su artículo 21, y promoviendo en su artículo 26 la integración de las personas con discapacidad. Este último artículo destaca la importancia de adoptar medidas que fomenten su autonomía, integración social y profesional, así como su participación en la comunidad.

Esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no solo reafirma el compromiso con la igualdad de trato y la no discriminación, sino que también establece un precedente crucial para la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad, marcando un camino hacia una sociedad más inclusiva y justa.

La decisión del tribunal subraya la importancia de eliminar las barreras que impiden la plena participación de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida, incluido el

²² “BOE” núm. 43, de 17 de febrero de 2024

²³ DOUE 02/12/2000. Diario Oficial n° L 303. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000

empleo, y marca un precedente importante en la lucha contra la discriminación, promoviendo así un mercado de trabajo más inclusivo.

Existe una más que imperiosa necesidad de interpretar la legislación de la Unión Europea de manera consistente con los principios establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La reciente modificación doctrinal adoptada por el Tribunal Supremo ha suscitado un notable debate, en particular por sus implicaciones para las personas afectadas por una discapacidad sobrevenida. Dicha modificación, sometiendo a compatibilidad únicamente aquellas actividades marginales con la IPA o IG, parece introducir un trato discriminatorio hacia este colectivo cuyo derecho al empleo es indiscutible, independientemente de si se encuentran en situación IPA o IG.

El punto de fricción radica en que la nueva doctrina condiciona la compatibilidad de ciertos trabajos a que estos sean considerados residuales y que no requieran una habitualidad, sin importar si son lucrativos o no. Este derecho al trabajo está inequívocamente consagrado en el artículo 35 de la Constitución Española y encuentra un sólido respaldo en los artículos 3 y 5 de la Directiva 2000/78/CE de la Unión Europea, los cuales promueven la igualdad de tratamiento en el ámbito laboral. La situación planteada invita a una reflexión profunda sobre la necesidad de salvaguardar los derechos laborales de las personas con discapacidad, en consonancia con los principios de igualdad y no discriminación que rigen tanto en el ordenamiento jurídico español como en el marco normativo europeo.

La sentencia del TJUE del 18 de enero de 2024 refuerza esta interpretación, al señalar que el acceso a un puesto de trabajo y el desempeño de una jornada laboral para las personas con discapacidad no debería estar condicionado a la naturaleza residual o menor de las actividades o tareas que puedan realizar, ni a la necesidad de darse de alta en la Seguridad Social.

Este enfoque, que limita las oportunidades de empleo para las personas en situación de IPA o GI, no solo es discriminatorio, sino que también contradice los principios de inclusión y accesibilidad que promueve la Unión Europea. La integración laboral de personas con discapacidad, condicionada por la merma de sus funciones, no debería verse obstaculizada por interpretaciones restrictivas que minimicen su capacidad de contribuir en el ámbito laboral. La sentencia del TJUE subraya la necesidad de una interpretación más amplia y inclusiva, que facilite el acceso al empleo de este colectivo, sin limitaciones basadas en la naturaleza de las tareas a realizar o en la frecuencia de estas.

6. A modo de conclusiones

La discrepancia entre ambas sentencias ha abierto un amplio debate en el ámbito jurídico y social sobre cómo se puede lograr una mejor armonización entre la protección de los derechos de las personas con discapacidad y las regulaciones nacionales que rigen la incapacidad laboral. Este tema no solo es complejo por la diversidad de interpretaciones posibles, sino también por la importancia de garantizar que las personas con discapacidad disfruten de igualdad de oportunidades en el mercado laboral.

Este nuevo escenario representa un desafío significativo para la jurisprudencia española. Se encuentra ante la tarea de hallar un punto medio entre mantenerse fiel a los principios jurídicos ya establecidos y la necesidad imperante de adaptarse a las dinámicas y exigencias actuales y futuras de la sociedad. La decisión tomada por el Tribunal Supremo, que se basa en un criterio diferenciador fundamentado en prácticas anteriores, no solo cambia la manera en que se

entiende la compatibilidad de ciertas actividades para personas con IPA o GI, sino que también impulsa a una reflexión profunda sobre cómo debe evolucionar la interpretación de las leyes de seguridad social para responder adecuadamente a las necesidades de este colectivo.

Por otro lado, la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció parámetros mucho más claros en cuanto a la interpretación de las normativas sobre discapacidad, buscando una armonización a nivel europeo y el derecho al trabajo en condiciones de igualdad para todos. Este fallo representa un avance significativo en cuanto a la protección de los derechos de los trabajadores discapacitados, ofreciendo una interpretación más amplia y flexible de lo que se considera una actividad laboral compatible con diferentes estados de incapacidad.

En este contexto, el debate suscitado por la reciente decisión del Tribunal Supremo destaca la necesidad imperante de un diálogo continuo y constructivo entre la jurisprudencia nacional y los mandatos europeos. El objetivo principal de este diálogo debe ser proteger de manera efectiva los derechos de los trabajadores incapacitados, promoviendo su inclusión en el ámbito laboral y asegurando que se respeten sus derechos y se fomente su participación activa en la sociedad. Este enfoque no solo beneficia a las personas con discapacidad, sino que también contribuye al desarrollo de una sociedad más inclusiva y equitativa.

La reciente modificación del art. 49 de la CE, ha sido recibida con gran interés y reconocida necesidad. Esta reforma marca un antes y un después en la protección social de las personas con discapacidad en España, ya que expande de manera significativa el reconocimiento y la cobertura de sus necesidades. Este cambio normativo es un reflejo del progreso en cómo se comprende y aborda la discapacidad, poniendo énfasis no solo en la capacidad de trabajo del individuo, sino también en su bienestar general y en la necesidad de apoyo en su vida cotidiana. Este enfoque integral busca promover la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la sociedad, con especial atención en el ámbito laboral, donde las barreras para las personas con discapacidad han sido históricamente más pronunciadas.

La reforma legislativa se alinea con un cambio de paradigma en la política social y laboral, reconociendo que el apoyo a las personas con discapacidad debe ir más allá de la mera integración laboral. Ahora se busca garantizar una verdadera inclusión social y laboral que contemple todas las facetas de la vida, asegurando que estas personas puedan disfrutar de una vida plena y satisfactoria, con acceso a las mismas oportunidades que el resto de la ciudadanía.

En respaldo de esta igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad sobrevenida, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido un punto de inflexión, al señalar las deficiencias en la doctrina nacional y destacar la necesidad de un marco legal que no solo proteja los derechos de las personas con discapacidad, sino que también promueva su inclusión efectiva en el mercado laboral.

En contraposición, con este nuevo giro del TS, se abre un nuevo capítulo para la Seguridad Social en España, permitiendo la revisión de las IPA y GI de aquellos individuos que están compatibilizando sus prestaciones con un empleo en la actualidad.

Este escenario jurídico, marcado por la ausencia de directrices claras, plantea un desafío tanto para los operadores jurídicos como para los beneficiarios de estas prestaciones, quienes buscan entender cómo se aplicarán estas nuevas interpretaciones en sus casos particulares. Se ha generado un escenario complejo, ya que son los tribunales quienes deben analizar cada caso en detalle, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de los afectados. Tarea que se complica aún más por la falta de una normativa específica que regule claramente esta compatibilidad, lo que ha dado lugar a un cierto grado de incertidumbre y confusión legal.

Situación que se ve agravada tras el Criterio 11/2024 de la S.S, fiel reflejo del nuevo cambio doctrina acogido por el TS, y que acoge la incompatibilidad como regla general, teniendo las puertas abiertas a la revisión de las IPA o GI de aquellas personas que se encuentran compatibilizando sus prestaciones con una jornada de trabajo.

Serán de nuevo los tribunales los que, en ausencia de una legislación clara, resuelvan ponderando las circunstancias de éstos y siendo conocedores de que la doctrina discrimina los principios consagrados en la sentencia del Tribunal de la Unión Europea, dando lugar a un caos jurídico ante la ausencia de una normativa que regule de forma más específica esta compatibilidad.

7. Bibliografía

- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con el trabajo, salvo que sea esporádico o marginal: nuevo revés jurisprudencial para los grandes inválidos”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Núm. 5, 2024.
- LÓPEZ MOSTEIRO, R.: *Compatibilidad entre gran invalidez e incapacidad permanente absoluta, y trabajo, en las prestaciones contributivas*. <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2474/AD-10-32.pdf?sequence=1>
- PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: “Prohibición de discriminación por discapacidad. Despido de un trabajador con discapacidad por falta de actitud punto alcance de los ajustes razonables: obligación y la recolocación”, *Revista jurisprudencial laboral*, Núm. 2, 2022.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *El reconocimiento de una gran invalidez pensionada coma a un trabajador de la Once, no es compatible con su continuidad como vendedor de cupones de dicha organización. Giro de 180º en la doctrina del Tribunal Supremo y regresó a un criterio abandonado en 1986*. <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2024/06/ARTICULO-GUILLERMO-RODRIGUEZ.pdf>
- ROMERO RODENAS, Mª J.: “Compatibilidad de la incapacidad permanente con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, al no ser perjudicial o inadecuado al estado del trabajador”, *Revista jurisprudencial laboral*, Núm. 4, 2019.
- SOLÉ JUVÉS, M.: *Trayectorias laborales e incapacidad permanente*. https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/89a0f060-8861-476e-b798-f67153152039/44PF10_RE.pdf?MOD=AJPERES
- VV.AA.: *Por un futuro del trabajo inclusivo para las personas con discapacidad*, Fundación ONCE y Red Mundial de Empresas y Discapacidad de la OIT.
- VV.AA.: *Manual de prestaciones contributivas del régimen general de la Seguridad Social*, COLLADO GARCÍA, L., TARANCÓN PÉREZ, E y ROMERO RÓDENAS, M.J. (Ed.), Madrid, Bomarzo, 2023.
- VVAA.: *La protección de la seguridad social por incapacidad permanente*, JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A., LORENZO GARCÍA, R., JACOB SÁNCHEZ, F.M., y CABRA DE LUNA M.A, Madrid Escuela Libre Editorial.
- STS 1849/2008 de 30 de enero. Recurso 480/2007.
- STSJ EXT 290/2019. Id Cendoj: 10037340012019100147
- STJUE 18/01/2024. C-631/22. Asunto Ca Na Negreta.

LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA Y DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL POR RAZÓN DE LA SALUD DEL TRABAJADOR¹

ANA ISABEL GARCÍA SALAS
Profesora Titular de Universidad
Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0001-7160-5005

1. Introducción

En el mundo de las relaciones de trabajo, probablemente el mayor riesgo en términos jurídicos que presentan los sistemas de IA² es la amenaza que supone para el ejercicio de los derechos fundamentales en el marco del contrato de trabajo, y particularmente para el derecho a la no discriminación³. Y ello porque se presume, y con razón, que la intervención de estos sistemas

¹ El presente estudio ha sido elaborado en el marco del Proyecto Nacional de Investigación de I+D+I “La dimensión socio-laboral de los riesgos asociados al cambio tecnológico: Conceptualización, prevención y reparación” (Referencia: PID2021-124979NB-I00). Instituto Universitario de Derecho y Economía (IUDEC) – UC3M. IP: Jesús R. Mercader Uguina.

² El art. 3.1 del Reglamento europeo de Inteligencia Artificial los define como todo “sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que puede influir en entornos físicos o virtuales”.

³ El apartado 3 del Capítulo XVI del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, de 10 de mayo de 2023, reconoce que “la IA de manera progresiva tendrá un impacto significativo en el mundo laboral y, si no se hace un

podría ir ligada a un proceso de deshumanización de la gestión de esos recursos humanos, a través de una tecnología sin suficientes habilidades emocionales o psicológicas, y puede que quizás con unas capacidades deductivas y resolutivas ajenas a las intrínsecamente humanas⁴, fruto de la acumulación y procesamiento computacional de unos datos que además no siempre se introducen con el suficiente rigor, o bien son los propios algoritmos los que recopilan datos en fuentes tan descontextualizadas como pueden ser las redes sociales.

A pesar de ello, se dice que el aprendizaje automático de una máquina es muy similar al humano -las redes neuronales artificiales se basan en los sistemas biológicos-. Al menos por esto podría afirmarse que, del mismo modo que con las personas, “se necesitan muchos ejemplos para que esta pueda extraer patrones desde los datos, que luego le permitan extrapolar una decisión futura”⁵. Por este motivo también, la responsabilidad en la introducción de dichos datos es vital; como lo es la educación y los valores que inculcamos a la población infantil y juvenil. Aun así, al final, nos encontraremos con la famosa “caja negra” de algunos algoritmos de *machine* y *deep learning* (aprendizaje automático y aprendizaje profundo, respectivamente)⁶, procesos opacos y difíciles de auditar, en los que ya será imposible desgranar el origen de dichas decisiones para encontrar una explicación descifrable para el entendimiento humano sobre los motivos por los que la IA ha llegado a una conclusión determinada; lo que colisiona con el derecho del titular de los datos personales, dificultando además la identificación y la prueba de la discriminación, y que se antoja esencial para la resolución jurídica de los conflictos.

Los sistemas de IA pueden analizar una ingente cantidad de datos, de manera inasumible para la mente humana y, por ello, son empleados como herramientas tanto en el sector público como privado. Pero se trata más bien de un procesamiento de datos, ahora más sofisticado con la IA generativa, que no deja de necesitar que los datos entrantes sean correctos y adecuados para que también lo sea lo que salga de ella.

Todas las cuestiones relacionadas con el trabajo han sido catalogadas de alto riesgo por el Reglamento europeo de Inteligencia Artificial (en adelante, RIA), dentro de una clasificación con tres niveles de riesgo: riesgo bajo (mínimo/limitado), alto riesgo y riesgo inaceptable; siendo primordial, por tanto, que se valoren suficientemente las cuestiones éticas y no solo las de eficiencia. El RIA, aplicable a las relaciones de trabajo por ser un ámbito regulado por el Derecho de la UE⁷, dispone en el apartado 4 de su anexo III, como sistemas de IA de alto riesgo, aquellos que formen parte del *empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo*; y concretamente los destinados a ser utilizados para la contratación o la selección de personas físicas, en particular para publicar anuncios de empleo específicos, analizar y filtrar las solicitudes de empleo y evaluar

uso correcto y transparente, podría llevar a adoptar decisiones sesgadas o discriminatorias relativas a las relaciones laborales”.

⁴ Algunos autores se postulan a favor de estos nuevos mecanismos de IA, argumentando que “su uso permite garantizar que las contrataciones no se basen en corazonadas, impresiones o prejuicios” (MERCADER UGUINA, J.R., *La gestión algorítmica del empleo: Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, 2022, p. 20). También hay quienes advierten que “cada vez es más evidente que los sistemas de IA y los algoritmos no solo no eliminan por arte de magia las desigualdades existentes, sino que las reproducen e incluso las magnifican” (GINÈS I FABRELLAS, A., “¿Por qué se hace necesario un debate sobre las decisiones de los algoritmos en el sector laboral?” ESADE Do Better, 2022, <https://tekiosmag.com/2022/05/11/por-que-se-hace-necesario-un-debate-sobre-las-decisiones-de-los-algoritmos-en-el-sector-laboral-anna-gines-i-fabrellas-te-lo-cuenta/>).

⁵ Sobre estos temas, ver RUIZ, R.B. y VELASQUEZ, J.D., “Inteligencia artificial al servicio de la salud del futuro”, *Revista Médica Clínica Los Condes*, 2023, 34 (1), p.85.

⁶ El aprendizaje automático se basa en algoritmos y modelos que permitan a las máquinas reconocer patrones, aprendiendo de forma continuada gracias a la recepción de datos, y tomando decisiones en base a dichos datos, mientras que el aprendizaje profundo se inspira en el cerebro humano, con plena libertad para evolucionar por sí mismo, y capaz de tomar decisiones más precisas.

⁷ Se excluyen los modelos de IA desarrollados específicamente con fines de investigación y desarrollo científicos (art.2.6 RIA).

a los candidatos, así como los destinados a ser utilizados para tomar decisiones que afecten a las condiciones de las relaciones de índole laboral o a la promoción o rescisión de relaciones contractuales de índole laboral, para la asignación de tareas a partir de comportamientos individuales o rasgos o características personales o para supervisar y evaluar el rendimiento y el comportamiento de las personas en el marco de dichas relaciones⁸.

En particular, estipula el Considerando 57 RIA que este tipo de sistemas tiene la capacidad de “perpetuar patrones históricos de discriminación” y reconoce especialmente vulnerables al uso de la IA situaciones íntimamente ligadas a la salud, como la discapacidad o la edad⁹, sin descartar las condiciones de salud o la enfermedad en sí mismas. Se hace hincapié asimismo en la protección de los datos personales y de la intimidad de los trabajadores frente a la potencialidad de los sistemas de IA para socavarlos, pudiendo dar pie precisamente a su uso para fines discriminatorios.

Ante ello, cabría una primera reacción de rechazo, como forma de protegernos ante algo tan amenazante y desconocido. Sin embargo, debemos persuadirnos de que la IA formará parte de nuestras vidas¹⁰; y en gran medida para mejor, optimizando recursos y automatizando procesos, por su agilidad, eficiencia y, en un futuro no muy lejano, fiabilidad. Los beneficios económicos y sociales son indiscutibles. Por ello, nuestro empeño deberá consistir, no tanto en prohibirla, lo que parece ya absurdo e inoperativo, sino más bien en vigilarla y controlarla, en incorporarla a nuestro sistema de valores y en acoplarla a nuestras realidades y necesidades.

Con independencia de las concretas disposiciones que se establezcan para regularla, la juridificación de la IA debería basarse fundamentalmente en principios generales, que no queden superados con el tiempo, siendo que hablamos además seguramente de un tiempo breve en un futuro inmediato. El contexto en el que nos situamos es vertiginosamente cambiante. Cuando el RIA sea aplicable¹¹, puede haber quedado obsoleto. Y la remisión a la negociación colectiva, más dinámica para enfrentar los cambios, puede convertirse en una quimera desde el momento en que los negociadores no estén preparados para abordar tan descomunal tarea, cuando ni siquiera el legislador se atreve a ello. La negociación colectiva afronta con naturalidad la adaptación de la normativa legal, pero es más reacia a la acción proactiva. Por ello, es fundamental tener una cobertura suficiente de derechos básicos, de máximas y principios que puedan aplicarse de manera general y atemporal. No obstante, como señala MERCADER UGUINA¹², con el RIA “pasamos del terreno de la resolución de conflictos entre principios a la directa aplicación de reglas”, que no precisan de ponderación, se cumplen o no se cumplen. Es cierto que, como también apunta el profesor MERCADER, se introduce algún principio, como el de favorabilidad¹³, así

⁸ En línea con esto, la Comisión deberá crear y mantener, en colaboración con los Estados miembros, una base de datos de la UE de carácter público en la que se encuentre disponible toda la información relativa a los sistemas de IA de alto riesgo enumerados en el Anexo III (art. 71 RIA).

⁹ Advierte un nuevo informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que la inteligencia artificial usada en la salud discrimina a los mayores, mostrando sesgos discriminatorios heredados de los que ya existían antes en el campo sanitario. <https://www.swissinfo.ch/spa/oms-la-inteligencia-artificial-usada-en-la-salud-discrimina-a-los-mayores/47331068>

¹⁰ Véase además el impulso que recibe, a partir de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, de noviembre de 2020. <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/ENIA2B.pdf>

¹¹ Según el art. 113 RIA, éste será aplicable de manera general a partir del 2 de agosto de 2026; con algunas excepciones, como la de los capítulos I y II, que serán aplicables a partir del 2 de febrero de 2025.

¹² MERCADER UGUINA, J.R., “El principio de proporcionalidad como límite al control laboral basado en la inteligencia artificial”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 19, 2024, p.11.

¹³ “El presente Reglamento no impedirá que la Unión o los Estados miembros mantengan o introduzcan disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que sean más favorables a los trabajadores en lo que atañe a la protección de sus derechos respecto al uso de sistemas de IA por parte de los empleadores ni que fomenten o permitan la aplicación de convenios colectivos que sean más favorables a los trabajadores” (art.2.11 RIA).

como se insiste en el principio de proporcionalidad¹⁴. De hecho, puede apreciarse que las reglas resultantes son la directa materialización de dicho principio, sustituyendo “las soluciones *ad casum* del principio de proporcionalidad por un completo sistema de garantías frente al uso de los sistemas de IA”¹⁵.

En el contexto de la posible discriminación algorítmica y de los sistemas de IA, la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, no solo ha supuesto un gran impulso en el reconocimiento de la enfermedad y de las condiciones de salud en general como factores de discriminación, sino que enlaza con los principios de protección de datos en su art. 23, dedicado a la IA y a los mecanismos de toma de decisión automatizados, estableciendo una íntima conexión regulatoria que también se pone de manifiesto en este trabajo.

2. La enfermedad y las condiciones de salud como factor de discriminación legalmente reconocido

A lo largo de lo que llevamos de siglo XXI, la situación de la enfermedad y de las condiciones de salud en general de los trabajadores que no supusieran una discapacidad reconocida ha ido evolucionando hasta su actual sanción por discriminación. A ello se ha llegado progresivamente por diferentes vías. En primer lugar, la cláusula genérica del art. 14 CE, por razón de “cualquier otra condición personal o social”, permitió incluir la enfermedad como causa de discriminación, siempre que fuera tomada en consideración como un elemento de segregación o estigmatizante de la persona enferma (STC 62/2008, de 26 de mayo), basándose en los mismos prejuicios, injustos y rechazables que fundamentan los otros motivos de discriminación ya reconocidos en la CE o en el ET. Asimismo, la jurisprudencia del TJUE¹⁶ añadió al concepto de “discapacidad” a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, una interpretación más amplia que comprende una “condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración”¹⁷.

Más allá de estos condicionantes no podíamos hablar de discriminación por enfermedad si solo se trataba desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad o ineptitud¹⁸. De hecho, el art.17 ET no la ha añadido en ningún momento a su listado, a pesar de las recientes incorporaciones referidas a otras circunstancias como identidad sexual, expresión de género, características sexuales. Pero el panorama cambió con la Ley 15/2022, que reconoció expresamente la discriminación por “enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos” (art.2.1)¹⁹. Como nos recuerda Gordo

¹⁴ En tanto en cuanto el RIA “no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo” (Considerando 176)

¹⁵ MERCADER UGUINA, J.R., “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, p.12.

¹⁶ STJUE de 11 de julio de 2006, C-13/200, *asunto Chacón Navas* y posteriores. STJUE de 11 de abril de 2013, asunto C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark y otros*.

¹⁷ STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15, *asunto Daouidi*.

¹⁸ STS 194/2018, de 22 de febrero, Rec. 160/2016.

¹⁹ “Es importante advertir que la norma no añade ningún adjetivo al concepto de “enfermedad” (ni grave, ni prolongada, ni nada por el estilo) y esta idea se refuerza desde el instante que también se añade el concepto de “condición de salud” (que, por cierto, no se define), así como situaciones en las que todavía ninguna de estas circunstancias haya podido emerger, pues, habla de la “predisposición genética” (lo que, en algunos casos, ciertamente, puede plantear no pocas dificultades probatorias)”. <https://ignasibeltran.com/2022/07/14/a-partir-de-la-ley-15-2022-puede-despedirse-injustificadamente-a-un-trabajador-enfermo-o-de-baja-por-incapacidad-temporal/>

González²⁰, descartada la enfermedad como causa autónoma de discriminación reconocida constitucionalmente²¹, ha tenido que venir el legislador, y no precisamente el laboral, a ampliar los contornos de este derecho y redefinir unas situaciones que, en algunos casos, eran realmente intolerables y abusivas para con las personas enfermas. Se amplía la protección a la condición de salud en general, más allá de concretas patologías normalmente incapacitantes, que podría englobar alergias, obesidad, miopías, e incluso hipercolesterolemia o hipertensión²², así como la predisposición genética, según ya venían las Declaraciones Internacionales poniendo el acento sobre el peligro de uso de esta información como un factor de discriminación más²³; sin perjuicio de la dudosa legalidad de los test genéticos²⁴.

Por supuesto, tal y como hiciera el art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, *cit.*, se seguirá aplicando la excepción del requisito profesional esencial y determinante que proporcionalmente se exija para el desarrollo del puesto o tarea, pues el art. 2.3 de la Ley 15/2022 añade que: “La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de ciertas actividades o de las exigidas por razones de salud pública”. Ha de advertirse aquí la posibilidad, preocupante quizá, de que la proporcionalidad sea algorítmicamente medida, y así, “a través de la parametrización de ciertos comportamientos, establecer la aplicación que procede a cada caso singular”²⁵.

Pero antes de tomar cualquier decisión de signo laboral, será preceptivo para la empresa intentar todos aquellos ajustes razonables que permitan al trabajador enfermo acceder o mantener su empleo, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empleador, según lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2000/78. Eso sí, la obligación de ajustes razonables solo se mantiene (también en la Ley 15/2022) para las personas con discapacidad; por lo que podría pensarse, en un primer momento, que denegarlos a personas que sufran alguna patología no incardinable en el concepto amplio de discapacidad no generaría técnicamente discriminación. Sin embargo, la doctrina de los ajustes razonables se está consolidando como criterio en la tutela antidiscriminatoria en particular, y en la del conjunto de derechos fundamentales en general²⁶. En la Sentencia de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, *Ca Na Negreta*, el TJUE se reitera en el concepto de discapacidad como “limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas permanentes”, pero todas las interpretaciones sobre el deber de ajustes razonables nos han llevado a considerar que estamos ante restricciones; no solo para la extinción automática del art. 49.1 c) ET por reconocimiento de una incapacidad permanente, sino también para la propia extinción por ineptitud sobrevenida, como sinónimo de este mismo tipo de incapacidad, si atendemos a los requisitos judicialmente exigibles para la

²⁰ GORDO GONZÁLEZ, L., “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4 (2023), p.107.

²¹ Por ejemplo, la STC 118/2019, de 16 de octubre.

²² GORDO GONZÁLEZ, L., “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022...”, *cit.*, p.113.

²³ Así, el art.6 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (UNESCO, 1997); la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (OIT, 1998); el art.7 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (UNESCO, 2003); o el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2009).

²⁴ Ver GARCÍA SALAS, A.I., *La vigilancia inicial de la salud laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, 2023, p.217.

²⁵ MERCADER UGUINA, J.R., “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, p. 14.

²⁶ GARCÍA SALAS, A.I., “La obligación empresarial de realizar ajustes razonables: un criterio que se consolida en la tutela de los derechos fundamentales”. Blog El Foro de Labos, 20/10/2022. <https://www.elforodelabos.es/2022/10/la-obligacion-empresarial-de-realizar-ajustes-razonables-un-criterio-que-se-consolida-en-la-tutela-de-los-derechos-fundamentales/>

procedencia de esta modalidad de despido objetivo²⁷. Asimismo, el deber de adaptar el puesto de trabajo a la persona del trabajador, como principio de acción preventiva del art.15 d) de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), no es más que otra versión de los ajustes razonables que esta normativa reconoce particularmente para los trabajadores especialmente sensibles (art.25 LPRL), entre los que se incluyen trabajadores con discapacidad u otras circunstancias relacionadas con su estado biológico o sus condiciones de salud, y que deberán tenerse en cuenta antes de la consideración de no apto definitivo para su puesto o cualquier otro²⁸. La consideración de la enfermedad y las condiciones de salud como factor de discriminación acerca el incumplimiento de estos deberes de adaptación o ajustes a la sanción por discriminación, además de las correspondientes responsabilidades por incumplimiento de la normativa de prevención.

3. El tratamiento de los datos de salud: la protección de los datos sensibles

Los datos de salud de los que una empresa disponga pueden proceder de los reconocimientos médicos por sistemas tradicionales o ya a través del diagnóstico por IA²⁹. En cualquiera de los casos, lo que nos preocupa concretamente es determinar el uso que la IA, como herramienta de selección de trabajadores o de toma de decisiones en general (promoción profesional, reconocimiento de complementos salariales, movilidad funcional, etc.), pueda hacer de los datos a los que tenga acceso relacionados con la salud, en el sentido de que puedan ser usados con fines discriminatorios (bien por prejuicios, bien por mera conveniencia empresarial), o simplemente resultar serlo. Asimismo, la utilización de datos personales para diferentes fines a través de algoritmos corre el riesgo también de que aquellos queden descontextualizados, de manera que una reutilización de los datos pueda afectar a la autodeterminación informativa de la persona³⁰.

Los principios de protección de datos son aplicables a los sistemas de IA cuando se tratan datos personales³¹, aunque “las novedades de la IA han provocado dificultades en la aplicación de determinados principios propios de la protección de datos, que han de estar presentes en los sistemas de IA que emplean datos personales, como por ejemplo la transparencia, el derecho de acceso, el derecho de información”³², como enseguida se verá. Adicionalmente, en el art. 28.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se prevén otras concretas obligaciones para los responsables del tratamiento de datos, como la adopción de las medidas técnicas y organizativas apropiadas, teniendo en cuenta, en particular, los mayores riesgos que podrían producirse en supuestos como que el tratamiento pudiera generar situaciones de discriminación. Y la propia Ley 15/2022, en su art. 23.1, también hace un llamamiento en el sentido de que “las administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados

²⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Ineptitud sobrevenida, obligación de ajustes razonables y enjuiciamiento del despido”. Blog El Foro de Labos, 25/06/2024. <https://www.elforodelabos.es/2024/06/ineptitud-sobrevenida-obligacion-de-ajustes-razonables-y-enjuiciamiento-del-despido/>

²⁸ GARCÍA SALAS, A.I., *La vigilancia inicial...*, cit., p.109.

²⁹ “Mediante el uso de IA, se pueden interpretar grandes cantidades de datos derivados de diferentes fuentes para facilitar el diagnóstico y aumentar la capacidad de ejecutar iniciativas tempranas” (RUIZ, R.B. y VELASQUEZ, J.D., “Inteligencia artificial al servicio de la salud...”, cit., p. 89).

³⁰ FERNÁNDEZ-ALLER, C. y SERRANO PÉREZ, M.M., “¿Es posible una Inteligencia artificial respetuosa con la protección de datos?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2022, 45, p.318.

³¹ Considerando 69 RIA, de manera que, “las medidas adoptadas por los proveedores para garantizar el cumplimiento de estos principios podrán incluir no solo la anonimización y el cifrado, sino también el uso de una tecnología que permita llevar los algoritmos a los datos y el entrenamiento de los sistemas de IA sin que sea necesaria la transmisión entre las partes ni la copia de los datos brutos o estructurados”. Asimismo, el Supervisor Europeo de Protección de Datos, en sus Orientaciones sobre inteligencia artificial generativa y datos personales para las instituciones de la UE (2024), destaca particularmente que “la correcta interpretación y aplicación de los principios de protección de datos es esencial para lograr un uso beneficioso de estos sistemas que no perjudique los derechos y libertades de las personas” (p.3).

³² FERNÁNDEZ-ALLER, C. y SERRANO PÉREZ, M.M., “¿Es posible una Inteligencia artificial...?”, cit., p. 315.

en la toma de decisiones que se utilicen en las administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, siempre que sea factible técnicamente. En estos mecanismos se incluirán su diseño y datos de entrenamiento, y abordarán su potencial impacto discriminatorio. Para lograr este fin, se promoverá la realización de evaluaciones de impacto que determinen el posible sesgo discriminatorio³³. Obviamente la factibilidad técnica de aplicación de dichos criterios no deberá ser empleada como excusa para dejar de controlar el algoritmo, sino que debiera ser un límite para la utilización del mismo en contextos en los que pueda verter decisiones no controladas con sesgos discriminatorios.

Particularmente el uso de la IA en el tratamiento de los datos de salud en general debe atender a su naturaleza de datos especialmente sensibles, cuyo uso es legítimo pero las garantías deben ser máximas; “sistema de garantías que se anudan a los requisitos generales que deberán cumplir los sistemas de IA de alto riesgo, entre los que, paradigmáticamente, se encuentran los laborales”³⁴. Según el art.9.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante, RGPD), quedan prohibidos el tratamiento de datos relativos a la salud, con la salvedad principal de que conste consentimiento expreso del afectado, así como para proteger sus intereses vitales o por razones de interés público esencial. Pero también pueden ser tratados cuando resulte necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social³⁵; lo que puede conectarse con otra de las necesidades permitidas, como es para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, cuando su tratamiento sea realizado por un profesional sujeto a la obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad (9.2 RGPD)³⁶. Aún dentro de estas excepciones, se ha negado la licitud de las decisiones exclusivamente automatizadas basadas, mediata o inmediatamente, en las categorías especiales de datos ya referidos, lo cual sería fácilmente eludible por el más que posible acopio indiscriminado de datos personales en las redes sociales, “autorizado de forma irreflexiva por el propio interesado”³⁷.

Asimismo, en la medida en que estos sistemas de IA de alto riesgo impliquen tratamiento de datos personales, el art.26.9 RIA obliga a las empresas responsables del tratamiento a llevar a cabo una evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD), que se les exigirá con base en el art. 35 RGPD, para poder identificar, evaluar y gestionar los riesgos a los que están

³³ Así, por ejemplo, aunque sin más aclaración, el Decreto-ley 2/2023, de 8 de marzo, de Medidas urgentes de impulso a la inteligencia artificial en Extremadura, recoge en su art. 10, como objetivos y prioridades, que los órganos, organismos y entidades que conforman el sector público autonómico de Extremadura incorporarán sistemas de inteligencia artificial que favorezcan la eficacia y eficiencia en la gestión de los servicios públicos; y, en todo caso, conforme al apartado 1 del artículo 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio.

³⁴ MERCADER UGUINA, J.R., “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, p.13.

³⁵ Se señala que el régimen reforzado de tutela que impone la STJUE de 30 de marzo de 2023, C-34/21, vuelve “insuficiente, a efectos del artículo 88 RGPD, la mera autodeclaración de un precepto legal como fundamento del tratamiento”, conduciéndonos seguramente hacia la necesidad de un principio de proporcionalidad reforzado, junto a otros básicos, como el principio de transparencia, el de finalidad y minimización de datos. (MERCADER UGUINA, J.R., “El principio de proporcionalidad...”, *cit.*, pp. 8 y 9). Pone el autor como ejemplo el caso del art. 14.3 RIA: “Las medidas de vigilancia serán proporcionales a los riesgos, al nivel de autonomía y al contexto de uso del sistema de IA de alto riesgo (...)”; y del art. 56.2 d) RIA cuando establece que: “las medidas, procedimientos y modalidades de evaluación y gestión de los riesgos sistémicos a escala de la Unión, incluida su documentación, que serán proporcionales a los riesgos (...)” (p.13).

³⁶ Efectivamente, los datos médicos o de salud sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos por el personal médico (con protocolo de confidencialidad) cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley para estudios epidemiológicos (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad), vigilancia de la salud (art.22 LPRL), o verificación del estado de salud (STS 629/2021, 15 de junio, Rec.57/2020), entre otros.

³⁷ OLARTE ENCAÑO, S., “La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación Laboral*, n. 119, 2020. Vol. I, p.89.

expuestas sus actividades de tratamiento con el objetivo de garantizar los derechos y libertades de las personas físicas y establecer las medidas de control más adecuadas para reducir el mismo hasta un nivel considerado aceptable. Entre los tratamientos que, atendiendo a la lista orientativa confeccionada por la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD)³⁸, requieren EIPD, se incluyen aquellos que impliquen perfilado o valoración de sujetos, incluida la recogida de datos del sujeto en múltiples ámbitos de su vida, que cubran varios aspectos de su personalidad o sobre sus hábitos; los que impliquen la toma de decisiones automatizadas o que contribuyan en gran medida a la toma de tales decisiones, incluyendo cualquier tipo de decisión que impida a un interesado el ejercicio de un derecho o el acceso a un bien o un servicio o formar parte de un contrato; o los tratamientos que impliquen el uso de datos genéticos para cualquier fin.

Particularmente, en el art. 22.1 RGPD, se subraya que “todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”; en el entendimiento de que un tratamiento automatizado desemboca en decisiones adoptadas sin una intervención humana “responsable” o “significativa que no se limite a reproducir la decisión tomada por el algoritmo, sino que examine la información procesada y cuente con la facultad de modificarlas en caso de considerarlo necesario. La resolución de la STJUE de 7 de diciembre de 2023³⁹ resultaría también extrapolable al ámbito laboral en el sentido de que la generación de un valor de probabilidad también constituye una “decisión individual automatizada” bajo los términos del art. 22 RGPD si dicho valor es susceptible de influir significativamente en la decisión de un tercero, debiendo exigirse igualmente en ese caso las garantías del art. 22.3 RGPD: “como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”.

En relación con esto, no debe olvidarse que las personas afectadas tienen derecho a obtener una explicación clara, que les sirva de base para ejercer sus derechos, cuando la decisión tenga efectos jurídicos o les afecte significativamente con efectos negativos en su salud, seguridad o derechos fundamentales (Considerando 171 y art.86 RIA); y en idéntico sentido, respecto a decisiones exclusivamente automatizadas cuentan con el derecho de explicación, recogido en los arts. 13.2 f) y 14.2 g) RGPD, consistente en que el responsable del tratamiento debe facilitar a los interesados información concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso⁴⁰. Una empresa que tome decisiones automatizadas debe siempre, en primer lugar, informar sobre ello; o, en su caso, informar de que no se trata de un sistema basado únicamente en decisiones automatizadas, sino que también ha habido intervención humana⁴¹. En este ejercicio de transparencia, las empresas facilitarán a los representantes legales de las personas trabajadoras (y a los delegados sindicales, por mor del art.10.2 LOLS) información clara sobre los parámetros, reglas e instrucciones⁴² en los que se basan los algoritmos o sistemas de IA que afectan a la toma de decisiones que pueden

³⁸ <https://www.aepd.es/documento/listas-dpia-es-35-4.pdf>

³⁹ Asunto C-634/21, *SCHUFA Holding Scoring*.

⁴⁰ “El proceso de elaboración de perfiles suele ser invisible para el interesado. Funciona creando datos derivados o inferidos sobre las personas (datos personales “nuevos” que no han sido directamente facilitados por los propios interesados). Las personas tienen distintos niveles de comprensión y les puede resultar difícil entender las complejas técnicas de los procesos de elaboración de perfiles y decisiones automatizadas” (GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, p.10).

⁴¹ GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas...*, cit., pp. 11 y ss.

⁴² En esencia, la referencia conjunta a “parámetros, reglas e instrucciones” debe entenderse referida a la lógica, a las características de funcionamiento del algoritmo y a sus consecuencias (*Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral* (2022), p.11. https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Documents/2022/100622-Guia_algoritmos.pdf).

incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo (contratación, evaluación, promoción y despido), incluida la elaboración de perfiles (art.64.4 d) ET).

Adicionalmente, ha de exigirse la exactitud de los datos de entrada (la gobernanza de los datos, según el art.10 RIA). Si ya es una quimera que la IA no procese información relacionada con datos sensibles, para evitar que esto conduzca a un tratamiento arbitrario que termine en discriminación, los responsables y encargados del tratamiento deberán incluir “salvaguardias adecuadas que eviten la inexactitud de los datos de entrada y protejan del impacto de datos inexactos, con estrategias “desde el diseño” en la ejecución del tratamiento, y su efectividad debe revisarse y actualizarse cuando sea necesario”⁴³.

4. Utilización de algoritmos e intervención de los sistemas de IA: el riesgo de deshumanización de las relaciones de trabajo

Para gestionar sus recursos humanos, las empresas recurren a toda la información de la que disponen con el objetivo de “entrenar algoritmos capaces de realizar predicciones relacionadas con el talento y la capacidad de los trabajadores y los candidatos; para supervisar, evaluar y estimular el rendimiento; para fijar objetivos y valorar los resultados del trabajo; para poner en contacto a los trabajadores con los clientes; para juzgar estados de ánimo y emociones; para proporcionar formación modular en el lugar de producción; para encontrar patrones de comportamiento dentro de la plantilla, por ejemplo relacionados con las enfermedades, y para muchas cosas más”⁴⁴. En particular, para el reclutamiento y el proceso de filtrado de currículos, es muy útil y eficiente el empleo del *machine learning*⁴⁵, pero para la celebración de entrevistas, el análisis de los resultados obtenidos y la selección final del candidato resultaría más adecuado apostar por la evaluación personal del equipo de expertos de Recursos Humanos⁴⁶; aunque lo más probable es que para esta fase final se terminen empleando sistemas de aprendizaje profundo en un futuro no muy lejano, teniendo en cuenta la total ebullición en la que se encuentra el mundo de los algoritmos.

Ahora bien, la opacidad de estos sistemas será un grave obstáculo para satisfacer el derecho de explicación, pues no será viable aducir que la decisión fue adoptada por el algoritmo, y que no es posible saber en base a qué parámetros concretos ha tomado dicha decisión, lo cual nos conduce inexorablemente a una gran inseguridad social y jurídica⁴⁷. Asimismo, hemos de entender que la IA no tiene empatía, sentimientos, emoción, y, si alguna vez los muestra, ¿no se asemejará a los psicópatas humanos, que son capaces de imitarlos, aunque carezcan de ellos? Muy ilustrativo resulta el caso de la SJS n.28 Barcelona 13/2024, de 12 de enero, acerca de la incapacidad temporal de un trabajador sometido a riesgos psicosociales en una empresa dedicada a la moderación de contenidos en línea (suicidios, automutilaciones, decapitaciones, torturas, etc.). Siendo que las visualizaciones de contenido más “sensible” se intentan derivar a la IA, lo cierto es que todavía ésta no puede sustituir a la humana para estos cometidos. La IA puede ejecutar reglas sobre restricciones de palabras, reconocer un lenguaje e imágenes

⁴³ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Inteligencia Artificial: principio de exactitud en los tratamientos”. 31 de mayo de 2023. <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/blog/inteligencia-artificial-principio-de-exactitud-en-los-tratamientos>

⁴⁴ MOORE, P.V., “Inteligencia artificial en el entorno laboral. Desafíos para los trabajadores”, <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/inteligencia-artificial-en-entorno-laboral-desafios-para-trabajadores/>

⁴⁵ FAJARDO VARGAS, J.E., “Inteligencia Artificial aplicada al proceso de selección de personal”, *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional*, Vol. 8, N.º. 9, 2023, p. 737.

⁴⁶ PÉREZ LÓPEZ, J.I., “Inteligencia Artificial y Contratación Laboral”. *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, 7, 2023, p. 191.

⁴⁷ MERCADER UGUINA, J.R., “Discriminación algorítmica y derecho granular. Nuevos retos para la igualdad en la era del big data”. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol.2, N.2, 2021, p. 31.

cuestionables, enviar alertas o hacer comentarios, pero todavía se requiere de la combinación de la intervención humana y de la tecnología automatizada.

La dificultad que tienen estos algoritmos para la evaluación de las habilidades blandas o para detectar intangibles es lo que justifica ese miedo por la deshumanización de los procesos de selección o de evaluación de trabajadores con especialidades sensibilidades, discapacidades o problemas de salud en general. El enfoque humanista nos pone en conexión con los valores éticos que queremos imprimir a nuestras relaciones con la IA en cuanto a la toma de decisiones relativas al ámbito profesional. Sólo a través de una exhaustiva monitorización podremos alcanzar ese objetivo. Mientras no se logre una certidumbre sobre el mecanismo de procesamiento de cantidades masivas de datos por parte de los algoritmos de aprendizaje profundo, seguirá siendo más equilibrado y seguro el uso del *machine learning*, bajo el control de la inteligencia humana.

5. Discriminación por razones de salud a través de sistemas de IA y medidas a adoptar

Podemos entender por discriminación algorítmica “aquella situación donde el uso de algoritmos o sistemas de inteligencia artificial genera un trato desfavorable no justificado por razón de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o la ley”⁴⁸, donde incluimos las razones de salud. Habitualmente, el sesgo algorítmico en salud se refiere a la tendencia sistemática de los algoritmos utilizados en aplicaciones de atención y salud digital para tomar decisiones que favorecen o discriminan a ciertos grupos de pacientes o individuos, basándose en factores como el género, la edad, el origen étnico o cualquier otra característica demográfica. De lo que hablamos aquí es de algo distinto. Hablamos de que la toma en consideración de los datos de salud provoque un comportamiento discriminatorio por parte de la IA, con un efecto pernicioso que se ve multiplicado de manera exponencial gracias a su eficiencia, que se hace patente también cuando la repercusión es negativa⁴⁹. Dependiendo de la complejidad del modelo del algoritmo, podrán producirse situaciones de discriminación directa, en los que un algoritmo menos sofisticado actúe de manera grosera, o más frecuentemente de discriminación indirecta, con decisiones que el algoritmo presenta como neutras; por no hablar de las posibilidades de discriminación múltiple o interseccional. En todo caso, “a efectos de apreciar discriminación por un algoritmo de “caja negra”, lo jurídicamente relevante es el efecto que dicho algoritmo genera, y no la explicación técnica de la decisión adoptada”⁵⁰.

Como venimos insistiendo, para garantizar la efectividad de estos sistemas, resulta imprescindible introducir correctamente los datos a partir de los cuales son entrenados; “no podemos olvidar que el algoritmo es lo que son sus datos, así pues, si estos están viciados porque los patrones que contempla son fruto de las visiones estereotipadas y discriminatorias que los humanos tenemos, el resultado será una decisión igualmente discriminatoria”⁵¹. Por el contrario, si los datos son correctos, será menos probable que los sistemas tomen decisiones con sesgos discriminatorios en comparación con los seres humanos⁵². Así, resultará fundamental asegurarse de que los datos de entrada sean pertinentes y suficientemente representativos para la finalidad

⁴⁸ GINÈS I FABRELLAS, A., “Algoritmos sesgados en el trabajo. Consideraciones entorno a su tratamiento jurídico”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 19, 2024, p.5.

⁴⁹ Se afirma que “la discriminación algorítmica puede extenderse a mayor escala y a un ritmo mucho más rápido que la discriminación humana, ya que los algoritmos aceleran y amplían la toma de decisiones”. (FERNÁNDEZ-ÁLLER, C. y SERRANO PÉREZ, M.M., “¿Es posible una Inteligencia artificial...?”, *cit.*, p. 322).

⁵⁰ GINÈS I FABRELLAS, A., “Algoritmos sesgados en el trabajo...”, *cit.*, p.11.

⁵¹ ASQUERINO LAMPARERO, M.J., “Algoritmos, procesos de selección y reputación digital. Una mirada anti-discriminatoria”, *Revista científica de Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, 2, 2022, p. 3.

⁵² “Ver en la IA una oportunidad para una mayor objetividad y neutralidad en los procesos de selección no es ser optimista, de la misma manera que verla como una amenaza para los derechos fundamentales, no es ser pesimista, porque la tecnología no es neutra” (OLARTE ENCABO, S., “La aplicación de inteligencia artificial...”, *cit.*, p.94).

prevista del sistema de IA de alto riesgo (art. 26.3 RIA), así como revisar los datos utilizados para entrenar el algoritmo (por ejemplo, si los datos históricos contienen prejuicios, es probable que el algoritmo los replique). Tampoco puede descartarse que el algoritmo llegue a extraer conclusiones apresuradas, debido a la falta de procesamiento adecuado de la información, y que descarte sin contemplaciones a una persona simplemente porque padezca ciertas limitaciones. Por ello, las causas del sesgo discriminatorio pueden provenir tanto del programador, según los datos que se introduzcan en él para su procesamiento de datos o para su entrenamiento, como del propio aprendizaje que realice la máquina.

A veces se priorizan características que se asocian a determinados rasgos (sesgo de representación) que el diseñador del algoritmo introduce, siempre según instrucciones del empleador⁵³. Que la IA esté en manos de las empresas principalmente, y no tanto de la fuerza de trabajo, también crea un sesgo en sí mismo, de corte neoliberal, tanto en lo que se refiere a su entrenamiento como a sus usos y finalidades. Pero, como se ha señalado, y del mismo modo que las personas pueden malinterpretar una pregunta o una información en virtud de su experiencia, formación, usos, ideología, etc., “los sesgos en la base de datos también pueden provenir de errores o imprecisiones en la recolección de datos -denominados sesgos de medida- o sesgo derivado de la combinación de datos de grupos heterogéneos que conlleva que, si bien los distintos grupos están igual representados, el modelo no es capaz de representar adecuadamente a ninguno -denominados sesgos de agregación-”⁵⁴. Asimismo, “la discriminación algorítmica puede encontrar su origen en la existencia de sesgos en las correlaciones estadísticas o variables proxy utilizadas por el algoritmo, lo que se denomina sesgo por correlación o discriminación por proxy”⁵⁵. Por ejemplo, las personas que con más frecuencia se ausentan del trabajo pueden relacionarse con peores estados de salud. Por lo tanto, la penalización de las ausencias o primar una mayor disponibilidad constituiría una discriminación indirecta si no permite su justificación por causas justificadas y constitucionalmente protegidas, como las condiciones de salud⁵⁶. Así se interpretó en la Sentencia del Tribunal Ordinario de Bolonia (Italia) de 31 de diciembre de 2020, la cual declaró discriminatorio el algoritmo “Frank” de Deliveroo, pues establecía la prelación de trabajadores, a la hora de que éstos pudieran reservar las sesiones de trabajo, en función de una serie de parámetros tales como la fiabilidad o cumplimiento de las sesiones reservadas y la disponibilidad en los horarios de mayor demanda. Y el RIA traslada precisamente este precedente jurisprudencial a su articulado considerando prohibidas estas prácticas. El art.5.1 c) RIA prohíbe en concreto utilizar estos sistemas “para evaluar o clasificar a personas físicas o a colectivos de personas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su comportamiento social o a características personales o de su personalidad conocidas, inferidas o predichas, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque una o varias de las situaciones siguientes: i) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos de personas en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente, ii) un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos de personas que sea injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este”.

Asimismo, el art. 5.1 b) RIA prohíbe todos aquellos sistemas IA que sean susceptibles de explotar “alguna de las vulnerabilidades de una persona derivadas de su edad o discapacidad, con el objetivo de alterar de manera sustancial el comportamiento de dicha persona o de una persona que pertenezca a dicho grupo de un modo que provoque perjuicios considerables a esa persona

⁵³ OLARTE ENCABO, S., “La aplicación de inteligencia artificial...”, *cit.*, p.82.

⁵⁴ GINÈS I FABRELLAS, A., “Algoritmos sesgados en el trabajo...”, *cit.*, p.6.

⁵⁵ GINÈS I FABRELLAS, A., “Algoritmos sesgados en el trabajo...”, *cit.*, p.7.

⁵⁶ Ver al respecto también, GINÈS I FABRELLAS, A., “Algoritmos sesgados en el trabajo...”, *cit.*, p.5.

o a otra”. Estaría prohibido, por ejemplo, aprovecharse de las dificultades de comunicación o procesamiento cognitivo de algunas personas con discapacidad, o manipularlos para inducir respuestas específicas. De hecho, “quedan vetadas las cada vez más frecuentes técnicas o métodos de análisis de aptitudes, habilidades y capacidades psicosociales de los procesos selectivos de las empresas cuando se integren, por ejemplo, valiéndose de las destrezas de los nuevos softwares utilizados en las entrevistas virtuales, sistemas para inferir las emociones y crear con ello un perfil psicotécnico de los candidatos, o detectar el estado emocional de éste a lo largo de la entrevista”⁵⁷. Ahora bien, según el Considerando 18 RIA, se estaría refiriendo a emociones como “la felicidad, la tristeza, la indignación, la sorpresa, el asco, el apuro, el entusiasmo, la vergüenza, el desprecio, la satisfacción y la diversión”, pero no a “los estados físicos, como el dolor o el cansancio, por ejemplo, para sistemas utilizados para detectar el cansancio de los pilotos o conductores profesionales con el fin de evitar accidentes”. Por tanto, “sí podrán tener cabida aquellos dispositivos que, habiendo sido previstos como una medida integrada en el Plan de prevención de riesgos laborales, busquen detectar el estado físico del trabajador con el objeto de prevenir futuros accidentes de trabajo, o su utilización responda a objetivos médicos. Esto genera que estas técnicas deban someterse al bloque normativo de vigilancia de la salud laboral ex art. 22 LPRL como cualquier otro reconocimiento médico de salud laboral”⁵⁸. Los algoritmos analizarían los datos de los reconocimientos médicos y podrían determinar de manera más exacta probablemente la condición de apto, no apto, con condiciones, etc., así como los posibles ajustes razonables, sustituyendo en este punto a los servicios médicos de las empresas.

Por otro lado, como se ha puesto también de manifiesto, “el considerar que unos perjuicios no alcanzan el calificativo de “considerable” generará directamente que el sistema de IA que se vale de las vulnerabilidades de, por ejemplo, personas con discapacidad, deje de ser considerado como una práctica prohibida y pase a catalogarse como lícito, seguramente, en la categoría de alto riesgo”⁵⁹. Es más, un sistema de IA del anexo III ni siquiera se considerará de alto riesgo cuando no plantee un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, seguridad o derechos fundamentales de las personas físicas, o al no influir sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones; siempre que el sistema de IA esté destinado a realizar una tarea de procedimiento limitada, a mejorar el resultado de la actividad humana previamente realizada, o a detectar patrones de toma de decisiones o desviaciones y no esté destinado a sustituir la valoración humana previamente realizada sin una revisión humana adecuada, ni a influir en ella, o esté destinado a realizar una tarea preparatoria (art.6.3 RIA). Ha de tenerse en cuenta que, según la actual regulación, una empresa no podrá contar con sistemas de IA que conlleven un riesgo inaceptable, pero sí con aquellos que generan un riesgo mínimo o alto.

Los sistemas de IA de alto riesgo deberán someterse a su vez a un régimen de obligaciones especialmente estricto, como que el proveedor deberá implementar un sistema de gestión de riesgos (art.9 RIA)⁶⁰, entendido “como un proceso iterativo continuo, planificado y ejecutado durante todo el ciclo de vida de un sistema de IA de alto riesgo, que requerirá revisiones y actualizaciones sistemáticas periódicas” (ap. 2). La recomendación es que “los sistemas de IA deben ser controlados desde el diseño y de forma continua”⁶¹, lo que podría realizarse mediante

⁵⁷ LLORENS ESPADA, J., “La inteligencia artificial para la mejora de la seguridad y salud laboral y su encaje en el marco regulatorio europeo”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 19, 2024, p.10.

⁵⁸ LLORENS ESPADA, J., “La inteligencia artificial para la mejora...”, *cit.*, p.10.

⁵⁹ LLORENS ESPADA, J., “La inteligencia artificial para la mejora...”, *cit.*, p.9.

⁶⁰ Estos sistemas tendrán que cumplir con los principios de calidad y “pertinencia de los conjuntos de datos utilizados, la documentación técnica y la conservación de registros, la transparencia y la comunicación de información a los responsables del despliegue, la supervisión humana, la solidez, la precisión y la ciberseguridad” (Considerando 65 RIA).

⁶¹ FERNÁNDEZ-ALLER, C. y SERRANO PÉREZ, M.M., “¿Es posible una Inteligencia artificial...?”, *cit.*, p.314.

evaluaciones de impacto, por ejemplo, con el objeto de paliar los efectos dañinos de los sistemas de IA de alto riesgo sobre los derechos fundamentales (art 27 RIA). Dicha evaluación se deberá llevar a cabo antes de desplegar el sistema, con una descripción del período de tiempo durante el cual se prevé utilizar y la frecuencia con la que está previsto utilizarlo, las categorías de personas físicas y grupos que puedan verse afectados por su utilización en el contexto específico, los riesgos específicos, las medidas de supervisión humana, etc. La evaluación podrá culminar con la adopción de las medidas correctoras oportunas, o bien con la retirada definitiva de dicho sistema del mercado. Especialmente ha de atenderse a los sistemas de IA de uso general con riesgo sistémico, recogidos en el art. 51 RIA, cuando demuestren capacidades de gran impacto (tales como la difusión de contenidos discriminatorios o el uso operativo de vulnerabilidades). En estos casos, se prevén unas obligaciones especiales de los proveedores (art. 55 RIA)⁶².

Para realizar una evaluación exhaustiva que permita identificar las potenciales tendencias discriminatorias de los sistemas de IA, cada empresa u organización debería implementar asimismo un plan de análisis de los riesgos de dichos sistemas⁶³, con vistas a eliminar o reducir los riesgos asociados a la utilización del sistema de IA de alto riesgo, considerando “los conocimientos técnicos, la experiencia, la educación y la formación que se espera que posea el responsable del despliegue, así como el contexto en el que está previsto que se utilice el sistema” (art.9.5 *in fine* RIA). Del mismo modo, los sistemas de IA de alto riesgo se diseñarán y desarrollarán de un modo que los responsables del despliegue interpreten y usen correctamente sus resultados de salida (art.13.1 RIA). Ello incluye la alfabetización en materia de IA de los conceptos necesarios para tomar conciencia de las oportunidades y los riesgos que plantea la IA, así como de los perjuicios que puede causar y así tomar decisiones con conocimiento de causa en relación con los sistemas de IA⁶⁴. La información proporcionada debe ser clara, “sin malentendidos ni afirmaciones engañosas”⁶⁵. Todo ello les permitirá explicar las decisiones adoptadas por el sistema de IA a los trabajadores sobre los que influirán sus decisiones. Asimismo, las empresas tendrán que ser informadas sobre cualquier circunstancia conocida o previsible, asociada a la utilización del sistema de IA de alto riesgo conforme a su finalidad prevista o a un uso indebido razonablemente previsible, que pueda dar lugar a riesgos para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales (art.13.3 b) iii RIA)

La gobernanza en el uso de los datos exige asimismo una serie de prácticas específicas dirigidas a garantizar la calidad del dato, para detectar posibles sesgos que puedan afectar negativamente a los derechos fundamentales o dar lugar a algún tipo de discriminación prohibida por el Derecho de la Unión (art. 10 RIA). Como pone de manifiesto el Considerando 67 RIA, los datos de alta calidad desempeñan un papel esencial en el correcto funcionamiento de la IA, “en especial

⁶² De este modo: “a) evaluarán los modelos de conformidad con protocolos y herramientas normalizados que reflejen el estado de la técnica, lo que incluye la realización y documentación de pruebas de simulación de adversarios con el modelo con vistas a detectar y mitigar riesgos sistémicos; b) evaluarán y mitigarán los posibles riesgos sistémicos a escala de la Unión que puedan derivarse del desarrollo, la introducción en el mercado o el uso de modelos de IA de uso general con riesgo sistémico, así como el origen de dichos riesgos; c) vigilarán, documentarán y comunicarán, sin demora indebida, a la Oficina de IA y, en su caso, a las autoridades nacionales competentes, la información pertinente sobre incidentes graves y las posibles medidas correctoras para resolverlos; d) velarán por que se establezca un nivel adecuado de protección de la ciberseguridad para el modelo de IA de uso general con riesgo sistémico y la infraestructura física del modelo. Los proveedores de modelos de IA de uso general con riesgo sistémico podrán recurrir a códigos de buenas prácticas para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas”.

⁶³ Podemos acudir, por ejemplo, a la Norma ISO 31000: “Administración/Gestión de Riesgos, 55 Lineamientos Guía”, 2ª ed., 2018, para consultar cómo se pueden llevar a cabo el análisis, evaluación y tratamiento de los riesgos.

⁶⁴ En particular, el art.4 RIA preceptúa que “los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA adoptarán medidas para garantizar que, en la mayor medida posible, su personal y demás personas que se encarguen en su nombre del funcionamiento y la utilización de sistemas de IA tengan un nivel suficiente de alfabetización en materia de IA, teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, su experiencia, su educación y su formación, así como el contexto previsto de uso de los sistemas de IA y las personas o los colectivos de personas en que se van a utilizar dichos sistemas”.

⁶⁵ Considerando 74 RIA.

cuando se empleen técnicas de entrenamiento de modelos”. Los conjuntos de datos deben tener las “propiedades estadísticas adecuadas”, prestando especial atención a la mitigación de sesgos, “especialmente cuando los datos de salida influyan en la información de entrada de futuras operaciones (bucles de retroalimentación)”, perpetuando y amplificando la discriminación existente. Es fundamental que el conjunto de datos tenga en cuenta el “entorno geográfico, contextual, conductual o funcional específico en el que esté previsto que se utilice el sistema de IA”. Para mayor seguridad, puede acudir a terceros que ofrezcan servicios certificados del cumplimiento de los requisitos relacionados con la gobernanza de datos. Y particularmente, el Considerando 68 señala que “por ejemplo, en el ámbito de la salud, el espacio europeo de datos sanitarios facilitará el acceso no discriminatorio a datos sanitarios y el entrenamiento, a partir de ese conjunto de datos, de algoritmos de IA de una manera segura, oportuna, transparente, fiable y que respete la intimidad, y contando con la debida gobernanza institucional. Las autoridades competentes pertinentes, incluidas las sectoriales, que proporcionan acceso a los datos o lo facilitan también pueden brindar apoyo al suministro de datos de alta calidad con los que entrenar, validar y probar sistema de IA”.

Y en lo que a ellas compete, las empresas deben tomar conciencia de la importancia de diseñar algoritmos equitativos, introduciendo datos que no contengan sesgos inherentes, especialmente cuando se pretenda optimizar el algoritmo para maximizar ganancias o eficiencia. Así, por ejemplo, habrían de evitarse preguntas (sobre salud o discapacidad) no relacionadas con los requisitos del puesto, así como otro tipo de pruebas impertinentes, que no sean necesarias para evaluar las habilidades propias del puesto de trabajo y que, sin embargo, excluyeran directamente a trabajadores con limitaciones o condiciones, sin permitirles demostrar realmente sus cualidades o capacidad para realizar el trabajo; debiendo introducirse además en el algoritmo las posibilidades de ajustes razonables para que no se produzca una inmediata exclusión de estas personas. En relación con esto, las empresas pueden utilizar técnicas de auditoría de algoritmos por parte de terceros independientes para identificar posibles sesgos discriminatorios en sus sistemas de toma de decisiones. Y en caso de que se sospeche que ha existido discriminación en casos específicos, porque, por ejemplo, un grupo de personas con características similares haya recibido sistemáticamente un trato diferente al de otros grupos, han de analizarse los casos y detectar el sesgo.

Asimismo, teniendo en cuenta que ya se están empleando en la toma de decisiones laborales, sin duda “urge afinar tecnológicamente estos sistemas de modo que se puedan autocontrolar por sí mismos cuando detecten ciertas desviaciones”⁶⁶. Los chatbots, por ejemplo, no son capaces aún de pensar de manera inclusiva y dar respuestas equilibradas; entre otras cosas, porque no se auto-detectan esa desviación como algo a corregir. El Considerando 75 del RIA señala la solidez técnica como requisito clave, en estos casos, de manera que los sistemas de IA sean “resilientes en relación con los comportamientos perjudiciales o indeseables por otros motivos que puedan derivarse de limitaciones en los sistemas o del entorno en el que estos funcionen (p.ej., errores, fallos, incoherencias o situaciones inesperadas)”. Las soluciones técnicas que se proponen pueden incluir, por ejemplo, copias de seguridad o planes de prevención contra fallos (art.15.4 RIA).

Finamente, el art. 14 RIA establece la premisa de la supervisión humana, en el sentido de que estos sistemas de IA deben diseñarse y desarrollarse de modo que sean vigilados de manera efectiva, según el contexto específico, por personas físicas con la competencia, la formación y la autoridad necesarias, para prevenir o reducir al mínimo los riesgos para derechos fundamentales. Particularmente el apartado 4 destaca que “el sistema de IA de alto

⁶⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, H., “La discriminación algorítmica por razón de discapacidad”, *Revista Internacional de Pensamiento Político* - I Época. Vol. 18-2023, p.34.

riesgo se ofrecerá al responsable del despliegue de tal modo que las personas físicas a quienes se encomiende la supervisión humana puedan, según proceda y de manera proporcionada a: a) entender adecuadamente las capacidades y limitaciones pertinentes del sistema de IA de alto riesgo y poder vigilar debidamente su funcionamiento, por ejemplo, con vistas a detectar y resolver anomalías, problemas de funcionamiento y comportamientos inesperados; b) ser conscientes de la posible tendencia a confiar automáticamente o en exceso en los resultados de salida generados por un sistema de IA de alto riesgo (“sesgo de automatización”), en particular con aquellos sistemas que se utilizan para aportar información o recomendaciones con el fin de que personas físicas adopten una decisión; c) interpretar correctamente los resultados de salida del sistema de IA de alto riesgo, teniendo en cuenta, por ejemplo, los métodos y herramientas de interpretación disponibles; d) decidir, en cualquier situación concreta, no utilizar el sistema de IA de alto riesgo o descartar, invalidar o revertir los resultados de salida que este genere; e) intervenir en el funcionamiento del sistema de IA de alto riesgo o interrumpir el sistema pulsando un botón de parada o mediante un procedimiento similar que permita que el sistema se detenga de forma segura”.

Dada la rápida evolución de esta tecnología, para conseguir un marco jurídico que resista el paso del tiempo y a su vez permita la innovación, el RIA prevé un espacio controlado de pruebas para la IA a escala nacional que las autoridades nacionales deberán establecer. En el mismo orden de cosas, los proveedores deberán contar con un sistema de vigilancia poscomercialización, que tenga en cuenta las experiencias con el uso de estos sistemas (regulado en el art.72 RIA). Si fuera necesario que el marco reglamentario debiera adaptarse antes de sus revisiones periódicas, deberán delegarse en la Comisión Europea los poderes para adoptar actos con arreglo al art. 290 TFUE, de modo que pueda efectuar las oportunas modificaciones.

6. Los responsables de la discriminación algorítmica perpetrada por los sistemas de IA

Señala la AEPD que el diseñador de todo tratamiento de datos, en el que el algoritmo es solo una parte, debe aceptar que la “perfección” no existe⁶⁷. A partir de ahí, incluso adoptando todas las medidas y salvaguardas a las que se obliga a fabricantes, proveedores o responsables del despliegue, es inevitable que en algún momento se produzcan efectos perniciosos que merezcan respuesta. El propio RIA (Considerando 5) reconoce el menoscabo que puede producir la IA a los derechos fundamentales, que “puede ser tangible o intangible e incluye los perjuicios físicos, psíquicos, sociales o económicos”.

La garantía de tutela judicial puede verse obstaculizada, sin embargo, por la opacidad y falta de transparencia en los procesos de toma de decisiones, impidiendo obtener pruebas irrefutables de las prácticas discriminatorias ejecutadas por el sistema de IA. También ha de tenerse en cuenta que el algoritmo puede estar protegido por el secreto empresarial⁶⁸. Dichas dificultades podrían, no obstante, superarse gracias a las obligaciones de transparencia y comunicación de información ya analizadas⁶⁹, así como a obligaciones tales como la de documentación técnica y, sobre todo, la de conservación de registros, pues los sistemas de IA permitirán técnicamente

⁶⁷ <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/blog/inteligencia-artificial-principio-de-exactitud-en-los-tratamientos>.

⁶⁸ En cuanto “información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones: a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas; b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto” (art.1.1).

⁶⁹ El art.2.1 c) de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, considera lícita la obtención de la información constitutiva del secreto empresarial a través del “ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho europeo o español y las prácticas vigentes”.

el registro automático de acontecimientos para, por ejemplo, detectar situaciones que presenten riesgos que afecten a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas (art. 12.2 a) RIA). Asimismo, según el art.26.6 RIA, los responsables del despliegue están obligados a conservar los archivos de registro que los sistemas de IA generen automáticamente en la medida en que dichos archivos estén bajo su control, durante al menos 6 meses. Por su parte, y según el art.77.1 RIA, las autoridades encargadas de proteger los derechos fundamentales, incluido el derecho a la no discriminación, tendrán la facultad de solicitar cualquier documentación creada o conservada, en un lenguaje y formato accesibles, cuando sea necesario para el cumplimiento efectivo de sus mandatos; y si no bastase, podrán presentar solicitud motivada a la autoridad de vigilancia del mercado para organizar pruebas del sistema de IA de alto riesgo a través de medios técnicos (art.77.3 RIA).

Particularmente, en caso de que la empresa se negara a proporcionar una explicación a la persona afectada, ello deberá ser estimado a efectos en la tutela anti-discriminatoria, pues constituiría un indicio de que en la decisión empresarial subyacen motivos discriminatorios⁷⁰. Ahora bien, desde el momento en que se genere un efecto discriminatorio, puede considerarse que se habrá vulnerado el derecho, sin que sea preciso acreditar intencionalidad alguna o prejuicio, lo que ha permitido que pueda reconocerse la vulneración de la no discriminación por parte de un soporte tecnológico como una IA. Cuestión distinta es la responsabilidad que puedan tener las personas físicas; particularmente el fabricante, desarrollador del algoritmo o proveedor, y el empresario como responsable del despliegue de sistemas de IA en el ámbito de las relaciones laborales.

6.1. Sujetos responsables

Hasta ahora hemos identificado al responsable del despliegue del sistema de IA con la figura del empleador en el marco de las relaciones de trabajo, puesto que el art.3.4) RIA define a aquel como una “persona física o jurídica, o autoridad pública, órgano u organismo que utilice un sistema de IA bajo su propia autoridad, salvo cuando su uso se enmarque en una actividad personal de carácter no profesional”. Efectivamente, la responsabilidad empresarial por hecho propio se fundamenta en que es el empresario el que utiliza el sistema de IA bajo su propia autoridad y en el ejercicio de una actividad profesional. Asimismo, es la empresa de la que deben partir las instrucciones que determinarán la programación de la máquina, en virtud de sus propias necesidades. Además, ha de tenerse en cuenta, como pone de manifiesto el Considerando 93 RIA, que “los responsables del despliegue desempeñan un papel fundamental a la hora de garantizar la protección de los derechos fundamentales (...) se encuentran en una posición óptima para comprender el uso concreto que se le dará al sistema de IA de alto riesgo y pueden, por tanto, detectar potenciales riesgos significativos que no se previeron en la fase de desarrollo, al tener un conocimiento más preciso del contexto de uso y de las personas o los colectivos de personas que probablemente se vean afectados, entre los que se incluyen los colectivos vulnerables”. Finalmente, a la empresa corresponde asumir el riesgo en su actividad productiva, incluido el recurso a la IA, como forma de externalización de la toma de decisiones.

En resumen, y de acuerdo con el art. 26 RIA, la empresa, responsable del despliegue, podrá responder por el incumplimiento de las siguientes obligaciones: adoptar medidas técnicas y organizativas adecuadas para garantizar que utilizan dichos sistemas de acuerdo con las

⁷⁰ La STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-415/10, *Galina Meister*, señala que no se prevé “el derecho de un trabajador, que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada, de acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato. Sin embargo, no cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta”.

instrucciones de uso que los acompañen, y, en todo caso, de forma razonable atendiendo a las características del producto; encomendar la supervisión humana a personas físicas con competencia, formación y autoridad necesarias; asegurarse de que los datos de entrada sean pertinentes y suficientemente representativos en vista de la finalidad prevista del sistema de IA de alto riesgo, en la medida en que ejerza el control sobre dichos datos; vigilar el funcionamiento del sistema de IA e informar a los proveedores o autoridades de vigilancia del mercado cuando los responsables del despliegue detecten un incidente grave; y conservar los archivos de registro durante un período de al menos seis meses. Además, solo para los responsables del despliegue que sean empleadores se prevé la obligación de informar a los trabajadores y afectados expuestos y a los representantes de los trabajadores.

Por su parte, se ha señalado que “en el caso de que realice modificaciones sustanciales, ha de tener en cuenta que se convierte en fabricante”⁷¹, que, con carácter general, es el principal obligado a garantizar la seguridad de los productos que comercializa. Ahora bien, como se señala también, la capacidad de aprendizaje de los nuevos sistemas de IA conlleva la aparición de riesgos que no puedan controlarse ya en el momento de la comercialización; a lo que se une la incertidumbre científica en cuanto a su funcionamiento, desarrollo y utilidades⁷². Ello podría derivarnos hacia la idea de posibles riesgos del desarrollo⁷³, tan presentes en materia de prevención de riesgos laborales, sobre los que, dada su imprevisibilidad y, por ende, inevitabilidad, no se genera responsabilidad; como por otro lado corrobora el art.11.1 e) de la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, de 12 de marzo de 2024, eximiendo de responsabilidad cuando “el estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto fue introducido en el mercado, puesto en servicio o durante el período en el que el producto estaba bajo el control del fabricante no permitía descubrir el carácter defectuoso”. Pero las autoridades no están dispuestas a asumir la impunidad por riesgos que, aunque desconocidos e inconcretos, sí se vislumbran en un futuro no muy lejano. La incertidumbre ya no es excusa y por todos es conocido que estamos pasando de los principios de prevención a los de precaución o cautela⁷⁴ (*in dubio pro securitate*)⁷⁵. El RIA es un ejemplo de adaptación de la normativa tradicional y, aunque de efectividad imprecisa, no puede negarse que es pionero en esta cruzada.

⁷¹ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La responsabilidad empresarial por accidentes vinculados a la inteligencia artificial”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 19, 2024, p.15. En el caso de los sistemas de IA, el ap. 23 del art. 3 RIA considera modificación sustancial: “un cambio en un sistema de IA tras su introducción en el mercado o puesta en servicio que no haya sido previsto o proyectado en la evaluación de la conformidad inicial realizada por el proveedor y a consecuencia del cual se vea afectado el cumplimiento por parte del sistema de IA de los requisitos establecidos en el capítulo II, sección 2, o que dé lugar a una modificación de la finalidad prevista para la que se haya evaluado el sistema de IA en cuestión”.

⁷² Ver RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La responsabilidad empresarial...”, *cit.*, p.2.

⁷³ Son los “derivados de un fenómeno, un producto o un proceso que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su utilización” (MUÑOZ RUIZ, A.B., “Los riesgos del desarrollo como límite del deber de seguridad empresarial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 16/2011 (digital); o de su puesta en circulación por el fabricante o productor (Art. 140.1.e) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias).

⁷⁴ Actualmente recogido en el art. 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en materia de medio ambiente. La Recomendación CM/Rec (2020)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre los impactos de los sistemas algorítmicos sobre los derechos humanos, de 8 de abril de 2020, insta a los Estados miembros a adoptar un enfoque de precaución y exigir el rechazo de determinados sistemas cuando su despliegue conlleve un alto riesgo de daños irreversibles o cuando, debido a su opacidad, el control y la supervisión humanos se vuelvan impracticables en línea con la pirámide alemana de criticidad basada en el riesgo (MUÑOZ RUIZ, A.B., “¿Se deben regular los algoritmos? Un breve análisis a la propuesta normativa alemana: la pirámide de criticidad basada en el riesgo”, *Blog El Foro de Labos*, 11/12/2019 (<https://www.elforodelabos.es/2019/12/se-deben-regular-los-algoritmos-un-breve-analisis-a-la-propuesta-normativa-alemana-la-piramide-de-criticidad-basada-en-el-riesgo/>)).

⁷⁵ MUÑOZ RUIZ, A.B., “Cambio tecnológico y transformación digital: líneas de futuro de la OIT en materia de prevención de riesgos laborales”, *International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies (IJISEBC)*, 6 (1), 2019, pp.117 y 118.

En línea con todo esto, el Considerando 79 RIA se reafirma en la conveniencia de “que una persona física o jurídica concreta, definida como el proveedor, asuma la responsabilidad asociada a la introducción en el mercado o la puesta en servicio de un sistema de IA del alto riesgo, con independencia de si esa persona física o jurídica es o no quien diseñó o desarrolló el sistema”. En este sentido, debe considerarse proveedor a cualquier distribuidor, importador u otro que asuma las obligaciones correspondientes⁷⁶. Pues bien, si observamos las obligaciones destinadas a unos y otros, puede afirmarse que la mayor parte de la responsabilidad es atribuida al proveedor y, en menor medida, al responsable del despliegue. Para empezar, dice el Considerando 125 RIA que “el proveedor es quien, por norma general, debe llevar a cabo la evaluación de la conformidad de los sistemas de alto riesgo bajo su propia responsabilidad”. Sus principales obligaciones se encuentran enumeradas en el art.16 RIA y, como puede verse, son ciertamente relevantes en orden a una posible imputación de responsabilidades: velar por que sus sistemas de IA de alto riesgo cumplan los requisitos y poder demostrarlo; contar con un sistema de gestión de la calidad; conservar la documentación y, cuando estén bajo su control, los archivos de registro generados automáticamente por sus sistemas de IA de alto riesgo; o adoptar las medidas correctoras necesarias y facilitarán la información, entre otras.

6.2. Criterios de imputación: la culpa y negligencia ¿de las máquinas?

En el estado actual de la técnica, los sistemas de IA aún no actúan de un modo totalmente autónomo y sin supervisión alguna, por lo que no pueden ser considerados responsables de sus actos u omisiones. Son calificados como cosas con trascendencia económica, que pueden ser objeto de apropiación⁷⁷. Mientras los seres humanos tengan el control sobre las máquinas inteligentes⁷⁸ y sea posible interpretar sus cálculos de forma comprensible, o incluso si evolucionamos a otros estadios, quizás aún ignotos o propios de la ciencia ficción, como sería el *trashumanismo*⁷⁹, el cumplimiento del principio de transparencia permitirá que todas las decisiones al respecto estén suficientemente justificadas, y queden registrados los datos de todas las operaciones efectuadas por la máquina. Por otra parte, “no es necesario que el proveedor o el responsable del despliegue tengan la intención de causar un perjuicio considerable, siempre que dicho perjuicio se derive de las prácticas de manipulación o explotación que posibilita la IA” (Considerando 29 RIA).

La insistencia del RIA para que en todo momento haya un operador humano responsable de la IA en cualquiera de las fases permite garantizar la reparación de las víctimas de daños y perjuicios derivados de las decisiones del sistema. Como se propone en el art.4.3 Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial, “los operadores de un sistema de IA de alto riesgo no podrán eludir su responsabilidad civil alegando que actuaron con la diligencia debida o que el daño o perjuicio fue causado por una actividad, un dispositivo o un proceso autónomos gobernados por su sistema de IA”. Ahora bien, dicha responsabilidad deberá ser proporcional al nivel real de control del sistema de IA, de forma que cuanto mayor sea la capacidad de aprendizaje o la autonomía, mayor debiera ser la responsabilidad de su

⁷⁶ Considerando 84 y art.25 RIA.

⁷⁷ “Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles” (art. 333 del Código Civil).

⁷⁸ Como señala, OLARTE ENCABO, S., “La aplicación de inteligencia artificial...”, *cit.*, p.94, “tras mucha IA hay una decisión humana y es ahí donde hay que apuntar jurídicamente, tanto para prevenir como para reparar las discriminaciones”.

⁷⁹ Se trata de la posibilidad de que en un futuro el ser humano se integre físicamente con la máquina, como consecuencia de su propia evolución en un contexto eminentemente tecnológico. En la película *Atlas* (2024), la trama central de la historia parte de la posibilidad de un dispositivo colocado detrás de la oreja de un humano, incrustado en su cráneo, como un enlace neuronal entre el humano y la IA para fusionar sus mentes y ser más completos aún, algo distinto, que no será humano ni IA.

formador⁸⁰; pero también podría haber lugar a una pérdida de control sobre las decisiones de la IA, acarreado la exoneración de responsabilidad del supervisor humano. Porque, en el mismo sentido, el citado precepto continúa afirmando, en buena lógica, que “los operadores no serán responsables si el daño o perjuicio ha sido provocado por un caso de fuerza mayor”. Desde el momento en que, además de los comportamientos programados, haya comportamientos que ni el programador pudiera decidir, más difícil sería considerarlos simples instrumentos en manos de otros agentes. Asimismo, por ejemplo, “no parece que el empresario deba responder por fallos de los sistemas de IA que tienen su origen en el diseño y fabricación y que escapan a su control”⁸¹. Habrá que determinar, por tanto, dentro de las obligaciones en cascada, el punto en que se ha producido el incumplimiento de la normativa y exigir responsabilidades en ese estadio de la cadena, si la infracción se ha cometido en exclusiva; o bien establecer una responsabilidad solidaria a lo largo de la cadena de responsabilidad y de todo el ciclo de vida de un sistema de IA⁸².

Eso sí, ante presupuestos de exoneración de responsabilidad, resultará fundamental arbitrar algún mecanismo de protección subsidiario o de aseguramiento que dé cobertura al resarcimiento de las víctimas con un sistema de responsabilidad civil eficaz⁸³. Para empezar, el art.4.4 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, *cit.*, ya establecía que “el operador final de un sistema de IA de alto riesgo garantizará que las operaciones de dicho sistema de IA estén cubiertas por un seguro de responsabilidad civil adecuado”. En la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de septiembre de 2022, relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extra-contractual a la Inteligencia Artificial, se pone de manifiesto que aún se está valorando la inclusión de un seguro obligatorio, para lo que debe evaluarse además “el desarrollo de soluciones adecuadas por parte del mercado de seguros”⁸⁴.

En cuanto a la posible responsabilidad de un algoritmo, la primera cuestión sería sopesar si le atribuimos personalidad jurídica. Examinando las categorías jurídicas actuales del art.30 de nuestro Código Civil, no podría encajarse como persona física (reservada, de momento, a las personas humanas, sujetos de derechos y obligaciones), ni como persona jurídica (entidad abstracta representada por personas físicas, que actúan y deciden en su nombre, careciendo aquella de autonomía y libertad propias). En cualquier caso, puede que conozcamos la creación de una categoría jurídica nueva, que no haga referencia a una “persona”. Al respecto insta el Parlamento Europeo⁸⁵ a que se analice y considere la creación a largo plazo de una personalidad jurídica específica para los robots que actúen de manera autónoma, de manera que puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar esta *e-personality* o personalidad electrónica a aquellos supuestos en los

⁸⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica.

⁸¹ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La responsabilidad empresarial...”, *cit.*, p. 16; que añade: “Cuestión diferente es que durante el uso del sistema de IA en la empresa se advierta algún fallo, en este caso el empresario, sea el sistema de alto riesgo o no, deberá volver a evaluar los riesgos y adoptar las medidas oportunas”.

⁸² Como se propone en el art.11 Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, *cit.*

⁸³ Considerando lo dispuesto en la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, *cit.*, “un procedimiento de indemnización justo supone que cada persona que sufra un daño causado por sistemas de IA o que sufra un menoscabo al patrimonio causado por sistemas de IA debe tener el mismo nivel de protección que en aquellos casos en que no haya implicación de un sistema de IA; que el usuario necesita estar seguro de que el posible perjuicio causado por sistemas que utilicen IA está cubierto por un seguro adecuado y de que existe una vía jurídica definida para el resarcimiento”. Asimismo, “la incertidumbre relacionada con los riesgos no debe hacer que las primas de seguro sean prohibitivamente elevadas y convertirse así en un obstáculo para la investigación y la innovación”.

⁸⁴ Considerando 31 de la Propuesta de Directiva, *cit.*

⁸⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, *cit.*

que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.

Hasta ahora, la Comisión Europea⁸⁶ ha confiado en el marco jurídico existente sobre responsabilidad civil para resolver esta cuestión, en torno al concepto de responsabilidad objetiva y de sus posibilidades de aseguramiento, habiendo una persona física responsable que pudiera ser el fabricante, proveedor, programador o el responsable del despliegue, o bien una responsabilidad en cascada, hasta llegar al caso fortuito⁸⁷. Sigue siendo un claro art.1903.4 del Código Civil en el ámbito de la organización de la empresa. Eso sí, una fórmula *e-personality* excluiría cualquier imputación culposa⁸⁸. No obstante, la responsabilidad civil de carácter objetivo, basado en la responsabilidad por daños derivados de los productos que admitía la sola prueba del defecto del producto, y que ha servido en este tiempo a los daños ocasionados por la robótica y las nuevas tecnologías, ha de adaptarse a la auténtica revolución que supone la IA. De hecho, la nueva Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, *cit.*, trata de facilitar la prueba del defecto y del nexo causal con el daño al perjudicado, atendiendo sobre todo a la complejidad y opacidad de los sistemas de IA; en primer lugar, obligando a los Estados a garantizar que, a petición de una persona perjudicada que reclame una indemnización ante un órgano jurisdiccional nacional por los daños causados por un producto defectuoso, y que haya presentado hechos y pruebas suficientes para respaldar la verosimilitud de la reclamación, se pueda exigir al demandado que revele las pruebas pertinentes de que disponga, pudiendo limitarse a lo que sea necesario y proporcionado (art.9); y en segundo lugar, recogiendo una serie de presunciones sobre el carácter defectuoso del producto cuando no se hayan exhibido las pruebas pertinentes, se haya demostrado que el producto no cumple los requisitos obligatorios de seguridad, o se haya demostrado que el daño fue causado por un mal funcionamiento evidente del producto durante un uso razonablemente previsible o en circunstancias normales (art.10).

Paralelamente, con clara inspiración en la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, *cit.*, se está trabajando con un enfoque holístico en la aprobación de la Propuesta de Directiva, *cit.*, en el entendimiento de que las reglas tradicionales tienen difícil encaje para unas empresas que se mueven en el terreno de la incertidumbre y unas víctimas para las que es excesivamente costoso, si no imposible, presentar la prueba de causalidad del daño o entre el incumplimiento y la información de salida producida por el sistema de IA. Probablemente, el precepto que más interés suscita sea el art. 4 de la Propuesta, que recoge una presunción de relación de causalidad en caso de culpa “como medida menos gravosa para dar respuesta a la necesidad de una indemnización justa para la víctima”. Aparte del daño en sí mismo producido, el demandante deberá demostrar la culpa del demandado, la cual “puede determinarse, por ejemplo, por incumplimiento de un deber de diligencia en virtud de la Ley de IA o de otras normas”, “cuando pueda considerarse probable que la culpa en cuestión haya influido en la información de salida del sistema de IA” y “en función de las circunstancias generales del caso”, así como “a la luz del sistema de gestión de riesgos y sus resultados”; o también se “puede presumir la culpa sobre la base del incumplimiento de una orden judicial de exhibición o conservación de pruebas”, salvo que, en el caso de los sistemas de IA de alto riesgo, “el demandado demuestre que el demandante puede acceder razonablemente a pruebas y conocimientos especializados suficientes para demostrar el nexo causal”.

⁸⁶ “Informe sobre responsabilidad derivada de la inteligencia artificial y otras tecnologías digitales emergentes” (2019).

⁸⁷ ERCILLA GARCÍA, J., “Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, n. 47, 2018, pp. 21 y 22.

⁸⁸ Hablamos de máquinas “carentes -por el momento- de conciencia de su propio ser y de libre albedrío” (YÁÑEZ, A., “Robótica y responsabilidad”, *Diario La Ley*, nº 40, Sección Ciberderecho, 9-6-2020).

7. Las distintas formas de reparación y las alternativas a la reparación económica

Todavía no existe jurisprudencia específica sobre la reparación de los daños derivados de la discriminación algorítmica. Tampoco el RIA hace referencia alguna a posibles indemnizaciones, remitiendo a normativas adyacentes⁸⁹. De este modo, se deberá contemplar, de momento, lo dispuesto por la nueva Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y las reglas generales de responsabilidad civil, con la premisa de que la indemnización deberá ser en cualquier caso “adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios”⁹⁰. Al respecto, podríamos atender a lo dispuesto en la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, *cit.* que reconoce a los afectados el derecho a solicitar una indemnización “hasta un importe máximo de dos millones de euros en caso de fallecimiento o de daños causados a la salud o a la integridad física de una persona afectada como resultado del funcionamiento de un sistema de IA de alto riesgo; y hasta un importe máximo de un millón de euros en caso de daños morales significativos que resulten en una pérdida económica comprobable o en daños a bienes, también cuando distintos bienes propiedad de una persona afectada resulten dañados como resultado de un único funcionamiento de un único sistema de IA de alto riesgo” (art. 5.1).

Pero habrían de abordarse también las alternativas a la reparación económica, dentro de lo que se conoce como *restitución in natura*⁹¹, considerada preferente sobre la indemnizatoria, siempre que ello sea posible y el perjudicado la prefiera, y que está en la base de los efectos relativos a la nulidad que acarrea la vulneración de los derechos fundamentales, y en particular la prohibición de discriminación⁹². La discriminación sufrida por el trabajador enfermo o discapacitado puede haber conducido, no solo a la extinción de su contrato, cuya nulidad conlleva ya la readmisión como forma de reparación *in natura*, sino también a ser excluido de un proceso de contratación o de promoción, o a una movilidad funcional o geográfica para adaptarle el puesto; lo cual, además de comportar unos perjuicios, requiere la restitución del trabajador en la situación anterior en la medida de lo posible, lo que puede significar su contratación, promoción, regreso a su puesto o tarea original o, en su caso, su inclusión en un nuevo proceso de selección con un procedimiento distinto sin tintes discriminatorios.

Para finalizar, ha de comentarse que actualmente no encontramos referencias sobre la forma de reaccionar ante la discriminación algorítmica en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ni tampoco en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), la cual solo sanciona con carácter general la discriminación en las relaciones laborales (art.8.12) y en el acceso al empleo (art. 16.1 c) como infracción muy grave. No obstante ello, el art.99.1 RIA ya encarga a los Estados Miembros la determinación de un régimen de sanciones, y de otras medidas de ejecución, como advertencias o medidas no pecuniarias, aplicable a las infracciones del RIA⁹³, las cuales deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, teniendo en cuenta los intereses de las pymes, así como su viabilidad económica. En concreto, el apartado 3 prevé multas de hasta

⁸⁹ Considerando 9 RIA.

⁹⁰ Desde la STS de 17 de febrero de 1999, Rec. 2085/1998.

⁹¹ “La reparación *in natura* consistirá en reintegrar la esfera jurídica que se ha lesionado a otra persona a su estado anterior a la causación del daño, colocando al damnificado en la situación en la que se encontraría si no se hubiese producido el evento dañoso. Por contra, la reparación por equivalencia, denominada también indemnización y resarcimiento, lo que persigue es que se compense o resarza el menoscabo patrimonial sufrido por el damnificado, a través normalmente de la entrega de una suma de dinero, que se traduce en la prestación del *id quod interest*”. (STS Civil 525/2015 de 28 de septiembre, Rec. 1871/2013).

⁹² “No pudiendo anudarse al ejercicio de unos de estos derechos, otra consecuencia que la reparación *in natura* cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho” (STC 14/1993, de 18 de enero).

⁹³ Habrá que ver si, en el caso de las empresas responsables del despliegue, la vía de impugnación de las sanciones impuestas sea la jurisdicción contencioso-administrativa o la social.

35 millones de euros, o el 7% de volumen de negocios mundial si es una empresa, por no respetar la prohibición de prácticas del art.5 RIA; cifrándolas el apartado 4 en hasta 15 millones y 35% de volumen de negocios para otras infracciones⁹⁴. Los correspondientes criterios de graduación se encuentran en el art. 99.7 RIA, ponderando “todas las circunstancias pertinentes de la situación en cuestión, considerando especialmente la naturaleza, gravedad y duración de la infracción y de sus consecuencias, así como el tamaño del proveedor, en particular si este es una pyme o una empresa emergente”⁹⁵.

Piénsese además que la indemnización de los daños morales originados por la vulneración de derechos fundamentales se cuantifica en virtud del montante de las sanciones administrativas previstas para las infracciones cometidas (hasta ahora las de la LISOS)⁹⁶. Pero la previsión de un sistema sancionador especialmente duro, como es este, con aquellas conductas tipificadas que pongan en peligro nuestro sistema de derechos fundamentales, y nuestra civilización en general -podríamos decir también-, se presenta como una forma imprescindible de controlar la mano humana que dirigirá la IA en todo su proceso de evolución.

⁹⁴ Medidas sancionadoras similares se disponen en el art. 83 RGPD, lo cual demuestra una clara uniformidad legislativa en la materia.

⁹⁵ Considerando 168 RIA.

⁹⁶ STS 397/2023, de 6 de junio, Rec. 4538/2019, entre otras muchas.

PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR: DOS SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN DEL VARÓN PROGENITOR

JAVIER CARBALLO DE JESÚS
Doctorando en RRL y RRHH USC

1. La modificación de las prestaciones de paternidad y maternidad por el RD-Ley 6/2019 y el bien jurídico a proteger por la prestación de nueva creación

Partiendo de un precedente legislativo tan relevante como en su momento representó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, 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, pretende avanzar completando en el ámbito del Derecho del Trabajo y Seguridad Social el principio constitucional de igualdad, a fin de dar un impulso a “los resultados discretos”¹ que la citada Ley Orgánica 3/2007 proporcionó.

Considera el legislador que las previsiones contenidas en esta “*no han permitido garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, persistiendo unas desigualdades intolerables*”² y haciendo, si cabe, más necesaria la articulación de un texto normativo que promueva el respecto al principio de igualdad de forma

¹ El tenor literal de la exposición de motivos del RD 6/2019 reconoce en relación a la L.Org 3/2007 que “*las medidas de naturaleza fundamentalmente promocional o de fomento (de la igualdad) obtuvieron resultados discretos, cuando no insignificantes, lo que contraviene la propia finalidad de la ley*”.

² Preámbulo del RD-Ley 6/2019 e 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.

transversal en el mercado de trabajo, con base en el propio texto constitucional (arts. 9.2 y 14 CE), texto que se concreta en el RD-Ley 6/2019.

Del principio constitucional ha surgido, gracias a la invocación de las obligaciones y prerrogativas subjetivas que de él se derivan, un verdadero derecho subjetivo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, al que el RD-ley 6/2019 completa para erradicar la discriminación (directa o indirecta) por razón de sexo originada en concreto por la asunción de obligaciones familiares y por el estado civil.

Si algo se puede reconocer es el empeño del legislador para la superación de un modelo de conciliación hacia otro de corresponsabilidad familiar, lo que supone la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares por hombres y mujeres, condición *sine qua non* para la consecución de la igualdad material efectiva en el empleo y la ocupación³.

En este sentido la equiparación de los permisos de paternidad y maternidad con la creación de la nueva prestación por nacimiento y cuidado de hijo ha supuesto más allá de la creación de una prestación uniforme y completa para ambos sexos en el Sistema de Seguridad Social, un cambio de paradigma e impulso de la igualdad en las relaciones laborales.

Esta nueva prestación reconoce a ambos progenitores un permiso por nacimiento/adopción/guarda con fines de adopción y de acogimiento, de igual duración e importe⁴ (ex art. 48.5 ET y 177 y ss de LGSS), una equiparación que ha suscitado la duda jurídica de cuál es ahora el bien jurídico objeto de protección en el ámbito de esta prestación⁵.

En efecto, con la anterior regulación la doctrina académica y judicial entendían que el bien jurídico a proteger era el menor, sin embargo, con la configuración del nuevo permiso, ¿se mantiene este o se desplaza a la nueva situación de la familia o a la igualdad entre los propios progenitores?

1.1. El bien jurídico a proteger en la nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor

Aunque frecuentemente lleva a identificar el bien jurídico con el que es tutelado por el Estado a través del Derecho Penal con ocasión de la comisión de un delito, se aboga en esta sede por un concepto jurídico de aquel previo y omnicomprensivo de cualquier rama del ordenamiento jurídico, con un verdadero valor definido como “condición necesaria, o al menos útil, para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad”⁶.

Entonces, apelar al bien jurídico protegido implica en este ámbito delimitar el alcance de la protección de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y, por ende, su respectivo hecho causante.

Recordando los antecedentes legislativos inmediatos a la promulgación del RD-ley 6/2019, el bien jurídico a proteger, como ya se ha apuntado, era el menor, pero desde entonces parece que

³ Según datos de la Seguridad Social relativos a las excedencias por cuidados de hijos, el número de excedencias dadas de alta en el primer trimestre del año fue de 11.741 de las que 9.979 correspondieron a mujeres, el 85%, y 1.762 a hombres, lo que equivale al 15%. El número de excedencias ha bajado un 3,5% respecto al mismo periodo del ejercicio 2023.

⁴ De acuerdo con el art.179 LGSS el importe de la prestación se corresponde con el 100% de la base reguladora que será “será la base de cotización por contingencias comunes del mes inmediatamente anterior al mes previo al del hecho causante, dividida entre el número de días a que dicha cotización se refiera”.

⁵ Recuérdese que con carácter previo a la aprobación del Real Decreto-ley 6/2019, el permiso de maternidad era de 16 semanas frente al permiso de paternidad de duración de 5 semanas, los permisos eran transferibles, siendo un claro detonante de que se trataba de una regulación que hacía recaer de forma elocuente los cuidados sobre la progenitora frente, a la labor “menor y de apoyo” del varón.

⁶ Diccionario panhispánico del español jurídico, en : <https://dpej.rae.es/lema/bien-jur%C3%ADdico>

se ha suscitado una suerte de “protección compartida”: sin duda, ese interés superior del menor y, al tiempo, la igualdad en el disfrute del permiso de ambos progenitores, toda vez que también a ambos les corresponde la asunción de las cargas familiares.

De hecho, las últimas sentencias del Tribunal Supremo vienen a consagrar esta posición, incluso intensificándola de modo que cobra mayor relevancia lo segundo frente a lo primero. Tan es así, que para el caso de que el bien jurídico a proteger fuese prioritariamente el interés superior del menor, y en consecuencia el derecho de este a recibir cuidados y disfrutar de su familia durante un tiempo de calidad, en las familias monoparentales se procedería en pura lógica a la acumulación de ambos permisos (16 semanas correspondientes a la o el progenitor real más diez semanas que sería las propias del progenitor inexistente). Al respecto es elocuente la STSJ de Cantabria de 8 de abril de 2022⁷, de cuya argumentación se extraen las siguientes palabras: *“las normas de protección en relación con el nacimiento y cuidado del menor deben interpretarse a la luz del principio general del interés superior del menor”* y en consecuencia *“siendo la suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación postulada un medio adecuado para cuidar al menor durante las primeras semanas de vida, esta situación no puede verse perjudicada por el hecho de haber nacido en una familia monoparental, situación que debe ser adecuadamente protegida mediante el otorgamiento del subsidio reclamado”*, es decir, de la ampliación del subsidio en diez semanas (que restarían a aquellas seis de disfrute obligatorio inmediatamente posterior al hecho causante). Para la Sala, reconocer únicamente dieciséis semanas *“provoca que el menor esté menos tiempo cuidado y atendido que aquel que tenga a sus dos progenitores, siempre y cuando estos no disfruten de sus permisos de forma simultánea”*. Pese a ello, la STS de 12 de diciembre de 2023⁸ rechazó esta posibilidad ya que *“supondría crear una prestación nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales”*, lo que sería estrictamente función del legislador y no de los tribunales entre cuyas funciones *“no se encuentra la modificación del régimen de prestaciones de la seguridad social”*.

No ha seguido el mismo criterio el Tribunal Supremo a la hora de reconocer la citada prestación por nacimiento para el caso de la paternidad derivada de gestación subrogada⁹. Pese a suponer esta un acto *contra legem* pues el hecho causante que legalmente la integra no comprende ese tipo de paternidad -y menos de maternidad-, el Tribunal se ha inclinado por la aplicación de forma analógica del supuesto de prestación por adopción. Reconoce, además, la STS de 25 de octubre de 2015¹⁰ que, pese a la omisión de la gestación subrogada por la LGSS y el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, el listado de situaciones contenidas en el hecho causante no es tan cerrado *“como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral”* una interpretación reiterada por otras sentencias como las STS de 14 de diciembre de 2017¹¹. Y ello se nos antoja excesivo visto que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, considera *“nulo de pleno derecho el contrato por el que se*

⁷ Núm. rec. 234/2022.

⁸ Núm. rec. 2814/2022.

⁹ Aunque en la práctica, a través de la Instrucción del 5 de 2010 de la Dirección General de Registros y Notariado, se admite la inscripción registral de los menores nacidos en el extranjero en virtud de gestación subrogada en aras del interés supremos del menor, lo cierto es que la legislación española es clara en relación a la ilicitud de esta técnica. Es a través del artículo 10 de la Ley 14/2016, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde se determina que es nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato de gestación subrogada. Nulidad que es reiterada en los Arts. 32 y 33 de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de modificación de la L.Org. 2/2010 de interrupción voluntaria del embarazo.

¹⁰ Núm. rec. 3818/2015.

¹¹ Núm. rec. 2066/2016 y 2859/2016.

convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” (art. 10), y completa su régimen con una discriminación directa hacia la mujer progenitora, toda vez que deja a salvo en exclusiva “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico” (ibid.).

Por consiguiente, con esta restrictiva interpretación del TS relativa a la prestación por nacimiento en el caso de familias monoparentales, ha quedado patente el desplazamiento del bien jurídico a proteger en la prestación, reconociendo que no es, desde luego, la protección del interés del menor, sino la concesión del período de descanso a ambos progenitores para garantizar la igualdad material de la mujer en el acceso al mercado de trabajo.

De hecho, el propio preámbulo del RD-ley 6/2019 dispone que en las relaciones laborales es “esencial” tener presente el derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, “quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo” y en consecuencia, la equiparación de los permisos tiene una clara voluntad de “consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”.

Sin embargo, aunque por virtud del legislador, se pretende caminar hacia la plena igualdad, en la aplicación práctica se vienen detectando fisuras interpretativas que quebrantan este derecho fundamental y que asumen de facto la feminización de los cuidados.

Así pues, de seguido expondremos dos supuestos distintos de discriminación del varón en la aplicación de la prestación por nacimiento y cuidado del menor de acuerdo con la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación¹², pero que en definitiva vienen a concretar la existencia de una presunción indirecta por la que se asume que los cuidados han de ser prestados prioritariamente por las mujeres.

2. La discriminación refleja en la protección por despido ex art. 55.5.b) ET

Aunque, como hemos visto anteriormente, ha sido vocación del legislador la protección igualitaria de los permisos de paternidad y maternidad, lo cierto es que se viene detectando una falta de previsión en la protección del despido para ambos progenitores.

Mientras que el artículo 55.5b) ET declara la nulidad del despido en el caso de “*las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión*”, excluyendo de la literalidad del precepto al varón y/o progenitora distinta de la gestante, el art. 55.5a) sí otorga protección a ambos progenitores al declarar la nulidad del despido en el supuesto de que “*este se produzca durante o tras el disfrute del periodo de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), disfrute del permiso parental a que se refiere el artículo 48 bis, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o cuando se notifique la decisión en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos*”.

En consecuencia, ante el embarazo o la futura parentalidad solo se reconoce la citada protección a las mujeres, sin que se depare la misma previsión para el varón (o progenitora

¹² La ley 15/2022 ha procedido a conceptualizar diferentes tipos de discriminación recogiendo en su artículo 6 las pertinentes definiciones de discriminación directa e indirecta; la discriminación por asociación y discriminación por error, la discriminación múltiple e intersecciones o el acoso discriminatorio, entre otros conceptos que revertirán básicos para el estudio de la igualdad en las Relaciones Laborales.

distinta de la gestante) despedido por asociación o reflejo de la situación de gestación de su pareja o cónyuge. Es decir, la norma omite la declaración de nulidad del despido del otro progenitor con causa en el conocimiento por parte de la empresa de su futura paternidad y de la concomitante situación de embarazo de su pareja, que en cambio se encuentra protegida *per se*, ex. art. 55.5.b) ET.

No se trata de la protección del despido con base en la paternidad efectivamente consumada por el alumbramiento del recién nacido, ex. art. 55.5.a) ET, sino de si la decisión empresarial de extinguir el contrato por la futura condición de progenitor y de todas las consecuencias legales que ello conlleva (permiso por nacimiento, lactancia, posibles acogimientos a medidas de adaptabilidad y conciliación...) sin haberse consumado el hecho causante de dicha prestación por nacimiento, es acorde a la ley o si, por el contrario, esta medida extintiva pudiese devenir nula.

Para resolverlo, los órganos jurisdiccionales han acudido a otros preceptos legales que permitan superar la desprotección del varón buscando, con ello, la declaración de nulidad del despido. A modo de ejemplo, se evoca la STC 71/2020, de 29 de junio, sobre discriminación refleja o por asociación -término utilizado por el art. 6 de la Ley 15/2022-. Esta es definida por la indicada sentencia en los términos siguientes: *“aquella situación en la que una persona es tratada de forma menos favorable por causa de vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio”*.

Es interesante comprobar como la doctrina constitucional se abaja en la jurisdicción ordinaria y, en particular, en la STSJ de Galicia de 16 abril 2021¹³, en la que se reconoció la nulidad del despido del varón ante su futura paternidad por el estado de gestación de su pareja. El magistrado ponente, DE CASTRO MEJUTO, arguye en este sentido que: *“para hacer efectiva la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el art.14 CE, es preciso una vez más abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo, que es la raíz de la “discriminación refleja”*”. Es decir, para considerar la nulidad del despido del varón por esta circunstancia se debe haber *“tratado de forma menos favorable (en este caso despido) por motivo de uno de los rasgos o características protegidas (el embarazo, parto o nacimiento de un hijo), que, pese a no concurrir en sí mismo (ni ha estado embarazado ni ha dado a luz) el motivo del trato menos favorable se ha fundamentado en dicha característica, pues el despido se ha producido por el embarazo-parto de su mujer y todas las consecuencias que se puedan derivar del mismo”*.

Constituye la sentencia un importante precedente al considerar el despido por conocimiento de la futura paternidad del trabajador varón o progenitora distinta de la gestante como despido por discriminación refleja basado en una vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo ex. art. 55.5 b) ET dado que la situación protegida “sería proyectable” de forma indirecta al otro progenitor. Tanto más importante es lo anterior cuanto que, en nuestro ordenamiento jurídico, hasta ese momento, eran escasas las referencias a la discriminación refleja. La primera vez que se plasmó en un texto normativo corresponde al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, pero en exclusiva para casos de discriminación pro razón de discapacidad. Con posterioridad, se ha ido expandiendo la aplicación de la discriminación refleja gracias al TJUE cuando ha aplicado, por ejemplo, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación,

¹³ Núm. rec. 754/2021.

extendiendo la interpretación a otras causas como la discriminación por origen racial o étnico, por razón de sexo y por el ejercicio de la tutela judicial efectiva¹⁴.

Con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional, *ut supra* referida, el Tribunal supremo, en su sentencia de 20 de enero de 2016¹⁵ ya había reconocido este tipo de discriminación con ocasión de calificar como violencia de género por asociación la que se produce sobre los hijos/as (violencia vicaria) y posteriormente en la STS de 29 de enero de 2020¹⁶. Idéntica solución se dio (discriminación refleja por razón de sexo) sobre la regulación de las pensiones del régimen SOVI¹⁷.

En todo caso, lo novedoso de la STSJ de Galicia de 16 abril 2021 estriba en que, aparte del reconocimiento de la discriminación directa en caso de hacerse efectiva la paternidad (aspecto ya legislado de forma categórica), reconoce la discriminación refleja por razón de sexo en el despido concediéndole igual protección que aquella que recae sobre la trabajadora embarazada (ex 55.5.b) ET).

En verdad, sólo después de la actuación de los tribunales, se sanciona en un texto normativo, la citada Ley 15/2022, el concepto de discriminación refleja, que, según se ha adelantado, es denominada discriminación por asociación en su art. 6.2, cuyas palabras se reproducen:

“a) Existe discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio”.

Al tiempo, su art. 4.1 prohíbe “toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad”. Considerando como vulneración del derecho fundamental a la igualdad la discriminación por asociación, así como “el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes”.

Por consiguiente, cabe sostener que el despido del varón por su futura paternidad será nulo en cuanto manifestación de una discriminación refleja o por asociación con amparo en el art. 55.5.b) ET combinado con los arts. 4.1 y 6.2 de la Ley 15/2022, toda vez que no se pretende que el varón esté protegido por una gestación que biológicamente le resulta imposible, lo que se pretende es la tutela de la situación que por asociación se produce tras el embarazo de su pareja. Efecto colateral de ello será el reconocimiento del derecho a la correspondiente indemnización por daños morales, consustancial a la lesión del derecho a la igualdad y a la no discriminación que dispone el art. 27 de la reiterada Ley 15/2022 en concordancia con el art. 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Una indemnización que no solo tiene carácter resarcitorio sino también preventivo por la vulneración de derechos fundamentales¹⁸.

¹⁴ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “El despido discriminatorio por embarazo y parto también afecta al padre de la criatura: discriminación por asociación en la aplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1584/2021, de 16 de abril”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 463, 2021, pp. 141-148. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2468>

¹⁵ Núm. rec. 3106/2014.

¹⁶ Núm. rec. 3097/2017.

¹⁷ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *op. cit.*, pp. 141-148.

¹⁸ Así lo dispone la STSJ de Galicia 1584/2021 de 16 de abril de 2021 (rec.754/2021) que además concede la indemnización correspondiente a una infracción muy grave regulada por el art. 8.12 de la LISOS y con una sanción que va desde los 6.251 euros a los 25.000 euros ex- art. 40.1 c) LISOS.

3. La discriminación directa del varón en la prestación por nacimiento en caso de premoriencia de su hijo Nasciturus

Otro supuesto que exhibe las lagunas en la protección de la igualdad de ambos progenitores para el nacimiento de hijo se observa en el supuesto específico del nacido sin vida tras ciento ochenta días de gestación, casuística en que se reconoce a la madre el derecho a la prestación que le es denegado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) al padre¹⁹. Recuérdese al respecto que el art. 8.4, del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, regula la duración de la prestación y ordena su no reducción en caso de que el nacido muerto “hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días”.

Retomando el hilo argumental, la denegación al varón de la prestación se fundamenta justamente en la aplicación prioritaria del citado RD 295/2009 que es una norma previa al RD-Ley 6/2019 y que organiza todavía su régimen jurídico sobre la distinción entre las prestaciones de maternidad y paternidad. De modo que adjudica a la madre el derecho al disfrute en todo caso al tiempo que lo rechaza para el padre. Así su art. 26.7 declara:

“No podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque fallezca el hijo o menor acogido”.

Podría llegar a entenderse que la denegación del permiso al varón se fundamentase en la rotura del nexo de causalidad existente entre la situación de paternidad y la corresponsabilidad en los cuidados que debiera recibir el menor de haber nacido con vida. Sin embargo, la literalidad del precepto desvirtúa esta opción al mantener la prestación si el nasciturus no hubiese premuerto y le sobreviniese el óbito después. No obstante, si ello fuere como se indica, también habría una ruptura del nexo causal y, contradictoriamente, se le conserva el permiso.

La cuestión es enojosa, lo que ha dado pábulo a diferentes interpretaciones. Algunas sostienen que el reconocimiento a la madre y no al padre se debe más a la necesidad de la recuperación fisiológica postparto (obviando el agravio psicológico que supone la pérdida de un hijo para ambos progenitores) más que a la adaptación de la nueva situación familiar. Claro que esto colisiona de forma directa con el reproducido parcialmente art. 8.4 *in fine* del mismo RD en el que se reconoce el permiso a la madre en el caso de fallecimiento de hijos adoptados o menores acogidos. *“En tal supuesto, es palmario que no se está produciendo alumbramiento alguno del que deba recuperarse la progenitora fisiológicamente. Por lo tanto, queda claro que el disfrute de la prestación por nacimiento en el caso de fallecimiento de hijo no se dirige únicamente a la recuperación física de la madre en el período de pauperio”*²⁰.

Más todavía, no se ajusta a lo previsto por norma de rango legal. Apréciase que el art. 48.2 ET categóricamente ordena que, *“en el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso*

¹⁹ Analizadas diversas resoluciones mediante las que se deniega dicha prestación al padre, generalmente la Seguridad Social arguye que la negativa se produce “Por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 177 y 318 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre; así como en los artículos 45.1d y 48 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, 22 y 23 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural”.

²⁰ CRESPI FERRIOL, M. del M., “La prestación por nacimiento y cuidado ante la muerte prenatal: su reconocimiento al padre o progenitor distinto de la madre biológica”, *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, nº 4(2), 2023, pp. 123-145. <https://doi.org/10.20318/labos.2023.7942>

obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo". No hay, pues, distinción entre las situaciones de paternidad y maternidad en la medida en que se han extinguido como tales por haberse reunificado bajo la prestación por nacimiento y cuidado del menor, en la cual no se precisa la necesidad jurídica de que el nasciturus nazca con vida o no.

Desde una interpretación teleológica, el espíritu e intencionalidad del RD-ley 6/2019 al equiparar el derecho de ambos progenitores al disfrute del permiso y de la correlativa prestación si cumplen los requisitos que la habilitan ha de suponer el reconocimiento sin ambages de tal permiso y de su correlativa prestación al otro progenitor en el supuesto de muerte fetal o premoriencia de nasciturus, al menos, a partir del sexto mes de gestación.

En el sentido del reconocimiento de la prestación también se pronuncia 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 de la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, en cuya disposición 19 dispone que *"con el objetivo de fomentar un reparto más equitativo en las responsabilidades familiares... los Estados miembros también pueden conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal"*²¹, sin que se limite tal concesión en ningún caso a la mujer.

En consecuencia, respecto a la extensión del deber de cuidado aludido en la Directiva, el art.3.1 d) reconoce la figura del cuidador como aquel *"trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave"*²², que puesto en relación con el artículo 68 del Código Civil, debe facilitarnos la comprensión del citado deber mas allá de su sentido literal y vinculación al cuidado del menor.

La alusión del Código Civil a la obligación de los cónyuges a *"a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente"* así como *"compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo"* se ha de interpretar en un sentido amplio, extendiendo a su vez los cuidados al ámbito de la pareja que, de hecho, son especialmente necesarios en un momento de alta vulnerabilidad para ambos progenitores como es la pérdida de un hijo.

Cabe delimitar entonces, si la aplicación del precepto 26.7 del RD 295/2009 (o del Real Decreto en su conjunto) por parte de la Administración resulta ajustada o no a Derecho y si a su vez es o no discriminatoria para el varón, en virtud de lo dispuesto en la Ley 15/2022.

Empezando por este último extremo, si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 6.2 de la norma podríamos estar ante un supuesto de discriminación directa²³ por razón de sexo, pues la actuación de la Administración deniega al varón la prestación mientras que a su pareja (mujer gestante del nacido sin vida) se la reconoce, todo ello en un marco normativo que presume la igualdad entre las situaciones de maternidad y paternidad.

²¹ *"Al objeto de fomentar un reparto más equitativo entre mujeres y hombres de las responsabilidades en el cuidado de familiares, y de permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos, debe introducirse el derecho a un permiso de paternidad para los padres o, en el caso y en la medida en que se reconozca en la legislación nacional, para los segundos progenitores equivalentes. Los padres deben acogerse a dicho permiso en torno al momento del nacimiento de un hijo y debe estar claramente vinculado al nacimiento con el fin de prestarle asistencia. Los Estados miembros también pueden conceder el permiso de paternidad en caso de muerte fetal"*.

²² A su vez, el artículo 3.1 e) define el concepto de familiar como *"hijo, hija, padre, madre, o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho Nacional"*.

²³ De acuerdo con el art. 6.2 *"La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable"* por razón (entre otras que dispone la ley) de sexo.

Sobre la discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social se ha pronunciado también la STJUE 12 de diciembre de 2019 (asunto Sr. Wa)²⁴ a través del reconocimiento del complemento de maternidad a los dos progenitores, declarando que dicho complemento en las pensiones contributivas del sistema de seguridad social previsto en el art. 60.1 LGSS (en su redacción original) establecía una discriminación directa sobre los varones contraria al Derecho de la UE, resultando su denegación una actuación (por parte de la Administración de la Seguridad Social) discriminatoria por razón de sexo sobre el varón, reconociendo en consecuencia que ambos progenitores tienen derecho a percibir dicho complemento. Un criterio que fue asumido por nuestros tribunales, tal y como se percibe en la STS de 17 de mayo de 2023²⁵ que dispone que el complemento en su redacción original pueda ser disfrutado por ambos progenitores.

Una interpretación que además ha motivado la reforma de la LGSS y la sustitución de aquel complemento por el vigente de la brecha de género²⁶ y que sin lugar a dudas puede comportar un importante precedente para el reconocimiento del descanso del varón en caso de fallecimiento del nasciturus en pro de la igualdad efectiva de ambos progenitores.

Parece, entonces, congruente con lo anterior la posición de diversos Tribunales Superiores de Justicia como el de Cantabria²⁷ o el País Vasco²⁸, que admitieron la lesión del derecho fundamental a la igualdad en caso de denegación por parte de la Seguridad Social del permiso de nacimiento al padre. Pese a ello, el Tribunal Supremo adoptó un criterio más restrictivo desestimando en su sentencia de 5 julio de 2022²⁹ y en la posterior de 19 de octubre de 2023³⁰ este tipo de pretensión.

Pero el criterio no era unánime, por lo que, en la primera de las citadas sentencias, se emitió voto particular por la magistrada VIROLÉS PIÑOL en el que consideraba que *“privar al demandante de la prestación, vulnera el principio de igualdad y es discriminatorio para el varón”* en la medida en que se viene a producir un agravio fundamentado en el sexo del beneficiario al igual que acontecía en la denegación del complemento de maternidad en las pensiones reconocido expresamente en la STJUE citada *ut supra*.

El hecho notorio de que la jurisprudencia incurría en una contradicción con su doctrina sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad previo pronunciamiento del TJUE en el asunto Sr. Wa, ha motivado su cambio radical. Así, la citada STS de 19 de octubre de 2023 explicó que *“la nueva dicción otorgada por este cuerpo normativo³¹ sustituye a la vigente con anterioridad, que era del siguiente tenor literal: “En el supuesto de fallecimiento del hijo, el periodo de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.”* Y continuó arguyendo que: *“Resulta fácil observar que en la regulación precedente el sujeto titular del periodo de suspensión era la madre, y que, tras la reforma, pasan a serlo ambos progenitores, también para el caso en el que lamentablemente hubiese fallecido el hijo o hija”*.

²⁴ C-450/2018.

²⁵ Núm. rec. 3821/2022.

²⁶ Modificación que se incluye en el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico.

²⁷ STSJ Cantabria de 10 de diciembre de 2021 (Núm. rec. 783/2021).

²⁸ STSJ País Vasco de 29 de mayo de 2018 (Núm. rec. 982/2018).

²⁹ Núm. rec. 906/2019.

³⁰ Núm. rec. 296/2022.

³¹ En alusión al Real Decreto Ley 6/2019.

Pese a esto, el propio Tribunal aduce que no es descartable que el legislador pueda configurar una situación de suspensión del contrato y prestación por nacimiento en favor del progenitor distinto de la madre biológica, considerando que deviene fundamental la existencia de sustento reglamentario para aplicar por parte de los tribunales esta extensión del citado derecho³². Sin embargo, aún con la negativa del juzgador, podemos extraer del texto tres argumentos determinantes para el reconocimiento de la prestación:

- El primero se corresponde con que existe normativa europea que ofrece la posibilidad del reconocimiento de la prestación por nacimiento a los países miembros para el caso especial de nasciturus premuerto al progenitor y a su vez, existe doctrina del TJUE en el ámbito de las prestaciones del sistema de seguridad social que reconoce la discriminación al varón por razón de sexo y que podría ser aplicada de forma analógica para el caso en cuestión.
- El segundo es que existe una situación (la de nacimiento de hijo sin vida) que afecta en la misma medida a ambos progenitores, aún siendo conscientes de que la situación de la mujer es más gravosa tanto psicológica como físicamente, al gestar al feto durante un tiempo largo en su vientre.
- En última instancia, el Tribunal reconoce que se produjeron modificaciones normativas en el permiso por nacimiento que podrían dar lugar al reconocimiento de la prestación al padre, sin embargo no considera procedente interpretar de forma extensiva este derecho debido a la ausencia de desarrollo reglamentario. Aspecto, que podría implicar la vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva (art. 24 CE) del demandante, en la medida en que se estaría dejando de aplicar una disposición normativa como el artículo 48.4 ET en relación con la demás normativa de aplicación en lo referente a la igualdad (Ley Orgánica 3/2007 o Ley 15/2022), aplicándosele una disposición menos favorable y restrictiva de su derecho al permiso por nacimiento.

A fin de concretar si la aplicación del RD 295/2009 como argumento en contra del reconocimiento de la prestación es ajustada o no a derecho, se debe entrar en el negociado de la interpretación normativa, lo que no solo implica la aplicación del Derecho Laboral y de Seguridad Social, sino que también el art. 9.3 de la Constitución y los arts. 1.2, 2.2 y 3.1 del Código Civil.

En cuanto al art. 9.3 de la Constitución y el 1.2 del Código Civil, sancionan el principio de jerarquía normativa, exponiendo respectivamente que “la Constitución garantiza (...) la jerarquía normativa” y que “*carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior*”. En el presente supuesto, el RD 295/2009 en que se basa la denegación es una disposición de rango inferior al ET, que establece la equiparación de los permisos a través de la creación del permiso por nacimiento y cuidado de menor, y en el que se reconoce para el supuesto de fallecimiento de hijo la no reducción del período de suspensión.

En lo referido al art. 2.2 CC establece que “*las leyes solo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la nueva ley, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior*”, no debiendo obviar que la equiparación de los permisos de paternidad y maternidad es jurídicamente incompatible con la distinción que realiza el RD 295/2009 en lo referente a la duración de los permisos,

³² “...el legislador puede, en estos supuestos y en línea con la Directiva (UE) 2019/1158, configurar una situación de suspensión del contrato y prestación por nacimiento en favor del progenitor distinto de la madre biológica, pues resulta afectado en la misma medida por el fallecimiento del descendiente común, sin embargo, deviene imprescindible contar con el oportuno sustento reglamentario que desarrolle las modificaciones que se incorporaron en el texto estatutario y en la normativa de seguridad social a este anudadas”.

así como también al supuesto de fallecimiento de hijo, bien sea de forma intrauterina o post parto. Se entiende, por tanto, de acuerdo con este criterio interpretativo, que se produciría una derogación tácita de aquella distinción, no debiendo ser aplicada por su contradicción con una norma posterior y de mayor rango.

Por último, en virtud del artículo 3 C.C. *“la norma se interpretará segundo el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*, lo que permite observar a través del preámbulo Real Decreto-ley 6/2019 que su *ratio essendi* es garantizar la efectividad de la igualdad material de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, aspecto que en último término no se aplica al denegar la prestación de paternidad en caso de muerte intrauterina mientras sí es reconocida a la madre, prestaciones que debieran ser de igual naturaleza y que son producidas por un mismo hecho causante.

En primer lugar, no cabría la aplicación analógica del Real Decreto dado que el propio artículo 48.4 ET reconoce que en caso de fallecimiento (sin especificación de si debe ser intraútero o post parto) no se reducirá la prestación, por lo que la ley recoge un supuesto específico.

Pero en cualquier caso, de ser ajustada a derecho la aplicación analógica, lo jurídicamente correcto sería la aplicación de la extinta regulación de la maternidad para estos casos, debido a que guarda mayor identidad de razón con el espíritu del nuevo permiso por nacimiento que, como se indicó *ut supra*, pretende tornarse en garante de la igualdad real y efectiva en el empleo y ocupación entre mujeres y hombres, máxime si tenemos en cuenta la aplicación preferente en derecho del trabajo del principio “pro operario”.

En definitiva, no resulta ajustada a derecho la aplicación de esta normativa puesto que como muy acertadamente considera la STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2022³³: *“deberemos considerar superadas las disposiciones estrictas del ámbito reglamentario que conlleva los dictados del RD 295/09 (y en concreto los citados art. 22.1, 26.7 y 8.4) por cuanto las diferencias habidas entre las regulaciones previas para con la paternidad en relación a la maternidad, en aquella denominación y contextualización, no deben ser objeto ahora de extrapolación y aplicación. Entender que el devengo de la prestación de paternidad, a diferencia de lo que acontece con la maternidad, exige una especie de solicitud desde una situación de que el nacido esté con vida al tiempo de la efectiva suspensión del contrato, que acontece con respecto de la antes denominada maternidad, que se reconoce incluso con el fallecimiento del menor, provoca que aquella denegación para con la prestación del progenitor, que ahora las partes citan como paternidad, no alcance la finalidad de la regulación legal orgánica, constitucional y actualizada, que busca la corresponsabilidad de las obligaciones familiares, donde a los parámetros propios del interés del menor (generalmente superviviente) se integran las exigencias del cuidado y conciliación de los progenitores, en lo que supone su vida personal, familiar y relacionada con lo laboral. Por ello debemos adaptar e interpretar esa norma, exclusivamente reglamentaria, de conformidad con los fines y principios establecidos en el parámetro superior de la LO 3/07, no admitiendo diferencias entre ambos progenitores, siguiendo los fines específicos de la prestación”*.

4. Conclusiones

Ruth Bader Ginsburg logró probar, como abogada demandante, en el asunto *Charles Moritz vs Commissioner of Internal Revenue* (1972), que existía una discriminación por razón de sexo en la actuación de la Administración de los EEUU al denegar las deducciones fiscales por cuidado

³³ Núm. rec. 1901/2021.

al varón mientras se las concedía a las mujeres, aun estando ambos en situaciones jurídicamente equivalentes.

No siendo comparables los sistemas jurídicos americano y español, sí que resulta ilustrativa la comparación entre ambas casuísticas. Al igual que Bader Ginsburg, a través del análisis de la discriminación que sufre el varón, se logra poner en evidencia la existencia de una discriminación sistémica basada en los roles de género y los papeles que la sociedad ha acuñado a uno y otro sexo.

En definitiva, tras analizar ambos supuestos (en la protección por despido y por nacimiento de hijo sin vida), se demuestra que la existencia de discriminación al varón en la prestación por nacimiento es una prueba evidente de que jurídicamente se sigue discriminando a la mujer en el cuidado de los hijos, priorizando la protección de esta frente a la del otro progenitor y asumiendo que las mujeres deben asumir de forma preferente los cuidados.

Sobre esta base, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Son evidentes los esfuerzos del legislador por el avance en la protección de la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales y especialmente en los que se refiere a la protección del nacimiento o cuidado del menor, con la dirección de caminar hacia un modelo donde prime la corresponsabilidad, tal evidencia se muestra en la aprobación de mecanismos como la obligatoriedad de los planes de igualdad y equiparación de los permisos de nacimiento (RD-Ley 6/2019) o la definición de conceptos como la discriminación por asociación o discriminación directa (Ley 15/2022).
2. Pese al avance legislativo que supuso la equiparación de los permisos de maternidad con la creación de un nuevo permiso igual para ambos progenitores, la falta de desarrollo reglamentario ha sido el principal sustento de los tribunales para una equiparación plena, dejando aspectos como los comentados (despido y fallecimiento de hijo) huérfanos de protección si el solicitante es el padre. Aspecto que en todo caso supone un agravio comparativo para este a respecto de la madre.
3. En el caso de la protección por despido, lo que se pretende no es la protección de un embarazo, que en el caso del varón es biológicamente imposible, sino protegerlo de una situación (la de la futura paternidad) que se genera por su vínculo o asociación con otra persona (en este caso su pareja embarazada. Así pues, esta laguna legislativa o falta de previsión en el Estatuto de los Trabajadores se puede solventar con el reconocimiento de dicha situación como una discriminación por asociación ex-art.6.2 Ley 15/2022 debiendo tener, en consecuencia, idéntica protección que la trabajadora embarazada.

En cuanto a la protección por nacimiento de hijo nacido sin vida, aunque existe mucha controversia jurídica, reconocer la prestación a la madre y no al padre supone una aplicación discriminatoria de nuestro ordenamiento jurídico sobre el varón y la conculcación de su derecho fundamental a la igualdad.

4. La aplicación, por parte de la administración y de los tribunales, de la normativa reglamentaria que distingue entre paternidad y maternidad sobre la prestación por nacimiento de nueva creación (aunque casi idéntica a la antes llamada maternidad) resulta incorrecta, ya que se aplica de forma analógica y restrictiva un derecho que la normativa vigente considera igualitario para ambos progenitores, especialmente lesiva es esa interpretación en caso de muerte del hijo. En todo caso, la aplicación analógica nunca puede ser más restrictiva que el propio espíritu que la norma imprime, y carece de toda lógica jurídica que ante una equiparación de los permisos, se aplique analógicamente el

de paternidad, cuando el que mayor similitud guarda con el actualmente vigente es la de maternidad.

5. En definitiva, el análisis de estos dos tipos de discriminación sobre el varón en la prestación por nacimiento, demuestran claramente la supervivencia de roles y estereotipos de género, especialmente presentes en el ámbito de los cuidados a pesar de los avances normativos encaminados hacia un modelo en el que prima la corresponsabilidad de los progenitores. Sin embargo, aunque la normativa vigente imprime la garantía de igualdad entre mujeres y hombres en este ámbito, la aplicación de la misma según el Tribunal Supremo no supone base suficiente para evitar las citadas discriminaciones. Aspecto que podría solventarse, además de con el necesario desarrollo reglamentario, con la aplicación de la perspectiva de género por parte de jueces y tribunales del orden social pues “es ya incuestionable que la aplicación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales forma parte de los compromisos internacionales asumidos por España”³⁴.

5. Bibliografía

- CRESPI FERRIOL, M. del M., “La prestación por nacimiento y cuidado ante la muerte prenatal: su reconocimiento al padre o progenitor distinto de la madre biológica”, *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, nº 4(2), 2023. <https://doi.org/10.20318/labos.2023.7942>
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “El despido discriminatorio por embarazo y parto también afecta al padre de la criatura: discriminación por asociación en la aplicación del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1584/2021, de 16 de abril”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 463, 2021. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2468>
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r) evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo, Albacete, 2023.
- POYATOS MATAS, G., *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*, Aranzadi, Navarra, 2022.

6. Relación de jurisprudencia y doctrina judicial

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea:
STJUE de 12 de diciembre de 2019, Asunto WA (C-450/18).
- Tribunal Constitucional:
STC 71/2020 de 29 de junio de 2020 (Núm. rec. 6369/2018).
- Tribunal Supremo:
STS de 12 de diciembre de 2023 (Núm. rec. 2814/2022).
STS de 25 de octubre de 2015 (Núm. rec. 3818/2015).
STS de 14 de diciembre de 2017 (Núm. rec. 2066/2016).
STS de 14 de diciembre de 2017 (Núm. rec. 2859/2016).
STS de 20 de enero de 2016 (Núm. rec. 3106/2014).

³⁴ POYATOS MATAS, G., *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*, Aranzadi (Navarra, 2022).

STS de 29 de enero de 2020 (Núm. rec. 3097/2017).

STS de 17 de mayo de 2023 (Núm. rec. 3821/2022).

STS de 5 de julio de 2022 (Núm. rec. 906/2019).

STS de 19 de octubre de 2023 (Núm. rec. 296/2022).

— Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ Cantabria de 8 de abril de 2022 (Núm. rec. 234/2022).

STSJ Galicia de 16 de abril de 2021 (Núm. rec. 754/2021).

STSJ Cantabria de 10 de diciembre de 2021 (Núm. rec. 783/2021).

STSJ País Vasco de 29 de mayo de 2018 (Núm. rec. 982/2018).

STSJ País Vasco de 18 de enero de 2022 (Núm. rec. 1901/2021).

¿EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO TRAS LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE FRENTE A LA EXTINCIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE TRABAJO?: UNA APORTACIÓN SOBRE ALGUNAS DE LAS CONSECUENCIAS DE LA STJUE C-631/22 Y SU TRATAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

ARTURO MONTESDEOCA SUÁREZ

Profesor Ayudante Doctor

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

ORCID - 0000-0002-1519-4923

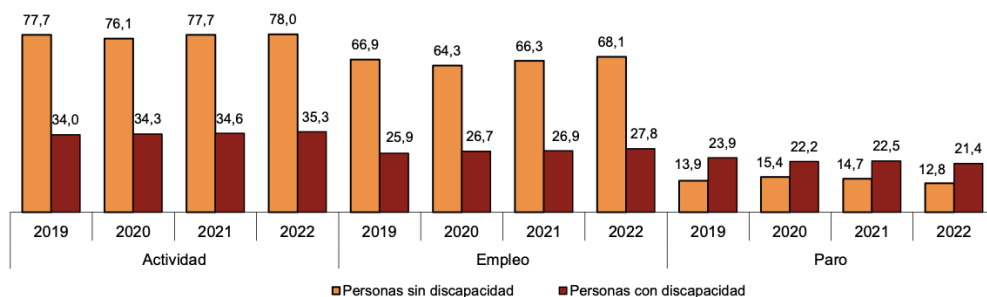
1. Los derechos de las personas con discapacidad: la accesibilidad y continuidad en el empleo

Con ocasión de la conmemoración del día Europeo de las personas con discapacidad, la presidenta de la Comisión, Ursula Von der Layen, dedicó estas palabras en su discurso: *“Las personas con discapacidad tienen derecho a disfrutar de unas buenas condiciones en el lugar de trabajo, a vivir de forma independiente, a beneficiarse de la igualdad de oportunidades y a participar plenamente en la vida de su comunidad. Todas ellas tienen derecho a vivir una vida sin obstáculos. Y es nuestra obligación, como comunidad, garantizar su plena participación en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*.

Estas palabras reflejan perfectamente una situación arraigada y manifestada durante décadas, las condiciones discriminatorias que han sufrido las personas con discapacidad en su inserción y ejercicio pleno de derechos en la sociedad. Esta inclusión plena y con garantías no se ha plasmado con efectividad total pese a los grandes esfuerzos públicos a través de diferentes acciones legislativas en erradicar las barreras que restringen o, más bien, limitan la participación activa y en igualdad de condiciones para este colectivo; por ejemplo, en el empleo.

Para contrastar las barreras visibles e invisibles señaladas, se ha considerado incorporar los datos aportados por Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) en su estudio “El Empleo de las Personas con Discapacidad”¹. De este estudio se pueden extraer datos negativos respecto a la tasa de empleabilidad que cae a mínimos como se demuestra en el gráfico mostrado a continuación:

Gráfico 1: Evolución de las tasas de actividad, empleo y paro. Año 2022.



Fuente: Nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística El Empleo de las Personas con Discapacidad (EPD) publicado el 20 de diciembre de 2023.

No obstante, de este estudio también se pueden extraer datos positivos en cuanto a la incorporación y mantenimiento en el empleo de las personas con discapacidad. En este sentido, el INE concluye en su informe que el 90,4% de las personas con discapacidad que trabajó lo hizo como asalariado. Por otro lado, el 77,8% de los que trabajaban por cuenta ajena tenía contrato indefinido; el 81,9% de los ocupados con discapacidad trabajaba a jornada completa. Y en cuanto a su ubicación, se consolidó en el sector servicios, acogiendo al 80,6% de los ocupados con discapacidad. Respecto a los diferentes tipos de discapacidad, las personas con mayor tasa de inserción laboral son personas con discapacidad auditiva (61,2%), discapacidad asociada a sistemas digestivo, metabólico y endocrino (45,7%), sistema osteoarticular (44,7%), sistema visual (39,4%), intelectual (36,4%), sistemas cardiovascular, inmunológico y respiratorio (34,6%), sistema neuromuscular (33,6%) y mental (29,2%). Por grado de discapacidad, mayor tasa de actividad quienes ostentan un grado entre el 33-44% con una tasa del 54,7%, entre el 45-64% con una tasa del 40,1%, un grado del 65-74 % con una tasa del 21,1% y del 75% en adelante, con una tasa del 19,1%. Y en cuanto a la tasa laboral de inserción por sexo, predominan los hombres frente a las mujeres (36,3 % frente al 34,0%).

Por los motivos expuestos, resulta crucial un marco jurídico solvente que permita proteger y garantizar los derechos del colectivo de las personas con discapacidad en todas las aristas relacionadas con el acceso, mantenimiento y adaptación del puesto de trabajo. De este modo, se estará garantizando el ejercicio de derechos en igualdad ahuyentando la amenaza de la discriminación por razón de discapacidad.

¹ https://www.ine.es/prensa/epd_2022.pdf

El marco jurídico, se encuentra liderado por los derechos proclamados en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), que fue aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en adelante, ONU)². Así mismo, en materia de empleo, el art. 27.1 interpela a los Estados miembros a garantizar en su normativa nacional una obligación para las empresas en tanto en cuanto deben adoptar los ajustes razonables necesarios para que garanticen el derecho al empleo de este colectivo.

Por otro lado, a nivel europeo resulta imprescindible la referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)

En esta línea progresista se encamina la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030 al señalar que pese a los grandes esfuerzos manifestados en el marco de la Directiva, “en particular por lo que respecta a ajustes razonables en el trabajo, es necesario hacer más para garantizar mejores resultados para las personas con discapacidad en el mercado laboral”.

En el ordenamiento jurídico español, el marco jurídico se encuentra representado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante LGDPD). Téngase en cuenta que esta Ley da respuesta a la senda legislativa marcada por la CDPD, la LGDPD realiza en varios pasajes de su articulado una referencia expresa al ámbito del trabajo:

En primer lugar, el art. 2 m) referido al concepto de ajustes razonables “son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

En segundo lugar, el art. 40.2 impone una obligación referida a la empresa respecto a “adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. En relación con esta medida, debe tenerse en cuenta que será excesiva teniendo en cuenta “si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

En tercer lugar, el art. 63 recoge un ámbito de protección reforzado en tanto en cuanto dispone que “se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas”. Una definición que conecta directamente con el nuevo marco jurídico relativo sobre la materia, la discriminación, en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En este cuerpo legislativo ha sido insertado por el legislador como una causa de discriminación directa ex art. 6.1 a) “se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las

² Texto ratificado por España el día 3 de diciembre de 2007 y con entrada en vigor el día 3 de mayo de 2008.

personas con discapacidad. A tal efecto, se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

Por otro lado, en esta línea de progreso sobre los derechos de acceso, mantenimiento y adaptación del puesto de trabajo de las personas con discapacidad, se debe señalar la reforma implementada en el art. 35.1 de la LGDPD por la disposición final segunda de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. Esta nueva redacción del art. 35.1 LGPD se ha materializado en un reconocimiento expreso al derecho al empleo en condiciones que garanticen el respeto a los principios de igualdad de trato y no discriminación así como en “la consideración de personas con discapacidad las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

Ya por último y terminando por la reforma más reciente, debe señalarse la reforma implementada por el legislador del art. 49 CE que ha prosperado en la adaptación de la terminología “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” a personas con discapacidad. Una actuación apoyada y destacada por la doctrina que redunda en alinear la Carta Magna a los compromisos internacionales y que proyecta una visión más progresista del precepto³.

Esta actuación se encuentra acompañada, al igual que en instancias europeas, por la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030⁴ que, precisamente, resalta la necesidad de concretar “regular los ajustes razonables que permitan el acceso y la permanencia en el empleo de las personas con discapacidad y facilitar los medios y apoyos para que estos sean posibles; combatir la discriminación por discapacidad en el empleo, generando canales de denuncia y mecanismos de información, control y seguimiento de situaciones de discriminación”. Un aspecto crucial y sobre el que pivota el análisis de los siguientes apartados.

Tras este recorrido legislativo, puede estarse de acuerdo con que el marco jurídico relativo a la discapacidad es amplio y el legislador ha tomado las acciones necesarias para prever la protección necesaria frente a la discriminación por razón de discapacidad. Por consiguiente, una vez que se ha asentado y abordado el marco jurídico, se propone a continuación una revisión jurisprudencial relativa a la igualdad de trato en el acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad. En concreto, en la propuesta de cambio de redacción por el legislador del art. 49.1 e) ET en relación con el art. 48.2 ET. Por tanto, el camino de tránsito legislativo de la extinción automática del contrato de trabajo a la obligación de realizar ajustes razonables cuando se produce la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora.

³ Al respecto, por el interés de la materia y el rigor trasladado en el estudio de esta reforma, se remite a NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: “La tercera reforma constitucional (art. 49 ce): de la protección de los disminuidos a la de las personas con discapacidad soslayando la diversidad funcional”, *Briefs AEDTSS*, núm. 29, 2024, pp. 1-5.

⁴ Aprobada por el Gobierno el 3 de mayo de 2022.

2. Algunas de las consecuencias prácticas derivadas de la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22): El derecho-deber de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo

El pasado día 19 de septiembre de 2022 se dictó auto por el TSJ de Baleares por el que se acordó suspender las actuaciones para elevar a el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dos cuestiones prejudiciales referidas a la interpretación de varios preceptos:

- La primera, referida a la interpretación conjunta del art. 5 de la Directiva 2000/78, a la luz de los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los arts. 21 y 26 de la CDFUE y de los arts. 2 y 27 de la CDPD⁵.
- La segunda, referida a los arts. 2.2 y 4.1. de la Directiva 2000/78, a la luz de los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los arts. 21 y 26 de la CDFUE y de los arts. 2 y 27 de la CDPD⁶.

De este modo, el objetivo propuesto a continuación es efectuar un breve repaso sobre esta cuestión, es decir, la extinción automática del contrato de trabajo tras la declaración de la incapacidad permanente *ex art. 49.1 e*). En concreto, se pretende identificar la situación *ex ante* y *ex post* al pronunciamiento del TJUE y evidenciar posibles consecuencias del incumplimiento de su contenido en la práctica; el incumplimiento o negativa de efectuar ajustes razonables por la empresa.

2.1. Desde la extinción automática por la resolución de incapacidad permanente total emitida por el INSS a la elección de la persona trabajadora de solicitar la adaptación de su puesto de trabajo: ¿El nuevo procedimiento del art. 49.2 E) ET?

La declaración de incapacidad permanente total emitida por el INSS ha generado diversos problemas en tanto en cuanto se ha dudado sobre el carácter ejecutivo e inmediato de los efectos extintivos para el contrato de trabajo. A este respecto, la STS 408/2021 de 3 de febrero, ha declarado que las resoluciones emitidas por los directores provinciales del INSS que reconocen incapacidades son “inmediatamente ejecutivas” en virtud del art. 6.4 del RD 1300/1995⁷. Téngase en cuenta que, a tenor del art. 7 RD1300/1995, debe ser el propio INSS quien comunique a la empresa la situación suspensiva o no de la relación contractual con la persona trabajadora⁸.

Por lo tanto, el TS concluyó que la “legislación vigente no impone al empresario ningún requisito formal de comunicación o notificación al trabajador en el supuesto de extinción del contrato por incapacidad permanente del artículo 49.1 e) ET, sin que se le exija, desde luego, que deba seguir las formalidades requeridas por el artículo 55 ET para el despido disciplinario”. Y, en suma, en virtud del art. 48.2 ET “la empresa no tiene obligación de realizar esa reubicación, salvo

⁵ ¿Debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo la aplicación de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría), sin previo condicionamiento al cumplimiento por parte de la empresa del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)?

⁶ ¿Deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual), sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación), constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?

⁷ Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

⁸ BALLESTER PASTOR, I.: “¿Cuándo es firme la resolución administrativa declarativa de incapacidad permanente ante su revisión?: ¿Un “salto al vacío” para el empleador?”, *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm 3, 2021, pp. 159-171.

que así está establecido convencional o contractualmente, y con independencia de que nada le impide hacerlo”. Una cuestión sumamente controvertida en la que, una parte de la doctrina se decanta por la “desvinculación de la mercantil de ese proceso de declaración” puesto que “la empresa no despidе al trabajador, ni debe comunicarle el despido por la vía del art. 55 TRET porque la extinción del contrato se produce por motivos ajenos a la empresa y al trabajador⁹”.

A diferencia de la situación anteriormente examinada, la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), ha determinado que la extinción del contrato de trabajo no podrá ser efectuada automáticamente de una interpretación literal *ex art. 49.1 e) ET*. Tal y como se desprende de los hechos probados de la sentencia, la persona trabajadora solicitó la reubicación a un puesto de trabajo adaptado a las secuelas derivadas del accidente de trabajo sufrido y esta petición fue aceptada por la empresa. No obstante, repárese en que esta petición se produjo tras la declaración de extinción de IT por el INNS y, anteriormente también, al reconocimiento judicial de la incapacidad permanente.

Con ello se quiere advertir que, efectivamente, ante la petición voluntaria de la persona trabajadora de continuar prestando servicios, la empresa aceptó la reubicación a sus capacidades funcionales. Aunque, tras haber recibido notificación de la declaración de incapacidad permanente, emitió comunicación a la persona trabajadora de resolución de su contrato de trabajo, precisamente, *ex art. 49.1e)* por incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual.

Sobre esta cuestión y antes de llegar al TJUE, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Eivissa que conoció en primera instancia del asunto desestimó la demanda interpuesta por la persona trabajadora contra la resolución de su contrato. Tal y como se recoge en la STJUE “el reconocimiento de la incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual justificaba que se pusiera fin a su contrato de trabajo, sin que existiera obligación legal por parte del empresario de destinarlo a otro puesto de trabajo dentro de la empresa” (apartado 25).

Llegados a este punto, se está de acuerdo con que es aquí donde radica el cambio, es decir, en virtud de la interpretación de los arts. 5 de la Directiva 2000/78/CE, los arts. 21 y 26 de la CDFUE, arts. 2 y 7 de la CDPD, la empresa sí que tiene una obligación de llevar a cabo aquellos ajustes razonables o, al menos su evaluación, tras recibir la comunicación positiva de la persona trabajadora de continuar prestando servicios pese a la declaración de dicha incapacidad permanente. Por consiguiente, se establece una conjugación de derecho-deber entre las partes, de manera que a partir de la fecha de reconocimiento de la incapacidad permanente deberá iniciarse este procedimiento de comunicación por parte de la persona trabajadora y, su posterior evaluación (positiva o negativa) por la empresa. Aunque, también habrá que concretar en qué situación jurídica subsiste la persona trabajadora en tanto en cuanto recibe comunicación por la empresa.

De conformidad con las consecuencias analizadas, se ha presentado una propuesta de anteproyecto de ley por la que se modifica la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de despido (ET). El legislador propone la modificación de la letra e) del artículo 49.1 ET, quedando redactado de la siguiente manera: “e) Por muerte de la persona trabajadora”. Y, por otro lado, se introduce una nueva letra n) en el art. 49.1 ET quedando redactado de la siguiente manera: “por declaración de gran invalidez o incapacidad permanente absoluta o total, de la persona trabajadora, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2. La empresa no podrá extinguir el contrato de trabajo por esta

⁹ BALLESTER PASTOR, I.: “La Resolución del INSS declarativa de la incapacidad permanente total prevista en el art. 49.1.e) ET extingue el contrato de trabajo sin necesidad de comunicación formal de la empresa, no resultando aplicable lo preceptuado en el art. 55 ET”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2021, 2021, p. 8.

causa cuando la persona trabajadora solicite que se realicen los ajustes razonables en su puesto de trabajo que le permiten continuar desempeñando o, cuando esto no sea posible por constituir una carga excesiva, el cambio a otro puesto de trabajo vacante compatible con su nueva situación.

Para determinar si la carga es excesiva para la empresa se tendrá en cuenta si puede ser paliada en grado suficiente mediante ayudas medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que los ajustes impliquen en relación con el tamaño y volumen de negocios de la empresa”.

Tras lo anterior, puede estarse de acuerdo con que son unas cuestiones de innegable interés y que el legislador debe dar respuesta a fin de otorgar seguridad jurídica y concreción a esta nueva reforma. En cierto modo, porque debería adoptarse una postura congruente y eficiente a fin de coordinar legislativamente la incapacidad permanente; calificación, compatibilidad con el trabajo, las pensiones derivadas y las revisiones sobre los grados reconocidos tomando en consideración los ajustes implementados en la prestación laboral¹⁰.

2.2. La posible calificación de nulidad del despido de la persona trabajadora sin efectuar o justificar la imposibilidad de realizar los ajustes razonables en el puesto de trabajo

La primera respuesta judicial derivada de la aplicación de la jurisprudencia del TJUE en nuestro ordenamiento jurídico laboral ha sido prácticamente inmediata. Así, ya contamos con la primera sentencia recaída, la SJS nº 2 de Vigo 38/2024 de 19 de enero, que en apoyo de la doctrina del TJUE, se ha inclinado a favor de la nulidad del despido. Además, esta sentencia es relevante puesto que analiza y aplica la causa discriminatoria por discapacidad inserta en el marco de la nueva Ley 15/2022 cuando no se han adoptado los ajustes razonables *ex art 14 CE*¹¹.

El JS de Vigo destaca en su fundamentación jurídica que la empresa ha despedido sin causa ya que “no se ofrece una justificación objetiva y razonable de la medida adoptada, o en palabras del artículo 4 de la Ley 15/2022 que no puede justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”. En suma, en el presente supuesto el convenio colectivo aplicable impone “la prospección de ajustes razonables o cambios en el puesto para mantener el empleo”. De tal modo que, la empresa a tenor de lo dispuesto en el art. 96 LRJS no ha acreditado tales cuestiones trascendentales para justificar razonadamente el despido de la persona trabajadora¹².

Ello no significa, por el contrario, que con anterioridad al pronunciamiento del TJUE, no existieran pronunciamientos judiciales en el mismo sentido¹³. A tal respecto, pueden señalarse

¹⁰ Esta posición es defendida por SANZ SÁEZ, C.: “El Tribunal de Justicia Europeo y la extinción del contrato por discapacidad”, *Revista de derecho social*, núm. 105, 2024, p.117-130.

¹¹ A esta conclusión también ha llegado la STSJ de Murcia 215/2024, de 20 febrero que, pese a que por circunstancias temporales del supuesto de hecho no es de aplicación la Ley 15/2022, se inclina favorablemente a su aplicación. De hecho, señala a tal respecto que “consideramos que destacar esto es relevante pues si fuera de aplicación la citada norma, su artículo 26 prevé la nulidad de pleno derecho para las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de la Ley”.

¹² De la doctrina constitucional sobre el móvil discriminatorio por discapacidad puede destacarse la STC 51/2021 de 15 de marzo. *Vid.*, al respecto en FERNÁNDEZ ALLES, J. F.: “La jurisprudencia constitucional sobre el principio de no discriminación por razón de discapacidad”, *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar: REFEG*, 2022, pp. 1-18.

¹³ Por ejemplo, la STSJ de Galicia de 28 de marzo 2018, en el que se estudia un supuesto como aquellas situaciones de enfermedad equiparable a discapacidad, en el que tras un proceso médico de larga duración y la consideración de no apta por el servicio de prevención la empresa acude directamente al despido objetivo. El TSJ razona que “en un supuesto de despido como el que aquí nos ocupa, la nulidad del mismo por vulneración del derecho a la no discriminación vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos vistos y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajustes razonables”. En el mismo sentido, la STSJ de País Vasco 2201/2019, de 3 diciembre que analiza un supuesto de hecho sobre la necesidad de justificar las medidas de recolocación adecuadas por la empresa.

varios ejemplos, tales como la STSJ de Cataluña 8103/2014 de 9 diciembre¹⁴, o la STJS de Galicia de 10 diciembre 2018¹⁵. En estos supuestos se refleja un nexo común, la falta de acreditación de los ajustes correspondientes por la empresa en el puesto de trabajo o la excesiva carga que ello pudiera provocar¹⁶, conlleva a la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, la discriminación por razón de discapacidad¹⁷.

Entre medias, la STSJ de Castilla-La Mancha ha optado por fallo de distinto sentido. Así, el TSJ de Castilla-La Mancha pese a la ineptitud sobrevenida de la persona trabajadora para desempeñar sus funciones por las limitaciones funcionales que presenta, esta decisión ha de calificarse de improcedente. El motivo principal que justifica la improcedencia es que no puede acreditarse una causa discriminatoria por razón de la discapacidad de la persona trabajadora en la decisión de extinguir el contrato, sino más bien que “la empresa no ha acreditado que no pudiera destinar a la actora a otras funciones o que no pudiera adaptarse el puesto de trabajo”. Todo ello pese a que ha declarado que tampoco “la empresa ha aportado ningún elemento de prueba que ponga de manifiesto la imposibilidad o el excesivo coste de destinar a la actora con discapacidad a otro puesto de trabajo que pudiera ocupar”. Aquí está, a mi juicio, la *ratio decidendi* que puede significar una de las bazas de suficientemente de peso, es decir, la aportación de la carga probatoria que pesa sobre la empresa, que podría inclinar la balanza judicial en uno u otro sentido.

Por el contrario, pueden encontrarse pronunciamientos distintos en los que se ha validado la causa del despido objetivo *ex art. 52 a) ET* y, por tanto, su carácter procedente. Pese a que ambas causas de extinción del contrato, art. 49.1 e) y art. 52.a) ET operan como modalidades distintas e independientes, pueden examinarse en conjunto respecto a las consecuencias derivadas por la actuación de la empresa; es decir, si ha acreditado previamente al despido, la imposibilidad de adecuar como la imposibilidad de llevar a cabo esta acción. A este respecto, pueden señalarse supuestos en los que se ha acreditado la procedencia del despido cuando no se alcanza la

¹⁴ Ante el reconocimiento de una minusvalía en un grado superior al 65%, “ha de aceptarse que la trabajadora no meramente manifestó un mero interés de futuro de la posibilidad de disminuir su jornada de trabajo, sino que en el transcurso de las conversaciones y correos electrónicos intercambiados con los responsables de la empresa (...) manifestó o exteriorizó a éstos claramente su deseo de reducir la jornada a efectos de intentar compatibilizar su situación médica con los requerimientos del trabajo. (...) pretendía seguir activa en la Administración, mediante una reducción de su jornada, que le permitiera compatibilizar su situación de enfermedad crónica con unos menores requerimientos laborales. Es indiferente a estos efectos que tal manifestación claramente exteriorizada se formulara en forma de petición forman aunque fuera de palabra, o se exteriorizara en el contexto propio de una conversación de un inferior con un superior en la organización del trabajo”.

¹⁵ Otra sentencia que aborda esta cuestión es la STJS de Galicia 2530/2018 de 10 diciembre 2018. En cuanto al supuesto de hecho, “en el caso concreto no resulta acreditado que la demandada, antes de proceder a la extinción de la relación laboral, hubiese realizado todos los esfuerzos necesarios orientados a la adaptación del puesto, o que le era imposible, gravosa o desproporcionada, y más relevante incluso en el supuesto de autos, en que el art. 7.4 do V convenio colectivo (...) impone la obligada adscripción a un puesto de trabajo compatible con el estado de salud si concurren determinados requisitos, en el caso como el de la demandante que fue declarada en situación de IPT”.

¹⁶ Por ejemplo, un supuesto interesante es la STSJ de Galicia 1601/2020 de 13 mayo en el que ni tan siquiera “se le ofrecen funciones de su categoría de responsable de puesto, pese a que son intercambiables en cualquier sección, suprimiéndole en la única oferta que se le hace el complemento percibido, al tiempo que se reduce su jornada de trabajo y que no se acreditó que no pudiera reubicarse en pescadería como responsable, como tampoco en panadería, donde solo había una tarea muy puntual para la que precisaría ayuda”.

¹⁷ De igual manera, para el caso de personas trabajadoras especialmente sensibles, hay pronunciamientos como la STJS de Galicia 1433/2020 de 14 de mayo concluyendo al respecto que “si la actividad probatoria desplegada por la empresa acredita la inexistencia de puesto de trabajo adaptado posible y el riesgo que ello supone, es indudable que no existe un derecho abstracto y genérico a que se cree un puesto de trabajo acorde a las limitaciones físicas del trabajador. En cualquier caso, si la ineptitud del trabajador puede corregirse adecuando el trabajo a sus características personales, estado biológico o discapacidad, incluyendo en su caso eventuales movilizaciones funcionales o geográficas, o través de una modificación de condiciones de trabajo, no estaremos propiamente ante una “ineptitud del trabajador” en los términos del artículo 52 a) ET, pues el trabajador será apto siempre que se haya adaptado el trabajo a su persona”. En la misma línea, STSJ de Cataluña 4252/2020 de 7 octubre.

calificación del INSS de la IP y, sin ser posible, reubicación a otro puesto de trabajo, la adaptación de las funciones que venía desarrollando (manejo de cargas), falta de vacantes ni la formación profesional requerida de la persona trabajadora (que no la ostenta para ocupar otro puesto)¹⁸.

En definitiva, la carga procesal que pesa sobre la empresa *ex art.* 96.1 LRJS sugiere que, previamente a la decisión de extinción del contrato, se efectúe una comprobación previa de las actuaciones acometidas. En cierto modo, porque una incorrecta actuación de evaluación y gestión de esta situación estaría bordeando o más bien tensando la temida línea entre la improcedencia y la nulidad del despido por discriminación de la persona trabajadora¹⁹.

3. La participación de los agentes sociales en la inclusión, adaptabilidad y mantenimiento del puesto de trabajo a personas con discapacidad

La participación de los agentes sociales en este espacio, es decir, en la inclusión, adaptabilidad y mantenimiento del puesto de trabajo a personas con discapacidad encuentra habilitación para ello en el art. 85 ET por su amplio contenido de actuación. En esta línea, diversas voces de la doctrina han señalado la necesidad de construir “un marco de garantía para el empleo de las personas con discapacidad, favoreciendo su inclusión, reconduciendo el mecanismo a la acción de la negociación colectiva²⁰”.

Por tales motivos, en este epígrafe se pretende llevar a cabo una aportación y respaldo a esta línea doctrinal en cuanto a resaltar el potencial que pueden y deben asumir los convenios colectivos en esta materia. En pocas palabras, en aras de alcanzar y consolidar la tan ansiada igualdad de oportunidades de forma real y efectiva en la práctica del mercado de trabajo.

3.1. El V Acuerdo marco para el empleo y la negociación colectiva

En cuanto a los instrumentos válidos por los que la negociación colectiva puede efectuar un cambio de rumbo positivo, inclusivo y comprometido con las personas con discapacidad son los acuerdos interprofesionales *ex art.* 83 ET.

Un ejemplo de ello es el actual V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, suscrito por Las Organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las Organizaciones sindicales CC.OO.

¹⁸ Entre otras, STSJ de Castilla La Mancha núm. 1383/2024 de 24 de mayo, STJS de Andalucía núm. 2339/2017 de 26 de octubre y STSJ de Galicia núm. 2827/2022 de 10 junio. En esta última, resulta de interés aportar la fundamentación sobre esta cuestión concluyendo que “la idea del que el despido es siempre la última ratio, y que para ello el empresario ha de demostrar no solamente la concurrencia de ineptitud sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador, pues legalmente existe un deber general de prevención impuesto al empleador, que implica, entre otras cosas, adaptar el puesto de trabajo a la persona, y correlativamente la probanza, en su caso, de la imposibilidad de llevarlo a cabo, exonerando al trabajador de la carga probatoria acerca de la existencia de otro puesto en el que pudiera desempeñar sus servicios, ya que corresponde al empresario acreditar la imposibilidad de adaptar o adecuar el puesto a las circunstancias concurrentes, el despido deviene inexorable si la adaptación o el cambio no es posible. Dicho de otro modo diferente, la procedencia del despido por ineptitud sobrevenida no dependerá solamente de que se haya acreditado que el trabajador no es apto, sino de que la empresa también acredite que no hay posibilidades razonables de reubicación del trabajador o de adaptación del puesto de trabajo a las limitaciones constatadas”.

¹⁹ A este respecto, resulta interesante el razonamiento expuesto por la SJS de Burgos núm. 24/2023 de 13 enero señala que “acreditada la situación de discapacidad del demandante y conocida por la empresa, existen indicios de discriminación por dicha discapacidad en tanto en cuanto la empresa no acredita haber desempeñado la mínima actuación tendente a adaptar el puesto de trabajo del demandante (...) indicios de discriminación que no han sido rebatidos mediante prueba en contrario de la empresa demandada, conforme a la inversión de la carga de la prueba que regirá en el presente caso por vulneración del artículo 14 CE y por tanto, en aplicación de los arts. 53.4 ET, 108.2 LRJS y 182.1 LRJS, debe declararse nula la extinción de la relación laboral”.

²⁰ Sobre esta cuestión, la autora Ribes Moreno destaca que “se está desaprovechando un instrumento muy útil, no únicamente para inserción, sino también para la sensibilización de la sociedad frente a la necesidad de facilitar el acceso al empleo”. RIBES MORENO, I.: “¿Cabe utilizar la negociación colectiva para integrar laboralmente a las personas con discapacidad? Una propuesta a la luz de la experiencia francesa”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm 35, 2017, p. 360.

y UGT; con una vigencia temporal de tres años (2023-2025). A través de este tipo de acuerdo ambas partes se comprometen a “ajustar nuestro comportamiento y acciones a lo pactado, pudiendo cada una de nosotras reclamar de las demás el cumplimiento de las tareas o cometidos acordados”.

En cuanto a los objetivos propuestos, el V Acuerdo Marco pretende recoger una serie de compromisos y acuerdos que deberán ser implementados en numerosos procesos de negociación en diversos ámbitos, tanto sectoriales como empresariales. Precisamente, destaca que este esfuerzo y compromiso involucra a miles de personas de las organizaciones firmantes del acuerdo, con el objetivo de alcanzar las metas propuestas y consolidar un clima de paz social, algo esencial en el contexto actual.

El capítulo XIII destina un apartado específico y concreto a la discapacidad, ya que las organizaciones firmantes consideran que “la negociación colectiva debe contribuir al establecimiento de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, propiciando aquellas actuaciones que eliminen los obstáculos con los que se encuentran en su vida laboral y, en su caso, acudiendo a la inclusión de acciones positivas cuando se constate la existencia de situaciones desiguales de partida vinculadas a las condiciones laborales”. En esta apuesta por desterrar obstáculos y garantizar la igualdad de oportunidades, destacan cuál es el camino por seguir respecto a las medidas desarrolladas en los convenios colectivos, entre otras más: la incorporación en los convenios colectivos disposiciones que promuevan la efectiva aplicación de medidas como la adaptación de puestos de trabajo, ajustes razonables, accesibilidad universal, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, formación y promoción profesional, condiciones laborales, y ajustes en el horario laboral por motivos de discapacidad, así como atajar la problemática de la discapacidad sobrevenida a través de la negociación colectiva, con el objetivo de establecer medidas necesarias para mantener el empleo. Esto incluye la adaptación del puesto de trabajo, procesos de movilidad funcional hacia puestos adaptados a la nueva situación, y programas de formación y recualificación, entre otros.

Por consiguiente, puede estarse de acuerdo con que la inclusión y reserva de un espacio concreto en este tipo de instrumentos de negociación colectiva adquiere un papel positivo de cara a integrar en los procesos negociadores cláusulas referidas a este colectivo de personas trabajadoras. Todo ello, en aras de trabajar a futuro y alcanzar los objetivos de base propuestos.

Estas razones han justificado que fuera conveniente dedicar en los epígrafes siguientes un apartado correspondiente a evaluar si este tipo de actuaciones ya se vienen adoptando en la práctica. Así mismo, se considera que es una buena oportunidad de cara a identificar buenos ejemplos de prácticas negociadoras, detectar las posibles deficiencias y orientar o proponer líneas de actuación de futuro.

3.2. Las actuaciones de la negociación colectiva sobre discapacidad sobrevenida: Especial referencia en los convenios colectivos a la adaptabilidad del puesto de trabajo

La búsqueda e identificación de cláusulas relacionadas con la adaptabilidad del puesto de trabajo ha sido una tarea ardua y difícil debido a que los convenios colectivos (CC) no suelen, en gran medida, incorporar aspectos relativos a esta materia. Esta afirmación puede confirmarse y apoyarse en estudios y recomendaciones previas sobre cómo debe materializarse esta actuación²¹, es decir, la inclusión de la discapacidad en el CC a través de: la utilización del lenguaje inclusivo no estigmatizador, el deber de negociar de buena fe por ambas partes, la preferencia sobre la

²¹ ÁLVAREZ MONTERO, A.: “El nuevo estatus de persona trabajadora con discapacidad sobrevenida en la negociación colectiva: balance crítico y propuestas de mejora”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 448, 2020, pp. 107-143.

adaptación del puesto de trabajo y cualificación de la persona trabajadora sin devaluación de sus condiciones laborales, incentivar las medidas de formación, no solo en cuanto a inserción sino también de continuidad en el empleo en caso del carácter sobrevenido de la discapacidad, la preferencia respecto a la conservación del puesto, la movilidad geográfica, la adaptación de la jornada y/o acceso a la modalidad de trabajo a distancia, la continuidad de la política negociadora inserta en los Acuerdos Interprofesionales de seguir con el mandato de visibilidad y consagración de las condiciones laborales de este colectivo.

No obstante, el objetivo propuesto en este epígrafe consiste en proporcionar otra perspectiva, que en algunos puntos coincide, pero en otros difiere, sobre el tratamiento que se está efectuando en la actualidad sobre la continuidad en el empleo de las personas con discapacidad sobrevenida. A este respecto, la búsqueda ha permitido su agrupación en diferentes grupos o temáticas ordenadas preferentemente por volumen/prioridad de cláusulas en cada una de ellas:

- a) La concertación de seguros y ayudas sociales: como primer gran grupo de CC, puede estarse de acuerdo con que un gran número de CC incluye o prevé específicamente un tratamiento referido a la concertación de una póliza de seguro cuyo objetivo es cubrir los riesgos derivados de la calificación de incapacidad permanente y de muerte. Y, por otra parte, otros CC incorporan fondo de ayuda para la diversidad funcional y/o enfermedad de la persona trabajadora.

En el primer grupo de CC, una gran mayoría de ellos prevé un seguro en concepto de incapacidad permanente. A este respecto, puede señalar ejemplos como el CC de la empresa de Red Eléctrica de España, SAU²², que excluye de esta cobertura a la incapacidad permanente parcial²³. Además, se han incorporado, como es el caso del CC de la empresa Peugeot Citroën Automóviles España, S. A., que invitan o al menos alientan a las personas trabajadoras con reconocimiento de una incapacidad permanente a abandonar y extinguir su relación laboral a fin de cobrar las coberturas aseguradas puesto que serán efectivas al momento de causar baja en la empresa como consecuencia, precisamente, de dicho reconocimiento de su situación sanitaria²⁴. O, como en el caso del Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA., el art. 47 dispone que no será “hasta tanto no recaiga resolución definitiva o sentencia firme en el correspondiente proceso si lo hubiere, y a la vez desaparezca el periodo de suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo”.

En segundo lugar, interesa resaltar el art. 38 del Convenio colectivo del Grupo AXA que dispone sobre la diversidad funcional la creación de “un fondo de ayuda por un

²² Art. 44 del Convenio colectivo de Volkswagen Renting, SA. Art. 21 del Convenio colectivo de la Sociedad General de Autores y Editores. Art. 20 del III Convenio colectivo de Kone Elevadores, SA. Art. 88 V Convenio colectivo de Easyjet Handling (Spain), sucursal en España. Art. 31 del V Convenio colectivo de Nuclenor, SA. Art. 30 del Convenio colectivo de Pirelli Neumáticos, SAU. Art. 38 del II Convenio colectivo del Grupo de Empresas Carriere. Art. 69 del VII Convenio colectivo general del sector de la construcción.

²³ Alguna excepción al respecto como en el art. 29 del CC Telefónica Cybersecurity & Cloud Tech, SL., que determina sobre la cuantía que la persona trabajadora “percibirá la parte proporcional del capital que resulte de aplicar el porcentaje de incapacidad que corresponda.”

²⁴ Art. 55 del Convenio colectivo de Saint-Gobain Cristalería, SL. Por otro lado, en el art. 151 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid (2021-2024) se prevén varias alternativas El personal laboral fijo con declaración firme de incapacidad permanente total cuya situación, a juicio del órgano calificador, no vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación, se adecuará al régimen previsto en los siguientes apartados. 2. Cuando el personal tenga más de cincuenta y cinco años en el momento de producirse la declaración de incapacidad permanente total, se extinguirá la relación laboral con la Comunidad de Madrid, con derecho a la percepción de 15.500 euros por una sola vez. 3. Cuando el personal tenga menos de cincuenta y cinco años en el momento de producirse la declaración de incapacidad permanente total, tendrá derecho a optar entre: a) La extinción de la relación laboral con la Administración de la Comunidad de Madrid e indemnización de 14.000 euros. b) La adscripción a un puesto de trabajo vacante de otra categoría profesional de un nivel retributivo igual o inferior a la que pertenezca y acorde con su incapacidad.

importe total de 60.000 euros anuales destinado a contribuir, previa acreditación, a los gastos ocasionados a los trabajadores y trabajadoras: (i) como consecuencia del propio reconocimiento a la persona trabajadora de, al menos, una discapacidad Grado 2, siempre y cuando dicha discapacidad sea igual o superior al 33 %”.

- b) La posibilidad de adoptar una movilidad funcional a fin de facilitar la readaptación profesional y las garantías salariales: en cuanto a este segundo grupo, la intención de los agentes sociales ha sido intentar reubicar a la persona trabajadora discapacitada cuando recupera su capacidad para trabajar. De conformidad con el art. 1 y 2 del RD 1451/1983, pueden señalarse varios supuestos: preferencia en el retorno al mismo puesto, reubicación a un puesto conforme a su capacidad y mantener el nivel retributivo o, en su caso, sin que la disminución sea superior al 25% del SMI.

En una primera aproximación a este tipo de cláusulas, puede mostrarse el contenido del Convenio Colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida que en su art. 21.1 señala que “a) si la incapacidad permanente parcial no afecta el rendimiento normal la persona en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse deberá la empresa reincorporarla al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo. En el supuesto de que la empresa acredite la disminución en el rendimiento, deberá ocupar a la persona en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25% ni que los ingresos sean inferiores al salario del convenio cuando se realice la jornada completa.

b) Las personas trabajadoras que hubiesen sido declaradas en situación de incapacidad permanente parcial y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional recobraran su total capacidad para su profesión habitual, tendrán derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario, si el que viniesen ocupando fuese de categoría inferior, siempre que no hubiesen transcurrido más de tres años en dicha situación. La reincorporación se llevará a efecto previa la comunicación a la empresa y a la representación legal de las personas trabajadoras, en el plazo de tres meses contados a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente”.

Por otro lado, también se puede destacar la posibilidad prevista en el art. 39.2 del CC del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras “cuando el Comité de Seguridad y Salud consideren que la adaptación no se puede llevar a cabo se dará al trabajador o trabajadora un puesto de trabajo compatible con su discapacidad. El trabajador o la trabajadora podrá optar entre que se le pague el salario que corresponda al nuevo puesto de trabajo o que se le mantenga el que en cada momento sea asignado a la categoría y puesto de trabajo anterior”.

Por último, existen cláusulas como el art. 8.11 del Convenio Colectivo del Sector de Industrias Transformadoras de Plástico, que dispone una reubicación con preferencia²⁵ entre aquellas personas trabajadoras que perciban subsidios o pensión inferior al SMI; para ello se fijarán criterios como la antigüedad o mayor número de hijos menores de edad. Y, además, señala que la retribución se establecerá conforme al nuevo puesto de trabajo ocupado. Por el contrario, otros CC muestran una mera referencia al derecho de la persona trabajadora a “solicitar otro puesto de trabajo, siempre que haya un puesto

²⁵ En la línea del art. 40.5 ET se prevé el art. 52.8 del Convenio colectivo de empresas de mediación de seguros privados.

vacante y se ajuste a su capacidad y aptitud²⁶. En este tipo de cláusulas pese a que se reconoce el derecho a una reubicación en vacante existente no se determina en qué condiciones ni cómo se va a evaluar o determinar sus nuevas competencias a ejercitar en el puesto solicitado.

- c) La protección de personas especialmente sensibles: en tercer lugar, un conjunto de CC incorporan medidas preventivas dirigidas a proteger a un colectivo de personas trabajadoras especialmente sensibles. No debe de olvidarse que, este régimen de protección amplia se concreta en el art. 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Por tales motivos, se expresa una obligación importante sobre la empresa de cara a evitar situaciones de riesgo y garantizar un entorno de trabajo seguro para todos los empleados, prestando especial atención a aquellos que pueden ser más vulnerables a los peligros inherentes al trabajo debido a su condición personal, estado biológico conocido o discapacidad (física, psíquica o sensorial).

En la práctica, ¿cómo se ha materializado esta obligación impuesta a la empresa por el marco jurídico preventivo? Se ha insertado a través de cláusulas que en la mayoría de los casos coincide con la redacción literal y preceptivo del art. 25 LPRL²⁷. En suma, se concreta que las personas trabajadoras “no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su capacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida y comunicada a la empresa de manera fehaciente, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa, ponerse en situación de riesgo o, en general, cuando se encuentren, manifiestamente, en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo²⁸”.

Del contenido señalado se refleja la integración de las personas con discapacidad en los planes de seguridad y salud que debe elaborar la empresa, por el que puedan identificarse exhaustivamente los riesgos que podrían incidir en mayor medida²⁹. No obstante, este tipo de actuaciones sería incompleta en tanto en cuanto resulta de interés que estas medidas estén estrechamente relacionadas con la implementación de los ajustes razonables; de este modo, sería importante señalar un compromiso de adecuar las instalaciones y los puestos de trabajo a las necesidades de las personas especialmente sensibles a dichos riesgos³⁰.

- d) La adopción de medidas de sensibilización e información: una de las actuaciones de interés y apoyo interno en la empresa es la adopción e implementación de medidas de sensibilización e información.

²⁶ Art. 22 del Convenio colectivo de Transporte Interurbano de viajeros por carretera. Art. 23 del Convenio colectivo de Uniprex, SAU. Disposición Adicional Segunda del Convenio colectivo de Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, SA. Art. 21 del Convenio colectivo estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería. En algunos casos se prevé incluso que “supere el proceso de selección para la cobertura de vacante establecido al efecto”, art. 12.3 del VIII Convenio colectivo de Repsol, SA. En algún caso se reservan determinados puestos como el de subalterno, por ejemplo, art. 17 del Convenio colectivo nacional de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines “las empresas vendrán obligadas a proveer las plazas de personal subalterno, con aquellas de sus personas trabajadoras que, por discapacidad, enfermedad o edad avanzada, no puedan seguir desempeñando su oficio con el rendimiento normal, y siempre que carezcan de pensión para su sostenimiento”.

²⁷ Art. 57 V Convenio colectivo gallego de transporte sanitario de enfermos/as y accidentados/as en ambulancia. Art. 69 del Convenio colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Guipúzcoa para los años 2019-2026.

²⁸ Art. 31 del Convenio colectivo del sector de Industria, Tecnología y Servicios del Sector del Metal de Zaragoza.

²⁹ Art. 40 del Convenio del convenio colectivo de la empresa Engie Cartagena, SL

³⁰ Art. 40 del Convenio Colectivo de la empresa VITHAS ALICANTE, S.L.

En cuanto a las cláusulas referidas a las medidas de sensibilización, se aprecia un descontento en cuanto al vacío de contenido de estas por la falta de profundidad y detalle de su propósito. Así, se señala vagamente en el art. 67 del Convenio colectivo del

Sector Comercio del Mueble que “se implementarán medidas de sensibilización e información acerca de la discapacidad para contribuir al fomento de la igualdad de trato y la no discriminación de las personas con discapacidad³¹”.

Este tipo de actuaciones, pese a lo comprobado en la práctica, están orientadas a erradicar los prejuicios que notablemente se encuentran arraigados en la sociedad del trabajo sobre las verdaderas posibilidades y competencias de las personas con discapacidad. Ello lleva a sopesar a la empresa que, en algunos casos, las decisiones de contratación variarán en función de una evaluación de costes económicos sobre los ajustes del puesto de trabajo³². El principal resultado de estas actuaciones incrementa la estigmatización y exclusión del mercado de trabajo de este colectivo de personas trabajadoras en contra de derechos como la igualdad de trato y no discriminación ex art. 6.1 a) Ley 15/2022.

- e) La implementación de ajustes razonables o adaptación del puesto a las nuevas necesidades de la persona trabajadora: esta previsión normativa es de interés notable tal y como se detalla en la Directiva 2000/78. Un conjunto de actuaciones que van encaminadas a “medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”, de conformidad con el considerando 20 de aquella.

En referencia a este tipo de medidas, puede adelantarse que las previsiones convencionales suelen muy ambiguas con traslado, en la mayoría de los casos, del contenido previsto en la normativa de referencia. Así, este tipo de cláusulas convencionales se remiten a tomar “las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad del mismo, en función de los requisitos y características del puesto y de las necesidades de cada situación concreta³³”.

Como se ha criticado, respecto a las medidas prácticas que pudiera implementar la empresa para favorecer la movilidad, puede concluirse que no proliferan ni es una cuestión que se traslade asiduamente en los CC. De hecho, la única referencia en materia de accesibilidad se ha encontrado en el XXV Convenio colectivo de Nokia Spain, SA. En su art. 35.5 prevé que “las personas trabajadoras que por razones de enfermedad o incapacidad tengan dificultades de movilidad, podrán hacer uso de una plaza de aparcamiento (sujeto a disponibilidad). Dicha situación deberá ser acreditada mediante certificado médico”. Por tales motivos, se antoja crucial que se incorporen actuaciones encaminadas y comprometidas con la accesibilidad y movilidad de las personas trabajadoras en las dependencias de trabajo mediante la aplicación de un diseño universal de las instalaciones como del entorno³⁴.

³¹ En el mismo sentido art. 56 del convenio colectivo del Sector Comercio Vario. Plan de igualdad del grupo ferrovial servicios (medioambiente e infraestructuras), y Plan de Igualdad de Amadeus IT Group S.A.

³² SANZ DE GALDEANO, B.: “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 127, 2014, p. 107.

³³ Art. 109 del II Convenio colectivo de Nortegas, art. 6 del XX Convenio colectivo general de la industria química, art. 32 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Mancomunidad de los Valles de San Vicente, art. 8.3 del convenio colectivo del Sector de Industrias Transformadoras de Plásticos de la Comunidad de Madrid.

³⁴ Sobre esta cuestión puede consultarse el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público. BOE núm. 69, de 22/03/2023.

En cuanto a las posibilidades de mantenimiento del empleo como puede ser el acceso al teletrabajo³⁵, el art. 18 del CC del Grupo Asegurador Reale constituye un buen ejemplo de ello, al destacar actuaciones referidas a “la posibilidad de ampliar el porcentaje de alcance de teletrabajo, atendiendo a las posibles necesidades especiales derivadas de dicha discapacidad”, cuando sea superior al 33 %. En adicción a lo anterior, concreta en el art. 23 medidas específicas sobre un régimen de flexibilidad horaria más amplio de entrada y salida en invierno y verano.

Por otra parte, en materia de permisos se diferencian dos situaciones. La primera, cuando “la persona empleada con discapacidad igual o superior al 33 %, para la realización de gestiones administrativas, relativas a la solicitud del certificado de discapacidad, o para su revisión, aportando el correspondiente justificante del organismo competente, se concederá un permiso máximo anual de doce horas recuperables”. Y la segunda, cuando “la persona empleada con discapacidad igual o superior al 33 %, por el tiempo indispensable y necesario para visitas y pruebas médicas, tratamientos de rehabilitación u otros tratamientos relacionados con su discapacidad, acreditando la circunstancia, y con un máximo de dieciséis horas retribuidas”. Por lo tanto, se manifiesta una clara intención de efectuar ajustes razonables en materias señaladas como la prioridad en la modalidad contractual del teletrabajo, materias como la jornada, flexibilidad horaria y permisos que contribuyen en el mantenimiento en el empleo de las personas con discapacidad sobrevenida³⁶.

- f) El procedimiento de gestión interna empresa-persona trabajadora tras la declaración de incapacidad permanente y la reserva del puesto de trabajo: otro aspecto relevante que no ha sido recogido ampliamente en los CC es el procedimiento de comunicación entre la persona trabajadora y la empresa; plazos, deber de comunicación, existencia de vacantes o reingreso a la empresa o centro de trabajo³⁷.

A este respecto, puede señalarse nuevamente el CC estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida que en su art. 21.3 destaca que “las personas trabajadoras que, con arreglo al punto anterior tengan derecho a ser admitidas, deberán comunicarlo a la empresa y a la representación legal de las personas trabajadoras en el plazo de tres meses, contados a partir de la declaración de aptitud por el organismo correspondiente. La empresa deberá poner en conocimiento de las personas que se encuentren en tal situación, las vacantes que existan de igual o inferior categoría, quedando liberada de su obligación desde el momento en que la

³⁵ En referencia al teletrabajo, el TSJ de Cataluña ha dictado una sentencia interesante respecto a la negativa de configuración *ex novo* de un criterio por el cual la influencia del acceso al teletrabajo de la persona trabajadora determine o no la calificación de la incapacidad permanente, en este caso, absoluta. El TSJUE estimó al respecto que “La posibilidad de que, en algunas profesiones, sea posible el teletrabajo si así se acuerda no puede llevar a afirmar que quien no puede desplazarse mantiene capacidad residual para trabajar”. En suma, y con anterioridad a la unificación de doctrina del TS ya comentada, que “si el trabajador recurrente iniciara una ocupación en teletrabajo tras el reconocimiento de la incapacidad permanente, sería compatible con el percibo de la pensión, de acuerdo con la señalada doctrina unificada, con lo que esa posibilidad mal puede servir para negar el grado solicitado”.

³⁶ Art. 45.1 del III Convenio colectivo de Eltec It Services, SLU.

³⁷ Sobre esta cuestión, referida a la mejora del CC de mantenimiento en el empleo, la STJ de Galicia 4615/2023 de 25 octubre aporta una conclusión sumamente interesante sobre esta actuación. Así, en su fundamentación jurídica ha justificado que si la persona trabajadora pide en los plazos estipulados en el CC (dos meses) el cambio de puesto de trabajo, esta previsión constituye “una mejora del régimen legal de referencia que desplaza la operatividad taxativa del art. 49.1 e ET y no se condiciona en modo alguno a la existencia de vacante de modo que se trata de un derecho completo y no una expectativa de derecho, pues así lo han querido establecer los negociadores del convenio, que bien pudieron prever la excepción de inexistencia de vacante apropiada porque no previéndola, el precepto quedaría en poco más que papel mojado si por una parte la empleadora, como es lógico pensar, cubre sus vacantes con diligencia, de modo que nunca se produciría eficazmente la situación que conlleva el mandato convencional y porque además, así, la validez y cumplimiento de lo pactado quedaría al arbitrio de la empleadora, incumplimiento de modo palmario lo previsto en el art. 1256 CC”.

persona rechace su puesto de trabajo de igual categoría a la que ostentaba en la empresa o de categoría inferior si no hubiese obtenido la plena recuperación para su profesión habitual, que no implique cambio de residencia.

Cuando la empresa tenga varios centros de trabajo y la vacante que exista implique cambio de residencia, la persona podrá optar por ocuparla o esperar a que exista plaza en el centro de trabajo donde tenga establecida su residencia. En el primer supuesto mantendrá su preferencia para ocupar la primera vacante de su categoría o grupo profesional que se produzca en el centro de trabajo originario”.

Por otro lado, en cuanto a la reserva del puesto de trabajo, se ha señalado que “en los casos de declaración de incapacidad permanente de un trabajador o trabajadora en los grados de: incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando se produzca su revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, el trabajador o trabajadora tendrá derecho preferente a la reincorporación a su puesto de trabajo u otro dentro de su grupo profesional, siempre y cuando exista vacante y tenga la formación adecuada al puesto de trabajo a desempeñar”.

En cuanto al procedimiento, un buen ejemplo de ello es el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid (2021-2024). En el art. 151.4 se prevé que el inicio del procedimiento debe ser a instancia del interesado mediante escrito dirigido al órgano competente en materia de gestión de personal. Una vez recibido el informe del servicio de prevención al cambio de puesto, se ofrece otro puesto vacante en la misma consejería y, de no existir, otro en las mismas condiciones en otra consejería en el plazo de dos meses siguientes. Una vez recibida la oferta, se reconoce un plazo de diez días hábiles a la persona trabajadora para aceptar o renunciar el ejercicio de su derecho; con advertencia de decaer en su solicitud. Por último, precisa que en tanto en cuanto la persona trabajadora no se reincorpore a su puesto de trabajo o otra vacante disponible, se encuentra en situación de suspensión del contrato.

Por último, el art. 35 del que destaca por la inclusión de un “derecho al reingreso automático en la empresa de todo trabajador cuyo contrato de trabajo hubiera sido extinguido con motivo de la concesión de una incapacidad permanente, en el caso de que ésta sea revisada y los órganos competentes de la Seguridad Social determinen que el afectado no se encuentra en situación de incapacidad y, por tanto, no tiene derecho a percibir pensión de incapacidad permanente”. Y además, prevé lo que se viene reclamando, el procedimiento y plazos, señalando al respecto que “la solicitud se deberá efectuar en el plazo de treinta días a partir de la resolución que acuerde revisar la concesión de incapacidad permanente y privar de pensión al afectado. El reingreso se producirá el primer día del mes natural siguiente a la solicitud”.

En adicción, integra en el art. 37 del Convenio colectivo de Bridgestone Hispania Manufacturing, SL., un apartado dedicado a la movilidad por disminución psicofísica pero, es que además, el art. 38 recoge un compromiso empresarial sumamente interesante ya que se compromete a sufragar en procesos de declaración de incapacidad permanente con resultado negativo para la persona trabajadora, “el coste de convenios especiales, o cualquier otra figura que pueda contemplar la legislación vigente en cada momento, para mantener la base de cotización de la persona trabajadora desde el momento de la propuesta hasta la resolución del I.N.S.S”. De este modo, se está de acuerdo con que constituye un claro ejemplo de buenas prácticas en esta materia.

De lo anterior, se puede concluir que constituyen casos ejemplificadores de cómo se efectúa internamente la gestión y comunicación de la persona trabajadora de la calificación de su incapacidad permanente total o absoluta a fin de volver a reincorporarse a su puesto de trabajo.

En conclusión, se ha podido comprobar cuál está siendo la tendencia en la práctica respecto a la actuación de los agentes sociales con la discapacidad sobrevenida de las personas trabajadora. Ello nos permite identificar y subrayar buenas y no tan buenas prácticas así como señalar cuál sería el camino deseado a enfrentar en los siguientes procesos de negociación.

4. Conclusiones

Con la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22), puede estarse de acuerdo con que, además de la “vuelta a la actualidad”³⁸ del debate sobre la discriminación por razón de discapacidad, se manifiestan varias consecuencias en planos diferentes pero interconectados.

En primer lugar, en el plano de la relación laboral, la principal consecuencia deriva en la reforma del actual art. 49.1 e) ET, respecto a la extinción automática del contrato de trabajo al momento de declararse la incapacidad permanente para la profesión habitual³⁹. De este modo, la empresa debe efectuar los ajustes razonables que permitan a la persona trabajadora continuar prestando servicios⁴⁰. A este respecto, un sector de la doctrina⁴¹ sostiene que esta reforma es más amplia, incluiría el art. 48.2 y 49.1 e) ET y del art. 7.1 RD 1300/1995. No obstante, esta reforma sería compatible con el actual art. 200.2. 2º LGSS, respecto a la revisión por mejoría de la capacidad funcional de la persona trabajadora. En suma, esta doctrina considera que el art. 52 a) ET sería la única opción habilitante a la empresa para extinguir la relación laboral (indemnizada)⁴² por ineptitud sobrevenida tras los ajustes razonables efectuados⁴³.

En segundo lugar, en el ámbito de la seguridad social, de conformidad con el art. 196 LGSS, la prestación por incapacidad permanente podrá consistir en una indemnización a tanto alzado o en una pensión vitalicia en función del grado obtenido. A este respecto, el art. 198 LGSS reconoce la compatibilidad de la pensión con el trabajo asalariado siempre que “las funciones

³⁸ Una situación que ha provocado, tal y como señala Gutiérrez Colominas, que el legislador adopte una postura de cambios forzados por los distintos pronunciamientos del TJUE sobre discriminación por razón de discapacidad. Una jurisprudencia que puede resumirse en los siguientes pronunciamientos: STJUE de 11 de julio de 2006 “Chacón Navas”, STJUE de 1 de diciembre de 2016 “Daouidi”, STJUE de 18 de enero de 2018 “Ruiz Conejero”, STJUE de 11 de septiembre de 2019 “Nobel Plastiques”, STJUE de 18 de enero de 2024 “Ca Na Negreta”. GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “Extinción del contrato de trabajo e incapacidad permanente total: anotaciones a la STJUE de 18/01/2024, Ca Na Negreta, C-631/22”, *Briefs AEDTSS*, núm. 8, 2024, p. 1.

³⁹ Sobre las dificultades o amplitud interpretativa del término “profesión habitual”, la doctrina consolidada del TS señala que “la profesión habitual se concretará en atención al ámbito de las funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional”. (STS/4ª de 10 octubre 2011 -rcud. 4611/2010- y 20/09/2022, rcud. 3861/2019). Y además que “la delimitación de la profesión habitual no debía identificarse con la categoría profesional, sino con aquellos cometidos que “el trabajador está cualificado para realizar y a lo que la empresa le haya destinado o pueda destinarse en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional” (STS/4ª de 17 enero 1989, 23 febrero 2006 -rcud. 5135/2004- y 27 abril 2005 -rcud. 998/2004-).

⁴⁰ Frente a esta vía marcada por el TJUE, existen voces críticas por valorar poco acercada esta opción. Desde esta perspectiva, si la persona trabajadora tras los ajustes razonables efectuados por la empresa puede seguir desempeñando las labores propias de la profesión habitual, “no debería reconocerse el grado de incapacidad permanente total por la Seguridad Social”. La justificación radica en que la persona trabajadora puede seguir realizando las labores propias de su profesión habitual tras los ajustes razonables efectuados. Vid., AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total tras la STJUE de 18 de enero de 2024”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2024, p. 8.

⁴¹ RIVAS VALLEJO, P.: (2024). “La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1/2024, 2024, p. 9.

⁴² STSJ de Madrid de 8 de junio de 2022 (rec. 413/2022, secc. 2ª).

⁴³ Vid., al respecto MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.: “El despido por ineptitud sobrevenida a causa de enfermedad y la discriminación por razón de discapacidad: comentario a la sentencia núm. 178/2021 del TSJ de Navarra de 3 de junio”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 247/2021, 2021.

no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”. Pues bien, en tal sentido, debe señalarse el reciente pronunciamiento del TS⁴⁴ sobre la incompatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente total (absoluta o gran invalidez) con la actividad que la persona trabajadora venía realizando⁴⁵. Esto nos lleva a plantear interrogantes⁴⁶ en cuanto a la elección de la persona trabajadora de la realización de ajustes razonables o percibir la pensión por dicha calificación *ex art.* 198 LGSS⁴⁷.

En tercer lugar, desde la perspectiva procesal, la problemática y aumento del nivel de conflictividad puede generarse a partir de la falta de acreditación de la empresa de la evaluación/adopción de medidas de ajuste razonable, falta de justificación de la inviabilidad de la medida, el acto coste de esta y la falta de acuerdo de la persona trabajadora con las propuestas planteadas⁴⁸. En este sentido, pesa sobre la empresa una carga de la prueba a fin de evitar las declaraciones de despido nulo referido a causas discriminatorias⁴⁹, art. 63 del Real Decreto 1/2023 y art. 4.1 de la Ley 15/2022. En definitiva, por no haber acreditado “la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” en virtud del art. 96.1 LRJS⁵⁰.

Por otra parte, y en cuanto al análisis de negociación colectiva, resulta de interés señalar cuál debe ser el camino deseable que deberían acometer los agentes sociales en cuanto a la concreción en el convenio colectivo del status de las personas con discapacidad. A este respecto,

⁴⁴ STS Sala de lo Social 544/2024 de 11/04/2024. Sobre esta cuestión, el TS reconoce que “f) si en las actuales circunstancias sociales, las nuevas tecnologías informáticas y el uso de la denominada inteligencia artificial pueden permitir a personas con serias dificultades somáticas la realización de trabajos con la ayuda de tales instrumentos, la solución al problema que se plantea no debe ser la compatibilidad de las rentas del trabajo con la prestación pública que compense la incapacidad; sino, al contrario, la revisión del sistema de incapacidades en general y, específicamente, la del beneficiario afectado en orden a potenciar sus capacidades y la consecución de rentas dignas derivadas de su esfuerzo y trabajo al margen de la pensión pública cuya finalidad era sustituir las rentas que no existían. g) Por último, el sistema de protección social en general y las políticas de asistencia social, en particular, poseen y deben arbitrar nuevos mecanismos tendentes a la reinserción socio laboral de las personas con discapacidades para el trabajo, a través de programas y actividades destinadas al incremento de sus capacidades laborales, sin necesidad de sustituirlas con aportaciones prestacionales que resultan incompatibles con aquellos trabajos, incluidos en el ámbito de la seguridad social que permiten la obtención regular de rentas derivadas del trabajo”.

⁴⁵ Ante tales consecuencias, varias voces del *iuslaboralismo* se han mostrado críticos con este giro radical en la doctrina del TS. *Vid.*

⁴⁶ En este punto, Moreno Pueyo subraya que si bien “el art. 198 TRLGSS regula la compatibilidad de las pensiones con el trabajo, pero, desde la perspectiva de la LGSPD, el derecho a la integración laboral del trabajador afecto de un grado de incapacidad permanente no implica que este deba seguir percibiendo la prestación. La finalidad de la norma se alcanza con la integración laboral y el hecho de que, al mismo tiempo, se perciba una pensión es irrelevante”. MORENO PUEYO, M.J.: “Incapacidad permanente total y extinción del contrato de trabajo tras la STJUE de 18 de enero de 2024, C-631/22: Reflexiones sobre una necesaria reforma”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, núm. 14, Vol. 2, 2024, p. 11.

⁴⁷ El INSS ya se ha pronunciado a través de la publicación de su Criterio de gestión 11/2024 de 13 de junio de 2024 tras las consecuencias derivadas de la incompatibilidad pensión IP con rentas del trabajo tras la STS 544/2024.

⁴⁸ Téngase en cuenta que el supuesto de hecho examinado por el TJUE está referido a una “incapacidad permanente total”. Por tales razones, Moreno Pueyo sostiene que de plantearse una nueva cuestión prejudicial examinando la situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, el resultado podría ser el mismo. De hecho, esta situación sería más ventajosa para la empresa a fin de justificar/acreditar la imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo por las repercusiones o costes económicos inasumibles. MORENO PUEYO, M.J.: “Incapacidad permanente total y extinción del contrato de trabajo tras la STJUE de 18 de enero de 2024, C-631/22: Reflexiones sobre una necesaria reforma”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, núm. 14, Vol. 2, 2024, p.11.

⁴⁹ Por ejemplo, no superar el periodo de prueba y vincularlo con limitaciones funcionales, sin efectuar los ajustes razonables en su puesto de trabajo como ha tenido ocasión el TJUE de aclarar en el C-485/20, 10 de febrero de 2022. Una carga que asume la empresa y que deberá acreditar para excluir la sombra de nulidad sobre dicha extinción del vínculo. *Vid.*, PRECIADO DOMÈNECH, CARLOS HUGO. (2022). Prohibición de discriminación por discapacidad. Despido de un trabajador con discapacidad por falta de aptitud. Alcance de los ajustes razonables: obligación de recolocación, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 2, p. 6.

⁵⁰ A este respecto, el TS concluye que “la declaración de falta de aptitud del trabajador por el SPRL no comporta que pueda extinguir mecánicamente el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida con base únicamente en las conclusiones del informe del SPRL ajeno cuya finalidad es meramente informativa, y no puede constituir por sí solo medio de prueba imbatible para acreditar la ineptitud sobrevenida para el trabajo, que justifique, sin más pruebas la extinción de la relación laboral”. STS de 23 de febrero de 2022, de pleno, (rcud. 3259/2020).

y a raíz del reciente pronunciamiento del TJUE, resultaría de interés que se determinase un nivel de concreción mayor respecto al momento en el que se declare por el INSS la incapacidad permanente. En este sentido, una vez que la persona trabajadora obtenga el pronunciamiento de reconocimiento de la incapacidad permanente, debe conocer cuál es el procedimiento interno con su empresa a seguir como los plazos con los que dispone⁵¹.

Del lado empresarial y teniendo en cuenta que asume la obligación de realizar los ajustes razonables, sería deseable concretar en función de sus características, cómo se desarrollará este proceso de evaluación. Entre otras cuestiones, el proceso de evaluación y determinación por el servicio de prevención para contrastar la capacidad real de la persona trabajadora y concluir si puede realizar las mismas funciones o no, así como la posibilidad de reubicar en otro puesto⁵². Por tanto, resulta de interés determinar cómo se comunicará la existencia o previsión de algún tipo de vacante compatible para la persona trabajadora, o si es necesario cambiar de puesto de trabajo acorde con sus competencias.

Además, un aspecto crucial sería acordar o negociar con la representación de las personas trabajadoras una serie de criterios objetivos, transparentes y sensatos de cara a minimizar los conflictos o reclamaciones respecto a la conclusión sobre si los ajustes del puesto de trabajo son o no posibles por conllevar una carga excesiva, por ser desmesuradamente costosa para la empresa. De este modo, se podría constituir un procedimiento interno de gestión de dichas disputas o diferencias antes de acudir a procedimientos alternativos de resolución de conflictos como indica el art. 66.2 y 74 del Real Decreto 1/2013 o, directamente, a la jurisdicción social.

Bien es cierto que estas actuaciones encaminadas a materializar unos ajustes inciden directamente en el músculo financiero y económico de las empresas. Esto provocará que, en función de la capacidad de respuesta y actuación de la empresa, puedan llevarse a cabo o no, por el carácter desproporcionado para sus intereses financieros. Situaciones que podrían corregirse como se ha podido adelantar, a través de subvenciones o ayudas por entidades públicas que proporcionen oxígeno económico e impulsen la apuesta de estos ajustes razonables. Una actuación que podría solucionarse en la medida en que se cumplan los propósitos examinados por la Estrategia Española sobre Discapacidad ya que precisamente uno de sus puntos es reglamentar estos ajustes razonables⁵³.

En consecuencia, estas situaciones nos llevan a reflexionar sobre un cambio de rumbo en la apuesta por adoptar políticas de accesibilidad universal en los entornos de trabajo, ya que pueden suponer una actuación *ex ante* frente a las posibles o eventuales circunstancias futuras.

En definitiva, todo ello en aras de alcanzar un objetivo claro y legítimo de las personas con discapacidad, que no es otro, que la igualdad de oportunidades tanto en el acceso como en la continuidad en el mercado laboral. Este resultado requerirá sin duda alguna redoblar esfuerzos

⁵¹ En línea con el art. 3 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.

⁵² Un sector de la doctrina opina a favor de que sea un órgano concreto, el Comité de Seguridad y Salud en el ejercicio de sus competencias sobre promoción de la salud. Otra opción planteada por esta línea sería la propuesta del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad por la que el empresario debe motivar razonadamente la negativa y, en su caso, a falta de acuerdo resuelva la autoridad laboral previo informe de la inspección de trabajo. *Vid.*, en SANZ DE GALDEANO, B.: "El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad", Documentación Laboral, núm. 120, p. 74.

⁵³ Una apuesta acertada y compartida con Fernández Orrico quien insiste en la necesidad de legislar con mayor "nitidez en qué consisten los ajustes concretos, según las circunstancias del puesto de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad". Todo ello, destaca el autor, en aras de consolidar la seguridad jurídica para este colectivo ante una situación de incertidumbre. *Vid.*, en FERNÁNDEZ ORRICO, J.: "Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, 2017, p. 30.

a través de un conglomerado de medidas objetivas y transparentes que requiere un ejercicio consciente y respetuoso con los derechos de las personas trabajadoras con discapacidad. Con ello, probablemente, se estará trabajando a favor de visibilizar, fomentar y consagrar su inserción, permanencia y progreso profesional *ex art.* 35 y 49 CE.

5. Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total tras la STJUE de 18 de enero de 2024”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2024.
- ÁLVAREZ MONTERO, A.: “El nuevo estatus de persona trabajadora con discapacidad sobrevenida en la negociación colectiva: balance crítico y propuestas de mejora”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 448, 2020.
- BALLESTER PASTOR, I.: “¿Cuándo es firme la resolución administrativa declarativa de incapacidad permanente ante su revisión?: ¿Un “salto al vacío” para el empleador?”, *Revista De Derecho De La Seguridad Social, Laborum*, núm 3, 2021.
- BALLESTER PASTOR, I.: “La Resolución del INSS declarativa de la incapacidad permanente total prevista en el art. 49.1.e) ET extingue el contrato de trabajo sin necesidad de comunicación formal de la empresa, no resultando aplicable lo preceptuado en el art. 55 ET”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4/2021, 2021.
- FERNÁNDEZ ALLES, J. F.: “La jurisprudencia constitucional sobre el principio de no discriminación por razón de discapacidad”, *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar: REFEG*, 2022.
- FERNÁNDEZ ORRICO, J.: “Cuotas de reserva y ajustes razonables para trabajadores con discapacidad en el ámbito laboral ordinario”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, 2017.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: “Extinción del contrato de trabajo e incapacidad permanente total: anotaciones a la STJUE de 18/01/2024, Ca Na Negreta, C-631/22”, *Briefs AEDTSS*, núm. 8, 2024.
- MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, A.: “El despido por ineptitud sobrevenida a causa de enfermedad y la discriminación por razón de discapacidad: comentario a la sentencia núm. 178/2021 del TSJ de Navarra de 3 de junio”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 247/2021, 2021.
- MORENO PUEYO, M.J.: “Incapacidad permanente total y extinción del contrato de trabajo tras la STJUE de 18 de enero de 2024, C-631/22: Reflexiones sobre una necesaria reforma”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, núm. 14, Vol. 2, 2024.
- NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: “La tercera reforma constitucional (art. 49 ce): de la protección de los disminuidos a la de las personas con discapacidad soslayando la diversidad funcional”, *Briefs AEDTSS*, núm. 29, 2024.
- PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: “Prohibición de discriminación por discapacidad. Despido de un trabajador con discapacidad por falta de aptitud. Alcance de los ajustes razonables: obligación de recolocación”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2022.
- RIBES MORENO, I.: “¿Cabe utilizar la negociación colectiva para integrar laboralmente a las personas con discapacidad? Una propuesta a la luz de la experiencia francesa”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm 35, 2017.

- RIVAS VALLEJO, P.: (2024). “La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1/2024, 2024.
- SANZ DE GALDEANO, B.: “La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad”, *Temas Laborales*, núm. 127, 2014.
- SANZ DE GALDEANO, B.: “El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad”, *Documentación Laboral*, núm. 120.
- SANZ SÁEZ, C.: “El Tribunal de Justicia Europeo y la extinción del contrato por discapacidad”, *Revista de derecho social*, núm. 105, 2024.

LA IMPLANTACIÓN DE LA IGUALDAD A TRAVÉS DE LOS ACTUALES PLANES: LA HOJA DE RUTA EN MATERIA DE IGUALDAD A LA LUZ DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO

Profesor Permanente Laboral

Acreditado Titular de Universidad

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Miembro de la AESSS

Universidad de Málaga

1. Introducción

En todos los estados actuales ha sido y es tónica general la igualdad plena y efectiva de mujeres y hombres y este tema sigue siendo un reto pendiente en nuestra sociedad en distintos ámbitos, entre ellos el económico y laboral. Es en este sentido que el conflicto de los factores de producción trabajo y capital, ha generado como consecuencia una situación de precariedad laboral generalizada. Ésta, ha sido edificada sobre la desigualdad y la deshumanización de los trabajadores generando situaciones de menoscabo en su salud y altas tasas de discriminación.

En este sentido y como paradigma, la brecha salarial es por antonomasia, el gran fenómeno nocivo que sufre el colectivo de trabajadores¹ que, en unión a otros como la temporalidad, y

¹ Como dato en el ámbito laboral, esta desigualdad se hace visible, muy particularmente, al analizar la evolución de la brecha salarial en España: según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), en el año 2007, el salario medio anual de las mujeres en España fue de 16.943,89 euros, frente a los 22.780,29 euros de los hombres, es decir, un 25,6% menos. Más ampliamente: MARÍN LUENGO, I. y SANZ POLO, M.C. "La implantación de los Planes de Igualdad de las empresas: Su poder transformador de las relaciones de género". *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social Economía y Sociología*, ISSN Papel: 2660-4647, Núm. 146, Madrid, 2020, p. 47.

pérdida de poder adquisitivo les conlleva a situaciones de vulnerabilidad en una vida donde es más complicado desarrollarse, acceder al mercado de trabajo y obtener una buena formación.

En España, a pesar de las continuas reformas legislativas cuyo punto de inflexión viene dado desde la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se continua viviendo en un panorama social desprovisto de avances, en este aspecto brecha salarial se establece en cifras cercanas al 22%, o lo que es lo mismo, la mano de obra femenina percibe de salario unos 5.784 euros menos al año que la masculina. A tenor de lo expresado, los sistemas de protección social también se encuentran en idéntica y discriminatoria situación donde la mujer obtiene pensiones que como media son un 35% inferiores en su cuantía que los hombres y es inevitable que estos prejuicios discriminatorios contribuyan al incremento de las tasas de pobreza.

La brecha de género, discapacidad, etc. es un fenómeno originado por un cúmulo de causas, bien dadas de manera independiente o combinadas que siempre y en todo caso justifican que la diferencia final de salario medio anual de las mujeres sea inferior al de los hombres. A la hora de entender la brecha salarial, numerosos estudios han tenido en cuenta la segregación horizontal y vertical del mercado de trabajo, en este sentido, la primera viene determinada principalmente por la concentración del trabajo femenino en determinadas actividades, fundamentalmente del sector servicios, con salarios más bajos, y la segunda por la escasa presencia de la mujer en puesto directivos en las empresas.

A tenor de lo expresado puede citarse por ejemplo la promoción de ofertas de empleo discriminatorias femeninas, con procesos de selección donde el sexo “female” se torna un elemento determinante que obstaculiza el acceso a puestos de trabajo tradicionalmente masculinos y mejor remunerados.

También existen otro factor generador de brecha salarial como es la existencia entre el colectivo femenino de la suscripción de contratos trabajos a tiempo parcial², (un aspecto que pone de manifiesto la falta de corresponsabilidad familiar que existe todavía en nuestra sociedad y que impide en muchos casos que las mujeres puedan alcanzar puestos de responsabilidad en igualdad de condiciones que los hombres, al ver mermadas sus posibilidades de promoción profesional).

Par hacer frente a esta problemática, para elaborar un catálogo de soluciones a nivel social que haga posible la implantación de la igualdad, se hace necesario un estudio de las carencias existentes en derecho positivo del tratamiento del que ofrece el ordenamiento jurídico supranacional y nacional a la remuneración justa de la de las personas, así como los planes de igualdad que incluyen medidas para la lucha contra la discriminación.

2. Notas preliminares a la lucha por la igualdad en los planos supranacional e interno

2.1. Plano internacional

Dentro de este problema discriminatorio que afecta en diferente medida a ambos sexos, se procederá a valorar una serie de hitos normativos relevantes en el plano supranacional o también denominado internacional:

² Según datos del INE, el número medio de horas efectivas semanales trabajados por las mujeres es de 6 horas menos que los hombres), un 90% de las excedencias por cuidado de hijos son solicitadas por mujeres...

El primer punto de partida implantatorio de la igualdad se encuentra en el art. 23.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948³, el cual establece que: “Toda persona⁴ que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

Siguiendo esta línea, el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo⁵ identifica en términos generales⁶ la garantía de un salario vital, como una de las condiciones necesarias para la paz universal y permanente basada en la justicia social.

Una de las referencias más importantes que marcarán las pautas a seguir en el tratamiento de la igualdad y en especial la salarial en el ámbito internacional, se encuentra en el art 23.2 de la anteriormente citada Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el cual establece que “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.

La presente disposición, se inspiró en otra anterior destinada a un colectivo más específico como era precisamente el de los discapacitados y sus condiciones de empleo, nos referimos a la Recomendación nº 71 de la OIT⁷ de 1944. En ella, se afirma, además, el derecho de este colectivo a contar con las más amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación profesional, de reeducación funcional y profesional y de colocación en un empleo útil.

La lucha por la implantación de la igualdad y en especial la de remuneración a nivel general en el seno de la OIT, trajo como resultado el Convenio 100 (C100) de 1951, el cual fue uno de los ocho convenios fundamentales⁸ y que marcó como objetivo la salvaguarda general de la igualdad salarial entre la mano de obra masculina y la femenina por un trabajo de igual valor. Ante ello, los Estados parte del convenio marcaron un hito comprometiéndose a alcanzar dicha igualdad de remuneración estableciendo un plan de estrategias eficaz a través de la legislación, introduciendo para ello un sistema para la determinación de los salarios y/o la promoción de acuerdos de negociación colectiva.

Este convenio dió un gran paso adelante al establecer en su art. 1b) que “la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo⁹”. Este convenio de protección universal impulsó a su vez las condiciones idóneas para la protección de las citadas situaciones específicas con la celebración en 1966 del Pacto Internacional sobre

³ Declaración adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁴ Desde un punto de vista fisiológico, el concepto persona se identifica como un ser o individuo de la especie humana; como un hombre o mujer dotado/a de un conjunto de características físicas únicas que le permite diferenciarse de los demás.

⁵ Adoptada por la Conferencia en su 108.a reunión, 21 de junio de 2019

⁶ Delimitar esta garantía es un hecho complejo, pues es conocida la dificultad de reconducir el concepto de salario a una noción general y abstracta que acoja todos los caracteres básicos del mismo, así como la integridad de los elementos que forman parte de su estructura. Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., “Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica”. *Revista Temas Laborales*, num 87, 1998, p. 27.

⁷ R071 Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz) 1944, adoptado en Filadelfia, 26ª reunión CIT, 12 mayo 1944. En: <https://www.ilo.org>

⁸ El Consejo de Administración de la OIT ha establecido que ocho convenios son “fundamentales”. Estos abarcan temas que son considerados como principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.
Vid: <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>.

⁹ Vid. C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951).

Derechos Civiles y Políticos¹⁰, que prohibió expresamente entre otros factores la discriminación de las personas por su discapacidad.

Desde este momento, fueron numerosos los pactos y acuerdos que se realizaron en dicha materia, y que reforzaron el derecho a la remuneración justa, destacando entre otros el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 el cual recoge en su art.7 la igualdad salarial¹¹, estableciendo de forma programática que los individuos que realizaran trabajos similares o con la misma productividad, debían recibir la misma remuneración, sin importar el sexo, raza, orientación sexual, nacionalidad, religión o cualquier “otra categoría”¹².

En el seno de la UE, el primer paso eficaz en pro de la implantación y defensa de la igualdad vino dado en 1992, con la recomendación R (92) 6, adoptada por el Consejo de ministros de la UE sobre “Una política coherente para la readaptación de las personas con discapacidad” el cual contiene orientaciones para que los gobiernos nacionales pongan en marcha actuaciones en áreas tales como empleo, y protección social, donde se contempla el principio de vida independiente y la evolución hacia el modelo social¹³.

La defensa de la igualdad de la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989¹⁴, impulsó en el Tratado de Ámsterdam de 1996 la inclusión de este derecho como objetivo y principio constitutivo de la Unión la igualdad de oportunidades.

2.2. Consideraciones al ordenamiento español y la irrupción de la Ley 6/2019

En España, ha sido una constante el arraigo tradicional de la conformidad y la feminización de diversas profesiones. En este sentido, muchas mujeres en especial los colectivos que padecen otra gran causa de discriminación como es la discapacidad, (incluyendo las que padecen una acusada exclusión social), han optado siempre por trabajos mal remunerados que tienen que ver con aquellas tareas menos valoradas en la empresa.

En estas circunstancias, en líneas generales, la mujer, por sus limitaciones y dificultad para encontrar empleo, suscribe (bajo la premisa popular “low cost”) un contrato de trabajo más precarizado, que incrementa en estadísticas aún más la brecha salarial. En síntesis, si bien normativamente se lucha con mayor o menor acierto contra la desigualdad salarial, existen múltiples factores sociales que favorecen el efecto contrario.

En la práctica, la prueba más tangible (por su singularidad) en la última pasada década, vino dada por el Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del año 2012¹⁵, el cual recogió que la actividad inspectora (tras realizar 6.097 actuaciones), resultó ser totalmente insuficiente para atajar los problemas discriminatorios que sufre la mujer con grado de discapacidad en los centros de trabajo.

¹⁰ Vid. Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 diciembre de 1966. En: http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp?type=conven

¹¹ Este principio se había incluido anteriormente en el texto inicial de la Constitución de la OIT. Es el tema del Convenio (núm. 100) y de la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración de 1951.

¹² Sobre ésta última expresión a pesar de su concepto indeterminado, en 1975, se aprobó además la Declaración de los Derechos de las personas discapacitadas, “que proclamó la igualdad de derechos civiles y políticos de las personas con discapacidad y estableció los principios relativos a la igualdad de trato y del acceso a los servicios”

¹³ En lo relativo a la dinámica evolutiva del anteriormente denominado “Derecho Comunitario”, véase CORDERO GORDILLO, V, “Igualdad y no Discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, pp 177.

¹⁴ Véase Art. 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los trabajadores (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989)

¹⁵ Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2012, Edita Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, pp 232.

Tras realizar 865 requerimientos y descubrir 82 infracciones, las actuaciones estaban encaminadas, a comprobar la existencia de planes de igualdad en las empresas, así como detectar situaciones discriminatorias de índole salarial, entre otras existentes en la relación laboral.

En contraste con esta situación que se mantiene hasta nuestro días, y partiendo de una inalterable redacción de los arts.14 y 35.1 de nuestra Carta Magna, el legislador, ajeno a la problemática, ha continuado su tarea tratando de mitigar sin éxito relevante los efectos de la discriminación salarial de este colectivo con normas que, aun siendo un hito formal en la lucha por la igualdad, siguen siendo insuficientes para la protección de los derechos de los trabajadores y trabajadoras, pues no impiden que las empresas sigan careciendo de un control realmente eficaz ante la Administración en materia de brecha salarial y más aún en los casos de discapacidad de la mujer trabajadora.

Tal como se dijo en la introducción a este trabajo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres marcó un punto de inflexión y más aun con el Real Decreto-ley entrando en vigor el 8 de marzo de 2019¹⁶, e introduciendo importantes novedades en la Ley Orgánica 3/2007, con la finalidad de dar un paso más hacia la plena igualdad de esfuerzos legislativos y con una declaración de intenciones en su exposición de motivos que calificaba los anteriores esfuerzos legislativos como de “discretos e incluso insignificantes tras los resultados obtenidos por las medidas de naturaleza promocional o de fomento de la igualdad establecidas por la Ley Orgánica 3/2007.

Sobre esta última es de recibo apuntar que fue la impulsora en su art 46 de uno de los mayores instrumentos jurídicos que han existido en la promoción por la igualdad, se trata de los planes de igualdad de las empresas, del que se hablará en el epígrafe 4 y que vienen a ser definidos como un todo o un “conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo”.

Una vez visto el plano vertical relativo al tratamiento normativo de la discriminación salarial de este colectivo vulnerable, se procederá a analizar el horizontal que simboliza la eficacia de los Planes de igualdad de las instituciones y las empresas, comenzando por la problemática de garantizar que el salario sea el justo y efectivamente percibido.

3. La lucha contra las causas generadoras de la desigualdad: La brecha salarial como paradigma

La brecha salarial es un problema de complejo estudio, pues pesar de la insistencia en el tema de esta clase de discriminación, los distintos análisis empíricos existentes (pocos, dispersos y casi exclusivamente descriptivos) “la presuponen en lugar de intentar probar su existencia”¹⁷. Pueden identificarse una serie de causas que son el fundamento básico de la discriminación ya no solo a nivel general sino a nivel particular como es la citada brecha salarial. Entre las mismas en la práctica, es de señalar que son el fundamento de esta clase de discriminación qué tanta inestabilidad social causa:

¹⁶ Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE de 7 de marzo), que entró en vigor el 8 de marzo de 2019, introduciendo importantes novedades en la Ley Orgánica 3/2007, con la finalidad de dar un paso más hacia la plena igualdad.

¹⁷ Vid. MALO OCAÑA, M. A., y PAGÁN RODRÍGUEZ, R. “¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España? un análisis empírico con datos del Panel de Hogares, Moneda y Crédito”. *Segunda época*, nº 225, 2007, p. 8.

1. Prácticas y culturas históricas: En este sentido las propias culturas ancestrales generan situaciones desfavorables al tratamiento que debería concederse a la mujer por el papel desfavorable que ha tenido hasta un pasado reciente.
2. Las dificultades para conciliar vida familiar y laboral: En este sentido, tradicionalmente la mujer ha venido soportando la carga de la vida familiar generando situaciones muy difíciles de conciliación.
3. Los distintos tipos de trabajo realizados, distintos sectores (los sectores con mayoría de mujeres tienen salarios menores que aquellos dominados por hombres).
4. El denominado techo de cristal¹⁸.
5. Prácticas y sistemas de pago en los lugares de trabajo (falta de transparencia). Es en este punto donde se hace uso de la situación vulnerable de la mujer por sus circunstancias personales y familiares que la obligan a aceptar salarios bajos.
6. Pocas mujeres en puestos de liderazgo con experiencia. Entre otras razones la propia cultura atribuye al hombre mayor capacidad decisoria en la dirección empresarial.
7. Infravaloración del trabajo y de las habilidades de la mujer (“habilidades femeninas”).
8. La discriminación directa o indirecta en el lugar o entorno de trabajo. Este problema fantasma también viene generado por la propia cultura siendo muy difícil de erradicar en nuestros días.

Es en este sentido y sobre esta última, que, por igual trabajo¹⁹ o de idéntico valor, los hombres perciban un salario superior a las mujeres. A pesar de que la legislación laboral de la UE lo prohíbe, dicha discriminación continúa existiendo en algunas empresas, especialmente en las más grandes y pequeñas.

Es por ello por lo que, una vez identificadas todas estas causas, examinaremos en el plano de la igualdad las estrategias para luchar por la salvaguarda de este derecho retributivo, porque si bien existen regulaciones cuya finalidad es promover la igualdad salarial, aún existe la discriminación además por razón de sexo.

3.1. Medidas para reducir la diferencia de ingresos

Partiendo que la desigualdad materializada en la brecha salarial entre hombres y mujeres con afecta a los salarios más altos, concurre una menor diferencia en los salarios mínimos o ligeramente por encima de ellos. Tanto en uno como en otro caso, si existen estrategias por parte del legislador y los empresarios para reducir la brecha de ingresos, deberían diseñarse medidas más eficaces para la eliminación de barreras, o bien mediante la revaloración de empleos:

Para llevar a cabo la primera estrategia y eliminar la brecha de ingresos deberían revalorizarse aún más los empleos (Convenio 100 - OIT), aplicando un sistema de valoración libre de prejuicios sexistas, capaz de reconocer plenamente el valor del trabajo “femenino con grado de

¹⁸ La expresión “techo de cristal” se identifica con aquellas barreras laborales imperceptibles impuestas por los hombres que deben superar las mujeres.

¹⁹ Cabe matizar que, la Ley 33/2002 que modificó el ET de 1995 para la Igualdad de remuneración por razón de sexo por trabajos del mismo valor, no exige que sea “igual trabajo”, un argumento que había servido de discriminación por la vía del reconocimiento de categorías específicamente femeninas. *Vid.* Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del art.28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

discapacidad”. Al eliminar el impacto de los estereotipos sobre el valor de trabajos realizados por este colectivo, se aseguraría la justa valoración de trabajos de todos.

Si además de esto, se atendieran otros factores que determinan la productividad de los individuos como la educación o la experiencia, dicha medida daría lugar a una nueva forma de medir la brecha salarial entre mujeres y hombres (favorable para las mujeres).

La segunda estrategia vendría dada por un mayor control administrativo a las empresas por parte de la Inspección de Trabajo. Su papel sería fundamental, pues posee un amplio margen de competencias en el ámbito laboral. Dotada de los recursos suficientes, la Inspección sería el primer organismo que debería velar por la igualdad.

La tercera estrategia dirigida a aspectos como la discapacidad consistiría en la eliminación de barreras tomando como base el Convenio 111 – OIT, donde deberían identificarse todos los obstáculos que limitasen a las mujeres bajo estas circunstancias en sus opciones laborales en la empresa, e implementar medidas de carácter legal para remover estas barreras (políticas públicas, cláusulas en los acuerdos, programas y medidas especiales).

Un ejemplo de dichas medidas, ha sido el art.17 ET, donde el legislador declara 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.

La razón de la redacción de este precepto ha sido para intentar paliar las cifras que marcan el índice discriminatorio en el mercado de trabajo, donde entre otros aspectos, la diferencia entre lo que cobran hombres y mujeres en España se ha agrandado durante la crisis a pesar de la devaluación salarial general que ha sufrido la clase trabajadora.

Como ejemplo, durante 2015, la brecha salarial en la UE se situó en el 16,3%, entendiendo ésta como la diferencia entre la ganancia por hora de hombres y mujeres asalariados. El menor nivel corresponde a Italia (5,5%), Luxemburgo (5,5%) y Rumanía (5,8%). Por el contrario, alcanza las mayores cotas en Estonia (26,9%), República Checa (22%) y Alemania (22%). Para seguir eliminando barreras, también ha de hacerse necesario asegurar más oportunidades para las mujeres en trabajos históricamente masculinos que son mejor remunerados²⁰.

3.2. Actuaciones estratégicas

Dentro de las medidas para eliminar la brecha salarial, esta estrategia vendría conformada por las siguientes actuaciones:

1. Hacer visible en las empresas las diferencias entre lo que ganan mujeres y hombres con y sin discapacidad, aun cuando los niveles de educación sean iguales, de esta forma se reconocería la brecha general en aras de la transparencia. Uno de los puntos clave

²⁰ En este sentido, la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, ha sido modificadas de forma sustancial, por ello, el art.141, apartado 3, del TCE proporciona una base jurídica específica para la adopción de medidas comunitarias destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

sería la obligación para las empresas de publicar todos los conceptos retributivos que abonan a cada empleado. La publicación debería respetar la Ley de Protección de Datos, estableciendo las cantidades por puesto concreto de trabajo y por sexo. Esta medida permitirá a cada trabajador y trabajadora comparar su sueldo con el de sus iguales. Para ello se haría necesario la aprobación de un proyecto de ley que además garantizase el derecho a conocer los salarios medios de los grupos para evitar la brecha salarial en empresas de más de 200 empleados.

2. Acuerdo entre las partes de estudiar los requisitos de los cargos con un lente de género.
3. Identificar por parte de las empresas elementos discriminatorios (estereotipos basados en el sexo, discapacidad) que influyen en la asignación actual de la remuneración.
4. Aplicar criterios en la determinación de los salarios para hacer más visible el trabajo tanto “femenino” como “masculino”.

Se aplicaría un sistema de evaluación libre de sesgos para determinar el valor de cada puesto, basado en los requisitos del puesto (no el desempeño). Este sistema de evaluación libre de sesgos asegura equivalencias entre puestos femeninos y masculinos de igual valor mediante un sistema de puntuación.

Implementando un sistema justo de determinación de salarios se corrige la discriminación sistémica en la relación entre salarios de hombres y mujeres en la empresa del sector público como privado, para corregir la infravaloración de las ocupaciones tradicionales de mujeres y cambiar su valor en el mercado laboral, además de dar efecto a la obligación de derechos humanos plasmada en el C100 de la OIT.

4. El plan de igualdad de la empresa y su hoja de ruta

Tal como se señaló anteriormente, y al igual que sucedió con las administraciones públicas²¹, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, estableció la obligatoriedad para las empresas de la elaboración de un plan de igualdad pues son herramientas diseñadas para garantizar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Estos planes tienen como objetivo eliminar cualquier tipo de discriminación por razón de género y fomentar un ambiente de trabajo inclusivo y equitativo.

Este plan (inicialmente establecido para empresas de más de 250 trabajadores²²), sirve de eje en la gestión de los recursos humanos para combatir la discriminación, por razón de sexo directa o indirecta, evitando todas aquellas prácticas o criterios que, siendo aparentemente neutros, ponen a personas del otro sexo en desventaja.

Llegados a este punto, no todas las empresas están obligadas a crear y aplicar un plan estratégico de igualdad: la norma ha establecido tramos y líneas temporales para que la aplicación de esta iniciativa fuese lo más sencilla posible²³.

Como hoja de ruta, a partir del 7 de marzo del 2020, se incluyeron las empresas de 150 a 250 trabajadores/as, pasando a igual o superior a 100 desde el 7 de marzo del 2021. Finalmente, y

²¹ A tenor de lo expresado, debe señalarse, en el plano del derecho público, la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público (actualmente derogada y sustituida por Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015) ya desde un primer momento estableció esta obligación para todas las Administraciones Públicas (obligación que actualmente se recoge en la D.A 7ª del nuevo Texto Refundido referenciado).

²² Vid art 45.2 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

²³ Rescatado de: <https://www.grupocastilla.es/plan-igualdad/>

como último tramo, el pasado 7 de marzo de 2022 entró en vigor la última modificación de la norma, que estableció que todas las empresas con 50 o más trabajadores/as debían de disponer de un plan de igualdad o, al menos, este debe estar en proceso de creación con la comisión negociadora²⁴.

A tenor de lo expresado, y con independencia del número de trabajadores, deben disponer de dicho plan las siguientes empresas:

1. Aquellas cuyo convenio colectivo establece la obligatoriedad, en los términos previstos en dicho convenio.
2. Empresas que sean obligadas mediante procedimiento sancionador, en los términos que fije el acuerdo de sanción.
3. Las sociedades cooperativas en las que existan trabajadores por cuenta ajena, en los mismos términos y supuestos explicados en el apartado anterior.

Si la empresa no está obligada, puede tener su propio plan y es en este caso, cuando la dirección de la empresa puede proceder a la elaboración e implantación de planes de igualdad, previa consulta o negociación con la representación legal de las personas trabajadoras, siéndoles de aplicación lo regulado en la normativa aplicable cuando así resulte de su contenido

El Real Decreto Ley 6/2019 estableció la obligatoriedad de inscribir los planes de igualdad empresariales en un registro ad hoc denominado REGCON²⁵ tras modificación del Número 4 del artículo 46 introducido por el apartado dos del artículo 1 del citado R.D.-ley (“B.O.E.” 7 marzo).

Dicho Plan, siendo algo propio de cada empresa²⁶, debe ser acorde con su filosofía, y va dotado de un conjunto ordenado de medidas o pautas orientadas a unos determinados objetivos, a citar:

1. Proceso de selección y contratación.
2. Clasificación profesional.
3. Formación.
4. Promoción profesional.
5. Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres.
6. Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral.
7. Infrarrepresentación femenina.
8. Retribuciones.
9. Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

²⁴ El artículo 1 plantea la modificación de la citada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y pretende esencialmente extender la exigencia de redacción de los planes de igualdad a empresas con ese número o más de trabajadores, creando la obligación de inscribir los mismos en el registro que se desarrollará reglamentariamente.

²⁵ El RD establece que: “Se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas”.

²⁶ Aunque los planes de igualdad sean únicos para cada empresa independientemente de los centros de trabajo que la compongan, la ley contempla la posibilidad de incluir acciones especiales para algunos centros de trabajo que las requieran.

Estas medidas orientadas a la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres²⁷ y hombres en la organización o empresa, irán dirigidas conseguir estas metas rompiendo tanto con viejos paradigmas sexistas, como los derivados de la discapacidad de las personas, siendo necesario para su elaboración la realización de un diagnóstico²⁸, donde se detectarían aquellas áreas o materias en las que es más necesario implantar medidas de igualdad y se establecerían los objetivos a alcanzar para cumplir con el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación.

5. La problemática de adaptación a la igualdad

La elaboración control y seguimiento de los Planes de igualdad, es una tarea compleja para las Comisiones. Ello es debido a que, para poder confeccionarlos, se hacen necesario la elaboración de un diagnóstico completo y real de la situación en la empresa para evaluar los siguientes datos:

1º Posición laboral del trabajador/a: La posición de una trabajadora en el contexto de un plan de igualdad en una empresa se refiere a cómo se garantiza y se mejora su situación y condiciones laborales en términos de igualdad de género. Los planes de igualdad tienen como objetivo identificar y corregir desequilibrios y discriminaciones por razón de género, promoviendo la igualdad de oportunidades y trato entre mujeres y hombres.

2º Comportamiento de los niveles jerárquicos: En un plan de igualdad, el comportamiento de los niveles jerárquicos dentro de una empresa es crucial para su éxito. Este comportamiento se refiere a cómo los distintos niveles de la jerarquía empresarial participan, apoyan y facilitan la implementación y sostenibilidad del plan de igualdad. Tomando la alta dirección como muestra, esta debe demostrar acciones de compromiso y liderazgo como, entre las cuales destacan: declarar públicamente el compromiso con la igualdad de género, incluir la igualdad como una parte integral de la estrategia corporativa, y asegurar la asignación de recursos (tiempo, personal, financiero) para la implementación del plan de igualdad. En su política y gobernanza deben aprobar y promover políticas que apoyen la igualdad de género, a la vez que crear y liderar comités de igualdad o grupos de trabajo dedicados a este tema, establecer objetivos claros y medibles relacionados con la igualdad de género.

El comportamiento de los demás niveles jerárquicos es fundamental para el éxito del plan de igualdad. A través de una combinación de formación, sensibilización, comunicación transparente, liderazgo inclusivo y participación activa, se puede asegurar que los líderes y mandos intermedios no solo apoyen, sino que también promuevan activamente las políticas y medidas de igualdad de género. Un compromiso genuino y visible de los niveles jerárquicos contribuirá a crear un entorno laboral más equitativo, inclusivo y respetuoso para todos los empleados.

3º Distribución en el sistema de clasificación profesional: Este es un aspecto fundamental para asegurar que no existan discriminaciones por razón de género y que todos los trabajadores y trabajadoras tengan las mismas oportunidades de desarrollo y promoción dentro de la empresa. Dentro de los componentes y pasos clave para una distribución equitativa en el sistema de clasificación profesional dentro de un plan de igualdad, se analizan las plantillas realizando un estudio detallado de la composición de la misma, desglosado por género y clasificaciones profesionales; también se revisan las categorías profesionales y los criterios utilizados para la

²⁷ Una excepción al principio de igualdad, (necesaria mientras no se alcance la igualdad real), son las medidas de discriminación positiva de la mujer (ej. bonificaciones a su contratación, etc.) que goza de amplio reconocimiento internacional (Sentencia del T. de Justicia de UE, la Carta Social Europea o el Pacto de DDEE, Sociales y Culturales de 1966)

²⁸ Este posee un carácter evolutivo, pues tiene la cualidad de poder adaptarse a los cambios y necesidades que se vayan detectando en la empresa, especialmente a raíz del seguimiento del plan.

clasificación, asegurándose de que sean transparentes y equitativos; se establecen criterios claros, objetivos y no discriminatorios para la clasificación de los puestos de trabajo entre otros, etc.

4º Nivel de estabilidad en el empleo: Éste es un aspecto clave en un plan de igualdad, ya que la estabilidad laboral puede influir significativamente en la igualdad de oportunidades y condiciones entre hombres y mujeres. La estabilidad en el empleo se refiere a la seguridad y continuidad laboral que tienen los empleados en una empresa.

5º Retribución de las plantillas, formación, promoción: Éstos son componentes esenciales en un plan de igualdad que buscan asegurar la equidad entre hombres y mujeres en el entorno laboral. Un enfoque adecuado en estos aspectos puede ayudar a eliminar las disparidades de género y fomentar un ambiente de trabajo inclusivo y justo. Dentro de las estrategias y medidas para abordar cada uno de estos componentes dentro de un plan de igualdad destacan el análisis de la retribución y la transparencia salarial, el establecimiento políticas que garanticen la igualdad salarial por trabajos de igual valor, la revisión y ajuste de las escalas salariales y los sistemas de bonificación para asegurar que no existan sesgos de género, la realización de auditorías salariales regulares para monitorear la equidad salarial y la toma de acciones correctivas cuando se detecten disparidades, etc.

6º Salud laboral y prevención de riesgos laborales: La salud laboral y la prevención de riesgos laborales son componentes críticos en un plan de igualdad. Estos aspectos deben abordarse con una perspectiva de género para garantizar que tanto hombres como mujeres tengan condiciones de trabajo seguras y saludables. A continuación, se presentan estrategias y medidas para integrar la salud laboral y la prevención de riesgos laborales en un plan de igualdad:

En un diagnóstico Inicial se realizan análisis de riesgos con perspectiva de género mediante la práctica de un análisis de los riesgos laborales específicos que puedan afectar de manera diferente a hombres y mujeres, la evaluación la exposición a riesgos físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, considerando las diferencias de género, la evaluación de la salud laboral mediante la recopilación de datos sobre la salud laboral desglosados por género, incluyendo índices de accidentes, enfermedades profesionales y ausencias por enfermedad, la identificación de posibles diferencias en la percepción y reporte de riesgos y problemas de salud entre hombres y mujeres, así como llevar a cabo políticas y medidas de prevención, entre otras. Integrar la salud laboral y la prevención de riesgos laborales en un plan de igualdad implica adoptar un enfoque inclusivo y sensible a las diferencias de género. Esto requiere un diagnóstico inicial detallado, el desarrollo de políticas y medidas específicas, la implementación de programas de formación y vigilancia de la salud, y un monitoreo continuo. La participación activa de todos los empleados y la colaboración con los representantes laborales son esenciales para garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable para todos.

7º Grado de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, es en este aspecto que mejorar el grado de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los planes de igualdad es esencial para crear un entorno laboral más equitativo y saludable. Esto implica un diagnóstico detallado, la implementación de medidas específicas de conciliación, una comunicación efectiva, y un seguimiento continuo. La participación activa de los empleados y la colaboración con los representantes laborales son fundamentales para asegurar el éxito de estas iniciativas y para construir una cultura organizacional que valore y apoye el equilibrio entre trabajo y vida personal.

8º Representación del personal: Este aspecto en los planes de igualdad es esencial para garantizar que estos reflejen las necesidades y expectativas de toda la plantilla. Esto requiere un enfoque inclusivo y participativo en la selección y capacitación de representantes, así como una

colaboración estrecha con los representantes laborales. Al mantener una comunicación abierta y transparente, y al realizar un seguimiento continuo, se puede asegurar que las políticas de igualdad sean efectivas y beneficien a todos los empleados.

9º Fluidez de comunicación externa e interna en la empresa: Siendo ello crucial para el éxito del plan de igualdad, este debe incluir un enfoque integral que incluya diagnósticos regulares, estrategias bien definidas, transparencia, formación continua y participación activa de los empleados y partes interesadas asegurará que el plan de igualdad sea comprendido, apoyado y efectivo. La mejora continua de la comunicación permitirá a la empresa demostrar su compromiso con la igualdad de género y fortalecer su reputación como empleador inclusivo y responsable.

En definitiva, la problemática para poder llevar a cabo esta tarea reside en que la Comisión necesita la totalidad de los datos reales y la empresa ha de aportarlos pronunciándose sobre todo en aquellas cuestiones que afecten a la Igualdad. Dicha información, en muchos casos, no llega a las citadas Comisiones, pues algunas empresas no proporcionan dichos datos, aun así, se detectan carencias como un alto índice de mujeres en las escalas salariales más bajas y una considerable brecha salarial de mujeres respecto a hombres con discapacidad, así como discriminación en los ascensos, puestos de trabajo masculinizados y feminizados.

Ante cualquier negociación sindical por mejorar el plan de igualdad, la única solución posible para acercar posiciones es que los representantes de los trabajadores y trabajadoras acepten todas las directrices del cuestionado Plan de Igualdad que ofrezca la empresa y que cuenten con el soporte del Convenio Colectivo y el Estatuto de los Trabajadores.

6. Los factores de neutralización de la implantación de los planes de igualdad

Una de las consecuencias que sufre la implementación y eficacia de los planes de igualdad, se refleja en la referida brecha salarial del personal femenino en especial el colectivo con discapacidad.

Este derecho retributivo, viene condicionado por dos factores que suponen una clara desventaja en lo relativo al trato y oportunidades entre sexos, que perjudican a la trabajadora como son:

1º La conciliación familiar/tiempo de trabajo.

2º El nivel de desempleo²⁹

1) El cuanto, al primer factor que favorece esta brecha, es decir “conciliación familiar/el tiempo de trabajo”, cabe señalar que posee una importancia notoria.

Bajo el reclamo de una estabilidad laboral, (y en muchos casos llevada por la necesidad de aportar una renta para el sostenimiento de su familia), la mujer rebaja considerablemente sus expectativas salariales con la esperanza de obtener unas condiciones favorables para compaginar la familia con el trabajo, pero dichas condiciones nunca llegan. En otros casos, la empresa se compromete a dar formación a la trabajadora, pero sólo se limita a compelerle a realizar trabajos que no le competen. El trato de la gerencia e incluso del personal en muchas ocasiones no la dejan desempeñar sus funciones.

²⁹ Vid. TAYLOR JOHN B., “The role of contracts in macroeconomic performance,” en AAVV., (Ed. NALBANTIAN HAIG. R.,) *Incentives, cooperation, and risk sharing: Economic and psychological perspectives on employment contracts*, Roman & Littlefield, Totowa, New Jersey, 1987, pág.192.

Toda esta problemática es debida a que, tradicionalmente, las mujeres que forman parte del personal de las empresas son las que principalmente se ven obligadas a compaginar las responsabilidades profesionales con las familiares. Un aspecto que les lleva a reducir el número de horas de trabajo diarias, cuando sus hijos son pequeños, o a pedir una excedencia, (especialmente si la empresa donde trabajan no permite a sus trabajadoras realizar jornada intensiva), por esta razón las mujeres se ven forzadas a aceptar trabajos específicos dentro de la empresa y ocupaciones de mayor flexibilidad laboral para equilibrar las necesidades del trabajo y la familia, por lo que desde un primer momento y con el mínimo coste, la empresa tratará de atraer y retener la fuerza de trabajo femenino durante el tiempo de producción necesario, lo que contribuye a la segregación laboral. En consecuencia, existe una representación excesiva de las mujeres en trabajos de tiempo parcial.

Legalmente, siendo el salario la percepción puntual de la remuneración pactada en relación directa con el tiempo de trabajo, se haría necesario proponer para la mujer unas medidas más beneficiosas de conciliación de la vida laboral y familiar que se hiciesen efectivas: ampliaciones tanto del derecho de reducción de jornada, como del permiso acumulado de lactancia, ayudas destinadas a guarderías infantiles para niños de 0 a 3 años, educación especial y familiares dependientes (geriátricos, ayuda domiciliaria) para el personal peor retribuido o con retribuciones más pequeñas.

2) El segundo factor “el desempleo” que, a pesar de ser objeto de numerosas medidas paliativas, está íntimamente relacionado con el primero, pues influye en la consecución de salarios bajos para la mujer.

Éste viene condicionado por el estado precario del mercado de trabajo. Si el nivel de empleo es muy bajo, los representantes de los trabajadores tendrán una posición negocial muy poco influyente para defender la igualdad de trato, porque ante cualquier exigencia por parte de la trabajadora, la empresa estará menos preocupada de retenerla (pues tiene muchas posibilidades de encontrar otra trabajadora sustituta que acepte esas condiciones).

Por el contrario, si el nivel de empleo es alto, los representantes de los trabajadores y trabajadoras podrán presionar más a la empresa para obtener mejores salarios. Se hace por ello necesario una negociación colectiva enérgica que imponga unos mínimos legales de salario. Cuando existen tasas de paro como las que España tiene tradicionalmente, los salarios prácticamente siempre van a tender a cero.

Todos estos condicionantes, afectan a medio plazo negativamente a la consecución de mejoras retributivas en la mujer, pues numerosos directivos y empresarios piensan que su compromiso con la compañía es inferior al de casi cualquier hombre.

Esta es una de las razones por la que, según el INE, en 2014, el sueldo bruto medio anual en España fue de 22.858 euros, donde el salario medio de los hombres fue de 25.727 euros anuales frente a los 19.744 euros de las mujeres. Por ello, abordaremos desde un punto de vista técnico-jurídico, este elemento fundamental de la relación laboral.

7. Conclusiones

El problema de la discriminación salarial hacia la mujer se hace más difícil de tratar para el caso de las mujeres debido a la discriminación de género. La igualdad retributiva, es un derecho ampliamente establecido en el plano internacional, europeo e interno, pero la dificultad de demostrar a nivel práctico la existencia de estas discriminaciones, junto con la impericia legislativa y la insuficiencia de medidas y recursos para luchar contra la desigualdad salarial

de las mujeres, son causas que impiden crear medidas eficaces que posibiliten la realización de controles más exhaustivos a las empresas para cerrar esta clase de doble discriminación.

-Partiendo que la brecha salarial entre los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena afecta sobre todo a los salarios más altos, concurre una menor diferencia en la zona baja, es decir, en los salarios mínimos o ligeramente por encima de ellos. Tanto en uno como en otro caso, a pesar de las dificultades, deben diseñarse estrategias por parte del legislador y los empresarios para reducir la brecha de ingresos, e incrementar la lucha por la eliminación de barreras, la revaloración de empleos, o con el establecimiento de los Planes de igualdad.

-Para hacer frente a esta problemática, la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019. Es una garantía favorable a la implantación de la igualdad a través de los actuales Planes como hoja de ruta en materia de igualdad. Actualmente, dichos planes resultan inadecuados, pues no garantizan que el salario sea el justo y efectivamente percibido. Es por ello que, ante la falta de eficacia de estos propósitos, la igualdad salarial por razón de sexo seguirá siendo la asignatura pendiente a superar por parte de las empresas, ya que, en algunos casos, su escasa contribución a la aportación de datos para la creación de estos Planes, terminará por hacer necesario que se establezca un cambio constitucional de los arts. 14 y 35 junto con un nuevo tratamiento normativo más eficaz que haga posible el desarrollo de tareas de vigilancia y transparencia por parte de la Administración o instituciones externas.

-El nivel de impacto de la intersección de los dos planos, (el de carácter vertical relativo al tratamiento normativo de la discriminación salarial y el horizontal que simboliza la eficacia de los Planes de igualdad de las instituciones y las empresas), han tenido un impacto muy débil en la protección del derecho a la no discriminación, pues el tratamiento jurídico de la igualdad salarial, aunque se haya singularizado por su carácter programático de buena voluntad, ni posee un régimen coercitivo y sancionador ni está provisto de un catálogo eficaz de obligaciones y controles para las empresas con el fin de neutralizar la doble discriminación femenina.

Ello se debe a que los planes de igualdad que establece la norma no son compartidos en muchos casos por el empresario debido a sus altos costes de oportunidad en materia económica e inversión de tiempo y ello es consecuencia de las actuales regulaciones intentan erradicar los supuestos donde se persiga un mero cumplimiento formal de una obligación impuesta por ley.

-La discriminación laboral residida en la desigualdad salarial (en mayor medida de mujeres, que de hombres), seguirá siendo una quimera, pues no se puede hacer efectiva al no existir uniones políticas que dicten normas coercitivas, en esta línea, el carácter inocuo y programático de las normas traerán el efecto contrario: el incumplimiento y su impunidad la igualdad salarial, es posible que cualquier norma jurídica establecida para esta materia, tenga un carácter ejemplificador, pero carecerá de eficacia.

8. Bibliografía

- C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Adopción: Ginebra, 34ª reunión CIT (29 junio 1951).
- CORDERO GORDILLO, V, *Igualdad y no Discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010.
- MALO OCAÑA, M. A, y PAGÁN RODRÍGUEZ, R. “¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España? un análisis empírico con datos del Panel de Hogares, Moneda y Crédito”, *Segunda época*, nº 225, 2007.

- MARÍN LUENGO, I. y SANZ POLO, M.C. “La implantación de los Planes de Igualdad de las empresas: Su poder transformador de las relaciones de género”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social Economía y Sociología*, ISSN Papel: 2660-4647, Núm. 146, Madrid, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “Régimen legal y estructura del salario: el modelo de regulación jurídica”. *Revista Temas Laborales*, núm. 87, 1998.
- TAYLOR JOHN B., “The role of contracts in macroeconomic performance,” en AAVV., (Ed. NALBANTIAN HAIG. R.,) *Incentives, cooperation, and risk sharing: Economic and psychological perspectives on employment contracts*, Roman & Littlefield, Totowa, New Jersey, 1987.
- <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>.
- http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp?type=conven
- <https://www.grupocastilla.es/plan-igualdad/>
- Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2012, Edita Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid.

UNA EXPLICACIÓN DE LA RECIENTE E INADMISIBLE TEMERIDAD PROCESAL DEL INSS AL LITIGAR EN PROCESOS LABORALES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL. A PROPÓSITO DE LOS CRITERIOS DE GESTIÓN NÚMS. 1/2020 Y 2/2021 DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ALBERTO ARUFE VARELA y JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedráticos de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña

ORCID: 0000-0002-1954-9971 /// 0000-0002-3228-4242

1. Introducción

Como es sabido, la Administración española de la Seguridad Social dispone, a efectos de defenderla en todo tipo de litigios en que pueda llegar a ser parte, de un verdadero ejército de abogados-funcionarios (genéricamente llamados “Letrados de la Administración de la Seguridad Social”), del todo equiparables a los Abogados del Estado, aunque —a diferencia de estos últimos, que son abogados-funcionarios generalistas— se encuentran híper-especializados en Derecho de la Seguridad Social¹. No cabe dudar del prestigio forense de estos letrados-

¹ Véase entre nosotros, a propósito de dicho metafórico ejército, MÁRIO SILVEIRO DE BARROS, *Los honorarios de abogados en procesos de Seguridad Social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Atelier (Barcelona, 2017), pág. 107.

funcionarios especializados, que acumulan desde los lejanos tiempos en que se denominaban “Letrados del Instituto Nacional de Previsión”², habiendo pertenecido a este último cuerpo —entre otros varios letrados-funcionarios ilustres— el catedrático Manuel ALONSO OLEA, después incluso de haber accedido cuando era muy joven al cuerpo de Letrados del Consejo de Estado³. Se encuentran actualmente regulados en el Reglamento del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 947/2001⁴, cabiendo apuntar —como curiosidad— que los menciona expresamente la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social⁵, aunque silencia su existencia la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a pesar de resultar notorio que la Tesorería General de la Seguridad Social interviene en procesos contencioso-administrativos, en defensa de la misma, a través de Letrados pertenecientes al cuerpo de Letrados de la Seguridad Social⁶. Ahora bien, hay que tener en cuenta que estos Letrados son, a la vez, funcionarios, lo que explica que estén jerárquicamente subordinados a sus superiores, que son los que una Letrado-Jefe de la Seguridad Social, muy admirada y muy querida por nosotros (y por cierto, ya jubilada), denominaba genéricamente “los políticos”. De entre estos últimos, a nosotros sólo nos interesa considerar ahora —teniendo a la vista el Real Decreto 501/2024, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Seguridad Social— la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, la cual depende, a su vez, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social⁷, la cual está sometida, en fin igualmente a su vez, a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social⁸.

2. Los criterios de gestión de la subdirección general de ordenación y asistencia jurídica de la Seguridad Social y su localización

A esta Subdirección General le compete, entre otras varias tareas, la “realización de las funciones de ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, elaborando e interpretando las normas y disposiciones que afectan a dicho sistema, *unificando y dictando los criterios normativos necesarios* para su efectividad”⁹. Dentro de estos criterios, se cuentan los tradicionalmente llamados “criterios de gestión”, que la Administración de la Seguridad Social —tras la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁰— está a obligada a dar a conocer a la ciudadanía, dado que el ámbito subjetivo de dicha Ley comprende expresamente “las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social”¹¹, aunque la norma invocada en los mismos

² La norma más antigua a este respecto que hemos conseguido localizar es una Orden Ministerial de 22 julio 1955 (*Boletín Oficial del Estado* de 10 agosto 1955), por la que se aprueba el nuevo Estatuto de Personal del Instituto Nacional de Previsión.

³ Véase EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “El profesor Alonso Olea en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, en Alfredo Montoya Melgar (Coordinador), *Semblanzas de grandes laboristas. Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Madrid, 2016), pág. 23.

⁴ Sobre su naturaleza jurídica de “servicio común” de la Seguridad Social, véase JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, ALBERTO ARUFE VARELA y JOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), pág. 298 y nota 5.

⁵ Cfr. artículo 22, apartado 2; artículo 60, apartado 3; y artículo 82, apartado 1, párrafo segundo.

⁶ Acerca de dicho tipo de pleitos, véase Alberto Arufe Varela, “La posición procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social en pleitos sobre gestión de prestaciones, tras la Ley 52/2003, de 11 de diciembre”, *Tribuna Social*, núm. 178 (2005), págs. 16 y ss.

⁷ Cfr. artículo 3, apartado 2, letra a).

⁸ Cfr. artículo 2, apartado 2, párrafo primero.

⁹ Cfr. artículo 3, apartado 1, letra a).

¹⁰ Sobre el impacto en el ámbito laboral de la Ley en cuestión, véase Jesús Martínez Girón, “La transparencia sindical en España. Un estudio crítico-comparativo con la regulación del tema en el Derecho francés”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 183 (2016), págs. 63 y ss.

¹¹ Cfr. artículo 2, apartado 1, letra b).

para darlos a conocer públicamente —a través del portal en Internet de la Seguridad Social¹²— sea el artículo 53.1.f) de la Ley 39/2015, reguladora del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas¹³. Ocurre, sin embargo, que su localización en dicho portal de Internet no es ni cómoda ni fácil, al tratarse de información “desagregada” por piezas y, consecuentemente, carente de un vínculo específico que permita hacerse con ella y examinarla de un solo vistazo. Esta carencia la suple, sin embargo, cierto utilísimo sitio web gestionado por un despacho privado de graduados sociales¹⁴, donde aparecen todos los “criterios de gestión” en cuestión recopilados y cronológicamente sistematizados, desde el año 2020 hasta la actualidad. Su naturaleza jurídica puede prestarse al debate (recuérdese que se trata, formalmente hablando, de “criterios normativos”)¹⁵, aunque a nosotros no nos quepa dudar de su indudable eficacia normativa no sólo interna (supuesto que vinculan a los letrados de la Seguridad Social, en cuanto que funcionarios jerárquicamente subordinados a sus superiores, incluidos quienes los emanan), sino también externa o, si se prefiere exteriorizada (ocurriendo esto último cuando dichos letrados-funcionarios proceden a defender al INSS y a la TGSS, ante los tribunales laborales o contencioso-administrativos, ateniéndose a los criterios citados, aun cuando no vinculen en absoluto a los tribunales). En el centenar largo de “criterios de gestión” publicados por la Administración de la Seguridad Social, únicamente nos interesa considerar en este momento con algún cuidado dos de ellos.

3. El criterio de gestión núm. 1/2020

El “criterio de gestión” núm. 1/2020, de fecha 31 enero 2020, secamente titulado “Complemento por maternidad. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” es, con seguridad, el más famoso de los “criterios de gestión” dictados por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de la Seguridad Social, al haber noticiado su existencia no sólo el Tribunal de Luxemburgo, sino también la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, expresando ambos tribunales su rechazo frontal al contenido del mismo. En cuanto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aparece tratado en su Sentencia de 14 septiembre 2023¹⁶, en la cual —después de referirse a la existencia de “una práctica administrativa, recogida en el Criterio de Gestión 1/2020, que se publicó a raíz de la sentencia de 12 de diciembre de 2019”¹⁷, y tras afirmar que “una resolución por la que se deniega a los hombres la concesión del complemento de pensión litigioso, adoptada de conformidad con semejante práctica administrativa, la cual, además, se formalizó mediante una norma administrativa publicada”¹⁸— se concluye que dicha práctica constituye la perpetuación de una práctica administrativa contraria al Derecho de la Unión Europea, que imponía “que los órganos jurisdiccionales competentes en materia de seguridad social deben conceder una indemnización a las víctimas de una discriminación, con el fin de restablecerlas en su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”¹⁹, teniendo en cuenta que “los gastos, incluidas las costas y los honorarios de abogado, en que haya incurrido el afiliado para hacer valer su derecho al complemento

¹² Ubicado en <https://www.seg-social.es>.

¹³ A cuyo tenor, “los interesados en un procedimiento administrativo ... tienen ...[derecho] a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar”.

¹⁴ Véase <https://www.graduadosociales.es/criterios-inss/>.

¹⁵ Al respecto, véase JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, ALBERTO ARUFE VARELA y XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pág. 48.

¹⁶ Asunto C-113/22.

¹⁷ Cfr. marginal 45.

¹⁸ Cfr. marginal 46.

¹⁹ Cfr. marginal 55.

de pensión litigioso deben poder tenerse en cuenta en concepto de reparación pecuniaria”²⁰. Sobre esta base, con mención expresa de lo recién afirmado por el Tribunal de Luxemburgo, una Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 noviembre 2023²¹, fallada en casación para la unificación de doctrina —a la que, en nuestra opinión, cabe oponer importantes reparos científico-doctrinales²²—, fijó la doctrina relativa a que “la Sala entiende que la cantidad adecuada en orden a la compensación de los daños derivados de la discriminación adicional derivada de la denegación del denominado complemento de maternidad a los varones por parte del INSS cuando ya había sido establecido por el TJUE el carácter discriminatorio y contrario al derecho de la Unión de la regulación que reservaba exclusivamente dicho complemento a las mujeres, debe ser fijada en la cantidad de 1.800 euros”²³.

4. El criterio de gestión núm. 2/2021

En nuestra opinión, también lleva camino de hacerse famoso (resultando sorprendente incluso que no haya saltado a la fama todavía) el “criterio de gestión” núm. 1/2021, de fecha 2 febrero 2021, sobre “si procede o no reconocer el derecho a la prestación en favor de familiares cuando el sujeto causante es beneficiario de una pensión del extinguido seguro obligatorio de vejez e invalidez”, dictado a la vista de una Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 enero 2020²⁴, según la cual sí procedía reconocer ese derecho. Es un “criterio de gestión” que reproduce el tenor de una consulta elevada a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en la que se afirma, literalmente, que dicha Dirección General “considera que la interpretación que hace el Pleno de la Sala del alto tribunal ..., más que complementar el artículo 217.1.c) del TRLGSS, supone un acto de auténtica legislación [sic], puesto que crea una nueva figura, la prestación en favor de familiares para beneficiarios de pensionistas del SOVI, en un ordenamiento ya extinto cuya aplicación sólo se mantiene con carácter transitorio”²⁵, por lo que ordena a sus inferiores jerárquicos (incluidos, por supuesto, los Letrados de la Seguridad Social) que desacaten la doctrina de dicha Sentencia, pues “para aplicar la nueva doctrina del TS resultaría necesaria la aprobación de una norma al efecto”²⁶, la cual no había sido todavía promulgada. Sin necesidad de tener que realizar mayores investigaciones retrospectivas, nos parece a nosotros evidente que los ecos de este desacato resuenan en una reciente e inadmisibles Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 abril 2024²⁷, en la que —pasando por encima de dicha doctrina de Pleno, aunque dedique nada más y nada menos que tres páginas a reproducir mecánicamente la Sentencia, quizá porque también se refería a un supuesto claro de discriminación por razón de género— se acoge de plano el argumentario del INSS, incluida la parte del “criterio de gestión” citado —aunque sin mencionarlo expresamente—, relativa a que el desacato de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo debía extenderse no sólo al concreto supuesto de hecho por ella enjuiciado, sino también a otros en que existiese “identidad de razón”²⁸. Si litigar a despecho de la doctrina unificada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, es evidente temeridad

²⁰ Cfr. marginal 56.

²¹ ECLI:ES:TS:2023:4698.

²² Por causa de que no menciona el artículo 75 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

²³ Cfr. Fundamento de Derecho cuarto, apartado 3, párrafo primero.

²⁴ ECLI:ES:TS:2020:416.

²⁵ Cfr. párrafo tercero.

²⁶ Cfr. párrafo penúltimo.

²⁷ ECLI:ES:TSJGAL:2024:2082.

²⁸ Cfr. párrafo antepenúltimo.

(y nosotros diríamos incluso, que mala fe) procesal²⁹, lo que falta por plantear es el porqué de dicha práctica administrativa y procesal impuesta por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de la Seguridad Social. En nuestra opinión, ese porqué —del que pasamos a tratar acto seguido— resulta incuestionable.

5. Epílogo

La Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de la Seguridad Social opera, en los dos concretos casos a que acabamos de referirnos, con criterios de carácter económico-estadístico, aunque resulten antijurídicos. Si mantiene la práctica administrativa desautorizada por el Tribunal de Luxemburgo, en uno de los casos, y por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el otro caso, es claro que obliga a pleitear judicialmente contra la resolución administrativa denegatoria de prestaciones, aunque el resultado del pleito esté cantado de antemano. Pero habrá beneficiarios, eventualmente miles de ellos, que no se animen a pleitear, con la consecuencia de que la Tesorería General de la Seguridad Social se “ahorrrará” el pago de las prestaciones no judicialmente reclamadas. Si —de acuerdo con la Constitución Española— la Administración pública sirve con objetividad el interés general, no puede dudarse de que la práctica administrativa desviada a que antes hicimos referencia se encuentra en las antípodas del cumplimiento de dicho mandato constitucional. En descargo de los “políticos” a que se refería la admirada Jefa de un servicio jurídico provincial del INSS, que mencionábamos al comienzo de esta comunicación, nosotros apuntaríamos que la *causa causae* de todo este entuerto no se encuentra, sin embargo, en dicho tipo de “políticos” medianos o intermedios, sino en otros más altos que ellos, que son quienes tienen la obligación de seguir los rastros de justicia que va dejando la jurisprudencia, al efecto de poner orden en el desastre normativo-legislativo existente, mediante el dictado de la legislación correspondiente, bien por la vía de la promulgación de un Real Decreto-ley (que es cosa del Gobierno), bien por la de la promulgación de una Ley ordinaria (cosa de las Cortes), sin que quepa resignarse a admitir que estos otros “políticos” más altos permanezcan de brazos cruzados o silentes.

6. Bibliografía citada

- ARUFE VARELA, Alberto, “La posición procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social en pleitos sobre gestión de prestaciones, tras la Ley 52/2003, de 11 de diciembre”, *Tribuna Social*, núm. 178 (2005).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El profesor Alonso Olea en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación”, en Alfredo MONTOTOY MELGAR (Coordinador), *Semblanzas de grandes laboristas. Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Madrid, 2016).
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, “La temeridad en procesos laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 15 (1983).
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, “La transparencia sindical en España. Un estudio crítico-comparativo con la regulación del tema en el Derecho francés”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 183 (2016).
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, ARUFE VARELA, Alberto y CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).

²⁹ Sobre el tema, con tratamiento incluso de antiguas temeridades procesales del Instituto Nacional de Previsión, véase JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, “La temeridad en procesos laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 15 (1983), págs. 413 y ss.

SILVEIRO DE BARROS, Mário, *Los honorarios de abogados en procesos de Seguridad Social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Atelier (Barcelona, 2017).

ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO Y DE POLÍTICA DE DERECHO SOBRE EL COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

FARAH AMAADACHOU KADDUR

*Profesora Titular del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

ORCID: 0000-0002-7704-0663

1. Introducción y contextualización

El análisis técnico-jurídico y de política de derecho sobre el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género en la legislación española es un tema de gran relevancia, considerando el contexto histórico y social de desigualdad de género en el país. La brecha de género en las pensiones es una manifestación de las disparidades económicas y sociales que afectan a las mujeres, particularmente en la vejez.

El presente estudio pretende examinar el marco jurídico y las políticas implementadas para mitigar esta brecha, con un enfoque particular centrado en el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. La finalidad es proporcionar una visión comprehensiva sobre los esfuerzos legislativos y políticos destinados a reducir la brecha de género en las pensiones.

Como punto de partida, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 12 de diciembre de 2019, en el asunto WA (C-450/18)¹, determinó que el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, referente al complemento por aportación demográfica en las pensiones contributivas, era contrario a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social². Esta directiva se refiere a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. El TJUE consideró discriminatorio que se otorgue un complemento de pensión por aportación demográfica únicamente a las mujeres, mientras que los hombres en la misma situación no tienen derecho a dicho complemento³.

La sentencia destacó la configuración defectuosa del mencionado complemento como compensación por aportación demográfica, subrayando la necesidad de redefinirlo. El TJUE declaró que el complemento por aportación demográfica “no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto” (apartado 57). Además, afirmó que la medida no aportaba “remedio alguno a los problemas que pueden encontrar las mujeres durante su carrera profesional y no parece que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional”.

De manera similar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció en las sentencias del 29 de noviembre de 2001, en el caso Joseph Griesmar⁴ (C-366/99, apartado 65), y del 17 de julio de 2014, en el caso Leone⁵ (C-173/13, apartado 101) (STJUE 12/12/19, en el caso WA⁶ (C-450/18) párrafo 65). Estas decisiones subrayan consistentemente la importancia de asegurar que las disposiciones legales no introduzcan discriminaciones de género en materia de seguridad social. En la sentencia Griesmar, el Tribunal determinó que otorgar beneficios adicionales de pensión únicamente a mujeres sin considerar circunstancias equivalentes para hombres viola el principio de igualdad de trato. Del mismo modo, en la sentencia Leone, se reafirmó la necesidad de que las políticas de seguridad social no favorezcan desproporcionadamente a un género sobre otro en situaciones comparables. Estas sentencias refuerzan la obligación de los Estados miembros de la UE de revisar y adaptar sus legislaciones para eliminar cualquier sesgo de género, promoviendo un trato equitativo y no discriminatorio.

En respuesta a esta sentencia, se modificó el artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social⁷ mediante el Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social

¹ InfoCuria Jurisprudencia. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=221515&doclang=ES>

² EUR-Lex. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31979L0007>

³ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos. El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de Seguridad social)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 22, pp. 13-24.

⁴ InfoCuria Jurisprudencia. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=46887&doclang=ES>

⁵ InfoCuria Jurisprudencia. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=155113&doclang=ES>

⁶ InfoCuria Jurisprudencia. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=221515&doclang=ES>

⁷ BOE. Disponible en:

y económico. El nuevo art. 60 reemplaza el complemento de maternidad por aportación demográfica con un complemento destinado a la reducción de la brecha de género. El número de hijos (uno o más) se establece como el criterio objetivo para implementar la medida, dado que el “nacimiento y cuidado” de los hijos es identificado como la principal causa de la brecha de género⁸.

Según la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico⁹, el enfoque revisado tiene como objetivo abordar de manera más efectiva las desigualdades de género en el ámbito laboral y garantizar un trato equitativo para hombres y mujeres. Este cambio legislativo refleja un esfuerzo por alinear las políticas nacionales con las directrices europeas y mejorar la equidad en la seguridad social.

Adicionalmente, expertos en derecho laboral y seguridad social han señalado que esta modificación no solo cumple con los requisitos establecidos por el TJUE, sino que también representa un paso significativo hacia la modernización de las políticas de seguridad social en España. La nueva normativa establece que el complemento se calculará tomando en cuenta el número de hijos, eliminando así cualquier discriminación basada en el género. Además, se espera que esta medida beneficie a una amplia gama de familias y contribuya a un reparto más justo de las responsabilidades de cuidado entre hombres y mujeres.

Esta reforma también incluye mecanismos para asegurar que los padres puedan acceder a este complemento en igualdad de condiciones que las madres, fomentando así la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos y promoviendo una mayor igualdad de género en el ámbito familiar y laboral. El impacto de esta política será monitoreado de cerca para evaluar su efectividad y realizar ajustes según sea necesario, garantizando que los objetivos de igualdad de género se cumplan de manera efectiva.

Es por ello que la modificación del art. 60 de la Ley General de la Seguridad Social a través del Real Decreto-Ley 3/2021 marca un avance importante en la lucha contra la desigualdad de género en España, mediante la concesión de este complemento al progenitor que acredite un perjuicio en su carrera profesional tras el nacimiento de un hijo. En caso de controversia, este derecho se le reconocerá a la madre con el fin de reducir la brecha de género que aún persiste. Esta medida contribuye de manera significativa a la promoción de una sociedad más justa y seguirá estando en vigor mientras la brecha de género de las pensiones continúe siendo superior al cinco por ciento¹⁰.

2. Delimitación conceptual y naturaleza jurídica del complemento de brecha de género desde un enfoque de equidad en la distribución de responsabilidades parentales y su impacto económico

El complemento para la reducción de la brecha de género se reconocerá a las pensiones causadas a partir del 4 de febrero de 2021, fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero.

⁸ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>
OLMOS PARÉS, I.: “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo-octubre 2023, núm. 2, pág. 105.

⁹ BOE. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-1529>

¹⁰ Iberley: *Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (aplicable a pensiones desde el 04/02/2021)*, 2024. Disponible en:
<https://www.iberley.es/temas/complemento-pensiones-contributivas-reduccion-brecha-genero-59213>

Este nuevo complemento se vincula, en el caso de las mujeres, al hecho de haber sido madres. Sin embargo, también permite a los padres que demuestren un perjuicio en su carrera de cotización, debido al nacimiento de un hijo, incluyendo adopciones, beneficiarse de este complemento por asumir tareas de cuidado. Es decir, se combina una acción positiva en favor de las mujeres con la previsión de una posibilidad para aquellos hombres que puedan encontrarse en una situación similar¹¹. Esto refleja un intento de equidad en la distribución de responsabilidades parentales y sus impactos económicos.

¹¹ Según la última modificación introducida en 2023, el art. 60 de la LGSS queda redactado en los términos siguientes: "Artículo 60. Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

1. Las mujeres que hayan tenido uno o más hijos o hijas y que sean beneficiarias de una pensión contributiva de jubilación, de incapacidad permanente o de viudedad, tendrán derecho a un complemento por cada hijo o hija, debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres. El derecho al complemento por cada hijo o hija se reconocerá o mantendrá a la mujer siempre que no medie solicitud y reconocimiento del complemento en favor del otro progenitor y si este otro es también mujer, se reconocerá a aquella que sea titular de pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía. Para que los hombres puedan tener derecho al reconocimiento del complemento deberá concurrir alguno de los siguientes requisitos:

a) Tener reconocida una pensión de viudedad por el fallecimiento del otro progenitor de los hijos o hijas en común, siempre que alguno de ellos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.

b) Causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a las siguientes condiciones:

1.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, tener más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores a dicha fecha o, en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los tres años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2.ª En el supuesto de hijos o hijas nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sea inferior, en más de un 15 por ciento, a la de los veinticuatro meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

3.ª En cualquiera de los supuestos a que se refieren las condiciones 1.ª y 2.ª para el cálculo de períodos cotizados y de bases de cotización no se tendrán en cuenta los beneficios en la cotización establecidos en el artículo 237.

4.ª Si los dos progenitores son hombres y se dan las condiciones anteriores en ambos, se reconocerá a aquel que sea titular de pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

5.ª El requisito, para causar derecho al complemento, de que la suma de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda al otro progenitor se exigirá en el momento en que ambos progenitores causen derecho a una prestación contributiva en los términos previstos en la norma.

2. El reconocimiento del complemento al segundo progenitor supondrá la extinción del complemento ya reconocido al primer progenitor y producirá efectos económicos el primer día del mes siguiente al de la resolución, siempre que la misma se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o, en su caso, al reconocimiento de la pensión que la cause; pasado este plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes.

Antes de dictar la resolución reconociendo el derecho al segundo progenitor se dará audiencia al que viniera percibiendo el complemento.

3. Este complemento tendrá a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva.

El importe del complemento por hijo o hija se fijará en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. La cuantía a percibir estará limitada a cuatro veces el importe mensual fijado por hijo o hija y será incrementada al comienzo de cada año en el mismo porcentaje previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones contributivas.

La percepción del complemento estará sujeta además a las siguientes reglas:

a) Cada hijo o hija dará derecho únicamente al reconocimiento de un complemento.

A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía, únicamente se computarán los hijos o hijas que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente hubieran nacido con vida o hubieran sido adoptados.

b) No se reconocerá el derecho al complemento al padre o a la madre que haya sido privado de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Tampoco se reconocerá el derecho al complemento al padre que haya sido condenado por violencia contra la mujer, en los términos que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, ejercida sobre la madre, ni al padre o a la madre que haya sido condenado o condenada por ejercer violencia contra los hijos o hijas.

c) El complemento será satisfecho en catorce pagas, junto con la pensión que determine el derecho al mismo.

d) El importe del complemento no será tenido en cuenta en la aplicación del límite máximo de pensiones previsto en los artículos 57 y 58.7.

e) El importe de este complemento no tendrá la consideración de ingreso o rendimiento de trabajo en orden a determinar si concurren los requisitos para tener derecho al complemento por mínimos previsto en el artículo 59. Cuando concurren dichos requisitos, se reconocerá la cuantía mínima de pensión según establezca anualmente la

Según la nueva regulación, para que una mujer sea acreedora del complemento es suficiente con que sea titular de una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o, en su caso, de viudedad siempre y cuando haya sido madre de uno o más hijos. Este complemento se reconocerá o mantendrá en favor de la mujer siempre que no se otorgue al otro progenitor. Este enfoque se basa en la premisa de que las mujeres, históricamente, han asumido la mayor parte de las responsabilidades de cuidado, lo que ha afectado sus carreras profesionales y, en consecuencia, sus futuras pensiones.

En cambio, para que un hombre tenga derecho al reconocimiento del complemento debe cumplir ciertos requisitos. Debe demostrar que su carrera profesional y, por ende, su carrera de cotización se ha visto interrumpida o afectada por el nacimiento o adopción de un hijo. Esta evidencia es crucial, ya que contrasta con la presunción automática en el caso de las mujeres. Para hijos nacidos a partir del 1 de enero de 1995, debe demostrar que la suma de las bases de cotización de los veinticuatro meses siguientes al nacimiento es inferior en más de un 15% a la de los veinticuatro meses anteriores. Para hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, debe demostrar una interrupción de más de ciento veinte días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que corresponderían a la mujer¹².

Este enfoque busca equilibrar las diferencias históricas en la participación laboral y las responsabilidades de cuidado entre hombres y mujeres. Estudios recientes han mostrado que, aunque la brecha de género en la participación laboral se ha reducido, las mujeres siguen asumiendo una mayor carga de trabajo no remunerado, lo que afecta su carrera profesional y sus ingresos futuros. Según la última encuesta realizada en 2023 por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) acerca de las percepciones sobre la igualdad entre hombres y mujeres, las mujeres dedican casi 7 horas de media al día (412 minutos) al cuidado de los hijos¹³. Este complemento pretende mitigar esas diferencias y avanzar hacia una mayor igualdad de género en el ámbito laboral y de seguridad social.

correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A este importe se sumará el complemento para la reducción de la brecha de género.

f) Cuando la pensión contributiva que determina el derecho al complemento se cause por totalización de períodos de seguro a *prorrata temporis* en aplicación de normativa internacional, el importe real del complemento será el resultado de aplicar a la cuantía a la que se refiere el apartado anterior, que será considerada importe teórico, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña.

4. No se tendrá derecho a este complemento en los casos de jubilación parcial, a la que se refiere el artículo 215 y el apartado sexto de la disposición transitoria cuarta.

No obstante, se reconocerá el complemento que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, el complemento se abonará en tanto la persona beneficiaria perciba una de las pensiones citadas en el apartado 1. En consecuencia, su nacimiento, suspensión y extinción coincidirá con el de la pensión que haya determinado su reconocimiento. No obstante, cuando en el momento de la suspensión o extinción de dicha pensión la persona beneficiaria tuviera derecho a percibir otra distinta, de entre las previstas en el apartado 1, el abono del complemento se mantendrá, quedando vinculado al de esta última.

6. Los complementos que pudieran ser reconocidos en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social serán incompatibles entre sí, siendo abonado en el régimen en el que el causante de la pensión tenga más períodos de alta.

7. Para determinar qué pensiones o suma de pensiones de los progenitores tiene menor cuantía se computarán dichas pensiones teniendo en cuenta su importe inicial, una vez revalorizadas, sin computar los complementos que pudieran corresponder.

Cuando ambos progenitores sean del mismo sexo y coincida el importe de las pensiones computables de cada uno de ellos, el complemento se reconocerá a aquél que haya solicitado en primer lugar la pensión con derecho a complemento."

¹² OLMOS PARÉS, I.: "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo-octubre 2023, núm. 2, pp. 106-107.

¹³ Centro de Investigaciones Sociológicas: "Las mujeres dedican el doble de tiempo al cuidado de los hijos que los hombres", 2024. Disponible en: <https://www.cis.es/-/las-mujeres-dedican-el-doble-de-tiempo-al-cuidado-de-los-hijos-que-los-hombres>

Asimismo, organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han subrayado la necesidad de políticas que apoyen tanto a hombres como a mujeres en la conciliación de la vida laboral y familiar, promoviendo una distribución más equitativa de las responsabilidades de cuidado. La OIT destaca que las políticas de apoyo a la conciliación pueden aumentar la participación laboral de las mujeres y mejorar la equidad de género en el ámbito laboral¹⁴.

En la misma línea, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible reafirma el consenso global sobre la importancia de la igualdad de género y su papel fundamental en el logro de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Este compromiso global subraya que la igualdad de género no solo es un objetivo en sí mismo, sino también una condición esencial para alcanzar otros objetivos relacionados con el desarrollo económico y social.

Para hacer realidad esta agenda transformadora, es esencial crear más y mejores empleos para las mujeres, garantizar la protección social universal y adoptar medidas específicas para reconocer, reducir y redistribuir las labores de cuidado y las tareas domésticas no remuneradas. Estas acciones son indispensables para avanzar en varios objetivos críticos de la Agenda 2030. Por ejemplo, al abordar la igualdad de género (Objetivo 5), se puede contribuir significativamente a la reducción de la pobreza (Objetivo 1) y a la disminución de las desigualdades (Objetivo 10). Además, promover el crecimiento económico, inclusivo y sostenible, así como el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos (Objetivo 8), también se ve facilitado por estas medidas¹⁵.

Además, la protección social universal es fundamental para garantizar que todas las mujeres, especialmente las más vulnerables, tengan acceso a servicios básicos como salud, educación y seguridad social. Esto es crucial para reducir las desigualdades de género y promover una sociedad más equitativa¹⁶.

El reconocimiento, la reducción y la redistribución de las labores de cuidado y las tareas domésticas no remuneradas son también vitales. Estas tareas, que tradicionalmente han recaído desproporcionadamente sobre las mujeres, limitan su capacidad para participar plenamente en la fuerza laboral y alcanzar su potencial económico. Por consiguiente, la igualdad de género y la mejora de las condiciones laborales y sociales para las mujeres son fundamentales para el éxito de la Agenda 2030. Al adoptar estas medidas, se pueden lograr avances significativos en la reducción de la pobreza, la promoción de la igualdad de género y la creación de un crecimiento económico sostenible e inclusivo. Estos objetivos están interconectados y requieren un enfoque integral para ser alcanzados.

La implementación de este complemento también puede tener implicaciones económicas significativas. Según un estudio del Fondo Monetario Internacional (FMI), reducir la brecha de género en el mercado laboral podría incrementar el PIB de un país en un porcentaje notable¹⁷.

¹⁴ La OIT en su informe "Las mujeres en el trabajo: Tendencias 2016". Disponible en: https://www.oitinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/wcms_457094.pdf

¹⁵ Naciones Unidas: *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Edición especial, 2023. Disponible en: https://unstats.un.org/sdgs/report/2023/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2023-Spanish.pdf?_gl=1*_3gzf53*_ga*_MTM2NzU3MDY2MCAxNzIxNTk0NTY0*_ga_TK9BQL5X7Z*_MTcyMTU5NDU2My4xLjAuMTcyMTU5NDU3MS4wLjAuMA..

¹⁶ Banco Mundial: *Protección social*, 2024. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/topic/socialprotection/overview>

¹⁷ NALLARI, R. and GRIFFITH, B.: *Gender and Macroeconomic Policy*, The World Bank, Washington D.C., 2011. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/368931468339577000/pdf/589960PUB0ID171UBLIC109780821374344.pdf>

Este tipo de medidas no solo promueven la igualdad de género, sino que también contribuyen al crecimiento económico sostenible.

El nuevo complemento, al igual que el complemento por maternidad, se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE, dado que posee la naturaleza jurídica de una pensión pública contributiva. Dicho complemento se materializa mediante una transferencia del estado al presupuesto de la seguridad social¹⁸. Ahora bien, surge la pregunta de si esta medida se ajusta a lo establecido en dicha Directiva y a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en casos similares¹⁹.

En este sentido, es esencial partir del reconocimiento de que se trata de una medida de acción positiva, tal como lo indica la propia norma, que busca alcanzar la igualdad material entre mujeres y hombres con el objetivo de reducir la brecha de género en materia de pensiones. La norma utiliza la expresión “la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres”. Por tanto, se presume que las madres que han tenido hijos se han dedicado a su cuidado, y por ello, de manera predeterminada, se les reconoce a ellas el complemento. Las acciones positivas son medidas diseñadas para reequilibrar situaciones sociales discriminatorias preexistentes con el fin de lograr una equiparación sustancial y efectiva entre mujeres y hombres. Su principal objetivo es acelerar la consecución de la igualdad en un ámbito específico sin necesariamente erradicar los prejuicios de género existentes, incluso a riesgo de generar nuevos prejuicios. Estas medidas suelen dirigirse a mujeres o, en general, a un sexo que está infrarrepresentado en un ámbito concreto, y son de carácter transitorio.

En el ámbito de la Unión Europea, las acciones positivas están permitidas. El art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁰ (TFUE), establece que, con el fin de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o, en su caso, compensar desventajas en sus carreras profesionales. No obstante, las medidas de acción positiva deben tener en todo caso una justificación objetiva y razonable. A tales efectos, es evidente que existe una brecha de género en materia de pensiones provocada principalmente por el hecho de que las mujeres suelen asumir una mayor carga de responsabilidades familiares y domésticas que afecta su carrera profesional y, por ende, sus cotizaciones y pensiones futuras²¹.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia del 12 de diciembre de 2019 sobre el complemento de aportación demográfica en relación con la aplicación del art.157.4 del TFUE, afirmó que dicho artículo no resultaba aplicable al mencionado complemento “dado que se limita a conceder a las mujeres un plus en el momento del reconocimiento del derecho a una pensión, entre otras de invalidez permanente, sin aportar remedio alguno a los problemas que pueden encontrar durante su carrera profesional y no parece

¹⁸ El Derecho: *Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género*, 2024. Disponible en: <https://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL#%2FpresentarMemento.do%3Fhref%3D7dbdbcc%26producto%3DUNIVERSAL%26idFragmento%3DA3832%26marginal%3D8345%26rnd%3D0.4430336484260233%26idConsultaActiva%3D2%26fulltext%3Don>

¹⁹ OLMOS PARÉS, I.: “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, op cit., pp. 106-108.

²⁰ EUR-Lex. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT>

²¹ Revista de la Seguridad Social: “La mujer en la Seguridad Social. Breve radiografía de situación”, 2020. Disponible en: <https://revista.seg-social.es/-/la-mujer-en-la-seguridad-social.-breve-radiograf%C3%ADa-de-situaci%C3%B3n>

que dicho complemento pueda compensar las desventajas a las que estén expuestas las mujeres ayudándolas en su carrera y garantizando en la práctica, de este modo, una plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional” (punto 65). Este juicio subraya la necesidad de que las medidas de acción positiva no solo aborden los resultados finales, sino también las barreras y desafíos que las mujeres enfrentan durante su trayectoria profesional, asegurando así una verdadera igualdad de oportunidades.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional (TC) ha reconocido la legitimidad de un objetivo que pase por “compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores”. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional avala la puesta en marcha de la medida de acción positiva, a modo de compensación²².

El Tribunal Constitucional ha respaldado estas medidas de acción positiva en favor de las mujeres, siempre y cuando exista una normativa previa, la medida sea proporcionada y de eficacia temporal, hasta que deje de existir la situación de desigualdad que ha motivado su implementación. Este criterio se cumple en el caso del complemento de brecha de género²³. Esta perspectiva adoptada por el TC se alinea con la necesidad de abordar las desigualdades estructurales en el ámbito laboral y de pensiones, asegurando que las mujeres, que han dedicado una parte significativa de su vida al cuidado de los hijos, no sean penalizadas en su vejez. Esto no solo refuerza la justicia social, sino que también promueve una mayor equidad en la distribución de los recursos y beneficios del sistema de seguridad social. Además, esta medida de compensación al final de la carrera laboral puede ser vista como un reconocimiento del valor económico y social del trabajo de cuidado no remunerado, que tradicionalmente ha recaído en las mujeres.

Por último, la efectividad de estas medidas debe ser evaluada periódicamente para asegurar que continúan siendo relevantes y efectivas en la reducción de la brecha de género. La implementación de mecanismos de monitoreo y evaluación es crucial para ajustar las políticas según sea necesario y asegurar que se alcancen los objetivos de igualdad de género en el ámbito de las pensiones.

El complemento de brecha de género es, sin duda alguna, una medida esencial para avanzar hacia la igualdad de género en el ámbito laboral y de la seguridad social.

3. La dinámica del complemento para la reducción de la brecha de género

3.1. Beneficiarios

Los beneficiarios de este complemento son mujeres y hombres que sean titulares de una pensión de naturaleza contributiva de jubilación (excluyendo la jubilación parcial), de incapacidad permanente o de viudedad a partir del 4 de febrero de 2021 siempre que hayan

²² Pleno TC. Auto 114/2018, de 16 de octubre de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en relación con el artículo 60, apartados primero y cuarto, del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Votos particulares. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-15849

Pleno TC. Auto 119/2018, de 13 de noviembre de 2018. Recurso de amparo 3883-2017. Inadmite a trámite el recurso de amparo 3883-2017, promovido por doña María del Pilar Alonso Saura en proceso contencioso-administrativo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-17132>

²³ OLMOS PARÉS, I.: “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, op cit., pp. 106-108.

tenido uno o más hijos. Además, si se accede a la jubilación plena desde la jubilación parcial, se reconocerá el complemento en el caso de que se cumplan los requisitos exigidos para ello.

3.2. Requisitos

Como ya se ha anticipado, para que una mujer sea acreedora del complemento es suficiente con que sea titular de una pensión contributiva de jubilación, incapacidad permanente o, en su caso, de viudedad siempre y cuando haya sido madre de uno o más hijos. Sin embargo, para que los hombres tengan derecho al percibo de este mismo complemento, deben cumplir uno de los siguientes requisitos:

1. Haber causado una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor de los hijos en común, siempre que alguno de los hijos tenga derecho a percibir una pensión de orfandad.
2. Haber causado una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o visto afectada su carrera profesional con motivo del nacimiento o adopción de un hijo, bajo las siguientes condiciones:
 - Para hijos nacidos o adoptados hasta el 31 de diciembre de 1994, haber tenido más de 120 días sin cotización entre los nueve meses anteriores al nacimiento y los tres años posteriores, o en caso de adopción, entre la fecha de la resolución judicial que la constituya y los tres años siguientes, siempre y cuando la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.
 - Para hijos nacidos o adoptados desde el 1 de enero de 1995, la suma de las bases de cotización de los 24 meses siguientes al nacimiento o a la resolución judicial que constituya la adopción debe ser inferior en más de un 15% a la de los 24 meses inmediatamente anteriores, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

3.3. Cuantía

La cuantía del complemento se fija anualmente en la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado. Con efectos de 1 de enero de 2024, el importe es de 33,20 € mensuales por cada hijo, con un límite de cuatro veces dicho importe. El complemento se abona mensualmente con dos pagas extraordinarias en junio y noviembre. Este complemento no se considera en la aplicación del límite máximo de las pensiones contributivas ni para determinar el complemento para pensiones inferiores a la mínima (Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre).

3.4. Efectos económicos

El complemento tiene efectos económicos desde la fecha de efectos económicos de la pensión contributiva de seguridad social que determina el derecho al complemento. Si se reconoce el complemento al segundo progenitor, esto extinguirá el complemento del primero, y los efectos económicos serán desde el primer día del mes siguiente a la resolución, si se dicta dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o al reconocimiento de la pensión que la causa; transcurrido dicho plazo, los efectos serán desde el primer día del séptimo mes.

3.5. Incompatibilidades

Como ya se ha indicado, el complemento es incompatible con la percepción del mismo complemento por parte del otro progenitor por los mismos hijos.

3.6. Extinción

El complemento para la reducción de la brecha de género se extingue por las mismas causas que la pensión a la que acompaña (por ejemplo, fallecimiento), o si el otro progenitor lo solicita y cumple los requisitos.

3.7. Expedientes internacionales

Si la pensión que determina el derecho al complemento se concede aplicando normativa internacional por totalización de periodos en otros países, el complemento se abonará en la parte proporcional según la aplicación del principio *pro rata temporis* aplicada a la pensión que la acompaña.

3.8. Solicitudes

La solicitud debe realizarse junto con la de la pensión de jubilación, incapacidad permanente o viudedad.

3.9. Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad

Las personas que con fecha del 4 de febrero de 2021 estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica mantendrán su percepción. Sin embargo, este complemento es incompatible con el complemento para la reducción de la brecha de género que pudiera corresponder por una nueva pensión pública, debiendo en ese caso optar entre uno u otro.

Si el otro progenitor de alguno de los hijos que generó el derecho al complemento de maternidad solicita el complemento de pensiones contributivas y le corresponde, la cuantía mensual reconocida se deducirá del complemento por maternidad, con efectos económicos desde el primer día del mes siguiente a la resolución, siempre y cuando se dicte dentro de los seis meses siguientes a la solicitud o al reconocimiento de la pensión que la causa; transcurrido dicho plazo, los efectos se producirán desde el primer día del séptimo mes²⁴.

4. La protección de la maternidad y la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos como fundamentos esenciales en la implementación del complemento de brecha de género

La justificación del nuevo complemento de brecha de género está ligada al reconocimiento de las diferencias biológicas y sociales que implica la maternidad. Como ya se ha indicado con anterioridad, este complemento busca abordar la desigualdad que enfrentan las mujeres debido a sus responsabilidades maternas, que históricamente han impactado su carrera profesional y, en última instancia, su pensión. Además, la maternidad puede llevar a una interrupción temporal o

²⁴ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: *Complemento para la reducción de la brecha de género*. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/4c43ce49-6636-4a12-bacf-5e6697eb81da/cuantia?ldmy&urile=wcm%3a%2Fwebcontent%2Bsyndication%2Fibmcontentwcm%253AunresolvedReferences#Extincion>

parcial en la carrera laboral de las mujeres, lo que puede reducir sus ingresos y contribuciones a la seguridad social, exacerbando las disparidades económicas a lo largo de su vida.

Desde una perspectiva jurídica, el complemento de brecha de género no puede fundamentarse directamente en el art. 157. 4 del TFUE, que se centra en la igualdad de remuneración. Sin embargo, sí encuentra soporte en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH)²⁵. Este soporte legal refuerza el compromiso de España con la igualdad de género, al tiempo que responde a las directrices europeas para promover una igualdad real y efectiva en el ámbito laboral y social.

La Sentencia del TJUE del 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18)²⁶ aclara que el nuevo complemento de brecha de género, al igual que el anterior complemento de aportación demográfica, se limita a ofrecer una mejora en la pensión al momento del reconocimiento del derecho, sin abordar directamente los problemas que las mujeres enfrentan a lo largo de su carrera profesional. Esto plantea que, aunque el complemento ayuda en la jubilación, no resuelve las desigualdades durante la trayectoria laboral de las mujeres. Este enfoque resalta la necesidad de implementar políticas complementarias que aborden las disparidades en las oportunidades profesionales y el acceso a servicios de apoyo durante la vida laboral, no solo al momento de la jubilación.

El nuevo complemento, al ser una medida de acción positiva, introduce una diferencia de trato que debe estar debidamente justificada. Esta justificación debe ser necesaria, objetiva, proporcionada y razonable. Para evaluar su justificación, es pertinente revisar la Directiva 79/7/CEE del Consejo sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito de la Seguridad Social, que permite excepciones al principio de igualdad bajo circunstancias específicas. Esta directiva establece un marco que reconoce la necesidad de medidas específicas para abordar desventajas inherentes, lo que permite que las políticas sociales adapten sus enfoques para cubrir las brechas que afectan desproporcionadamente a un género.

Una de las excepciones contempladas en esta Directiva se refiere a la protección de la maternidad. El art. 4.2 de la Directiva establece que “El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad”. Esta excepción justifica la existencia de medidas específicas que compensen las desventajas asociadas con la maternidad, reflejando un reconocimiento de las diferencias biológicas y las implicaciones que estas tienen en la vida laboral de las mujeres. Adicionalmente, la protección de la maternidad se alinea con los principios fundamentales de la igualdad de género en la legislación europea, que buscan equilibrar las responsabilidades familiares y laborales para ambos géneros.

En lo que concierne al art. 60 de la LGSS, el TJUE había previamente señalado que el complemento no estaba vinculado exclusivamente a la maternidad, ya que también se concedía a mujeres que habían adoptado hijos. Esto sugería que el legislador nacional no intentó restringir el complemento únicamente a situaciones de maternidad biológica, sino que buscaba abordar de manera más amplia las desigualdades que afectan a las mujeres debido a sus responsabilidades de cuidado. Este enfoque inclusivo destaca la importancia de reconocer tanto la maternidad biológica como la adoptiva en la compensación de las brechas de género, promoviendo un sistema de seguridad social más equitativo y adaptado a diversas formas de paternidad.

²⁵ Boe. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-6115>

²⁶ InfoCuria Jurisprudencia. Disponible en:
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=221515&doclang=ES>

No obstante, la normativa no exige el cese de la actividad profesional en el momento del nacimiento de los hijos, ni vincula este beneficio al disfrute del permiso de maternidad, ni a las desventajas profesionales que puedan derivarse de este hecho. Este enfoque viene a reflejar una comprensión más amplia de las interrupciones profesionales y las desventajas que enfrentan las mujeres por el simple hecho de ser madres.

Es importante destacar dos aspectos clave en este contexto. En primer lugar, las mujeres enfrentan desventajas no solo por interrumpir su actividad profesional debido a la maternidad biológica, sino también antes, por ejemplo, al acceder al empleo simplemente por estar en edad fértil. Este factor puede retrasar su entrada en el mercado laboral o dificultar la movilidad entre empleos. Durante el contrato de trabajo, pueden perder su empleo debido al embarazo o durante el permiso de nacimiento de un hijo. Si esto no ocurre, enfrentan perjuicios al reincorporarse, especialmente en términos de promoción profesional. Estas desventajas, aunque no siempre se reflejan en los informes laborales o de cotización, son reales y ampliamente conocidas.

Por el contrario, los hombres, que no enfrentan estas desventajas biológicas, no están obligados a demostrar interrupciones similares. Pueden acceder al complemento acreditando simplemente una disminución en las bases de cotización o una interrupción en la cotización, junto con una pensión inferior. Así pues, el no vincular el complemento al permiso de maternidad no lo excluye del ámbito del art. 4.2 de la Directiva, ya que para las mujeres está vinculado al hecho biológico de la maternidad y a las desventajas que este hecho supone en su carrera profesional en general.

En segundo lugar, desde hace años, las mujeres han estado obligadas a interrumpir su actividad profesional durante al menos seis semanas posteriores al parto. Esta obligación fue introducida en el Estatuto de los Trabajadores²⁷ mediante la Ley 3/1989 de 3 de marzo²⁸, que amplió el permiso de maternidad a 16 semanas (antes eran 14 semanas) y estableció medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, cumpliendo así con el Convenio 103 de la OIT sobre Protección de la Maternidad²⁹, ratificado por España el 26 de mayo de 1965. Este marco legal garantiza que la interrupción laboral de las mujeres no solo sea reconocida, sino también protegida por ley, lo que respalda la justificación del complemento de brecha de género sin necesidad de demostrar una interrupción efectiva del trabajo. Este mismo principio se aplica actualmente en el caso de los padres.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que las mujeres que actualmente se jubilan nacieron aproximadamente en los años 1957 y 1958. Si tuvieron hijos entre los 20 y 30 años de edad, es decir, a finales de los años setenta, no les afectó la obligación legal de tener que interrumpir su trabajo de manera obligatoria durante seis semanas posteriores al momento del parto. No obstante, a partir del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980, las mujeres tenían el derecho a suspender su contrato de trabajo durante un máximo de 14 semanas en caso de parto, distribuidas según su preferencia. Sin embargo, los padres en esa misma época solo tenían derecho, también desde el ET de 1980, a un permiso retribuido de dos días por el nacimiento de un hijo, un beneficio que se mantuvo sin cambios durante bastante tiempo. Esta disparidad en los permisos laborales entre hombres y mujeres subraya las diferencias históricas en las políticas de conciliación familiar y laboral.

²⁷ BOE. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

²⁸ BOE. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-5272>

²⁹ OIT. Disponible en:
https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312248

El régimen jurídico de estos permisos, y las diferencias entre ambos sexos, fue subrayado en la sentencia del TJUE, de 17 de julio de 2014, en el caso C-173/13, Leone. La sentencia señaló que la suspensión por maternidad de 14 semanas disfrutada por las madres en los años 80 no es comparable con el permiso de dos días por nacimiento de hijo otorgado a los padres en términos de impacto en los derechos de pensión, ascenso y formación profesional. En cualquier caso, la normativa presupone las interrupciones en la carrera profesional debido a la maternidad, como lo refleja la frase “debido a la incidencia que, con carácter general, tiene la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de la Seguridad Social de las mujeres”.

El complemento de maternidad por brecha de género se justifica por el hecho biológico de la maternidad y las desventajas asociadas a las madres trabajadoras. Desde esta perspectiva, no existe discriminación, ya que el hecho biológico de la maternidad justifica la diferencia de trato, sin necesidad de acreditar periodos específicos de interrupción, que se presuponen. Esto es especialmente relevante considerando que a los hombres tampoco se les exige demostrar dichos periodos para recibir el mismo tipo de complemento³⁰.

Aunque existe el debate sobre si el complemento de brecha de género debe justificarse exclusivamente por el hecho biológico de la maternidad o por el cuidado de los hijos, lo cierto es que ambos factores pueden fundamentar su existencia. Esto está respaldado por el art. 7.1 b) de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978.

En este contexto, el TJUE en su sentencia de 12 de diciembre de 2019, señaló que las mujeres, al asumir generalmente el cuidado de los hijos, enfrentan mayores desventajas profesionales. Sin embargo, esta circunstancia no impide la posibilidad de comparar su situación con la de un hombre que haya asumido el cuidado de sus hijos y que, por lo tanto, haya sufrido desventajas similares en su carrera.

La excepción que se contempla en el art. 7.1 b) de la Directiva se refiere a la educación de los hijos, lo que implica un vínculo con el hecho objetivo de haber cuidado de los hijos, requiriendo para ello periodos de interrupción laboral. En la regulación española, el complemento se otorga inicialmente a la madre biológica, bajo la presunción de que ha sido ella quien ha cuidado del hijo. Sin embargo, este complemento puede ser transferido al padre si este demuestra que ha sido el principal cuidador y que su carrera profesional ha sido perjudicada como resultado de este cuidado. La normativa actual refuerza el carácter unitario de la prestación, de modo que el complemento no puede ser concedido a ambos progenitores por el mismo hijo. Se otorgará al progenitor cuya carrera profesional haya sido más afectada. De este modo, el art. 7.1 b) de la Directiva pretende beneficiar a las personas que han cuidado de los hijos, sin importar si es la madre o el padre, aunque generalmente se presume que la madre biológica es la cuidadora principal. No obstante, esta presunción no impide que el complemento pueda ser transferido al otro progenitor si se presenta la solicitud y se demuestra el perjuicio en su carrera laboral.

Esta normativa es esencial para promover la igualdad de género, ya que reconoce y compensa las interrupciones laborales debidas al cuidado de los hijos, un rol que tradicionalmente ha recaído en las mujeres pero que cada vez más hombres están asumiendo. Al reconocer estas responsabilidades de cuidado, se avanza hacia una mayor equidad en el ámbito laboral y en la protección social, beneficiando a la sociedad en su conjunto.

Es evidente que queda fuera de toda duda la necesidad de aplicar esta acción positiva. En general, las madres biológicas enfrentan desventajas laborales debido a la maternidad, que se extienden a lo largo de toda su carrera profesional, no limitándose a los primeros años tras el

³⁰ OLMOS PARÉS, I.: “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, op cit., pp. 109-111.

parto. Estas desventajas se reflejan en lo que se conoce como brecha de género. Además, lo cierto es que la brecha se hace más evidente al solicitar una pensión de incapacidad permanente o jubilación, resultado de una acumulación de desventajas a lo largo de décadas, muchas de las cuales no se pueden probar de manera directa, lo que justificaría la presunción a favor de las mujeres.

Por otro lado, el permiso de paternidad en los años 80 y 90 no necesariamente generaba a los hombres desventajas en las cotizaciones. Por ello, se les exige una prueba concreta de que suspendieron o redujeron su prestación de servicios, algo que no puede considerarse discriminatorio. Esta prueba es relativamente sencilla de cumplir para los hombres, en contraste con las desventajas laborales más difusas y extendidas que enfrentan las mujeres debido a la maternidad.

Una de las cuestiones que se plantea es si es justo que los padres puedan obtener este complemento acreditando simplemente una breve interrupción en su carrera y una suma de pensiones inferior a la de la madre. Aunque los padres puedan demostrar que interrumpieron su vida laboral durante 120 días en los nueve meses anteriores al nacimiento o en los tres años posteriores y que sus pensiones son inferiores a las de la madre, esto no necesariamente implica que la madre no haya asumido tareas de cuidado simultáneamente mientras trabajaba. Las causas por las que un hombre puede tener una pensión de jubilación inferior pueden ser diferentes de las causas por las que una mujer tiene una pensión inferior³¹.

Dicho esto, aunque existen mecanismos para que los padres también puedan beneficiarse del complemento, es crucial reconocer las persistentes desventajas que enfrentan las mujeres en el ámbito laboral debido a la maternidad y las responsabilidades de cuidado de los hijos junto con la necesidad de medidas positivas para equilibrar esta situación. Por consiguiente, el complemento de brecha de género se justifica desde una perspectiva de igualdad de trato al reconocer las particularidades de la maternidad y la adopción, al tiempo que se ajusta a las directrices establecidas por la normativa europea para garantizar que las medidas sean adecuadas y proporcionadas. Esta aproximación busca mitigar las desigualdades históricas y biológicas que enfrentan las mujeres debido a la maternidad, y busca compensarlas equitativamente, promoviendo una igualdad efectiva y compensando las dificultades que enfrentan debido a sus responsabilidades familiares. Asimismo, se destaca la necesidad de políticas integrales que no solo aborden el aspecto de la pensión, sino que también apoyen a las mujeres a lo largo de su trayectoria laboral para asegurar una verdadera igualdad de oportunidades.

5. Conclusiones finales

El complemento de brecha de género, establecido en el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), representa un avance significativo hacia la igualdad de género en el ámbito laboral y de la seguridad social. Esta medida reconoce y aborda las desventajas estructurales que históricamente han afectado a las mujeres debido a la maternidad y a las responsabilidades de cuidado. Estas desventajas se reflejan en menores cotizaciones a la seguridad social y, por ende, en pensiones más bajas en la vejez. La medida permite que las mujeres que han tenido hijos accedan al complemento sin necesidad de demostrar que han asumido estas responsabilidades, basándose en el hecho biológico de la maternidad y las ventajas de vejez para quienes han educado hijos.

³¹ OLMOS PARÉS, I.: "El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, op cit., pp. 112 y 113.

De esta manera, el complemento de brecha de género contribuye al fortalecimiento del tejido social al reconocer el trabajo no remunerado que realizan las mujeres en el ámbito doméstico y de cuidado. El complemento de brecha de género también refuerza el sistema de seguridad social al asegurar que todas las contribuciones, incluyendo las no remuneradas, sean reconocidas y valoradas.

Por otra parte, hay que destacar que la regulación proporciona un mecanismo para que los hombres que han asumido responsabilidades de cuidado puedan también acceder al complemento, siempre que puedan demostrar el impacto de estas responsabilidades en sus carreras de cotización. Esto garantiza que la medida no discrimine por razón de sexo, sino que promueva la equidad al considerar las circunstancias específicas de cada progenitor.

Al incentivar que los hombres también asuman responsabilidades de cuidado y puedan acceder al complemento, se fomenta una distribución más equilibrada de las tareas domésticas y de cuidado entre hombres y mujeres. De este modo, se crean incentivos para una paternidad más activa. Esto puede contribuir a romper los estereotipos de género y promover una mayor participación de las mujeres en el mercado laboral y, en definitiva, puede propiciar un cambio cultural hacia una mayor igualdad en las responsabilidades de cuidado que limitan tanto a hombres como a mujeres en sus roles familiares y profesionales.

El complemento no solo promueve la igualdad de género, sino que también tiene un impacto positivo en la economía y la sociedad. Al apoyar a las mujeres en sus carreras profesionales y asegurar que no sean desfavorecidas en sus pensiones, se contribuye a reducir la pobreza especialmente en la vejez y a mejorar la estabilidad económica de las familias. De esta manera, se pretende asegurar que todas las personas tengan las mismas oportunidades de desarrollo profesional y de acceso a una pensión digna.

Por otro lado, a nivel internacional, se ha observado que los países con políticas robustas de conciliación familiar y laboral, como los países nórdicos, presentan menores brechas de género en las pensiones. En estos países, tanto hombres como mujeres tienen acceso a permisos parentales generosos y políticas de cuidado infantil accesibles, lo que fomenta una distribución más equitativa de las responsabilidades de cuidado y, a largo plazo, reduce las disparidades de género en el ámbito laboral y de pensiones. Es indubitable que las políticas de conciliación son esenciales para que tanto hombres como mujeres puedan equilibrar sus responsabilidades laborales y familiares sin sacrificar su desarrollo profesional ni su bienestar personal. Por consiguiente, implementar políticas similares podría ayudar a reducir significativamente la brecha de género en las pensiones y mejorar la equidad laboral en España.

Por todo ello, el complemento de brecha de género es una medida necesaria, proporcionada y razonable que promueve la equidad de género en el ámbito de la seguridad social. El complemento de brecha de género no solo aborda la desigualdad de género en las pensiones, sino que también tiene el potencial de generar beneficios amplios y diversos para la sociedad. Al reconocer las desventajas históricas que han afectado a las mujeres y proporcionar un mecanismo para que los hombres también puedan acceder al complemento, esta medida avanza hacia una sociedad más justa e igualitaria, con beneficios significativos tanto a nivel económico como social, lo que a la postre nos enriquece a todos como sociedad.

6. Bibliografía: fuentes y recursos consultados

BANCO MUNDIAL: *Protección social*, 2024. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/topic/socialprotection/overview>

BOE. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

BOE. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-6115>

BOE. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-1529>

BOE. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

BOE. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-5272>

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS: *Las mujeres dedican el doble de tiempo al cuidado de los hijos que los hombres*, 2024. Disponible en: <https://www.cis.es/-/las-mujeres-dedican-el-doble-de-tiempo-al-cuidado-de-los-hijos-que-los-hombres>

EL DERECHO: *Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género*, 2024. Disponible en: <https://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL#%2FpresentarMemento.do%3Fhref%3D7dbdbbc%26producto%3DUNIVERSAL%26idFragmento%3DA3832%26marginal%3D8345%26rnd%3D0.44303364842602333%26idConsultaActiva%3D2%26fulltext%3Don>

EUR-LEX. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31979L0007>

IBERLEY: *Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (aplicable a pensiones desde el 04/02/2021)*, 2024. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/complemento-pensiones-contributivas-reduccion-brecha-genero-59213>

INFOCURIA JURISPRUDENCIA. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=221515&doclang=ES>

INFOCURIA JURISPRUDENCIA. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=46887&doclang=ES>

INFOCURIA JURISPRUDENCIA. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=155113&doclang=ES>

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES: *Complemento para la reducción de la brecha de género*. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/4c43ce49-6636-4a12-bacf-5e6697eb81da/cuantia?ldmy&urile=wcm%3apath%3a%2Fwebcontent%2Bsyndication%2Fibmcontentwcm%253AunresolvedReferences#Extincion>

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos. El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de Seguridad social)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 22.

NACIONES UNIDAS: *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Edición especial, 2023. Disponible en: https://unstats.un.org/sdgs/report/2023/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2023_Spanish.pdf?_gl=1*3gzf53*_ga*MTM2NzU3MDY2MC4xNzIxNTk0NTY0*_ga_TK9BQL5X7Z*MTcyMTU5NDU2My4xLjAuMTcyMTU5NDU3MS4wLjAuMA..

- NALLARI, R. AND GRIFFITH, B.: *Gender and Macroeconomic Policy*, The World Bank, Washington D.C., 2011. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/368931468339577000/pdf/589960PUB0ID171UBLIC109780821374344.pdf>
- OIT: *La brecha de género en el empleo: ¿qué frena el avance de la mujer?*, 2018. Disponible en: <https://webapps.ilo.org/infostories/es-ES/Stories/Employment/barriers-women#intro>
- OIT: *Las mujeres en el trabajo: Tendencias 2016*. Disponible en: https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_publicacion/wcms_457094.pdf
- OIT. Disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:P12100_INSTRUMENT_ID:312248
- OLMOS PARÉS, I.: “El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, mayo-octubre 2023, núm. 2.
- PLENO TC. Auto 114/2018, de 16 de octubre de 2018. Cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3307-2018, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en relación con el artículo 60, apartados primero y cuarto, del texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Votos particulares. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-15849
- PLENO TC. Auto 119/2018, de 13 de noviembre de 2018. Recurso de amparo 3883-2017. Inadmite a trámite el recurso de amparo 3883-2017, promovido por doña María del Pilar Alonso Saura en proceso contencioso-administrativo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-17132>
- REVISTA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: “La mujer en la Seguridad Social. Breve radiografía de situación”, 2020. Disponible en: <https://revista.seg-social.es/-/la-mujer-en-la-seguridad-social.-breve-radiograf%C3%ADa-de-situaci%C3%B3n>

LA PROTECCIÓN SOCIAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ESPECIAL REFERENCIA AL ACCESO A LAS PRESTACIONES

ANA AGUAS BLASCO
Investigadora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza
ORCID: 0009-0001-1037-1222

1. Introducción

La igualdad es un derecho fundamental reconocido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), así como en nuestra Constitución Española (en adelante, CE), que la establece, asimismo, como valor superior del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho en que se constituye nuestro país.

El principio de igualdad consiste en el trato igualitario a situaciones equivalentes y, definido desde su vertiente negativa, supone la prohibición del trato desigual a situaciones que son comparables; trato desigual que consiste en tratar de forma diferente a sujetos o situaciones sin que exista justificación para ello, puesto que, si existen rasgos o circunstancias que los diferencian, no son relevantes para determinar un tratamiento normativo diferente, por lo que esos sujetos o situaciones deben ser considerados semejantes.

Por su parte, aunque estos y otros conceptos relacionados se suelen utilizar como equivalentes, la prohibición de discriminación centra su objetivo en proteger de forma especial y agravada a las personas que pertenecen a grupos sociales discriminados tradicionalmente –por cualquiera de los múltiples motivos por los que lo pueden ser: sexo, raza, religión, etc.–, en los ámbitos

en que el ordenamiento las considera especialmente expuestas a sufrir las consecuencias de la discriminación, y lo que se pretende es preservar las condiciones de igualdad para estos sujetos y/o colectivos¹.

Desde este prisma, el derecho a la igualdad ante la ley de todas las personas debe diferenciarse del derecho a no ser discriminado o, en definitiva, de la prohibición de discriminación², sirviendo como complemento a tal derecho a la igualdad y como garantía del disfrute de todos los derechos fundamentales y libertades públicas; además de que la no discriminación está vinculada inmediatamente con la dignidad de la persona, uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, según el art. 10 CE, que, en suma, expresa el carácter necesario de la igualdad como elemento esencial para la construcción de una sociedad más justa³.

La discriminación, aunque se haya tratado de paliar mediante la incorporación de diversos instrumentos y medidas, continúa formando parte de nuestra sociedad y también de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que los esfuerzos por proteger a las personas y a los colectivos y, por supuesto, para erradicarla, continúan bajo el foco de atención.

La discriminación puede traer causa de diferentes motivos, por ejemplo, religiosos, étnicos o raciales, por discapacidad, por enfermedad, por razón de la orientación o identidad sexual, el sexo, el género o cuestiones económicas, entre otros; lo que tiene como consecuencia la existencia de diversos instrumentos jurídicos que actúan sobre los diferentes tipos de discriminación, entre los que podemos citar, a modo de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, el Convenio Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial –aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965–, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) –aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979–, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁴, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico⁵, la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro⁶, o la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación^{7,8}.

Sin duda, un mayor nivel de discriminación es la que sufre el colectivo de las mujeres, la cual viene siendo, además, histórica. Ciertamente, el hecho de ser mujer es un factor de discriminación –es decir, la discriminación por razón de sexo– al que, fácilmente, se suman otros factores, y

¹ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.: “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*, núm. 50-51, 2005, pp. 197.

² BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: “Igualdad de trato en la protección social al hilo de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023, p. 317.

³ Exposición de Motivos de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

⁴ DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000.

⁵ DOCE núm. 180, de 19 de julio de 2000.

⁶ DOUE núm. 373, de 21 de diciembre de 2004.

⁷ DOUE núm. 204, de 26 de julio de 2006.

⁸ MONTERO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Prohibición de discriminación”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 145, 2018, pp. 331-332.

esta situación es la denominada, generalmente, discriminación múltiple –aunque también ha recibido otras denominaciones–, que supone que en un individuo concurre, además de la circunstancia de pertenecer a un grupo en riesgo de ser discriminado, otro supuesto adicional de discriminación. En este sentido, las mujeres constituyen el principal porcentaje de personas afectadas por una discriminación múltiple⁹.

En este contexto, y en relación a lo que se va a tratar en las líneas sucesivas, la violencia ejercida sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo constituye una de las principales discriminaciones. El art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁰ (en adelante, LO 1/2004), define la violencia de género como una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, así como la violencia que, con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres, se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de aquellas personas.

Esta definición reconoce el desequilibrio de poder entre hombres y mujeres, así como la persistencia de valores patriarcales que generan estereotipos de género y colocan a las mujeres en una posición de subordinación. Este entendimiento se ha fortalecido internacionalmente, llegando a un consenso generalizado sobre la raíz histórica de la violencia de género en la desigualdad de género y la discriminación arraigada, que ha perpetuado la dominación masculina sobre la mujer¹¹.

La violencia de género constituye una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, como se hizo constar, por primera vez, en la Recomendación núm. 19, de 29 de enero de 1992, del Comité de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

No cabe duda de que la violencia de género es un problema de dimensión global, un fenómeno generalizado y universal, presente en todos los países, sin que el nivel de ingresos, la raza, la cultura, la edad, la extracción social o la religión tengan relevancia directa sobre el mismo, y que afecta, evidentemente, a las mujeres, en distintos grados y con independencia del sistema político y del nivel de desarrollo de los países, como así lo han puesto de manifiesto los estudios de organismos internacionales¹². Bajo esta premisa, la acción conjunta de los agentes sociales, públicos y privados, es indispensable para proceder a su erradicación y a la reparación de sus consecuencias, siendo lo primero el objetivo principal y la meta a alcanzar, pero necesitándose, asimismo, de lo segundo¹³.

⁹ SERRÁ CRISTÓBAL, R.: “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada”, en VV.AA.: *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, SERRÁ CRISTÓBAL, R. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 15-16.

¹⁰ BOE núm. 313, de 29 de diciembre 2004.

¹¹ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: “Violencia de género”, en VV.AA.: *Igualdad efectiva de mujeres y hombres: manual interdisciplinar*, CARMONA CUENCA, E. y GARRIDO GÓMEZ, I. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 235.

¹² *Ibid.*, p. 232.

¹³ VIGO SERRALVO, F.: “La protección de la mujer víctima de violencia de género a través de nuestro sistema de protección social. Algunas reflexiones conceptuales”, en VV.AA.: *Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Tomo II, Murcia, Laborum, 2018, p. 674.

En esta línea, la protección social, por su parte, es un elemento indispensable para contribuir a la plena igualdad¹⁴ y su regulación se esfuerza para mitigar los perjuicios que la violencia de género provoca, adaptándose y readaptándose conforme al contexto y devenir de los tiempos. Es por ello que en este trabajo se pretende abordar qué influencia ha tenido la violencia de género en la protección social, cómo se ha tratado de luchar contra esta lacra desde este ámbito del Derecho, haciendo especial referencia a cómo se han modificado, adaptado o flexibilizado determinados requisitos para el acceso a las prestaciones que garantiza el sistema de protección social. Para ello, en primer lugar, se estudia el marco legal genérico que existe en materia de violencia de género, para pasar, en segundo lugar, a analizar la cuestión principal, esto es, el impacto de la violencia de género en la protección social, o cómo se intenta proteger este tipo de situaciones en lo relativo al acceso a determinadas prestaciones, además, desde tres perspectivas: la normativa, la jurídica y, brevemente, algunas cuestiones acerca de su tratamiento en la negociación colectiva. Finalmente, se presentan algunas reflexiones conclusivas.

2. Marco legal de la protección frente a la violencia de género

En consonancia con la magnitud del problema que supone la violencia de género, el acervo normativo para combatirla es extenso, y se ha tratado de abordar desde el plano nacional, a nivel europeo y, también, en el ámbito internacional.

Comenzando por la normativa estatal, la Constitución Española consagra en sus arts. 10, 14 y 15, respectivamente, la dignidad de la persona –como fundamento del orden político y de la paz social–, la igualdad de todos los españoles 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, y el derecho a la vida y a la integridad física y moral de todas las personas. A ello se debe añadir que el art. 9.2 encomienda a los poderes públicos el deber 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, así como el de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Sobre el marco jurídico concreto que trata la violencia de género, se debe destacar, en primer lugar, la LO 1/2004, a la que ya nos hemos referido más arriba, pues supuso un hito en la protección frente a la violencia de género, aunque es cierto que no fue la primera respuesta que dieron los poderes públicos para abordar este fenómeno criminal. Con anterioridad se promulgaron medidas normativas, si bien de carácter parcial, dirigidas a proteger a las mujeres víctimas de este tipo de violencia. Por ejemplo, entre otras, a nivel estatal, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros¹⁵, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica¹⁶, o la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁷, y, a nivel autonómico, la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas¹⁸, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha –ya derogada–, la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista¹⁹, de la Comunidad Foral de Navarra –ya derogada–, o la Ley 16/2003, de 8 de

¹⁴ BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: “Igualdad de trato en la protección social al hilo de la Ley 15/2022...”, *op. cit.*, p. 317.

¹⁵ BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

¹⁶ BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2003.

¹⁷ BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003.

¹⁸ DOCM núm. 61, de 22 de mayo de 2001, y BOE núm. 148, de 21 de junio de 2001.

¹⁹ BON núm. 84, de 12 de julio de 2002, y BOE núm. 199, de 20 de agosto de 2002.

abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, de la Comunidad Autónoma de Canarias²⁰, entre otras²¹.

No obstante, a pesar de estos primeros avances legislativos en la materia, sin duda, la promulgación de la LO 1/2004 supuso un antes y un después en la lucha contra la violencia de género en el ámbito estatal. A través de ella, se articula e introduce un conjunto integral de medidas encaminadas a conseguir el objetivo último de actuar contra la violencia ejercida sobre las mujeres, fruto de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre ellas, por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, previniendo, sancionando y erradicando esta violencia²². De hecho, es la primera vez que se habla de “violencia de género”, específicamente, y no de “violencia doméstica”, suponiendo un cambio de modelo, no solo terminológico, ya que, además, se está ante una ley integral, que aborda el problema de forma global, afrontándolo desde diversos ámbitos de actuación²³. De ahí, también, que haya sido considerada por la doctrina como un punto de inflexión en la configuración y el tratamiento normativo de este tipo de violencia, ya que aborda la prevención y protección de la víctima desde una perspectiva integral y multidisciplinar, entendiéndose que debe afrontarse no solo con medidas represivas, sino también desde otros ángulos, como la educación, el ámbito sanitario, el proceso de socialización o la tutela de los derechos de los menores²⁴. En lo que aquí interesa, el Capítulo II del Título II –“Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género”– de la LO 1/2004 está dedicado a los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social, que más adelante veremos con más detalle.

Posteriormente, la LO 1/2004 fue modificada por el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género²⁵,²⁶, cuya Exposición de Motivos hace referencia a que también se incorporaron a ella, a lo largo de su vigencia hasta ese momento, tres modificaciones operadas, respectivamente, por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social²⁷, relativa a la disposición adicional primera sobre pensiones de orfandad, por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil²⁸, relativa al artículo 20.1 sobre asistencia jurídica gratuita, y por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁹, relativa a los artículos 1.2, 61.2, 65 y 66, en relación con hijos e hijas menores de edad y menores sujetos a tutela o guarda y custodia de las víctimas de violencia de género³⁰. El objetivo de la reforma operada por este Real Decreto-ley fue fortalecer la tutela

²⁰ BOC núm. 86, 07/05/2003, y BOE núm. 162, de 8 de julio 2003.

²¹ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.: *Medidas laborales y de protección social de la trabajadora víctima de violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 11.

²² Artículo 1, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

²³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: “Violencia de género”, *op. cit.*, pp. 245-246.

²⁴ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.: *Medidas laborales y de protección social de la trabajadora víctima de violencia de género*, *op. cit.*, pp. 11-12.

²⁵ BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2018.

²⁶ Este Pacto de Estado contra la Violencia de Género al que se refiere, de 2017, establece medidas del Congreso de los Diputados y del Senado encaminadas a garantizar la mejora y perfeccionamiento del sistema para la erradicación de la violencia de género en todas sus formas.

²⁷ BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 2007.

²⁸ BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

²⁹ BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

³⁰ PEÑA GARCÍA, M. V.: “Las prestaciones específicas de Seguridad Social para la mujer víctima de violencia de género”, en VV.AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social*, BARRIOS BAUDOR, G. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2020, p. 241.

judicial y el acceso a la justicia, y a los recursos de asistencia de las víctimas de violencia de género.

A continuación, otro hito legislativo decisivo para hacer frente a la violencia de género se produjo con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres³¹ (en adelante, Ley Orgánica 3/2007). Con ella, se traspusieron e incorporaron a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo³², y la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, dos directivas en materia de igualdad de trato³³. Además, esta Ley también se alinea con los mandatos constitucionales de los arts. 14 y 9.2. En definitiva, se alza como una respuesta legislativa frente a la deficiencia de igualdad formal ante la ley de hombres y mujeres y la necesidad de incorporar la igualdad material³⁴.

Por último, también se debe mencionar la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación³⁵ (en adelante, Ley 15/2022). En su Exposición de Motivos, señala que los principios inspiradores de esta Ley son “el establecimiento de un marco legal adecuado para la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación, el impulso de la aplicación transversal de la igualdad de trato en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, la coordinación entre las diferentes administraciones públicas y la colaboración entre las mismas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada, todo ello para favorecer la corresponsabilidad social ante la discriminación”.

Se presenta como una ley de garantías, general e integral, a través de la que salvaguardar la tutela del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la CE, con el doble objetivo de prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y de proteger a las víctimas. Continúa la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007, para consolidar la igualdad y establecer nuevas garantías, y tratando de dar respuesta a la necesidad de crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que se pueda producir.

En el plano europeo, destacamos, en primer término, el Tratado de la Unión Europea, que incluye la no discriminación entre los valores comunes de la Unión y establece la lucha contra ella como uno de sus objetivos. Después, la CDFUE establece en su art. 20 el principio de igualdad de todas las personas ante la ley y, a continuación, en el art. 21 prohíbe todo tipo de discriminación, especificando, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. En particular, asimismo, el art. 23 recoge el mandato de que la igualdad entre mujeres y hombres se garantice en todos los ámbitos y añade que este principio de igualdad no

³¹ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

³² DOCE núm. 269, de 5 de octubre de 2002.

³³ DOUE núm. 373, de 21 de diciembre de 2004.

³⁴ DESDENTADO DAROCA, E.: “La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (I): presupuestos, principios básicos, instrumentos y organización administrativa para la igualdad”, en VV.AA.: *Igualdad efectiva de mujeres y hombres: manual interdisciplinar*, CARMONA CUENCA, E. y GARRIDO GÓMEZ, I. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 117-118.

³⁵ BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

También, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, que en España entró en vigor el 1 de agosto de 2014³⁶. Supone el primer instrumento de carácter vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, siendo el tratado internacional de mayor alcance para hacerle frente³⁷ y sus objetivos concretos, establecidos en su art. 1, son: a) proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; b) contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres; c) concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica; d) promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; y e) apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Su ámbito de aplicación se extiende a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, prestando especial atención a las mujeres víctimas de violencia basada en el género (art. 2).

Por último, en lo referente a la normativa internacional, se debe resaltar, en primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que también proclama la igualdad de todos los seres humanos, la no discriminación por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición y el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de todas las personas.

Dentro del marco de Naciones Unidas hay que destacar también dos importantes instrumentos jurídicos adoptados en 1966, el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales³⁸, cuyo art. 2.2 establece el compromiso de garantizar el ejercicio de los derechos que en él se anuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁹, cuyo art. 26 configura la no discriminación como un derecho de carácter autónomo y general.

En segundo lugar, la ya mencionada CEDAW, cuyo articulado establece mecanismos de control ante la violación de los derechos de las mujeres y obliga a los Estados Parte a prevenir y sancionar la discriminación y abarca la protección de los derechos de las mujeres frente al Estado, pero también los hechos entre particulares, afirmando que los Estados deben garantizar la no discriminación en el plano horizontal, incluso en el seno de la familia. Su contenido se ha ido ampliando, renovando e interpretando a través de más de treinta Recomendaciones Generales⁴⁰.

³⁶ Mediante el Instrumento de Ratificación del mismo, publicado en el BOE el 6 de junio de 2014.

³⁷ Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género: *Marco internacional. La violencia sobre la mujer en el ámbito internacional. Consejo de Europa. Normativa*. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marco-internacional/ambito-internacional/consejo-europa/normativa/>

³⁸ Ratificado mediante el Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

³⁹ Ratificado mediante el Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

⁴⁰ GONZÁLEZ ORTA, L. C.: "Incidencia de las políticas globales en las legislaciones nacionales: el caso de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) en España", en *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 24, 2020, pp. 108-109.

En última instancia, la Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer de Beijing, de 1995, bajo el compromiso de combatir las limitaciones y obstáculos que sufren las mujeres y promover el adelanto y potenciación de su papel. En concreto, se compromete a luchar contra la violencia contra la mujer, exigiendo la adopción de medidas desde las Naciones Unidas, los gobiernos y las organizaciones internacionales y reconoce que la violencia contra la mujer “constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales y un obstáculo o un impedimento para el disfrute de esos derechos”.

3. El impacto de la violencia de género en la protección social

Como se ha expuesto anteriormente, la protección social es una pieza clave en la construcción de la igualdad plena. Bajo su característica de “derecho vivo”, su configuración se va acomodando al contexto cambiante, lo que, además de hacerse modificando la normativa, en muchas ocasiones, la primera intervención sucede por vía de los pronunciamientos judiciales. De igual manera, la negociación colectiva, dentro de su capacidad como fuente del Derecho del Trabajo, puede completar o complementar la regulación establecida u ofrecer mayor protección en determinadas situaciones.

A continuación, en este apartado se trata cómo se ha actuado en cada uno de estos ámbitos: la normativa, la jurisprudencia y la negociación colectiva.

3.1. En la normativa

Vista la trascendencia de la LO 1/2004, con la que se confirmó que la protección de las víctimas de violencia de género se sitúa como objetivo legislativo de primer orden⁴¹, en lo que aquí nos ocupa, el Capítulo II de su Título II está dedicado a los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social de las mujeres víctimas de violencia de género y regula una serie de derechos laborales y de Seguridad Social (art. 21), un programa específico de empleo (art. 22) y la forma en que se deben acreditar las situaciones de violencia de género (art. 23), introduciendo, posteriormente, las modificaciones pertinentes en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁴² (en adelante, ET) y en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁴³ (en adelante, LGSS), mediante las disposiciones adicionales séptima y octava, respectivamente. En suma, en este punto tampoco podemos dejar de destacar que el art. 2.e) articula como principio rector y fin a alcanzar garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social.

El art. 21 de la LO 1/2004 establece, en primer lugar, en su apartado 1, el derecho de la trabajadora víctima de violencia de género, en los términos previstos en el ET, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precise por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo y, su apartado 2, que tales suspensión y extinción del contrato de trabajo darán lugar a la situación legal de desempleo y que el tiempo de suspensión se considerará como periodo de cotización efectiva a efectos de prestaciones de Seguridad Social y de desempleo.

⁴¹ VIGO SERRALVO, F.: “La protección de la mujer víctima de violencia de género...”, *op. cit.*, p. 674.

⁴² BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

⁴³ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

El apartado 3 regula una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo, para las empresas que formalicen contratos de interinidad, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo y que, cuando se produzca la reincorporación, se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo.

Después, el apartado 4 dispone que las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas y serán remuneradas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.

Por último, el apartado 5 establece la consideración como situación de cese temporal de la actividad en los términos previstos en la LGSS cuando la trabajadora por cuenta propia víctima de violencia de género cese en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, suspendiéndosele la obligación de cotización durante un período de seis meses, que se considerarán como de cotización efectiva, a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, y también su situación será considerada como asimilada al alta.

Es importante la previsión del art. 23, a efectos de que la situación de violencia de género debe acreditarse para que se reconozcan los derechos antes mencionados, lo que podrá hacerse mediante una sentencia condenatoria, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género, mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados o de los servicios de acogida de la Administración Pública competente destinados a las víctimas de violencia de género, o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. Para las víctimas menores de edad, también se permite la acreditación de la situación mediante documentos sanitarios oficiales.

Por otra parte, además de las reformas operadas por la disposición adicional octava para introducir apartados o modificaciones en la LGSS, a lo largo de la normativa de la Seguridad Social existen más referencias expresas a la violencia de género, dotando a las víctimas de mecanismos protectores de distinta naturaleza, que tienen que ver con derechos y medidas que, por una parte, buscan facilitar el mantenimiento de la carrera de seguro o el acceso al mercado laboral o facilitar el cumplimiento de los períodos mínimos de cotización exigibles para acceso a la protección y, por otra, que tienen incidencia en la acción protectora del sistema⁴⁴. En este sentido, aunque la violencia de género no tiene la consideración de una contingencia específica que determine el nacimiento de determinadas prestaciones, las disposiciones que la contienen proporcionan a las mujeres víctimas de violencia de género un trato distintivo por el que se les amplía la tutela y facilita el acceso a aquellas prestaciones⁴⁵.

Por tanto, encontramos a lo largo de la LGSS previsiones como la del art. 191.2, que establece, al respecto de la prestación económica por cuidado de hijos o personas sujetas a guarda con fines

⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de violencia de género", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 11, 2017, p. 17.

⁴⁵ VIGO SERRALVO, F.: "La protección de la mujer víctima de violencia de género...", *op. cit.*, p. 680.

de adopción o acogida con carácter permanente, menores de 18 años, afectados por cáncer u otra enfermedad grave, que, cuando se acredite ser víctima de violencia de género –entre otros supuestos–, el derecho a percibirla se reconocerá a favor del progenitor, guardador o acogedor que conviva con la persona enferma, aunque el otro no trabaje, siempre que se cumplan el resto de los requisitos exigidos. O el art. 207.1.d).7.^a, que incluye entre las causas por las que se haya producido el cese en el trabajo en cuanto al acceso a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad de la persona trabajadora la extinción del contrato por voluntad de la trabajadora por ser víctima de la violencia de género o violencia sexual. También, en lo relativo a las situaciones legales de cese de actividad, los arts. 331.1.d), 335.1.a).4.º y 336.d) establecen como causas o supuestos, en los casos de, respectivamente, trabajadoras autónomas que cesen en el ejercicio de su actividad, socias trabajadoras de cooperativas de trabajo y personas trabajadoras autónomas profesionales que ejercen su actividad profesional conjuntamente, la violencia de género o violencia sexual determinante del cese temporal o definitivo de la actividad.

Además, también cabe destacar, sobre la cotización, el art. 165.5 LGSS, que establece que el período de suspensión con reserva del puesto de trabajo del 48.8 ET para supuestos de violencia de género o violencia sexual tiene la consideración de período de cotización efectiva para el acceso a las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, y el art. 329.1.b), que exime de la obligación de cotizar en el supuesto del mencionado art. 331.1.d), de acuerdo con lo previsto en el art. 21.5 de la LO 1/2004.

Con respecto al desempleo, el art. 267.1.b).2.º regula como supuesto de situación legal de desempleo la suspensión del contrato de trabajo por decisión de las trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual *ex* art. 45.1.n) ET, situación que se acreditará, conforme a lo dispuesto por el mismo art. 267, pero apartado 3.b), por comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con cualquiera de los documentos a los que se refieren el art. 23 de la LO 1/2004. Después, la disposición adicional quincuagésima octava recoge los requisitos que deben reunir las personas víctimas de violencia de género –también para las víctimas de violencia sexual– en orden a ser beneficiarias al subsidio por desempleo.

A continuación, y con relación a lo que en el siguiente apartado se tratará, debemos hacer especial referencia a las prestaciones por muerte y supervivencia y, más específicamente, a la pensión de viudedad en los supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, del art. 220 LGSS, y en el supuesto de parejas de hecho del art. 221.

Pues bien, en primer lugar, el art. 220.1 LGSS concede el derecho a la percepción de la pensión de viudedad en los casos de separación o divorcio para la persona que sea o haya sido cónyuge legítimo –siempre que no hubiera contraído matrimonio de nuevo o hubiera constituido una pareja de hecho–, cuando concurran los requisitos que el precedente art. 219 exige para cada caso⁴⁶. Se requiere que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la

⁴⁶ Estos requisitos son los siguientes: a) con respecto al cónyuge superviviente del sujeto causante *ex* art. 217.1, que este último haya completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión, si se encontraba en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento; b) para los supuestos en que la pensión se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, que el período de cotización de quinientos días esté comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar; c) en los casos en que la causa de la muerte es un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exige ningún período previo de cotización; d) con respecto al cónyuge superviviente del causante que, a la fecha de su fallecimiento, no se encuentre en alta o en situación asimilada a la de alta, que el mismo haya completado un período mínimo de cotización de quince años; e) para los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante deriva de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, que, además, el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación,

pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil, salvo para las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten dicha condición en el momento de la separación judicial o el divorcio⁴⁷, a quienes se les concede el derecho en todo caso.

En segundo lugar, el art. 221.1 LGSS también otorga tal derecho a la pensión de viudedad a quienes se encuentren unidos al causante en el momento de su fallecimiento como pareja de hecho, cumpliendo, de nuevo, los requisitos establecidos en el art. 219, teniendo en cuenta lo previsto por el apartado 3, según el cual, en el supuesto de que la pareja de hecho se haya disuelto, solo existirá el derecho a percibirla cuando no se constituya una nueva pareja de hecho ni se contraiga matrimonio, requiriendo que la persona superviviente sea acreedora de una pensión compensatoria. No obstante, al igual que en anterior supuesto, las mujeres con la condición de víctimas de violencia de género acreditada al momento de la extinción de la pareja de hecho⁴⁸ tienen derecho a la pensión de viudedad en todo caso, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria.

Tales reconocimientos para las mujeres víctimas de violencia de género fueron introduciéndose progresivamente, conforme las realidades sociales iban necesitando de la adaptación del derecho. Así, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010⁴⁹, a través de su disposición final tercera, apartado diez, fue la encargada de modificar la entonces vigente Ley General de Seguridad Social de 1994⁵⁰ (LGSS de 1994, en lo sucesivo) para garantizar el derecho a la pensión de viudedad en todo caso en los supuestos de separación o divorcio, lo que se trasladó, manteniendo la misma redacción, al art. 220.1, párrafo tercero, de la actual LGSS.

No obstante, aunque en aquel momento el alcance de la pensión de viudedad ya se extendía a las parejas de hecho (art. 174.3 LGSS de 1994), nada estaba previsto para los casos de violencia de género, de manera que las víctimas quedaron desprotegidas en estas concretas situaciones, pues únicamente tenían derecho a esta pensión en el caso de que la pareja de hecho perdurara al momento del fallecimiento del sujeto causante, y siempre que se cumplieran también el resto de los requisitos. Posteriormente, esta laguna se corrigió por medio de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, cuyo art. 1.10 lo introdujo con la modificación del art. 221 LGSS.

Como se ve, esta y otras adaptaciones de la ley a la realidad que supone el problema estructural de la violencia de género denotan que el legislador es consciente del alcance de la misma, así como de la concienciación social existente al respecto –que, aunque creciente, es todavía insuficiente–, y trata de alinear el contenido de las disposiciones legales con las

como mínimo, a la fecha del fallecimiento o que existan hijos en común; f) no se exige dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acredite un período de convivencia con el causante estable y notoria, acreditada mediante certificado de empadronamiento, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años. Todo ello siempre que no se produzca alguna de las causas de extinción establecidas legal o reglamentariamente.

⁴⁷ Tal acreditación se efectuará mediante sentencia firme o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento o, en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho (art. 220.1, párrafo tercero LGSS).

⁴⁸ Tal acreditación se efectuará mediante sentencia firme o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento o, en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho (art. 221.3, párrafo cuarto LGSS).

⁴⁹ BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2009.

⁵⁰ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994), que fue derogada y sustituida por la vigente LGSS.

necesidades reales que se observan en las víctimas de esta forma de violencia. De hecho, un buen ejemplo de esta afirmación es el caso aquí tratado de la pensión de viudedad, pues esta institución no ha dejado de ser objeto de continuas reformas en aras a adaptarla a las nuevas realidades sociales desde que se incluyera en nuestro ordenamiento jurídico⁵¹.

3.2. En la jurisprudencia

Como comienza recordando la Ley Orgánica 3/2007 en su Exposición de Motivos, la igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales que protegen los derechos humanos y también un principio fundamental en la Unión Europea. Así, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam⁵², el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre ambos son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.

Por supuesto, la violencia de género es una manifestación de tales desigualdades y un impedimento para que la igualdad plena y efectiva se consiga. El reconocimiento de la igualdad formal ante la ley resultó insuficiente en este ámbito de actuación –al igual que en los demás–, y así es que el art. 4 establece como principio informador del ordenamiento jurídico el principio general de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, haciendo hincapié en que se integre y observe en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, esto es, se debe optar por las interpretaciones y aplicaciones que sean más acordes con estos valores⁵³. Asimismo, el art. 14, dentro de los principios generales, designa como criterios generales de actuación de los Poderes Públicos la adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género –también de la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo– y la adopción de medidas de acción positiva en atención a la consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad, como lo son las mujeres víctimas de violencia de género –entre otros colectivos–.

También la Ley 15/2022, en línea con su objetivo de consolidar legislativamente la igualdad de trato y la no discriminación, siguiendo la pauta normativa de la Ley Orgánica 3/2007, y de crear un instrumento eficaz contra toda discriminación, que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, sitúa su ámbito de aplicación objetivo en la Administración de Justicia, *ex art.* 3.1.i), y asienta, en su art. 7, párrafo segundo, que, cuando se presenten diferentes interpretaciones del contenido de la ley, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes, y debe prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación.

Teniendo en cuenta estas bases, por tanto, además de la intervención legislativa en la materia, también la labor interpretativa que tienen asignada los jueces y magistrados forma parte del acervo instrumental con el que combatir la discriminación que sufren las mujeres víctimas de violencia de género, de manera que deben juzgar y hacer ejecutar lo juzgado integrando y observando el principio general de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en el sentido que sean más acorde con

⁵¹ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: “El derecho a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género en supuestos de separación o divorcio”, en VV.AA.: *Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Tomo II, Murcia, Laborum, 2018, p. 259.

⁵² Ratificado mediante el Instrumento de Ratificación por parte de España del Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999).

⁵³ DESDENTADO DAROCA, E.: “La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (I)...”, *op. cit.*, pp. 122-123.

ello, haciendo que prevalezca el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación, en aras de lo decretado por las antedichas Ley Orgánica 3/2007 y Ley 15/2022.

Ciertamente, a través de los pronunciamientos judiciales se va perfilando la aplicación de las leyes a las realidades y, fruto de dicha labor, se dan supuestos de extensión o flexibilización de los criterios y requisitos para el acceso a las prestaciones. Así, debemos volver al caso antes visto de la pensión de viudedad cuando concurre en la mujer la condición de víctima de violencia de género. Decíamos que cuando se modificó la LGSS para garantizar a estas mujeres el derecho a la pensión de viudedad en todo caso en los supuestos de separación o divorcio, aun sin ser preceptoras de pensión compensatoria, tal situación quedó sin cobertura para las parejas de hecho y, por tanto, la previsión de la ley era únicamente el acceso a la pensión de viudedad si la pareja de hecho continuaba al momento del fallecimiento del sujeto causante, para lo que el art. 221.2, primer párrafo, exige “una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”, salvo que existan hijos en común, caso en el que solo se debe acreditar la constitución de la pareja de hecho mediante certificación de la inscripción en el registro correspondiente. Es de imaginar la dificultad del mantenimiento de la pareja en un contexto de violencia de género, tanto por la necesidad de interrumpir la convivencia a causa de la violencia, como por la imposibilidad, al producirse la condena del agresor o la imposición de una orden de alejamiento, e, incluso, esta exigencia también podía llevar a situaciones tan perjudiciales como el mantenimiento por parte de la víctima de la convivencia con su agresor por el temor a que no se le fuera a conceder en un momento posterior la correspondiente pensión de viudedad⁵⁴.

Esta “disfuncionalidad legislativa” motivó que los juzgados y tribunales tuvieran que entrar a resolver conflictos derivados de ella, pronunciándose, en algunos casos, en el sentido literal de la norma, como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 1161/2017, de 18 de diciembre (rec. núm. 1250/2016), que concluyó que la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la mujer víctima de violencia de género cuando se divorcia o se separa puede llevarla a no litigar por la pensión compensatoria, razón por la que el legislador exige en estos casos tal exigencia, lo que no sucede cuando estamos ante parejas de hecho, ya que para ellas no está fijada legalmente una pensión compensatoria, o, en el mismo sentido, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 218/2016, de 2 de febrero de 2016 (rec. núm. 963/2015) y la del TSJ de Castilla y León de 28 de febrero de 2020 (rec. núm. 1485/2019). Otros pronunciamientos se manifestaron con una vocación flexibilizadora de la exigencia, por ejemplo, la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha 1175/2010, de 14 de julio de 2010 (rec. núm. 539/2010), la del TSJ de Madrid 846/2013, de 30 de septiembre de 2013 (rec. núm. 4988/2012), la del TSJ de Cataluña 6370/2015, de 27 de octubre de 2015 (rec. núm. 4130/2015), la del TSJ de Asturias 1379/2017, de 7 de junio de 2017 (rec. núm. 1172/2017) o la del TSJ de Cataluña 1936/2018, de 26 de marzo de 2018 (rec. núm. 379/2018), que vienen a decir que, aunque el supuesto no estaba contemplado expresamente en la norma, la imposibilidad del mantenimiento de la convivencia con el marido o conviviente agresor, como consecuencia de dicha situación de violencia, no podía ser impedimento para el ejercicio de otros derechos de la mujer, como el de la pensión de viudedad, teniendo en cuenta que finalidad perseguida por el legislador ha sido siempre la de actuar contra todas las situaciones de violencia de género⁵⁵.

⁵⁴ MORENO GENÉ, J.: “El acceso a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género, en los supuestos de extinción de la pareja de hecho tras la Ley 21/2021”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 62, 2022, p. 241.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 243-245.

Tras este debate judicial, finalmente, el Tribunal Supremo se pronunció en su sentencia 908/2020, de 14 de octubre (rec. núm. 2753/2018)⁵⁶, reconociendo el derecho a percibir la pensión de viudedad de parejas de hecho a una mujer que ya no convivía con el sujeto causante en el momento del fallecimiento a consecuencia de su situación como víctima de violencia de género en la que se encontraba⁵⁷, lo que hizo apoyándose en que, en estas situaciones, cuando la solicitante cumple todos los requisitos, salvo el de la convivencia con el causante en el momento del fallecimiento –requisito que se exige para demostrar que realmente existe la pareja de hecho–, y ello es a causa del ejercicio de la violencia, debe eximirse de su cumplimiento al carecer de sentido, pues ello iría en contra de la protección de la víctima.

Finalmente, terminó por enmendarse la legislación a través de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones⁵⁸, cuyo art. 1.10 introdujo la modificación en el art. 221 LGSS para proteger la situación de las víctimas de violencia de género constituidas en parejas de hecho.

Un caso más reciente de este tipo de intervenciones de carácter judicial se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo 419/2023, de 13 de junio de 2023 (rec. núm. 1549/2020)⁵⁹, esta vez al respecto de la prestación en favor de familiares del art. 226.2 LGSS.

Las prestaciones del citado art. 226, de carácter contributivo, pretenden solventar las situaciones de necesidad que se crean para las personas que dependen económicamente de aquellas que fallecen⁶⁰, y así, ciertos familiares o asimilados –que se identifican en la normativa de desarrollo de la LGSS–, que reúnan las condiciones que para cada uno de ellos se establecen, y previa prueba de la dependencia económica en relación al causante, tendrán derecho a pensión o subsidio.

En el supuesto concreto del art. 226.2 LGSS, se dispone que se reconocerá, en todo caso, derecho a pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente cuando se den las circunstancias de: a) haber convivido con la persona causante y a su cargo; b) ser persona mayor de cuarenta y cinco años y soltera, divorciada o viuda; c) acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante; y d) carecer de medios propios de vida. Además, el apartado 4 del artículo extiende los mismos derechos a las personas que se encuentren en situación legal de separación, respecto de sus ascendientes o descendientes, que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio. Cabe destacar que es necesario que los requisitos se acrediten a la fecha del hecho causante, esto es, el momento en que se produce el fallecimiento del causante, debido a que, como tiene entendido el Tribunal Supremo, “el hecho causante se corresponde con la actualización de la contingencia protegida productora de la situación de necesidad, que afecta a personas que, por reunir los requisitos

⁵⁶ Un comentario más detallado de esta sentencia se encuentra en MORENO GENÉ, J.: “El derecho a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género no conviviente con el causante. Comentario a la STS de 14 de octubre de 2020”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 29, 2021, pp. 143-160.

⁵⁷ MORENO GENÉ, J.: “El acceso a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género...”, *op. cit.*, pp. 245-247.

⁵⁸ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

⁵⁹ Un comentario más detallado de esta sentencia se encuentra en AGUAS BLASCO, A.: “La flexibilización de los requisitos para el acceso a prestaciones sociales en el contexto de violencia de género. A propósito de la STS 419/2023, de 13 de junio de 2023”, en *Revista de Derecho de la Seguridad social. Laborum*, núm. 39, 2024, pp. 163-176.

⁶⁰ BAQUERO AGUILAR, J.: “De las prestaciones en favor de familiares cuando su causante era beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: “la cuestión de género” como elemento clave para la revisión de doctrina del tribunal supremo. Sentencia del Tribunal Supremo 416/2020, de 29 de enero de 2020. ECLI: ES:TS:2020:416”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 153, 2020, pp. 250-251.

exigidos legalmente, se constituyen en sujetos causantes de la prestación” [STS de 16 de diciembre de 2005 (rec. núm. 4706/2004)]⁶¹.

Pues bien, la mencionada STS de 13 de junio de 2023 resuelve acerca de si debe reconocerse a una persona solicitante de la prestación en favor de familiares del art. 226.2 LGSS el derecho a percibirla, teniendo en cuenta que su situación, al momento del hecho causante, era la de la separación de hecho tras haber sido víctima de violencia de género, requisito que no aparece listado en el mencionado artículo de aplicación, que exige que la situación sea la de separación legal.

Primero, en suplicación, se desestimó la pretensión por no cumplirse el requisito legal de encontrarse soltera, divorciada o viuda a la fecha del hecho causante –ya que la sentencia de divorcio fue posterior a la fecha del fallecimiento del padre de la actora, esto es, del hecho causante–, entendiendo que integrar la norma para extender el ámbito de aplicación de esta prestación al supuesto del caso sería extralimitarse en la aplicación de las normas.

No obstante, en sentido contrario al TSJ, y trayendo a colación la doctrina de, precisamente, la STS de 14 de octubre, fijada también por la posterior STS 272, de 13 de abril (rec. núm. 793/2020), el TS defiende que, cuando se está ante un caso en el que concurre violencia de género, se debe eximir del cumplimiento de determinados requisitos cuya exigencia es incompatible con la protección de la mujer víctima de la violencia de género. Incluso, va más allá el Alto Tribunal, puesto que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la prestación de viudedad, en relación a la prestación en favor de familiares no existe previsión legal que admita la posibilidad de tener en cuenta la condición de víctima de violencia de género a la hora de valorar el cumplimiento de los requisitos exigidos en su reconocimiento, pero entiende que ello no impide extender aquel criterio al caso, pues, como ordena la normativa actual, las leyes deben interpretarse con perspectiva de género en todos los ámbitos jurídicos, incluso en aquellos que no hayan incorporado reglas específicas para las mujeres víctimas de violencia de género.

Por ende, la conclusión a la que llega el TS es que el criterio acuñado sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho, por el cual se exige del cumplimiento de un requisito al darse una situación de violencia de género, debe extenderse a la prestación en favor de familiares, en aplicación de la exigencia de interpretar la Ley con perspectiva de género. Esta condición que concurre en la solicitante debe protegerse con todas las garantías, por lo que la separación de hecho debe equipararse a la separación legal en este contexto.

Como vemos, estamos, de nuevo, ante un supuesto en el que se amplía la protección social otorgada a las mujeres víctimas de violencia de género a través de la integración de la ley mediante la jurisprudencia; un ejemplo más de no solo la justificada flexibilización de determinados requisitos para el acceso a prestaciones que merecen las situaciones sometidas a este fenómeno, sino también de la importancia de salvaguardar la integridad de estas víctimas conforme se va viendo la necesidad, aunque no se haga por vía legislativa directamente.

3.3. Algunas consideraciones de la protección de las víctimas de violencia de género en la negociación colectiva

Los convenios colectivos también tienen su espacio en el desarrollo de ciertos aspectos de la protección social; por ejemplo, son un instrumento esencial para el desarrollo del régimen

⁶¹ BLASCO LAHOZ, J. F.: *Seguridad Social: Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 825.

de previsión social⁶², y, en lo que aquí interesa, cabe destacar que el principio de igualdad y no discriminación en las condiciones de trabajo ha sido reconocido como un eje básico de la negociación colectiva en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva y el V Acuerdo de Empleo y de Negociación Colectiva⁶³.

Es cierto que, a diferencia de lo que sucede en la regulación de las puramente condiciones de trabajo, en las que el ET hace en numerosas ocasiones un llamamiento expreso a la negociación colectiva para la regulación de sus términos concretos, no sucede así en materia de protección social. No obstante, el contenido normativo de los convenios debe ser entendido en sentido amplio, de manera que también pueden negociarse materias de índole asistencial, referidas a mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social –con exclusión de los aspectos relativos al sistema público–, como indemnizaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, complementos por jubilación, prestaciones complementarias del sistema público y otros aparte de las prestaciones económicas, por ejemplo, vivienda, transportes, estudios o asistencia sanitaria⁶⁴.

El art. 41 CE establece el mantenimiento por parte de los poderes públicos de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad –especialmente en caso de desempleo–, y dispone, también, que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres. Es aquí donde encuentran su fundamento las mejoras voluntarias de la Seguridad Social⁶⁵ –junto con otras fórmulas complementarias del sistema público–.

En esencia, la doctrina ha definido dichas mejoras voluntarias como técnicas protectoras de naturaleza privada y carácter voluntario que complementan o suplementan los regímenes públicos de Seguridad Social⁶⁶, destacando su carácter complementario y, al mismo tiempo, externo al sistema de Seguridad Social. Suponen un incremento en la cuantía de la prestación económica a percibir por las personas beneficiarias y el empresario es quien decide, en último término, su establecimiento, y es quien asumirá su financiación si decide implantarlas⁶⁷.

La LGSS las regula en su art. 43, estableciendo que la modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el artículo 7.1 de la misma puede ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales, añadiendo que la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva.

⁶² FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “La negociación colectiva en relación con los objetivos de los Pactos de Toledo”, en VV.AA.: *Mejoras voluntarias en materia de protección social en la negociación colectiva. Resumen ejecutivo*, CABEZA PEREIRO, J. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, 2023, p. 22.

⁶³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “Prestaciones por muerte y supervivencia y prestaciones familiares de nuevas identidades sociales y de género”, en VV.AA.: *Mejoras voluntarias en materia de protección social en la negociación colectiva. Resumen ejecutivo*, CABEZA PEREIRO, J. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, 2023, p. 76.

⁶⁴ VV.AA.: *La negociación colectiva y la protección social*, SEMPÉR NAVARRO, A. (Responsable), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 7-8. Disponible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/877c3a87-9490-43e1-9d10-5d8f52156920/46_F06.pdf?MOD=AJPERES

⁶⁵ Al respecto, la STS de 10 de junio de 2009 (rec. núm. 3133/2008) afirmó que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social pactadas en convenio colectivo integran la Seguridad Social complementaria a la que hace referencia el artículo 41 CE.

⁶⁶ GARCÍA BECEDAS, G.: “La Seguridad Social complementaria en España”, en VV.AA.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 20.

⁶⁷ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Mejoras voluntarias de Seguridad Social e Incapacidad Temporal”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 1 (Especial 2023), 2023, p. 278.

En lo que a la violencia de género respecta, muchos convenios colectivos incluyen la protección a las víctimas. En una búsqueda rápida en el portal web habilitado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social para la búsqueda en textos del Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad⁶⁸ del término “violencia de género”, se obtienen más de 6.500 resultados de convenios colectivos que lo contienen, si bien, frecuentemente, lo dispuesto consiste en replicar lo establecido en la ley, aunque otros sí extienden algo más dicha protección.

Así, citando algunos ejemplos recientes, al respecto del primer grupo, por ejemplo, el Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones SA.⁶⁹, regula en su art. 35 la reducción de la jornada de trabajo o la reordenación del tiempo de trabajo, la posibilidad de realizar el trabajo a distancia, el derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo en otro centro o la suspensión conforme a lo establecido en el art. 45.1.n) ET.

En cuanto a los convenios que incluyen medidas más allá de las dispensadas por ley, por ejemplo, el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2024-2026⁷⁰, que incluye entre sus permisos retribuidos uno de hasta tres meses, para la persona trabajadora, como consecuencia de la necesidad acreditada de alejamiento derivada de causa de violencia de género (art. 39.4), un anticipo social para gastos derivados de la condición de ser víctima de violencia de género (art. 59.1.g), además de las clásicas a las que más arriba hemos hecho referencia, aunque amplía la protección, manteniendo las condiciones de las ayudas financieras o las aportaciones al Plan de Pensiones, por ejemplo (art. 105). O el Convenio colectivo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL⁷¹, que contiene en su articulado un capítulo dedicado a la protección integral contra la violencia de género en el que condenan y rechazan la violencia que se ejerce contra las mujeres y apoyan la implantación en la empresa de la cultura de tolerancia cero contra la misma, estableciendo medidas especiales para su protección, de acuerdo con lo establecido en la LO 1/2004, y en el que llama la atención la inclusión de una medida de flexibilización de los criterios de concesión de préstamos o anticipos para atender a situaciones de necesidad (art. 82.5 del Convenio). También, el Convenio colectivo del Grupo Acciona Energía⁷², que dedica un capítulo a regular medidas especiales para la protección de las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de violencias sexuales, entre las que incluye la prestación de asistencia profesional, con recursos de la propia empresa o mediante la contratación de servicios especializados externos, tales como asesoramiento y apoyo psicológico, asistencia sanitaria y asesoramiento complementario y servicio de orientación y consejo jurídico, o el derecho a solicitar anticipos especiales para atender a determinadas necesidades.

4. Conclusiones

Como hemos subrayado a lo largo de este trabajo, la violencia de género es una lacra social que persiste a lo largo de la historia y su reconocimiento y avance en la protección jurídica es notable. La legislación, en general, pero, en concreto, la española, muestra un compromiso continuo con la protección de las mujeres víctimas de violencia de género a través de diversas

⁶⁸ Disponible en: <https://expinterweb.mites.gob.es/regcon/pub/buscadortextosestatal>

⁶⁹ Resolución de 7 de junio de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Teleinformática y Comunicaciones SA. (BOE núm. 148, de 19 de junio de 2024).

⁷⁰ Resolución de 23 de mayo de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2024-2026 (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2024).

⁷¹ Resolución de 13 de junio de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Hermandad Farmacéutica del Mediterráneo, SCL. (BOE núm. 153, de 25 de junio de 2024).

⁷² Resolución de 9 de mayo de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo del Grupo Acciona Energía (BOE núm. 123, de 21 de mayo de 2024).

normativas que reflejan este esfuerzo, que también supone, en fin, la integración de la igualdad de género en todos los ámbitos jurídicos.

Con todo, como se ha visto, las acciones no vienen solo por la parte legislativa, sino que también la jurisprudencia, dentro del mandato de la Ley Orgánica 3/2007 y la Ley 15/2022, al respecto de interpretar y aplicar las normas jurídicas integrando y observando el principio general de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y garantizando la no discriminación, ha desempeñado un papel crucial en la adaptación de la normativa para que responda adecuadamente a las realidades de las víctimas de violencia de género. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo y de los tribunales superiores de justicia han mostrado una tendencia hacia la flexibilización de requisitos legales para asegurar que las víctimas puedan acceder a prestaciones y derechos fundamentales, como la pensión de viudedad y la prestación en favor de familiares. La interpretación con perspectiva de género y la protección de las víctimas en contextos de violencia han sido elementos clave en estas decisiones judiciales, contribuyendo a una justicia más equitativa. De hecho, así lo hizo constar la STS Pleno 167/2023, de 27 de febrero (rec. núm. 3225/2021), apuntando que, desde hace tiempo, la Sala Cuarta está involucrada en la consideración y aplicación de la perspectiva de género al realizar la integración normativa en situaciones que afectan a instituciones jurídicas dirigidas a la consecución de la igualdad efectiva de oportunidades de hombres y mujeres. También, en el mismo sentido, otros pronunciamientos recientes –STS 997/2022, de 21 de diciembre (rec. núm. 3763/2019) y STS 747/2022, de 20 de septiembre (rec. núm. 3353/2019)–, han reconocido que, puesto que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador, y más aún, un valor supremo, del ordenamiento jurídico, se debe juzgar con perspectiva de género, y su aplicación debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas. Y, a mayor abundamiento, la STS 79/2020, de 29 de enero (rec. núm. 3097/2017), deja claro que no hay lugar a dudas en cuanto a que jueces y tribunales deben incorporar la perspectiva de género en su actuación como Poder del Estado, con la función que tienen asignada de interpretar y aplicar las normas.

Por su parte, la negociación colectiva también tiene un papel asignado y, habiendo reconocido que el principio de igualdad y no discriminación en las condiciones de trabajo constituye un pilar fundamental de la misma, a través de ella se puede ampliar el espectro de protección para las víctimas de violencia de género, mediante las mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social.

No obstante, a pesar de los avances legislativos y jurisprudenciales, persisten desafíos en la implementación efectiva de las leyes y en la práctica de la protección a las víctimas. De hecho, la subsanación de las deficiencias legislativas o insuficiencias por falta de previsión denota que tal protección que se debe dispensar a las víctimas todavía no es completa atendiendo a los supuestos que acontecen en la realidad social actual y que no están cubiertas todas las situaciones.

5. Bibliografía

AGUAS BLASCO, A.: “La flexibilización de los requisitos para el acceso a prestaciones sociales en el contexto de violencia de género. A propósito de la STS 419/2023, de 13 de junio de 2023”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 39, 2024.

- BAQUERO AGUILAR, J.: “De las prestaciones en favor de familiares cuando su causante era beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: “la cuestión de género” como elemento clave para la revisión de doctrina del tribunal supremo. Sentencia del Tribunal Supremo 416/2020, de 29 de enero de 2020. ECLI: ES:TS:2020:416”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 153, 2020.
- BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: “Igualdad de trato en la protección social al hilo de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: *Seguridad Social: Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.: “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*, núm. 50-51, 2005.
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: *Marco internacional. La violencia sobre la mujer en el ámbito internacional. Consejo de Europa. Normativa*. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marco-internacional/ambito-internacional/consejo-europa/normativa/>
- GONZÁLEZ ORTA, L. C.: “Incidencia de las políticas globales en las legislaciones nacionales: el caso de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) en España”, en *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 24, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Prohibición de discriminación”, en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 145, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de violencia de género”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 11, 2017.
- MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.: *Medidas laborales y de protección social de la trabajadora víctima de violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- MORENO GENÉ, J.: “El acceso a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género, en los supuestos de extinción de la pareja de hecho tras la Ley 21/2021”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 62, 2022.
- MORENO GENÉ, J.: “El derecho a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género no conviviente con el causante. Comentario a la STS de 14 de octubre de 2020”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 29, 2021.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Mejoras voluntarias de Seguridad Social e Incapacidad Temporal”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 1 (Especial 2023), 2023.
- VV.AA.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- VV.AA.: *Derecho vivo de la Seguridad Social*, BARRIOS BAUDOR, G. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2020.

- VV.AA.: *Igualdad efectiva de mujeres y hombres: manual interdisciplinar*, CARMONA CUENCA, E. y GARRIDO GÓMEZ, I. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- VV.AA.: *Igualdad efectiva de mujeres y hombres: manual interdisciplinar*, CARMONA CUENCA, E. y GARRIDO GÓMEZ, I. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- VV.AA.: *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, SERRÁ CRISTÓBAL, R. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- VV.AA.: *La negociación colectiva y la protección social*, SEMPERE NAVARRO, A. (Responsable), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Disponible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/877c3a87-9490-43e1-9d10-5d8f52156920/46_F06.pdf?MOD=AJPERES
- VV.AA.: *Mejoras voluntarias en materia de protección social en la negociación colectiva. Resumen ejecutivo*, CABEZA PEREIRO, J. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, 2023.
- VV.AA.: *Mejoras voluntarias en materia de protección social en la negociación colectiva. Resumen ejecutivo*, CABEZA PEREIRO, J. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, 2023.
- VV.AA.: *Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Tomo II, Murcia, Laborum, 2018.
- VV.AA.: *Protección a la Familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Tomo II, Murcia, Laborum, 2018.

CALCULO DEL COEFICIENTE GLOBAL DE PARCIALIDAD RESPECTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. RD-LEY 2/2023, DE 16 MARZO

ANA GLORIA AZOR OLIVER
Doctora en Derecho. Universidad de Murcia
Abogado

1. Introducción

El art. 247 de la LGSS en su redacción dada antes de la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, diferenciaba entre coeficiente de parcialidad y coeficiente global de parcialidad, estableciendo una serie de reglas para el cálculo del coeficiente global de parcialidad de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, cuyo tenor literal rezaba:

“A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo

comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación.”

Por lo tanto, este artículo exigía que, en el caso de la pensión de viudedad, el coeficiente global de parcialidad se calculase teniendo en cuenta toda la vida laboral del causante, en todo caso, obviando el hecho de que muchos de los causantes de estas pensiones se encontraban de alta o en situación asimilada en el momento del hecho causante. “Se trataba de una laguna legal que incumplía la prohibición de discriminación del art. 14 de la Constitución porque la mayoría de los beneficiarios de la pensión de viudedad son mujeres”¹.

Con la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, el art. 247 queda redactado con el siguiente tenor: “A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.”, acabando con la discriminación que la anterior redacción provocaba.

2. Marco Normativo

La Constitución Española en su art. 14 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”.

El artículo 247 del TRLGSS se modifica por el art. Único. 26 del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo², entrando esta modificación en vigor, según la disposición final 10 del mismo³ y

¹ STS/Soc. de 9 abril 2024 (rec. 782/2021)

² BOE-A-2023-6967

³ BOE-A-2023-6967

cuyo tenor literal reza: “A efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.”

El art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, establece que “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.” Y el art. 15 del mismo cuerpo legal, Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, determina que “El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.”

Por otro lado, atendiendo a la doctrina de nuestro Alto Tribunal, en sentencia de Pleno de la Sala de lo Social, STS 114/2024, de 25 enero (rec. 3521/2020) establece que “Es notorio que la mayoría de los beneficiarios de la pensión de viudedad siempre han sido mujeres. En la actualidad, aproximadamente el 95% de los pensionistas de viudedad son mujeres [...] A partir de la sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 21 de diciembre de 2009, recurso 201/2009, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 (arts. 4.4 y 7 de la Ley 15/2022), esta Sala ha interpretado con perspectiva de género las normas jurídicas: sentencias del TS 908/2020, de 14 octubre (rcud2753/2018); 645/2021, de 23 junio (rec. 161/2019); y 747/2022, de 20 de septiembre (rcud 3353/2019), entre otras muchas”.

3. La equiparación del trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo a efectos de cómputo de periodos de cotización

El coeficiente de parcialidad era una operación matemática utilizada para la determinación de los requisitos para alcanzar la pensión de jubilación o la pensión por incapacidad permanente. Afectando doblemente a esta, en tanto que, no solo marcaba el periodo mínimo de cotización exigido, sino que también, se aplicaba a la base reguladora disminuyendo la mensualidad del trabajador a tiempo parcial.

Ahora bien, la Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 91/2019 de 3 de julio, “declara por unanimidad que es inconstitucional, nulo y discriminatorio para la mujer que exista desigualdad entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo a la hora de fijar el periodo de cotización para el cálculo de la pensión de jubilación”⁴, por lo que ya no se aplica el coeficiente de parcialidad a la base reguladora para el cálculo de la pensión de jubilación.

Establece el Tribunal Constitucional que “lo que no resulta justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un “coeficiente de parcialidad” que reduce el número

⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y MORENO ROMERO, F.: “Sistema de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 4, 2019.

efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la seguridad social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos.”⁵

A partir de esta sentencia queda derogado el coeficiente reductor sobre la base reguladora quedando esta disminuida en comparación con la base reguladora del mismo empleo a jornada completa.

4. Cómputo de los periodos de cotización. Artículo 247

La reforma del art. 247 del TRLGSS operada por el RD-Ley 2/2023, de 16 marzo, cuya entrada en vigor se efectuó el pasado 1 de octubre de 2023, impulsada por la TC 91/2019, viene a equiparar, como hemos dicho, un día trabajado, independientemente del número de horas trabajadas, por debajo de las ocho horas que sería la jornada completa, con un día cotizado a efectos del cómputo de los periodos mínimos necesarios para causar la prestación. Es decir, que un trabajador a tiempo parcial podrá generar derecho a una prestación de la Seguridad Social en un mismo plano de igualdad que un trabajador a tiempo completo.

La reforma del art. 247 del TRLGSS no afecta al cálculo de la prestación que seguirá efectuándose en función de la cotización sino al periodo mínimo exigido para generar el derecho a la prestación equiparándose al periodo mínimo exigido para generar derecho a la prestación para trabajadores a tiempo completo.

En España, el número total de trabajadores, de ambos sexos, a tiempo parcial son 2.799.900 millones, de los cuales, 2.060.200 son mujeres y 739.700 son hombres, representando estas el 64% de los trabajadores en clara mayoría respecto de los hombres que representan el 36%.⁶ De lo que deducimos que esta medida afecta positivamente a las mujeres en tanto son mas las trabajadoras a tiempo parcial y son mas las posibles acreedoras de una pensión de viudedad cuyo causante hubiese estado trabajando a tiempo parcial.

Pese a que la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 no es de aplicación a las disposiciones relativas a prestación de supervivencia, sin embargo, la sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2019, C-161/18, declaró “que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, según la cual el importe de la pensión de jubilación en la modalidad contributiva de un trabajador a tiempo parcial se calcula multiplicando una base reguladora, determinada en función de los salarios efectivamente percibidos y de las cotizaciones efectivamente satisfechas, por un porcentaje que depende de la duración del periodo de cotización —periodo al que se aplica un coeficiente de parcialidad equivalente a la relación existente entre la jornada a tiempo parcial efectivamente trabajada y la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y que se ve incrementado por un coeficiente de 1,5—, en la medida en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino.”

La sentencia del Pleno de la Sala Social del TS 114/2024, de 25 enero (rcud 3521/2020) argumentó: “Es notorio que la mayoría de los beneficiarios de la pensión de viudedad siempre han sido mujeres. En la actualidad, aproximadamente el 95% de los pensionistas de viudedad son mujeres [...] A partir de la sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 21 de diciembre de

⁵ Pleno. STC 91/2019, de 3 julio 2019 (Cuestión interna insconst.688-2019)

⁶ <https://ine.es>

2009, recurso 201/2009, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 (arts. 4.4 y 7 de la Ley 15/2022), esta Sala ha interpretado con perspectiva de género las normas jurídicas: sentencias del TS 908/2020, de 14 octubre (rcud2753/2018); 645/2021, de 23 junio (rec. 161/2019); y 747/2022, de 20 de septiembre (rcud 3353/2019), entre otras muchas”.

Así las cosas, la Sentencia del Tribunal de 9 de abril de 2024 de unificación de doctrina viene a establecer un mecanismo de corrección para evitar incurrir en discriminación para los supuestos en los que se aplicaría la normativa anterior a la reforma de 2023.

5. Sentencia Tribunal Supremo de 9 abril 2024 (rec. 782/2021). Unificación de doctrina

5.1. Supuesto de hecho

Estamos ante el supuesto de una señora que tras el fallecimiento de su marido el 10 de febrero de 2017, con el que había contraído matrimonio el 20 de febrero de 1988 y había tenido dos hijos en común, solicita pensión de viudedad el 15 de marzo de 2017 que fue denegada por resolución del INSS de 16 de marzo de 2017 por no haber completado el causante un período de cotización de 483 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de su fallecimiento ni 5294 días a lo largo de toda su vida laboral, así como por no hallarse al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha en que se entiende causada la prestación.

La deuda ascendía a un total de 8224,94 euros, de los que 5002,86 euros eran de principal, 1000,60 euros a recargo, y 2221,48 euros a interés de demora. Con fecha de 21 de abril de 2017, la deuda fue abonada.

El causante había cotizado a lo largo de su vida laboral durante 4696 días. Había estado de alta en el régimen de autónomos del sector de construcción de edificios, entre el 1 de octubre de 1999 y el 31 de diciembre de 2009; posteriormente, había prestado servicios a virtud de un contrato de trabajo parcial, del cincuenta por ciento, entre el 1 de junio de 2012 y el 31 de mayo de 2013; había percibido prestación por desempleo entre el 1 de junio de 2013 hasta el 11 de septiembre de 2013; y por último, había prestado servicios a jornada completa entre el 30 de mayo de 2016 y el 29 de julio de 2016. El causante había estado dado de alta como demandante de empleo entre el 10 de febrero de 2012 y el 16 de mayo de 2012; entre el 13 de junio y el 17 de septiembre de 2013; entre el 7 de noviembre de 2013 y el 11 de febrero de 2014 y entre el 10 de febrero y el 15 de mayo de 2015.

En julio de 2016 le es detectado un carcinoma in situ labio, cavidad boca y faringe por el que inicia proceso de incapacidad el 18 de ese mes hasta la fecha de su fallecimiento.

Frente a la resolución del INSS de 16 de marzo de 2017 se formula reclamación previa el 28 de abril de 2017 desestimada el 17 de mayo de 2017 por resolución y, finalmente, el 5 de julio de 2017 se presenta demanda que es desestimada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla.

Frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, el INSS, se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias sede de Las Palmas de Gran Canaria 647/2016, de 13 de julio (recurso 490/2016).

5.2. Sentencia impugnada: STSJ de Andalucía con sede en Sevilla de 24 julio 2020

Contra la sentencia desestimatoria de la demanda del Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla, por la representación de la actora, se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, dictó Sentencia en fecha 24 de julio de 2020 estimando dicho recurso declarando el derecho de la actora a recibir prestación de viudedad.

El recurso de suplicación se fundamenta en la infracción de los arts. 219.1 y 247 de la Ley General de la Seguridad Social considerando que reúne los requisitos referentes a periodo de carencia si se computa adecuadamente el coeficiente de parcialidad relativo al tiempo que el causante trabajó a tiempo parcial, entendiendo la parte recurrente que el causante se encontraba en alta en la fecha del fallecimiento y que el periodo de carencia para ser acreedora de la pensión de viudedad era de quince años.

Sin embargo, la Entidad Gestora considera que el periodo de carencia son cinco años, en cuyo caso, pese a estar en alta en la fecha inmediata anterior al óbito, al aplicar el coeficiente de parcialidad a los 500 días exigidos por la Norma, la recurrente no podría ser acreedora de la pensión de viudedad.

Hay que tener en cuenta que el art. 219.1 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, precepto que dispone:

“Pensión de viudedad del cónyuge superviviente.

1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1, siempre que si el sujeto causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que esta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.

También tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años “.

En segundo lugar, el recurso se fundamenta en la incorrecta aplicación del coeficiente de parcialidad de la Entidad Gestora al periodo en que el causante trabajó a tiempo parcial, entre el 1 de junio de 2012 y el 31 de mayo de 2013.⁷

⁷ Art. 247 LGSS: “Cómputo de los periodos de cotización.

A efectos de acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Se tendrán en cuenta los distintos periodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplica sobre el periodo de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se consideran efectivamente cotizados en cada periodo.

Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará

El INSS basa su postura en la literalidad de la norma y esta omite referencia concreta a la prestación por muerte y supervivencia. Sin embargo, entiende el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla que esta interpretación, a la que se acoge el Tribunal de instancia para dictar sentencia, no puede ser interpretada así porque no solo “tal omisión carece de ningún tipo de explicación razonable, sino porque son reiterados los pronunciamientos tanto del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los que, tratándose de cotizaciones relativas a un contrato a tiempo parcial, realizan una interpretación extensa en cuanto a su repercusión en la acción protectora de la Seguridad Social, y ello sobre la base de la existencia de una real discriminación indirecta por razón de sexo en estos supuestos, habida cuenta el hecho demostrado de que la prestación de servicios a través de esta modalidad contractual es mayoritariamente efectuada por mujeres, lo que supone un importante menoscabo en sus carreras de seguro, y consecuentemente en sus prestaciones.”⁸ Por lo que, calculando el coeficiente de parcialidad sobre los cinco últimos años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, la recurrente si tendría derecho, por cumplir con los requisitos, a ser acreedora de pensión de viudedad

Y, en relación al tercer motivo del recurso, los descubiertos durante el periodo de alta del causante en el régimen de trabajadores Autónomos, aún sin invitación al pago por parte de la entidad Gestora y siendo anteriores a los cinco últimos años, la recurrente procedió a efectuar los mismos.

En base a todo lo mencionado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla considera que “la recurrente presenta carencia suficiente para el acceso a la prestación, sin que existan descubiertos de cuotas con eficacia impeditiva para la concesión del derecho, debiendo por ello, ser estimado su recurso” y queda revocada la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla.

5.3. Sentencia de contraste: STSJ de las Islas Canarias con sede en las Palmas de Gran Canaria, de 13 julio 2016

En el recurso el INSS invocó como sentencia de contraste la STSJ de las Islas Canarias con sede en las Palmas de Gran Canaria, de 13 julio 2016 basada en unos hechos similares, pero con un resultado distinto:

exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refiere la letra b).

En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que partee la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación”.

⁸ La STC (Pleno) núm. 91/2019, de 3 de julio, ha declarado con efectos de 12 de agosto de 2019, la inconstitucionalidad y nulidad de la norma reguladora de la cuantía de la pensión de jubilación para los trabajadores a tiempo parcial, en concreto, la aplicación del denominado “coeficiente de parcialidad”, por considerar que vulnera el principio de igualdad y constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, lesionando el art. 14 CE.

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social, art. 4.1: “ 1 . El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a :

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,

- la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,

- el cálculo de las prestaciones , incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo , y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones”.

“PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D. Jose Pablo , en reclamación de Prestaciones siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 1 de junio 2015 , por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

1.- La parte actora contrajo matrimonio con DOÑA Virtudes el 25-01-1976.

2.- La Sra. Virtudes falleció 15-02-2013.

3.- La parte actora inició la vía administrativa solicitando pensión y se dictó resolución la Dirección Provincial del INSS en la que se le denegaba la pensión de viudedad por no cumplir el causante la carencia genérica de 15 años. Parte la resolución del hecho de que el causante no estaba en situación de alta o asimilada. Paralelamente alega que en todo caso no cumple la carencia específica de 500 días.

4.- La actora interpuso reclamación previa, petición que fue desestimada de modo expreso. La base reguladora alternativa de la prestación es la de 235,59 euros y la fecha de efectos 16-02-2013. (indubitado)

5.- Desde 22-06-2011 a 30-11-2012 estuvo percibiendo subsidio de desempleo. (del expediente).

7.- La finada estaba inscrita como demandante de empleo desde 30-11-2012.

8.- La causante ha estado de alta en su vida laboral 728 día durante su vida laboral. Aplicando el coeficiente de parcialidad a 164 días que estuvo a tiempo parcial daría un total de 598 días cotizados de carencia El coeficiente de parcialidad es del 82,09 % por lo que necesitaría 4495 días cotizados como carencia genérica- $5475 \times 56,93\%$ -. (d.1 del INSS)

9.- La finada ha estado de alta 287 en los cinco años anteriores al hecho causante. Aplicando el coeficiente de parcialidad a 164 días que estuvo a tiempo parcial daría un total de 163 días cotizados de carencia. Aplicando el coeficiente de parcialidad del 56,93% 285 días sería la carencia específica de dicha prestación. (d.1 del INSS)

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Jose Pablo contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en reclamación por viudedad, absolviendo al INSS de todos los pedimento deducidos en su contra.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D. Jose Pablo , siendo impugnado de contrario y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo.”

Esta sentencia de contraste calcula el coeficiente global de parcialidad sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del causante, no sobre los últimos cinco años como hace la sentencia recurrida, sin embargo, dicta una resolución contraria a la recurrida.

5.4. Doctrina TS (Unificación de doctrina): STS de 9 abril 2024

Hemos de recordar en este punto que el hecho causante se produce con anterioridad a la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, por lo que la controversia casacional está en determinar cómo se calcula el coeficiente global de parcialidad respecto de la pensión de viudedad en la regulación anterior y, ante esta situación, analizar la respuesta que da el Alto Tribunal.

El punto de salida son las dos posturas encontradas de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla que, calculando el coeficiente global de parcialidad sobre los cinco últimos años previos al fallecimiento, considera que la actora tiene derecho a pensión de viudedad, mientras que el INSS, considerando que el coeficiente de globalidad ha de calcularse sobre la base de la totalidad de la vida laboral del causante, entiende infringidos los art. 247 y 219 de la LGSS.

El art. 247 de la LGSS, en la redacción vigente en la fecha del hecho causante, diferenciaba entre el coeficiente de parcialidad y el coeficiente global de parcialidad. Esa norma establecía cómo se debía calcular el coeficiente global de parcialidad de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad. El precepto distinguía tres supuestos, para incapacidad temporal; maternidad y paternidad y como regla general, se calculaba sobre “toda la vida laboral del trabajador”.

Con respecto a la pensión de viudedad, en la normativa actual se exige 500 días en los cinco últimos años previos al fallecimiento si está dado de alta o situación asimilada o 15 años si no está dado de alta en el momento previo al óbito. Sin embargo, en la redacción anterior del art. 247 se exigía que el coeficiente global de parcialidad se calculase sobre toda la vida laboral, en todo caso, sin tener en cuenta que la mayoría de los causantes de estas pensiones estaban dados de alta o situación asimilada previamente al fallecimiento. Ello implicaba, en palabras de nuestro Alto Tribunal “una laguna legal que incumplía la prohibición de discriminación del art. 14 de la Constitución porque la mayoría de los beneficiarios de la pensión de viudedad son mujeres.”

La discriminación a que daba lugar la anterior redacción del art. 247 se elimina con la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2023 estableciendo, como ya hemos dicho, el nuevo art. 247 de la LGSS que se tendrán en cuenta, a efectos de establecer la pensión de viudedad, los periodos de alta con contratos a tiempo parcial, independientemente de su duración.

Lógicamente, en el supuesto que nos ocupa, el causante tenía una vida laboral de 4.696 días, la mayor parte de ellos en el RETA y contratos a tiempo parcial localizados en los cinco últimos años. Así de los 530 días cotizados en esos últimos cinco años, 365 eran a tiempo parcial lo que aplicando el coeficiente de parcialidad solo le computarían 423 como efectivamente cotizados.

Como el INSS consideraba que el coeficiente global de parcialidad había que calcularlo sobre toda la vida laboral del causante, este, así calculado, era muy elevado, lo que suponía que la beneficiaria, al no cumplir con el requisito de la carencia, no resultaba ser acreedora de la pensión de viudedad.

Ante esta situación el Tribunal Supremo hace una interpretación de la norma con perspectiva de género entendiendo que “el art. 247 de la LGSS, en la redacción derogada pero que es aplicable en esta litis, incurría en una laguna legal respecto de la pensión de viudedad, cuyos beneficiarios en su mayoría son mujeres. Ello vulneraba la prohibición de discriminación del art. 14 de la Constitución”, y se “obliga a subsanarla con un mecanismo de integración de la laguna legal, apreciando similitud entre las pensiones de viudedad y las de incapacidad temporal, maternidad y paternidad.

Debemos concluir que las circunstancias específicas concurrentes en la presente litis justifican que el coeficiente global de parcialidad se calcule sobre la base de los últimos cinco años anteriores al hecho causante, en el que se concentró todo el trabajo a tiempo parcial del causante, por lo que la actora tiene derecho a percibir la pensión de viudedad.”

6. Conclusiones

1.- Reforma del artículo 247 de la LGSS:

La modificación introducida por el Real Decreto-ley 2/2023 ha eliminado la distinción entre coeficiente de parcialidad y coeficiente global de parcialidad. Esta reforma busca acabar con la discriminación que la anterior redacción provocaba, especialmente hacia las mujeres, que son mayoría entre los beneficiarios de pensiones de viudedad y trabajadores a tiempo parcial.

2.- Equiparación del trabajo a tiempo parcial y completo:

La nueva normativa equipara un día trabajado a tiempo parcial con un día cotizado a efectos del cómputo de los periodos mínimos necesarios para causar prestaciones. Esto permite que los trabajadores a tiempo parcial generen derecho a prestaciones de la Seguridad Social en igualdad de condiciones que los trabajadores a tiempo completo.

3.- Impacto de género:

La reforma tiene un impacto positivo significativo en las mujeres, ya que representan el 64% de los trabajadores a tiempo parcial en España y aproximadamente el 95% de los pensionistas de viudedad. Esta medida contribuye a reducir la discriminación indirecta que afectaba principalmente a las mujeres.

4.- Jurisprudencia y perspectiva de género:

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han establecido precedentes importantes en la interpretación de las normas de Seguridad Social con perspectiva de género. Estas decisiones judiciales han sido fundamentales para impulsar cambios legislativos y en la aplicación de las normas.

5.- Mecanismo de corrección retroactiva:

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2024 establece un mecanismo de corrección para evitar la discriminación en casos donde se aplicaría la normativa anterior a la reforma de 2023. Esto demuestra la voluntad del sistema judicial de garantizar la igualdad efectiva incluso en situaciones previas a la reforma.

6.- Adecuación a la normativa europea:

La reforma se alinea con la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Directiva 79/7/CEE, que se opone a normativas que perjudiquen particularmente a las trabajadoras respecto a los trabajadores masculinos en el cálculo de pensiones.

En conclusión, la reforma del artículo 247 de la LGSS representa un avance significativo en la igualdad de trato entre trabajadores a tiempo parcial y completo, con un impacto positivo especialmente para las mujeres. Esta modificación, respaldada por la jurisprudencia nacional y europea, contribuye a eliminar discriminaciones indirectas en el sistema de Seguridad Social español y promueve una mayor equidad en el acceso a las prestaciones sociales.

7. Bibliografía

STS/Soc. de 9 abril 2024 (rec. 782/2021).

STS/Soc. de pleno, 114/2024, de 25 enero (rec. 3521/2020)

Pleno. STC 91/2019, de 3 julio 2019 (Cuestión interna insconst.688-2019)

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y MORENO ROMERO, F.: “Sistema de cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 4, 2019.

<https://www.boe.es/>

<https://ine.es>

<https://www.seg-social.es>

<https://www.tribunalconstitucional.es/ES/JURISPRUDENCIA/Paginas/Sentencias.aspx>

<https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

LA TUTELA CONTRA EL DESPIDO DISCRIMINARIO BASADO EN LA INCAPACIDAD PERMANENTE DEL TRABAJADOR

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
ORCID: 0000-0002-0230-6615

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Catedrática (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada. Miembro del Comité Ejecutivo de la Junta Directiva de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
ORCID: 0000-0002-1248-6015

“El desarrollo social de Derecho, y esto es lo grande e impresionante en él, no se presenta como la realización de un programa, sino como autorrealización de una necesidad histórica supraconsciente, que ya estaba allí antes de ser reconocida, la que es más fuerte que toda resistencia y más consciente de sus metas que todos los malentendidos del hombre aislado. La marcha inconfundible e irresistible de este proceso, ha de hacer honor y llenar de profunda satisfacción a aquellos que anhelan, con corazón ardiente, lo que se muestra ya a la distancia; la meta de una ‘constitución social’, más justas que no conozca ya a señores ni súbditos del trabajo, sino sólo a ‘ciudadanos trabajadores’”.

GUSTAV RADBRUCH¹

¹ RADBRUCH, G., “Del Derecho individual al Derecho Social” (1930), en RADBRUCH, G., *El hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, edición y estudio preliminar, “Gustav

1. La noción evolutiva de discapacidad en el Derecho Internacional General y en el Derecho Europeo: análisis doctrinal y jurisprudencial

El Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social², constituye en la actualidad la norma que define que en España se entiende por discapacidad. Indica el artículo 2 en su letra a) que será discapacidad: "... una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Y serán personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013). Conceptos que, en definitiva, atienden a razones de índole social y que se refieren al reconocimiento por parte de la sociedad de las personas que muestran algún tipo de deficiencia³. De este modo, se incorpora al ordenamiento español el ansiado *modelo social* que tanto se venía proclamando a nivel comunitario y que, ciertamente, resulta de interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión⁴.

Sin embargo, esta calificación legislativa aparentemente sencilla se complica cuando se relaciona los conceptos de incapacidad temporal (IT), incapacidad permanente (IP), enfermedad y discapacidad. Ello refleja el carácter evolutivo⁵ y amplio de la definición de discapacidad⁶. En efecto, ya el propio Preámbulo de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/

Radbruch: un modelo de jurista crítico en el constitucionalismo democrático social", a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020, págs. 17 y sigs., en particular pág. 24.

² BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013. Un estudio completo y exhaustivo del marco y régimen jurídico regulador de la discapacidad, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020. Véase, asimismo, RUIZ SANTAMARÍA, J.L., *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019.

³ BLASCO LAHOZ, J.F., "La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la seguridad Social como instrumento para su desarrollo", *Revista de Información Laboral*, N°11 de 2018, págs. 1 y 2 en su versión digital.

⁴ Sobre este cambio de paradigma que camina hacia la consideración de los factores sociales y biopsicosociales atendiendo a que se trata propiamente de un *fenómeno multidimensional*, véase MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G., "El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006", en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 42 y sigs. Se ha realizado que "no es correcta la frecuente interpretación del artículo 49 CE que ve en él, al margen de la obsoleta terminología que utiliza, una consagración de una visión meramente reparadora o médica del tratamiento de la discapacidad, ya que en su texto se incluye una protección jurídica desde un enfoque de derechos que puede considerarse como una justificación implícita de una consideración social de la discapacidad, luego reconocida por la normativa internacional de derechos humanos y por la legislación interna que desarrolla el precepto constitucional y esa normativa internacional". Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M: "Artículo 49", en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M y CASAS BAAMONDE, M.E (Dirs), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, pág. 1405. Para un estudio detenido sobre el artículo 49 CE, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., "El derecho a la protección de las personas con minusvalías (Artículo 49 de la Constitución Española)", en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, págs.1755-1801.

⁵ Recuérdese que ya el mismo Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York del año 2006 indicaba que: "... la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la aptitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás". Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.

⁶ LÓPEZ INSUA, B.M., "Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 53, 2019. En una perspectiva más amplia, MONEREO PÉREZ, J.L., *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*.

CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 -DO 2010-) hace referencia a esta idea, de ahí que el artículo 1 otorgue una descripción amplia de discapacidad a saber: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La participación plena y efectiva de todas las personas discapacitadas, en igualdad de condiciones con los demás, se convierte para la ONU en un importante reto a lograr. Por lo que, en sintonía con el artículo 5 de la Directiva 2000/78 /CE⁷, la Convención de la ONU define la discriminación por razón de discapacidad como “... cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (artículo 2.4 de la Convención de la ONU). Para la jurisprudencia comunitaria el concepto de discapacidad debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar, desde los que debe entenderse que la discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, pero no incluyendo la enfermedad⁸.

A este respecto, la Directiva 2000/78/CE prohíbe en sus artículos 11, 12, 15 y 31 la discriminación por motivos de discapacidad. Interpretando conjuntamente ambos textos, se trata de asegurar el derecho al empleo y a la adaptación “razonable” del puesto de trabajo para así romper las barreras que dificulten o impidan que los discapacitados puedan participar plena y efectivamente en sociedad. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (elevada al rango de Tratado de la Unión ex artículo 61 del Tratado de la Unión Europea), en cuyo artículo 21.1 garantiza el principio de no discriminación por razón de discapacidad⁹.

Ahora bien, la cuestión se vuelve problemática cuando atendemos al concepto de discapacidad ya que ni la Directiva comunitaria, ni la Convención de la ONU la definen, lo que le convierte, en cierto sentido y medida, en un concepto jurídicamente indeterminado¹⁰ en el Derecho Internacional y en el Derecho de la Unión Europea. Se trata pues, de un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto. Cabe precisar que es un concepto no

⁷ De 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁸ Ver la sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006, C-13-05, Asunto *Chacón Navas*.

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, nº 1 de 2019, indicando que “interesa retener asimismo el artículo 24 (“Derecho a protección en caso de despido”) de la Carta Social Europea Revisada y el “Anexo a la Carta Social Europea (Revisada) relativo a dicho artículo, a cuyo tenor: “3 A efectos de este artículo, no se considerarán motivos válidos para el despido, en particular (...) f) la ausencia temporal del trabajo debida a enfermedad o lesión”. Estas garantías de eficacia específicas (o de efectividad del derecho) sobre los motivos injustificados o ilegítimos de despido suponen una mejora importante del sistema de garantías mínimas previsto en el art. 24 CSE de la Parte II de la CSE. Así se protege los derechos fundamentales del trabajo y especialmente el principio de igualdad y no discriminación y señaladamente la protección de la persona en situación de incapacidad temporal (apartado f)”. Véase también, en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs y Coords.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 573 y 590; CUENCA GÓMEZ, P. y DE ASÍS ROIG, R., “Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs y Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 683- 695.

¹⁰ ENGISCH, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, E. Garzón Valdés, revisión y edición a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, Capítulo VI, págs. 127 y sigs.

absolutamente indeterminado, pues existen elementos normativos para su concreción y, además, es un concepto normativo que remite a ámbitos precisos de la realidad objeto de regulación normativa. En nuestro ordenamiento interno, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aporta una definición legal instrumental, conforme al cual se entiende por discapacidad “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (artículo 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).

Por ello, el concepto de “*discapacidad*” presenta una textura jurídica abierta y ha de entenderse referido a una “*incapacidad cualificada o agravada*” con una dimensión social, que inhabilita a la persona no ya para una actividad profesional, sino para una pluralidad de actividades que cualquier otro ser humano podría llevar a cabo de no padecer dicha incapacidad, impidiendo su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás individuos, incidiendo en su integración en la sociedad¹¹. En este orden de ideas, no se ha de confundir Incapacidad Temporal con enfermedad de duración incierta, puesto que la incapacidad temporal tiene tasada legalmente su duración.

Precisamente, en esta lógica de superación del modelo médico-asistencial y enfatización del modelo social de igualdad e integración de las personas discapacitadas¹² es en donde se mueve la doctrina del TJUE más reciente. La sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 en el asunto C-395-15, Mohamed Daouidi, precisa que puede existir discriminación en bajas médicas prolongadas que ocasionan una limitación duradera¹³. De este modo, el TJUE abre el camino hacia la tutela antidiscriminatoria de la discapacidad de la Directiva 2000/78. El TJUE subraya que, a estos efectos, la “limitación debe ser duradera” y afirma que “en la fecha del hecho discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento”.

A pesar del avance en esta materia, lo cierto es que el TJUE no establece que un despido por motivo de enfermedad revista sin más la consideración de discriminatorio a efectos de la Directiva 2000/78/CE, sino que consagra un criterio de asimilación o equiparación de las enfermedades de larga duración y/o crónicas (y frecuentemente de pronóstico incierto) a efectos de discapacidad. Por lo que, amplía el concepto de discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria a la que se refiere la Directiva. De forma que, le corresponde al Juez Nacional (técnica de reenvío) verificar, a la luz del conjunto de indicios apartados en cada caso, si una enfermedad de larga duración puede ser calificada como de discapacidad¹⁴.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L., *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L., “Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona”, en RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F. y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords.), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación* (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS) celebrado en Madrid, octubre de 2017), Murcia, Laborum, 2017, págs. 870 y siguientes.

¹³ MONTOTOY MEDINA, D., “Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº28, 2021, págs. 60 y siguientes.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017. MONEREO PÉREZ, J.L., “Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona...” *op. cit.*, págs. 862 y siguientes.

Rompiendo con la doctrina que hasta ahora se seguía de calificar los despidos producidos durante la IT como de improcedentes, los jueces españoles, a la vista de la jurisprudencia europea pueden ahora declarar como nulos y fraudulentos los despidos durante una IT, con la consiguiente obligación de readmisión. Cada supuesto de hecho puede ser valorado con este criterio, que exige diferenciar las situaciones de enfermedad prolongada y duradera de las que no lo son. Los indicadores de una IT “prolongada y de limitación duradera” son indeterminados, lo que conducen siempre a un inevitable juicio casuístico. Además, el carácter duradero y especialmente limitador de una dolencia solo se puede comprobar con el paso del tiempo y es de difícil apreciación en el momento de un despido. El juez valorará el supuesto de hecho tras el transcurso del tiempo, situando a la empresa en una complicada inseguridad jurídica, puesto que el despido fue realizado sin esta comprobación real. Aparte, cabe tener en cuenta que, la legislación de protección de datos impide acceder a la empresa a la realidad médica para actuar en consecuencia¹⁵. Por lo que cobrará aquí una enorme relevancia el sentido técnico-jurídico que el juez nacional otorgue al concepto de discapacidad, conforme al artículo 2. A) del Real Decreto Legislativo 1/2013 y la normativa comunitaria. En aplicación del marco normativo y de la doctrina del TJUE (asuntos C-13/05, Chacón Navas; C-335/11 y C-337/11, Ring; C-345/15, Daouidi; y, C-270/16, Ruiz Conejero), el Tribunal Superior de Justicia español concluye en ambas sentencias (de 9 de noviembre de 2018 y 18 de enero de 2019) declarando la nulidad del despido. Por todo ello, a partir de los hechos probados, entiende que hay indicios suficientes para poder afirmar que la situación de las trabajadoras es de discapacidad y no de una enfermedad, por tratarse la causa de la baja, un cáncer de útero (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de enero de 2019) y cáncer de mama (TSJ de Castilla-La Mancha de 9 de Noviembre de 2018), de una limitación duradera de la actividad laboral, “al tratarse de un proceso morbosos que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo” y tratamiento cierto (empleando las palabras del TJUE y de los mismos TSJ), sino más bien la necesidad de tratamiento prolongado en el tiempo y con obvias consecuencias en términos de impedir la normal participación de las trabajadoras afectadas en la vida laboral.

La “limitación duradera” de las dolencias queda confirmada, por otra parte, gracias a todos los informes médicos aportados, siendo en sendos casos la situación irreversible. Lo que, en definitiva, lleva a la Sala a concluir que la situación jurídica de las trabajadoras queda incluida en el concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78/CE.

Finalmente, cabe citar el pronunciamiento del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18, caso DW y Nobel Plastiques Ibérica S.A) en donde se resuelve la cuestión prejudicial planteada mediante auto¹⁶, emitido por el Juzgado de lo Social N°3 de Barcelona a fecha de 30 de

¹⁵ LAHERA FORTEZA, J., “Despidos durante la baja médica”, ver en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios, el cual entiende –como cuestión controvertida– que “este nuevo escenario incierto debe abrir un debate político sobre esta cuestión. Hay que tasar la nulidad del despido por enfermedad a cambio de flexibilizar más el despido objetivo, desde la mera perspectiva funcional de la incapacidad para desarrollar el trabajo convenido. A la vez, hay que distribuir mejor los costes empresariales y públicos durante las bajas médicas, desincentivando este tipo de despidos durante la enfermedad”.

¹⁶ En definitiva, la cuestión prejudicial elevada al TJUE contiene las siguientes preguntas: 1. ¿Deben ser consideradas como personas con discapacidad a los efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, tal como ha sido interpretad[a] por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las personas trabajadoras calificadas como especialmente sensibles a determinados riesgos cuando, por sus propias características personales o estado biológico conocido, son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y que por dicha razón no pueden desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas?

Si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, se formulan las siguientes: 2. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y por ello tiene dificultades para alcanzar los niveles de productividad requeridos para no ser candidata al despido?

mayo de 2018, y cuyo principal punto radica sobre si una trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo es asimilable al concepto de “discapacidad” a efectos de declarar nulo o no su despido¹⁷.

Se analiza aquí el caso de una trabajadora que había sido declarada como “*trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo*” y adicionalmente, tras todas sus bajas médicas, se sometía a reconocimientos médicos, declarándose en todos ellos a la trabajadora como “*apta con limitaciones*”¹⁸. En particular, la trabajadora padecía epicondilitis, que es definida así: “conocida también como codo de tenista, es una lesión caracterizada por dolor en la cara externa del codo, en la región del epicóndilo, eminencia ósea que se encuentra en la parte lateral y externa de la epífisis inferior del húmero. Es provocada por movimientos repetitivos de extensión de la muñeca y supinación del antebrazo, lo que ocasiona microrroturas fibrilares y reparación inadecuada de los tendones de los músculos que se originan en la región del epicóndilo, principalmente del tendón del músculo extensor radial corto del carpo”.

A pesar de los antecedentes que se han señalado, el TJUE vuelve a reiterar aquí su criterio funcional al señalar que debe entenderse por “discapacidad” cuando existe una limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona y suponer un obstáculo para la realización de una actividad profesional. Asimismo, recuerda que la Directiva 2000/78 no limita el concepto de discapacidad a aquella que tiene su origen en el nacimiento o en accidentes, sino que debe incluirse también las propias causadas por enfermedades, aunque sean parciales. Ahora bien, no debe olvidarse que esa “discapacidad” debe contener el carácter de “duradera” (que no cabe equiparar necesariamente con “permanente”, ni con “definitiva”, pues puede producirse una “reversión” de la discapacidad), debiéndose valorar la misma en el momento en que se produjo el hecho supuestamente discriminatorio.

Sin embargo, tras repasar el TJUE su doctrina y recordar los concretos hechos de la trabajadora analizada, señala que el hecho de que haya sido calificada como especialmente

3. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en la polivalencia en todos los puestos de trabajo, incluidos los que no puede desempeñar la persona discapacitada?

4. ¿Constituye un acto de discriminación indirecta en los términos [en los] que se define en el artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad y por ello ha sido reconocida como especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, las cuales han provocado largos periodos de tiempo de ausencias o baja médica antes del despido y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en el absentismo de esta persona trabajadora?

¹⁷ Se alega por la demandante que, de acuerdo a la normativa española de prevención de riesgos laborales y a la jurisprudencia del TJUE (asuntos HD Danmark y Daoudi), ya que la trabajadora “... ha estado en situación de incapacidad temporal -y lo estaba en el momento en que fue despedida- debido a dolencias relacionadas con el trabajo desempeñado y porque ha sido declarada “apta con limitaciones”, por lo que tiene una limitación en la capacidad de trabajo duradera, lo cual se pone de manifiesto con la declaración de personal “especialmente sensible”...”. La tesis de la parte demandante es rechazada de plano por la empresa demandada, enfatizando que los criterios eran objetivos y sin ninguna carga peyorativa, en términos jurídicos para ninguna persona trabajadora, y que además, en base a la utilización de tales criterios, se designaban “a personas concretas -y no a los puestos de trabajo que ocupan, ya que los otros tres parámetros (productividad inferior al 95%, menor polivalencia y mayor índice de absentismo) estaban relacionados directamente con las circunstancias y condiciones personales de cada afectado, y desde esta perspectiva tenía sentido seleccionar las personas cuyo rendimiento es inferior a otras”. Recordemos que el primer criterio era que las personas afectadas trabajaran en un determinado departamento en el que se habían implantado mejoras técnicas que implicaban la disminución de personal.

¹⁸ El interés del caso radica en el estado físico de la trabajadora y el impacto que el mismo puede tener, a juicio del juzgador, en la resolución del supuesto si se constata que las largas ausencias por problemas físicos pudieran considerarse como una situación de discapacidad y por tanto ser merecedora de la misma protección que estas frente a decisiones empresariales que pudieran ser calificadas, con arreglo a la normativa comunitaria, de discriminación directa o indirecta.

sensible a los riesgos derivados del trabajo, no implica *per se* que automáticamente se reconozca la condición de persona con discapacidad en el sentido de la Directiva. Por lo que, concluye el Alto Tribunal europeo subrayando que ha de ser el órgano jurisdiccional nacional quien deba comprobar si se cumplen los requisitos previamente expuestos para determinar la existencia de la discapacidad, trasladando la responsabilidad de dicha calificación jurídica directamente a éste.

Al hilo del despido de un trabajador con discapacidad que realizaba un periodo en prácticas para el *Service public fédéral "Sécurité sociale"* (Servicio Público Federal de la Seguridad Social, Bélgica) el TJUE vuelve a pronunciarse, tratando así de definir el concepto de "discapacidad", la garantista sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022 (en el asunto C-485/20 -HR Rail-)¹⁹ deja claro que el concepto de "discapacidad" evoluciona, debiendo en todo momento el mismo interpretarse desde una perspectiva teleológica y garantista. Así es, el hecho de que un trabajador que realiza un periodo en prácticas tras su incorporación haya sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, no le imposibilita a que sea destinado a otro puesto de trabajo para el que esté capacitado, siempre que dicha medida no suponga una carga excesiva para el empresario. Constituye una obligación jurídica ese deber de adaptación y ajuste razonable, con la única excepción de que se acredite la concurrencia de la referida "carga excesiva" para el empresario valoradora en términos que no tienen por qué ser exclusivamente económicos.

Como bien recuerda el TJUE, la Directiva 2000/78/CE se encarga de establecer el marco general para la garantía de una igualdad de trato de todas las personas. Protección que se extiende también al ámbito del "empleo y la ocupación" (tanto por cuenta propia, como por cuenta ajena, formación profesional, orientación profesional, reciclaje de trabajadores... etcétera), buscando así ofrecer una protección eficaz contra todas las discriminaciones, entre las que se encuentra la discapacidad. En efecto, los términos que emplea la Directiva son lo suficientemente amplios como para englobar a los trabajadores discapacitados en periodo en prácticas y ello es así porque, los términos-no exhaustivos- en los que se define la Directiva, deben de entenderse en un sentido general o de *numerus apertus*. En consecuencia, el hecho de que el agente no fuera, en la fecha de su despido, un agente contratado con carácter definitivo, no impide que su situación profesional esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

El principio de igualdad de trato deberá erigirse en guía para la consecución de una efectiva y justa aplicación de la Directiva comunitaria del año 2000, toda vez que en ella se contempla la posibilidad de realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas (ya sean de carácter físico, organizativo o educativo) en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, formar parte en el mismo o progresar profesionalmente o, a fin de que, se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Es más, la Directiva prevé "medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre". Por todo ello, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada y, en este sentido, un "ajuste razonable" como *medida de flexibilidad interna elusiva del despido* (típica medida, ésta última, de flexibilidad externa de salida). Esta interpretación es conforme con dicho concepto, que debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que

¹⁹ Para un conocimiento más exhaustivo véase MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ VICO, S., "Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3ª 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)", *Revista La Ley Unión Europea*, N°102 de 2022.

dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En definitiva, la Directiva no puede obligar a que un empresario adopte medidas que supongan una “carga excesiva” para él, incumbiéndole la carga de la prueba de que existe efectivamente esa “carga excesiva” capaz de exonerarle de llevar a cabo los “ajustes razonables” de *flexibilidad interna*. En este sentido, deberá operar aquí el principio de proporcionalidad, lo que supone tener en cuenta: “... los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”. En cualquier caso, la obligación jurídica de destinar a una persona discapacitada a otro puesto de trabajo sólo operará cuando exista un puesto disponible o vacante que el mismo pueda ocupar al ser compatible con su situación de discapacidad funcional. Pero teniendo siempre en cuenta que “la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades” (artículo 5, último párrafo, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación).

2. Incapacidad permanente versus discapacidad: cambio de rumbo y criterios interpretativos en la doctrina judicial española

La discapacidad y la incapacidad son términos que se relacionan, pero que se diferencian desde el punto de vista conceptual y técnico-jurídico²⁰. Ambas figuras producen cierta confusión, sobre todo cuando se trata de una incapacidad de carácter permanente y ello es porque se ha sustituido la antigua expresión “invalidéz” por la de incapacidad permanente que regula el artículo 8.5 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social. Mientras la incapacidad permanente del Sistema de Seguridad Social gira en torno al componente profesional²¹, lo que supone una imposibilidad o dificulta el trabajo en algún grado (que puede tener carácter sobrevenido²²), la discapacidad se refiere a una condición del ser humano que, de forma general, abarca las deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones de participación de una persona. El despliegue de la protección legal derivada de las situaciones de incapacidad y de discapacidad se vincula necesariamente a un presupuesto de hecho: que efectivamente se halle constatada la incapacidad o la discapacidad, administrativa o judicialmente.

Antes de entrar en materia cabe distinguir entre la incapacidad permanente de la protección que, en caso de lesiones permanentes no invalidantes recoge el artículo 201 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS). Y es que, aunque ésta última suponga una disminución o alteración de la integridad física del trabajador por una contingencia profesional,

²⁰ La Incapacidad se refiere a la situación que impide desempeñar una actividad laboral (de manera transitoria -sería el caso de la IT- o permanente -hablaríamos de una IP-), mientras que la Discapacidad se relaciona con la dificultad para desempeñar -en la vida cotidiana- un rol en la vida diaria que sería el normal en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales.

²¹ TOMÁS JIMÉNEZ, N., “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords)., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 739 a 743.

²² Junto al concepto de incapacidad permanente hay otros cercanos al mismo, pero distintos, como son el de persona con discapacidad y el de persona dependiente. Para el concepto de persona dependiente y su delimitación y conexión con la discapacidad, puede remitirse a otro capítulo de esta misma obra. También puede verse ITURRI GÁRATE, J. A., “Incapacidad permanente y personas con discapacidad y dependientes” en RIVAS VALLEJO, P (Dir.), *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.

lo cierto es que no llega ésta a incapacitar para el desempeño de la actividad profesional, aunque pueda la misma dejar alguna secuela de importancia que implique la percepción de una indemnización tipificada en el baremo correspondiente.

Las diferencias entre discapacidad e incapacidad laboral se evidencian si se analiza la finalidad que persiguen una y otra, ya que la incapacidad permanente se basa en satisfacer una prestación económica sustitutiva de las rentas que no pueden obtenerse por no poder trabajar, valorándose su capacidad profesional mermada de forma sobrevenida por su estado de salud, observando aspectos como “un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia” (sentencia del TSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2011), mientras que la discapacidad tiende a procurar la equiparación de oportunidades compensando las desventajas sociales que las situaciones discapacitantes generan valorando a las capacidades de la persona y su relación con el entorno en aras de facilitar su inclusión en la sociedad. Tanto la discapacidad, como la incapacidad permanente tienen que ser reconocidas y declaradas por equipos de valoración que son, en sendos casos distintos²³. En el caso de la discapacidad es irrelevante el momento en el que aparece, pudiendo ser de nacimiento o ser sobrevenida; mientras que en la incapacidad permanente se exige su manifestación (o agravamiento) posterior a la afiliación en la Seguridad Social²⁴.

2.1. Mecanismos de protección y derechos de las personas con discapacidad

Las relaciones entre la IP y la discapacidad resultan conflictivas, de ahí que ya el Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 (Nº de recurso 156/2020) haya aclarado que el reconocimiento de una incapacidad permanente (ya sea total, absoluta o por gran invalidez) no da derecho al reconocimiento automático de una situación de discapacidad a todos los efectos; pero sí a la *equiparación legal* prevista en el apartado 2 del artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²⁵.

²³ TOMÁS JIMÉNEZ, N., “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”..., *op. cit.*, pág. 742.

²⁴ GARCÍA SABATER, A., “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.221, 2019 (BIB 2019/5830).

²⁵ Se trata de la *equiparación instrumental a efectos de tutela protectora* prevista explícitamente en el apartado 2 del artículo 4 (“Titulares de los derechos”) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, conforme al cual: “Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos [rectius a todos los efectos de este RD-Legislativo], tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará [reténgase el imperativo categórico] que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”. Para las consecuencias jurídicas en la tutela protectora y en la titularidad de los derechos de esta asimilación o equiparación *ope legis*, véase MONEREO PÉREZ, J.L., *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, espec., págs. 79 y sigs., *passim*. Cuestión relevante, por ejemplo, cuando la incapacidad permanente sobreviene durante la vida activa profesional y la persona trabajadora que es declarada incapacitada permanentemente pretende incorporarse a la empresa de procedencia (en una típica transición de ida y vuelta a la actividad profesional “debilitada” por el grado de incapacidad permanente). Piénsese, por ejemplo, en la operatividad del artículo 35 (“Garantías del derecho al trabajo”), artículo 40 (“Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo”), en el marco del “Empleo ordinario”) del RD-Legislativo 1/2013; o en el artículo 25 (“Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Los ajustes razonables en tales casos impiden que el trabajador que es declarado como afecto de una incapacidad permanente total o absoluta pueda ser despedido por el empleador ex artículo 49.1.e) del ET automáticamente sin que se intente llevar a cabo los ajustes razonables (desde el punto de vista jurídico una IP total no impide realizar otras tareas o puestos de trabajos distintos a los anteriormente desempeñados en la empresa de procedencia), y que, en su caso, aquél acredite la prueba pertinente de que ello le supone una “carga excesiva”. Todos ellos en relación con el artículo 15.1.d) LPRL (adaptación dinámica del trabajo a la persona), que transpone en nuestra legislación el artículo 6.2,d) de la Directiva-Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa

Se había advertido hace algunos años que el *despido por incapacidad permanente en nuestro ordenamiento jurídico –y dentro del sistema de garantía multinivel de protección contra el despido ilegítimo– nunca puede ser automático*: “los incapacitados permanentes en sus grados de total, absoluta y gran invalidez, son *ex lege* expresamente considerados como discapacitados a todos los efectos (art. 4, apartado 1 y 2 del RD. Legislativo 1/2013), y tal condición gozan de una tutela reforzada de su derecho al trabajo (Capítulo VI. “Derecho al trabajo”), artículos 35 y siguientes. Conforme al art. 40.2 (en relación con el art. 2 m) del referido RD. Legislativo) “Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario...”. Por lo demás, junto a la tutela de la discriminación que garantizan estas disposiciones debe tomarse en consideración y relacionarse sistemática y finalísticamente con la tutela preventiva de riesgos laborales (artículos 15 y 25 de la LPRL). Todos los esfuerzos que sean razonables y viables serán útiles y necesarios para garantizar el empleo (y la integración social que éste propicia) y evitar el despido de los trabajadores con pérdida de capacidades psicofísicas especialmente vulnerables y frecuentemente sensibles a riesgos derivados del trabajo. En la lógica de los “ajustes razonables” de la Directiva 2000/78/CE, de los artículos 2 m) y 40.2 del RD. Legislativo 1/2013 y de la protección de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos del trabajo ex art. 25 LPRL (en relación con los artículos 14.2 y 15.1.d) LPRL), existe una obligación objetiva de adaptación que si es incumplida debe generar la nulidad de los actos extintivos del empleador (señaladamente, el despido por ineptitud ex art. 52.a) del ET. Aparte de ello, el derecho/deber de adaptación del trabajador con limitaciones en su capacidad psicofísica no oficialmente reconocidas o declaradas ha de postularse respecto de los trabajadores con enfermedad asimilada a discapacidad conforme a la interpretación extensiva que ha abierto el TJUE. Así SSTJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, Karsten Kalfloft, y de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/1, Mohamed Daoudi”²⁶.

la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Véase RUIZ SANTAMARÍA, J.L., “La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección del trabajador con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs.), *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, págs. 879-889; *Ibid.*, *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019, págs. 43 y sigs., y 195 y sigs.

Por otra parte, la STJUE de 10 de febrero de 2022, as.C-485/20: HR Rail, declara que el concepto de ajustes razonables para las personas con discapacidad recogido en el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) debe ser interpretado en el sentido de que un trabajador al cual se le reconozca una discapacidad sobrevenida vigente en el trabajo que le impida desarrollar las funciones esenciales del puesto para el cual fue contratado y que venía desarrollando debe ser destinado a otro puesto para el cual se disponga de las competencias, capacidades y la disponibilidad exigidas. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ VICO, S., “Trabajadores con discapacidad: principios de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2022, as.C-485/20: HR Rail)”, *La Ley Unión Europea*, n.º. 102, abril, 2022 (Editorial Wolters Kluwer), págs. 1-22.

Previamente, con arreglo al apartado 1 del artículo 4 (“Titulares de los derechos”) del Real Decreto Legislativo 1/2013, se establece funcional y estipulativamente que “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Se aprecia aquí la relevancia del *modelo social* presente en el hecho social de la discapacidad multidimensional, que lógicamente más allá de una específica disfuncionalidad profesional.

²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albadete, Bomarzo, 2017, págs. 111-112, añadiendo que “En estas situaciones de enfermedad de larga duración o de carácter crónico asimilada a discapacidad (y por supuesto las limitaciones de la capacidad laboral que puedan tener un carácter estimatizante protegidas por el principio general de no discriminación) cabe aplicar, dada esa asimilación, el derecho/deber de adaptación previsto en el art. 2. b) y m) y 40.2 del RD. Legislativo 1/2013, y, en el caso de que se integrara el supuesto de hecho de la norma preventiva, también el especialmente previsto como *tutela reforzada* de los trabajadores especialmente sensibles en el art. 25 LPRL. En el marco de la tutela reforzada de las

Parecía que la cuestión estaba clara, no obstante, la práctica evidenciaba una cierta confusión que ha traído -como consecuencia- una cierta judicialización, así como una constante tira y afloja en sede doctrinal²⁷. Y ello es porque existe un cierto interés de la persona que ha sido declarada en incapacidad permanente en intentar que también se le reconozca discapacitada, para tratar de acceder a ventajas laborales, económicas, fiscales... y, de igual modo, la persona que es declarada discapacitada, si reúne los requisitos exigidos, suele intentar obtener también prestaciones de la Seguridad Social iniciando procedimientos de incapacidad permanente (contributiva y/o no contributiva); y de forma similar, ocurre con la dependencia. No existen, entre ambas figuras, “vasos comunicantes automáticos”, aunque sí es importante conocer que hay puntos de conexión²⁸; pero sí “vasos comunicantes legalmente establecidos” como los que infieren expresamente del citado artículo 4, apartado 2 del RD-Legislativo 1/2013. Resulta importante, en este punto, conocer las diferencias y puntos de proximidad entre ambas figuras para así marcar las fronteras o líneas que las separan y los puntos de conexión que les unen. Sin embargo, resulta innegable que la persona trabajadora que es declarada incapacitada permanente sobrevenida tiene derecho al trabajo con los correspondientes ajustes razonables -salvo prueba empresarial de carga excesiva- sin que automáticamente pueda ser objeto de despido ex artículo 49.1.e) del ET. Y ello con amparo no sólo en el RD-Legislativo 1/2013 (en los términos matizados ya indicados aquí), sino también por la preceptiva aplicación del artículo 25 (“Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales²⁹.

La incapacidad permanente se encuentra regulada en los artículos 193 y siguientes de la LGSS en donde se aclara que: “...es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. De dicho concepto legal se desprenden cuatro elementos que integran el hecho causante³⁰: 1) Existe una determinación objetiva mediante dictamen científico-médico; 2) una reducción de la capacidad para trabajar; 3) las lesiones deben ser permanentes o

personas con discapacidad hay que dar cuenta de las garantías de “tutela judicial y protección contra las represalias” establecidas en el art. 75 del RD. Legislativo 1/2013, que incluye el derecho al restablecimiento pleno de su derecho y la indemnización o reparación que pueda dar lugar a la reclamación correspondiente, que no estará limitada “a priori”. La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios económicos y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y la gravedad de la lesión” (*Ibid.*, págs. 112-113).

²⁷ Por todo ello, cuando se le reconoce a un trabajador una prestación por incapacidad permanente no deberá entenderse sin más que se le ha reconocido automáticamente un certificado de minusvalía del 33% (y por el que se obtiene beneficios adicionales). En efecto, la persona discapacitada deberá ser valorada y evaluada por la Administración conforme al baremo establecido en el Real Decreto 1971/1999 y por el que se regula el porcentaje de discapacidad. En este sentido SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos”, en BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. y BIEL PORTERO, I. (Coords.), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. Ahora bien: sin que sea posible desconocer tampoco la equiparación instrumental que se establece *ope legis* en el apartado 2 del artículo 4 (“Titulares de los derechos”) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que matiza legalmente la afirmación doctrinal de los autores anteriormente citados. Véase lo indicado en la nota 23.

²⁸ RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, celebrado en Madrid, octubre de 2017)*, Murcia. Laborum. 2017, págs. 791-801, que expone claramente las diferentes pasarelas, y su oportunidad, que pueden relacionar las situaciones de discapacidad, incapacidad laboral, invalidez, dependencia o incapacidad judicial, si bien señala que no son absolutas ni automáticas entre todas ellas (pág. 791).

²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.

³⁰ Sobre estos elementos puede consultarse más ampliamente, entre otros, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^aN. y MALDONADO MOLINA, J. A., *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos. 2023, págs. 276 y sigs.; DE VAL TENA, Á. L., “Capítulo 7. Incapacidad permanente. Concepto...”, *op. cit.*, págs. 772-792.

previsiblemente definitivas y 4) persistencia previsiblemente definitiva de una alteración grave del estado de salud, pese a haber seguido un tratamiento e independientemente del carácter común o profesional de la contingencia.

Resulta especialmente conflictivo el último elemento de cara a la determinación de las fronteras entre la IP y la discapacidad. Y ello es porque, inicialmente, se exigen que las lesiones sean posteriores a la afiliación o al alta en la Seguridad Social, por lo que si dichas lesiones son previas no son evaluables a efectos de incapacidad permanente, considerándose con carácter general sólo protegible la incapacidad sobrevenida al trabajador. Quedan, por tanto, excluidas las lesiones congénitas o adquiridas con anterioridad a tener dicha condición, en aras de evitar lo que se podría considerar una especie de “compra de pensiones” si se permitiese que, a través de la afiliación, el alta y la cotización (durante un período de carencia ostensiblemente menor al requerido para la jubilación) en una fecha posterior a aquella en la que la contingencia protegida (la situación de incapacidad permanente) ya se habría materializado³¹. Por su parte, el artículo 193 de la LGSS, en su segundo párrafo, realiza una inclusión expresa al prever que: “... las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación”³². En otras palabras, si se produce una agravación de las lesiones preexistentes con efectos invalidantes para el trabajo sí procederá el reconocimiento de la prestación correspondiente, pues la agravación de las dolencias anteriores a la afiliación o el alta es suficiente para producir un efecto invalidante posterior al alta que anule la capacidad laboral que permitió al afectado realizar los trabajos determinantes de su inclusión en la Seguridad Social. De este modo, se protegen situaciones de discapacidad sobrevenida o agravada a la afiliación del trabajador para producir la incapacidad permanente.

En el caso de una gran invalidez resultará necesario que las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético no se hayan producido antes de la afiliación o alta del trabajador, de lo contrario no podrán ser tenidas en cuenta para causar protección por este grado de incapacidad, salvo cuando se traten de personas con discapacidad en las que se hubiera producido el agravamiento que recoge el artículo 193.1, 2º párrafo de la LGSS. Ahora bien, en este último caso, la valoración deberá hacerse partiendo de la capacidad ya reducida que presentaba el propio trabajador. Ciertamente, la doctrina del Tribunal Supremo ha seguido aquí una línea evolutiva que resulta interesante analizar.

Primeramente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016 (número de recurso 675/2016) se afirma que las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general. Ahora bien, cuando pueda apreciarse la existencia de contradicción entre las sentencias al

³¹ En ese sentido, PANIZO ROBLES, J.A., “De nuevo sobre las dolencias previas a la afiliación a la Seguridad Social: si la situación de dependencia existe antes de la afiliación a la Seguridad Social, no cabe lucrar pensión de gran invalidez, salvo agravación de aquélla (Con ocasión de la STS de 19 de julio de 2016. Rcd 3907/2014 [JUR 2016, 193867])”, *Aranzadi digital*, núm.1, 2016, (BIB 2016/4963).

³² La jurisprudencia marcó el origen de este apartado ya que si bien inicialmente venía negando que esas dolencias previas pudiesen tenerse en cuenta a los efectos de la declaración de la IP, la sentencia del TS de 26 de enero de 1999 (rec. 5066/1997), entre otras, abren una nueva línea jurisprudencial inclusiva que desemboca en la Ley 35/2002, que modificó el entonces artículo 136.1 LGSS.

constatarse la discrepancia entre las resoluciones al interpretar el tratamiento que debe darse a un mismo hecho: acreditar los actores la necesidad de una tercera persona para los actos esenciales de la vida con anterioridad al ingreso en el Sistema de Seguridad Social. Así, resulta que en ambos casos se trata de beneficiarios que acreditan la necesidad de asistencia de tercera persona para los actos esenciales de la vida con anterioridad al alta en el Sistema de Seguridad Social. Los servicios prestados tras el alta en Seguridad Social son en ambos casos para la ONCE. Ambos acreditan la agravación de sus lesiones durante la prestación de servicios. En el caso de la sentencia recurrida por un traumatismo y en la de contraste por degeneración de las dolencias previas. Y a ambos trabajadores se les reconoce por el INSS la situación de incapacidad permanente absoluta, solicitándose en ambos casos el reconocimiento de la situación de gran invalidez³³. De este modo, el Tribunal Supremo entra a conocer al entender que se trata de una cuestión jurídica y no fáctica: existe sustancial identidad fáctica acompañada de interpretaciones diversas del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el Tribunal Supremo aclara que las lesiones o enfermedades que se padecieran con anterioridad al alta en la Seguridad Social no han de tener incidencia en la valoración de una invalidez permanente, pues en caso de que existan algunas invalidantes del trabajo, la misma Seguridad Social tiene sistemas de protección o prestaciones para subvenir a esas situaciones o contingencias, como son las atenciones a las personas con discapacidad. No obstante, en el caso de concurrir el analizado párrafo segundo del citado precepto que prevé la protección vía IP de las personas con discapacidad agravada, “habrá que determinar si concurren los supuestos configuradores de los distintos grados de invalidez permanente, pero bien entendido siempre que la valoración no puede hacerse en comparación con la capacidad laboral normal de un trabajador ordinario, sino con la ya reducida que presentaba el propio trabajador. En definitiva, han de tenerse en cuenta, a tales efectos, las peculiaridades de su inserción en el mundo laboral, en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales del mundo laboral. Ello implica que la lesión preconstituida queda extraordinariamente relativizada en estos supuestos en los que, aun existiendo antes de la afiliación, el encuadramiento se ha producido teniendo en cuenta ya los padecimientos y la situación clínica del trabajador.

Por todo ello y teniendo en cuenta que el actor, “... con anterioridad al ingreso en el mundo laboral, una situación clínica que ya exigía la ayuda de una tercera persona, tal circunstancia no debe ser tenida en cuenta a efectos de la configuración de la nueva situación protegida que se produce como consecuencia exclusiva de la pérdida de la capacidad de trabajo que hasta entonces tenía el trabajador; de ahí que se le reconozca, por agravamiento de las lesiones que padecía y la aparición de otras nuevas, una Incapacidad Absoluta para todo Trabajo, pero, por lo mismo, ello le impide el reconocimiento de la Gran Invalidez, puesto que la situación clínica que podría dar lugar a la misma ya la padecía con anterioridad a su ingreso en el mundo laboral, sin que las nuevas lesiones o el agravamiento de las ya padecidas hayan tenido ninguna incidencia a los efectos invalidantes que se pretenden”³⁴.

³³ Se estiman las sentencias del TJS de la Comunidad Valenciana de 28 de febrero de 2006 (rec. 3807/2005) (sentencia de contraste), que procede la gran invalidez. En contra, cabe citar la sentencia del TJS Asturias de 24 de octubre de 2014 (rec. 2034/2014) (sentencia recurrida).

³⁴ El Tribunal Supremo consolida esta doctrina en sentencias posteriores, a saber: las sentencias del Tribunal Supremo núm. 730/2018 de 10 julio (RJ\2018\4148), y núm. 408/2018 de 17 abril (RJ 2018\1798). Sendas sentencias se pronuncian sobre agentes vendedores de cupones de la ONCE que, con anterioridad a su alta en el Sistema de Seguridad Social, presentaban patologías que hacían necesaria la ayuda de una tercera persona y que, con posterioridad, sus dolencias se ven agravadas impidiéndoles realizar el trabajo que venía desempeñando.

Otro tema que resulta muy conflictivo es el relativo a los distintos grados de incapacidad permanente y, en particular, a la relación que se refiere a la discapacidad e IP absoluta, total y gran invalidez. Todo ello, deviene de lo preceptuado en el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, sobre los derechos de las personas con discapacidad, en donde se indica lo que sigue: “...tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. El problema, en este punto, deviene de la posible equiparación de entre discapacidad e incapacidad permanente³⁵.

El Tribunal Supremo ha debido pronunciarse, en varias sentencias³⁶, para zanjar este polémico tema. Entiendo el Alto Tribunal que el 33% de discapacidad no se atribuye de manera automática a los afectados por una Incapacidad Permanente, al entender que el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, contiene una regulación “ultra vires” en relación con el mandato de desarrollo del Texto refundido que le otorgaba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, la cual mantenía en sus propios términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, en la que se basaba la doctrina tradicional de la Sala en este tema. A juicio del TS el reconocimiento de una IP (en grado total, absoluta o de gran invalidez) no equivale, de forma automática, a una discapacidad, a saber: “... la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no al de la Ley 51/2003. Así se indica de manera expresa en el art. 10 LISM, que atribuye a ‘equipos multiprofesionales de valoración’, entre otras competencias, ‘la valoración y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación’ (art 10.2.c. LISM). La disposición reglamentaria que desarrolla esta competencia de valoración y calificación es el RD 1971/1999, que contiene en su Anexo I un baremo de los valores porcentuales que corresponden a diferentes dolencias o enfermedades con secuelas discapacitantes” (STSS 21/3/2007 (rcud. 3872/2005); 7/7/2008 (rcud. 1297/2007); 7/4/2016 (rcud. 2026/2014)-entre otras muchas) sigue vigente bajo la nueva norma y ese 33% se atribuye exclusivamente a los propios efectos de la Ley 26/2011, no “a todos los efectos”, resultando palmario que si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, “... no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad”.

³⁵ TOMÁS JIMÉNEZ, N., “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”.... *op. cit.*; GARCÍA VALVERDE, M^a. D., “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 49/200714, 2007 (BIB 2007\1780); MORENO PUEYO, M. J., “Asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad. Alcance y límites”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.220, 2019, (BIB 2019\6158).

³⁶ Véanse las sentencias de 29 de noviembre de 2018 (STS núm. 992/2018, rec. 3382/2016; STS núm. 993/2018, rec.1826/2017; STS núm. 994/2018 rec. 239/2018). En particular, la sentencia de 29 de noviembre de 2018 analiza si en los casos en los que un beneficiario de Seguridad Social tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez se le ha de reconocer -al amparo de lo previsto en el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013-, de manera automática y a todos los efectos, el 33% de discapacidad, o, por el contrario, esa atribución no cabe hacerla en esa forma porque el precepto del Texto Refundido incurre en “ultra vires” en relación con la autorización normativa concedida para desarrollar normativamente la Ley 26/2011, de 1 de agosto, entendiéndose -en tal caso- que se quiere decir tan sólo a efectos de lo previsto en el RD-Legislativo 1/2013.

A la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 se formula voto particular por parte de la Magistrada Doña Rosa María Viroles (y a la que se adhieren el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina y el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana), quien entiende que el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 no contiene una regulación “ultra vires”, y que el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo (es decir del 33%). Aluden a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y ello “supone la consagración del cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad. Supera definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos”. Afirman que el marco de la asimilación que se contiene en el Texto refundido es el mismo que existía antes, aunque ahora se ha encajado en el conjunto de servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en el Texto Refundido.

*Esta doctrina se ha visto, a posteriori, ratificada por las sentencias del Tribunal Supremo núm. 156/2020, de 19 de febrero y núm. 302/2020, de 12 de mayo³⁷, al considerar que- efectivamente- el artículo 4.2 de la Ley de Discapacidad ha incurrido en *ultra vires* por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del art.1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto, que, además de atribuirle esa delegación, ratifica el contenido de aquel art. 2.1 de la Ley 51/2003 en los términos que hemos expuesto, y que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase “a los efectos de esta ley” por la de “a todos los efectos”, en una evidente alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar.*

Tras esta doctrina se han abierto otros interrogantes³⁸, sobre todo respecto a los certificados de discapacidad que equipararon el grado de 33% a personas con grado inferior por asimilación o equiparación a situaciones de incapacidad permanente. Y es que, todos ellos, han dejado de tener validez a todos los efectos legales. Por otra parte, la doctrina se pregunta por las personas que accedieron a una plaza de empleo preferente u obtuvieron un tratamiento fiscal más favorable³⁹; teniéndose que respetar las situaciones adquiridas o consolidadas antes de la declaración de “*ultra vires*”.

2.2. ¿Cambios tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación?

El 14 de julio de 2022, sale a la luz la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (conocida como Ley Zerolo). En el cuerpo de esta ley ya se establece: 1) que nadie puede ser discriminado por razón de enfermedad (artículo 2.1), 2) que la enfermedad no puede amparar diferencias de trato distintas a las derivadas del ejercicio de algunas actividades o la salud pública (artículo 2.3) y que las disposiciones, actos o cláusulas discriminatorias serán nulas (artículo 26). A pesar de esto, lo cierto es que todavía sigue generando controversia en sede judicial y doctrinal esta temática, sobre todo en materia de incapacidad temporal, lo cual cabe extrapolar también a los supuestos de incapacidad permanente. A buen ejemplo, las sentencias

³⁷ VICENTE PALACIO, M.A., “No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)”, *Revista Jurisprudencia Laboral*, N°6 de 2020.

³⁸ TOMÁS JIMÉNEZ, N., “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”..., *op. cit.*

³⁹ TOMÁS JIMÉNEZ, N., “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”..., *op. cit.*

de 24 de enero de 2023 del Juzgado de lo Social de Almería (número de recurso: 710/2022) y la de 15 de febrero de 2023 del Juzgado de lo Social de Granada (número de recurso: 753/2022) en donde se afirma que la causa de despido por incapacidad laboral conlleva la nulidad, aunque no se haya declarado la existencia de una discapacidad. En efecto, la discriminación del trabajador por razón de enfermedad constituye causa suficiente para declarar la nulidad. Por el contra, la sentencia de 14 de febrero de 2023 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (número de recurso: 2636/2022) considera que, la entrada en vigor de la Ley 15/2022 no ha supuesto ningún cambio, pues no ha modificado el contenido del artículo 55 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), como tampoco la jurisprudencia anterior. Por lo tanto, aunque el despido sea discriminatorio, quedará a ojos del juez el declarar la improcedencia (como ya ocurría en la mayoría de los casos) o la nulidad del despido.

Parece que la opción a seguir por los tribunales va a ser, lamentablemente, esta segunda. Y es que, como bien indica la misma Exposición de Motivos de la Ley 15/2022, “no se pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen”. Queda claro que no se refuerzan, ni garantizan los derechos *per se* que les corresponden a los trabajadores en situación de baja por incapacidad temporal, sino que -por el contrario- se crea un efecto disuasorio que no apacigua el debate existente. No se olvide que el artículo 14 de la Carta Magna reconoce el derecho a la igualdad como un derecho fundamental (inserto en el Capítulo I del Título I de la Constitución). Y, de otra parte, el derecho a la salud se configuraría, desde una manifiesta interpretación asistemática y desconocedora de la unidad de la Norma Fundamental, dada su equivocada ubicación sistemática en el texto constitucional, como un principio rector de la política social y económica (artículo 43 de la Constitución, incardinado en el Capítulo III, “Principios rectores de la política social y económica”, del Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”) al que se le otorgaría una debilitada protección que no queda exenta de críticas, toda vez que tenía que haberse configurado como un derecho fundamental en el contenido del Título I de la Constitución Española. Son muchos los vaivenes que, en torno a esta materia, ha protagonizado la doctrina del Tribunal Constitucional. Sin embargo, lo cierto es que, a pesar del constante tira y afloja, el derecho a la salud se ha erigido en pilar fundamental para la construcción de un constitucionalismo democrático-social que pretende dar primacía a los ciudadanos (derecho subjetivo) frente a los intereses económicos y mercantilistas propios de sociedades poco inclusivas. Por todo ello, al derecho a la salud se le otorga y reconoce (tanto en la normativa internacional, como en la comunitaria y en la nacional) el carácter de derecho primario y fundamental vinculado al derecho a la vida, a la integridad física y la dignidad de toda persona. Para ello debe atenderse a una obligada interpretación sistemática y teleológica del artículo 43 de nuestra Constitución, poniéndolo necesariamente en conexión con el sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales, es decir, con el grupo normativo constitucional integrado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la propia Norma Fundamental⁴⁰. Hay que tener en cuenta que al amparo de este grupo normativo constitucional los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria pueden llevar a cabo el control de constitucionalidad⁴¹. Por lo

⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J.L., “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones Laborales*, nº 9, 2014, págs. 1-15 en su versión digital. Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, espec., capítulo III (“La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”), págs. 137-212. Del mismo autor, “La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Nº 5-6, 2010, págs. 69-94 y 59-86, respectivamente.

⁴¹ Cuya admisibilidad es nitidamente fundamentada en la STC 140/2018, Pleno, de 20 de diciembre de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 3754-2014, fj. 6º. Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. Véase, al respecto y en relación a los derechos de Seguridad Social, MONEREO PÉREZ, J.L., “La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como ‘Constitución Social’ de la Europa amplia”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, nº. 4, 2022, págs. 215-326. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622/719> ; MONEREO PÉREZ,

demás, la interpretación sistemática y teleológica en marco de ese sistema multinivel determina inequívocamente que la salud y asistencia sanitaria se configura como un verdadero derecho social fundamental y no meramente como un simple “principio rector”.

En la forma política de Estado Social y Democrático de Derecho que establece la Carta Magna se habrá de proteger el derecho a salud, procurando evitar intervenciones restrictivas de este derecho por parte de los Poderes Públicos. A tal fin, ¿por qué la Ley 15/2022 no ha protegido, como un derecho fundamental, los despidos durante los procesos de baja por IT y por IP? La respuesta a esta pregunta aparece en el mismo encabezado de la Ley 15/2022. En efecto, se trata ésta de una normativa que no tiene rango de ordinaria debido a que el Gobierno no alcanzó la mayoría absoluta que requería para aprobarla como Ley Orgánica. Por lo que, todo apunta a que de nuevo los trabajadores tendrán que litigar y luchar para conquistar derechos que no les reconoce expresamente el legislador⁴². No obstante, en este punto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de Europea de 18 de enero que, a continuación expondremos, arroja bastante luz y ya vaticina la necesidad de una propuesta de reforma legislativa que afectará de lleno a la Ley del Estatuto de los Trabajadores, pues en todo momento se han de cumplir los estándares normativos comunitarios. Y, todo ello, de acuerdo con los principios de primacía y de jerarquía.

3. La extinción del contrato basada en el previo reconocimiento de una incapacidad permanente total: estudio de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (C-631/22)

El panorama judicial en España ofrece diferencias en función del tribunal que evalúa el caso. Y es que, no existe aún una doctrina uniforme consolidada que proteja al trabajador en situación de incapacidad (tanto temporal, como permanente) frente al despido. Los pasos más relevantes que se han dado en la nación española han sido gracias a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pasito a pasito, se está avanzando en la materia.

3.1. Hechos controvertidos

En este sentido, resulta muy relevante la sentencia del TJUE en su sentencia de 18 de enero de 2024 (C-631/22), caso J.M.A.R y Ca Na Negreta S.A con intervención del Ministerio Fiscal. Los hechos que describa la sentencia versan sobre un conductor de camión de retirada de residuos que sufrió, en tiempo y horas de trabajo, un accidente que le causó una fractura abierta en el calcáneo del pie derecho. El INSS dictó una resolución poniendo fin a la incapacidad temporal y reconociendo una indemnización por “lesión permanente no invalidante”. A petición del trabajador, la empresa acordó un cambio de puesto de trabajo que le permitía trabajar con sus limitaciones físicas.

J.L., *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis*, Murcia, Laborum, 2021, espec., págs. 11 y sigs., y 29 y sigs. Reafirmando la fuerza vinculante de los tratados y acuerdos internacionales y de sus organismos de control, STC 61/2024, de 9 de abril, f.j.4, donde se declara que el cumplimiento de los tratados lleva aparejada la exigencia de respeto de los procedimientos y de las decisiones de los órganos internacionales de garantía de los derechos concernidos. En una perspectiva más general sobre el control de convencionalidad, véase JIMENA QUESADA, L., “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 53, 2019; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Control de convencionalidad y Carta Social Europea”, en SALCEDO BELTRÁN, C. (Dir.), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social Europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2021; SALCEDO BELTRÁN, C., “Conclusiones 2021 del comité europeo de derechos sociales: más utopía que realidad en los derechos relativos a la salud, la seguridad social y la protección social”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 57, 2022.

⁴² LÓPEZ INSUA, B.M., “La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?”, *IUSLABOR*, N°2, 2023.

El trabajador recurrió judicialmente contra la resolución del INSS que le había denegado la invalidez permanente y, dos años más tarde, fue reconocido en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de conductor de camión de retirada de residuos (sin prever la posibilidad de revisión por mejoría).

La empresa comunicó al demandante su cese en el trabajo después de la sentencia, lo que llevó al demandante a interponer una reclamación judicial alegando despido discriminatorio. Sin embargo, la reclamación fue desestimada por el juzgado porque, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el reconocimiento de la incapacidad total conlleva la baja en la empresa y no hay obligación legal por parte de la empresa de ubicar al trabajador en otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa.

Dados los hechos, el TSJ Baleares formuló dos cuestiones prejudiciales ante el TJUE, a saber:

“1) El artículo 5 de la [Directiva 2000/78], a la luz [de] los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo la aplicación de una norma nacional que contemple como causa automática de extinción del contrato de trabajo la discapacidad del trabajador/a (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual, sin previsión de mejoría), sin previo condicionamiento al cumplimiento por parte de la empresa del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o justificar la carga excesiva de tal obligación)?

2) Los artículos 2, apartado 2, y 4, apartado 1, de la [Directiva 2000/78], a la luz de los apartados 16, 17, 20 y 21 de su preámbulo, de los artículos 21 y 26 de la [Carta] y de los artículos 2 y 27 de la [Convención de la ONU], ¿deben ser interpretados en el sentido de que la extinción automática del contrato de trabajo de un trabajador por causa de discapacidad (al ser declarado en situación de incapacidad permanente y total para su profesión habitual), sin previo condicionamiento al cumplimiento del mandato de adoptar “ajustes razonables” a la que obliga el referido artículo 5 de la Directiva para mantener el empleo (o a la previa justificación de la carga excesiva de tal obligación), constituye una discriminación directa, aun cuando una norma legal interna determine tal extinción?”

3.2. Adaptación del puesto, derecho al empleo e igualdad y límites a la extinción del contrato por incapacidad permanente

El TJUE procede a examinar y responder conjuntamente las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Las Islas Baleares y lo hace apoyándose en la sólida fundamentación ya asentada a nivel del Derecho europeo. Por lo que tras recordar el contenido de la Directiva 2000/78 en relación al concepto de “discapacidad”, conforme a las disposiciones de la Convención de la ONU, indica que la “discriminación por motivos de discapacidad” se produce cuando ésta tenga: “... el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Este concepto incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. En efecto, el empresario queda obligado a “... adoptar las medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas, teniendo en cuenta cada situación individual, para permitir a cualquier persona con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se le ofrezca formación, sin que suponga una carga excesiva para el empresario”.

En este sentido, el TJUE analiza, de un lado, el concepto de “carga excesiva y ajustes razonables” para, acto seguido, estudiar lo dispuesto por la Ley del ET en los supuestos de extinción por incapacidad permanente. Queda claro que el concepto de “ajustes razonables” habrá de realizarlo el empresario, siempre que sea posible y cuando, a causa de la discapacidad del trabajador, no pueda éste realizar sus funciones esenciales en el puesto de trabajo. Por tanto, de lo que se trata es de una adaptación o reubicación en un puesto para el que el trabajador disponga de competencias, capacidades y de la disponibilidad exigida al efecto. En este sentido, el hecho de que el trabajador (en cuestión) haya sido reubicado durante más de un año, evidencia (más si cabe) las carencias del marco normativo, porque parecía compatible con las limitaciones físicas resultantes de su accidente de trabajo. Motivo por el que afirma que la normativa admite así: “... dispensar al empresario de su obligación de realizar o, en su caso, mantener, ajustes razonables, como un cambio a otro puesto, aun cuando el trabajador de que se trate disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad requeridas para desempeñar las funciones esenciales de ese otro puesto (...). Además, dicha normativa tampoco parece obligar al empresario a demostrar que tal cambio de puesto podría imponerle una carga excesiva (...), antes de proceder al despido del trabajador”.

De acuerdo con esta idea, no entiende el TJUE la relevancia que, a efectos de esta controversia, supone el reconocimiento de una incapacidad permanente total a petición del trabajador y que le dé derecho a una prestación, conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones. Especialmente porque si se obliga a un trabajador con discapacidad a “soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social” se estará “menoscabando el efecto útil del art. 5 Directiva 2000/78, interpretado a la luz del art. 27. 1, de la Convención de la ONU, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo”. Dicho en otras palabras, lo que el TJUE viene a reconocer es que pese a las previsiones que establece el 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores de extinción del contrato en caso de IP, prima aquí el derecho al empleo en igualdad de condiciones y la protección frente a las situaciones de discapacidad reconocidas (tal y como establece la normativa comunitaria), por lo que cabe deducir que el empresario adoptó libre y arbitrariamente la decisión de “despido”.

Por lo tanto, no cabe “asimilar” una “... incapacidad permanente total, que solo afecta a las funciones habituales, al fallecimiento de un trabajador o a una incapacidad permanente absoluta que (...), designa una incapacidad para todo trabajo, dicha normativa nacional es contraria al objetivo de integración profesional de las personas con discapacidad a que se refiere el artículo 26 de la Carta”, salvo que dicha situación tenga una previsión de mejoría de dos años. En efecto, esta salvedad resulta aquí relevante, pues si la IP pudiera ser objeto de revisión antes de dicho plazo (dos años), no cabría entonces proceder a la extinción del contrato por vía del artículo 49.1 e) del ET, sino que procedería su suspensión (conforme al artículo 482. Del ET).

Ciertamente, el Estado español es el único competente para organizar su sistema de Seguridad Social y determinar los requisitos para la concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, lo cual no le exime de respetar el Derecho de la Unión Europea. Claramente aquí, el TJUE está imponiendo al empleador la obligación de intentar la realización de ajustes razonables en otro puesto de trabajo para garantizar, siempre que sea posible, la continuidad en el empleo de una persona trabajadora afectada por una incapacidad permanente⁴³.

⁴³ Indica, de forma literal, el TJUE en su sentencia lo siguiente: “convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva, en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 45 de la presente sentencia”.

En este orden de ideas, se aclara que la extinción del contrato por trabajo por declaración de IP no puede operar de manera automática, pues requiere de una justificación o valoración por parte de empresa al tratarse de una causa de terminación de la relación laboral autónoma y “ajena” por completo a la voluntad o no del trabajador.

En definitiva, los argumentos arrojados les lleva al TJUE a afirmar que la facultad extintiva que confiere el artículo 49.1 e) del ET en caso de incapacidad permanente es contraria al artículo 5 de la Directiva 2000/78. No significa ello que cuestione el Alto Tribunal europeo la posible resolución del contrato por incapacidad permanente, pero sí indica que antes de proceder a la extinción habrá que realizar una evaluación para determinar si son posibles ajustes razonables para permitir la conservación del empleo de la persona afectada. En este sentido, es probable que los servicios de prevención deban asumir aquí un papel determinante para hacer esta valoración. Entendemos, por todo ello, que habrá que modificar el artículo 49.1 e) del ET para ajustarlo a la Directiva europea, así como a la normativa internacional. Lo cual refuerza aún más la garantía de protección de las personas en situaciones de incapacidad para trabajar (temporal y permanente), sobre todo en caso de que se declare una discapacidad.

Justamente, en este punto, a fecha de 3 de abril de 2024 el Gobierno (en concreto, el Ministerio de Trabajo) ha sellado un acuerdo junto al presidente del Comité Español de Representación de Personas con Discapacidad (CERMI). Se pretende con este acuerdo, tras la sentencia del TJUE que aquí estudiamos, elevar la protección frente al despido automático de las personas en situación de incapacidad permanente. De aprobarse este anteproyecto de ley, el despido del trabajador quedaría condicionado “a la voluntad de trabajador o a la posibilidad de adaptar su puesto de trabajo a otro puesto compatible con su nueva situación”, lo que exige retocar el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no resuelve, por ser una cuestión de legalidad ordinaria interna, la suerte que debe correr la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en caso de incapacidad permanente sin indemnización alguna, como permite el artículo 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores, que introduce en el mismo saco a la muerte y a la gran invalidez con la incapacidad permanente como válidas causas de extinción del contrato. El TJUE lo califica como una extinción no consentida, y como tal, puede constituir un despido, salvo que se hayan cumplido los resortes de adaptación que la propia sentencia especifica. Ampliar el abanico de libertad en los supuestos de enfermedad en el ocaso de la carrera profesional debería permitir también poner fin a la vida laboral si así se desea o lo imponen las condiciones de salud, con la protección de la prestación contributiva de Seguridad Social correspondiente; pero el derecho a una indemnización en estos casos es una decisión de política legislativa todavía a resolver, a la luz, precisamente, de esta decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En consecuencia, la decisión de extinción no puede ser automática y ni ser considerada como una extinción basada en una causa legítima -no lo puede ser una mecánica baja ante la Seguridad Social- y en aplicación del artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, entendemos, que no se ofrece una justificación objetiva y razonable de la medida adoptada o, en los términos del artículo 4 de la Ley 15/2022, no puede justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla⁴⁴.

⁴⁴ Sobre este punto el Juzgado de lo Social número 2 de Vigo, a fecha de 19 de enero de 2024, añade un dato importante acerca de la indemnización. Y es que, insiste en que pese a que se declare la nulidad del despido no cabe aquí indemnización por daños morales porque “no [se] puede aplicar de oficio indemnización alguna por la constatada vulneración de derechos fundamentales ya que no se pidió ni en la instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de la doctrina”.

Con todo, es manifiesto que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supone, *como efecto jurídico inmediato*, la obligada observancia del “principio de interpretación conforme” al Derecho comunitario del grupo normativo regulador de esta materia en la legislación nacional (grupo normativo integrado, señaladamente, por los artículos 49.1.e) y 48.2 del ET y por el artículo 7⁴⁵ del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social). De este modo no es admisible el despido automático del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente. Sólo podrá procederse al despido cuando –llegado el caso– concurra la ineptitud sobrevenida (cuya concurrencia ha de ser objeto de alegación y prueba por parte del empleador) prevista en el artículo 52.a) del ET⁴⁶, para el despido por circunstancias objetivas y con el abono de la correspondiente indemnización compensatoria de la pérdida del empleo (artículo 53.1 del ET). De manera que, en tal caso, estaríamos ante un despido objetivo indemnizado.

Asimismo, y lo antes posible, en aras de la seguridad jurídica y de la precisión exigible en una depurada técnica legislativa, debe conllevar la exigencia ineludible de una reforma legislativa de las referidas disposiciones legales; una reforma que esté en consonancia con dicha interpretación y ser plenamente coherente, así, con la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y con nuestra Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

4. Bibliografía

- CORDERO GORDILLO, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- CUENCA GÓMEZ, P Y DE ASÍS ROIG, R.: “Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15)”, en MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- DE ASÍS, R.: “De nuevo sobre Constitución y discapacidad”, *Universitas*, N°31, 2020.
- DE ASÍS, R.: *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013.
- DE DOMINGO, T.: “La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflictivismo”, en MARTÍNEZ-PUJARTE, A.L. y DE DOMINGO, T.: *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2010.
- DE VAL TENA, Á. L.: “Incapacidad permanente. Concepto, grados y requisitos (Capítulo 7)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir. y Coords.): MALDONADO MOLINA, J. A.; DE VAL TENA, Á. L. (Coords.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Murcia, Laborum, 2017.

⁴⁵ Del siguiente tenor: Artículo 7 (“Supuestos de declaración de invalidez permanente con reserva de puesto de trabajo”). “1. La subsistencia de la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo, que se regula en el apartado 2 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sólo procederá cuando en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento de invalidez, a tenor de lo previsto en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social, se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igual o inferior a dos años. 2. En el supuesto al que se refiere el apartado anterior, se dará traslado al empresario afectado de la resolución dictada al efecto por la correspondiente Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social”.

⁴⁶ “El contrato de podrá extinguirse: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa”.

- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.
- FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: “Incapacidad permanente y trabajadores de edad avanzada (Capítulo 3)”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.
- GARCÍA SABATER, A.: “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.221, 2019 (BIB 2019\5830).
- GARCÍA VALVERDE, M^a. D.: “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 49/200714, 2007.
- HOLMES. O.W., *The Common Law*, trad. F. N. BARRANCOS y VEDIA, revisión, edición y estudio preliminar, “La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del “Common Law” tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes”, a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020.
- ITURRI GÁRATE, J. A.: “Incapacidad permanente y personas con discapacidad y dependientes” en RIVAS VALLEJO, P. (Dir.): *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*. Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.
- LAHERA FORTEZA, J.: “Despidos durante la baja médica”, en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios.
- LLANO SÁNCHEZ, M.: “Trabajadores con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A y LÓPEZ INSUA, B.M (Dirs y Coords): *Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2016.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 53, 2019.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La inclusión de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos. Principios de justicia y obligaciones generales”, *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, N° Extraordinario 1, 2023. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/754>
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La incapacidad temporal desde una perspectiva crítica: ¿Avance o retroceso en los procesos de despido, digitalización o género?,” *IUSLABOR*, N°2, 2023.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3/2022.

- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L.: *Derechos Fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L y GUINDO MORALES, S.: “Extinción contractual y discapacidad. Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción de la relación laboral por incapacidad sobrevenida”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un trabajo decente”, *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, N°177, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Deslinde e interconexión entre discapacidad e incapacidad permanente: Norma y praxis jurisprudencial”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n°. 62, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ VICO, S.: “Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3ª 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)”, *Revista La Ley Unión Europea*, N°102 de 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (Dirs y Coords): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C.: “El derecho a la protección de las personas minusválidas (“discapacitadas”) (Artículo 49 de la Constitución Española)”, en MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M.N (Dirs y Coords): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J.L, GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, Á.L (Dirs) y López Insua, B.M (Coord): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, n°. 8, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.): *La protección jurídica-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords.), Murcia, Laborum, 2021.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. (Dirs.): *Empleo y protección social de las personas con discapacidad en Andalucía*, N° Extraordinario 5 (2023) de la *Revista de Derecho de la Seguridad Social*.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^aN. MÁRQUEZ PRIETO, A., y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos. 2023.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

- MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “El modelo legal de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el derecho internacional”, *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, N^o Extraordinario 1, 2023. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/754>
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo en la Carta Social Europa (Artículo 1 de la Carta Social Europea Revisada)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Protección en caso del despido injustificado (Artículo 30)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona (Capítulo 3)”, en RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación* (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), celebrado en octubre de 2017), Murcia, Laborum, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, n^o 1, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación “anticipada” por razón de discapacidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n^o. 6 (2022). https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2022-00000001922
- MONTAÑA MEDINA, D.: “Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n^o28, 2021.
- MORENO PUEYO, M. J.: “Asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad. Alcance y límites”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.220, 2019.
- MORENO VIDA, M.N.: “Protección de la salud y atención integral a las personas con discapacidad”, *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, N^o Extraordinario 1, 2023. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/754>

- MUÑOZ RUIZ, A.B.: “El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los ciudadanos. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06”, *Temas Laborales*, Nº 101, 2009.
- NAVARRO MARTÍNEZ, C.: “Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación”, en ARENAS ESCRIBANO, R y CABRA DE LUNA, M.A (Coords): *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015.
- NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Paidós, 2012.
- PANIZO ROBLES, J.A.: “De nuevo sobre las dolencias previas a la afiliación a la Seguridad Social: si la situación de dependencia existe antes de la afiliación a la Seguridad Social, no cabe lucrar pensión de gran invalidez, salvo agravación de aquélla (Con ocasión de la STS de 19 de julio de 2016. Rcd 3907/2014 [JUR 2016, 193867])”, *Aranzadi digital*, núm.1, 2016, (BIB 2016\4963).
- PÉREZ BUENO, L.C.: “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en PÉREZ BUENO, L. C (Ed): *2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Cinca, 2012.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Celebrado en Madrid, octubre 2017), Murcia, Laborum. 2017.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “La compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente y el trabajo por cuenta propia: una vía para el emprendimiento de las personas con discapacidad”, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, celebrado en Madrid, octubre, 2017), Murcia, Laborum. 2017.
- ROQUETA BUJ, R.; FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014.
- RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección del trabajador con discapacidad, en MONEREO PÉREZ, J.L., y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs): *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016.
- RUÍZ SANTAMARÍA, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J. A.: “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos”, en BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. y BIEL PORTERO. I. (Coords): *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^aN., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs) y LÓPEZ INSUA, B.M y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coords): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

VICENTE PALACIO, M.A.: “No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)”, *Revista Jurisprudencia Laboral*, N° 6, 2020.

LA (DES)PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL MANEJO DE LAS MODERNAS TECNOLOGÍAS. LA ATENCIÓN SANITARIA

MARÍA DEL CARMEN BURGOS GOYE

(...) Por otra parte, la debilidad del cuerpo, es decir, la pérdida de la fuerza física, no se compara de ninguna manera con la belleza de un discurso elocuente y sabio. Así pues, no se le pide al anciano que tenga fuerza física, sino sabiduría; pues “la ancianidad es llevadera si se defiende a sí misma, si conserva su derecho, si no está sometida a nadie, si hasta su último momento el anciano es respetado entre los suyos.”

MARCO TULIO CICERÓN (PFO XI, 38)¹.

1. Planteamiento general

En pleno siglo XXI hemos pasado del respeto y admiración a nuestros mayores a crear y perpetuar de forma no sabemos si consciente o no, el sesgo discriminatorio por razón de edad “edadismo” o “microedadismo”, vulnerando los derechos fundamentales de este grupo vulnerable. Y esta discriminación multicausal se ha intensificado en la última década debida entre otras razones: al aislamiento, la soledad, la tendencia a la resignación, el desinterés por el entorno, el escaso hábito que muestra este colectivo hacia el asociacionismo como forma de defensa y las dificultades para el manejo de las modernas tecnologías, debido este último punto, al uso de la inteligencia artificial en el área de la medicina y la salud pública para las personas

¹ CICERÓN, M.T.: *Sobre la vejez*, Madrid, Editorial Tal Vez, 2005.

mayores, cuyas condiciones puede exacerbar o introducir nuevas formas de discriminación por edad.

Para comprender la magnitud del problema, hay que delimitar el ámbito subjetivo que lo integra, su composición, problemas a los que se enfrentan, así como la respuesta política-institucional y jurídico-normativa al mismo. Para ello, *prima facie*, debemos partir de la premisa que la edad es un constructo social y el primer dilema que se plantea es delimitar el concepto, es decir, a partir de qué edad se forma parte de esta categoría. Así pues, nos encontramos ante una cuestión social-la vejez-, cuya configuración se subordina a sinergia de una heterogeneidad de factores que hay que examinar desde un enfoque específico según el contexto y un ámbito delimitado: socio-profesional, económico, político, etc.

En este sentido, existe una opinión generalizada de que una persona pasa a ser “mayor”, cuando se jubila, cuya fijación es establecida de forma unilateral por cada Estado, si bien, existe una horquilla de edad universalizada para su determinación que oscila entre los 60 años a los 65 años.² En este sentido, se considera como un fenómeno “connatural” para todas las personas, aunque en la práctica tiene una relación más estrecha con la edad fisiológica³.

Sin embargo, se suele discriminar a las personas por razones de edad, antes de cumplir la edad pensionable de jubilación, como regla general a partir de los 50 años, cuya manifestación se suele producir y visibilizar en la esfera laboral, cuando solicitan un nuevo puesto de trabajo. En cambio, desde el punto de vista médico en cambio, esta edad es diferente generalmente a partir de los 65 años, sirva de paradigma de lo expuesto, la pandemia del Covid 19, que en algunos contextos, la edad se ha utilizado como único criterio en el acceso a la atención médica, vacunación y a terapias que salvan vidas y en el ordenamiento de confinamientos.

En efecto, esta carencia de unicidad en torno a esta categoría jurídica, se plantea *ab initio*, a la hora de efectuar la clasificación para determinar la edad a partir de la cual el sujeto forma parte de este grupo social, ante la falta de unanimidad sobre este punto, tomaremos como referencia el *Informe sobre el Envejecimiento y la Salud de 2015*, de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en que segmenta las edades y expectativas de vida en cinco grupos: 1) de 0 a 17 años menores de edad; 2) 18 a 60 años jóvenes; 3) entre 60 y 74 años se considera una persona de edad avanzada; y, 4) desde los 74 a los 90 es vieja; y 5) a partir de los 90 es de una vejez avanzada.

Es decir, independientemente del vocablo que utilicemos para su denominación cuya elección puede conllevar un tratamiento peyorativo o discriminatorio, lo que está meridianamente claro, es que todo el mundo cumple años y la vejez biológica es un proceso gradual que varía en cada individuo y está influenciado por diversos factores genéticos, ambientales y de estilo de vida. Por ello, no podemos establecer de forma omnicomprendensiva un momento específico en el tiempo en el que se pueda marcar el inicio de la vejez, ya que es un proceso continuo y no una línea

² Diario elEconomista.es: “Estos son los países que permiten jubilarse más joven”, 23 de abril de 2023. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12237692/04/23/estos-son-los-paises-que-permiten-jubilarse-mas-joven.html>. Según la Organización por la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), las edades más bajas para jubilarse las registran las mujeres. En países como Arabia Saudí la edad establecida para retirarse es a los 47 años tanto para hombres como para mujeres. Turquía a los 52 años hombres y a los 49 mujeres, China a los 60 años hombres y 55 años mujeres; y, Rusia, Colombia, Brasil a los 62 años hombres y 57 años las mujeres. Por contra, los países en que la edad de jubilación es más elevada para los hombres son: Islandia y Noruega a los 67 años tanto para hombres como para mujeres, mientras que, Israel la establece a los 67 años para los hombres y 62 años para las mujeres. También establecen idéntico límite etario de jubilación tanto para hombres como para mujeres a los 66 años: Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Dinamarca, Austria, entre otros.

³ Naciones Unidas (CEPAL): *Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible Perspectiva regional y de derechos humanos*, Sandra Huenchuan (ed.), Naciones Unidas, 2018, p. 91. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/431e4d95-46d9-4de6-a0a6-d41b1cb7d0b9/content>

divisoria claramente definida. Sin embargo, se han identificado ciertos cambios biológicos y marcadores que tienden a manifestarse con mayor frecuencia en personas de cierta edad.

Por todo ello, generalmente, se considera que a partir de los 60 años, una persona puede entrar en la categoría de “adulto mayor” o “tercera edad”, que conlleva no solo cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales, sino también, de forma inexplicable una limitación de derechos, soterrado bajo el subterfugio de que han perdido algunas de sus facultades físicas o cognitivas, o bien, no dispongan de los medios necesarios para sobrevivir con dignidad, a nuestro juicio, esto no son más que operaciones estéticas para enmascarar la conculcación de los derechos humanos que sufre de forma ignominiosa este colectivo y que al igual que el resto de grupos vulnerables, deben ser salvaguardados por los poderes públicos y evitar la lesión de sus derechos fundamentales, porque más pronto o más tarde, con suerte todos llegaremos a esa etapa de la vida y reclamaremos una sociedad más inclusiva que *hic et nunc* no reclamamos ni construimos para nuestros mayores.

Asi pues, trataremos de esbozar algunas medidas que a nuestro juicio, deben introducirse dirigidas a la prevención o eliminación de prácticas o situaciones discriminatorias en las personas mayores, principalmente en el ámbito político, sanitario, y en la IA, entre otros. Sobre este último punto, subrayar la necesidad de que se incorpore principios éticos compatibles con la dignidad, igualdad, no discriminación o justicia, entre otros, y que no contengan sesgos algorítmicos que puedan violarlos máxime en un grupo tan extremadamente vulnerable como es el de “los mayores de edad avanzada”, cuya exclusión social es fruto de la simbiosis de las limitaciones propias del anciano (lo que depende de cada persona y de sus posibilidades de respuesta a las modificaciones del medio) y de las respuestas negativas y las dificultades procedentes del medio social⁴.

2. Las cifras no mienten destapan verdades

Según el Banco Mundial⁵ en 2021, las personas de 65 años de edad o más, representaban el 9,54% de la población mundial, es decir, aproximadamente el 10% de la población mundial se encuentra en la tercera edad y esto nos lleva al axioma de que vivimos más tiempo que nunca, debido fundamentalmente a los avances y mejoras en la salud. Cifras que no son más que el reflejo del envejecimiento de la población mundial siendo como no podía ser de otra manera, mayor la esperanza de vida, tanto en los países desarrollados como en los países en vías de desarrollo, mientras que, en el reverso de la moneda, se observa como cada vez, se reduce más la fertilidad. Este dato es reflejo de los grandes avances y mejoras en el área sanitaria pero como contrapartida se ha producido una drástica reducción en la fertilidad. En base a lo expuesto, la propia entidad apunta unas posibles soluciones ante este enorme reto en su Informe “El envejecimiento, la auténtica bomba demográfica” de junio de 2023: “(...) el reto demográfico más extraordinario que enfrentamos ya no es el rápido crecimiento de la población, sino su envejecimiento. Una buena preparación - que combine cambios de comportamiento, la inversión en capital humano e infraestructura, reformas políticas e institucionales e innovaciones tecnológicas- puede ayudar a los países a superar este reto y aprovechar las oportunidades que brinda el cambio demográfico⁶”.

Todo esto ha llevado a este organismo a promover un envejecimiento saludable, en el que las innovaciones tecnológicas ofrecen grandes posibilidades para abordar los retos que

⁴ Cfr. LUNA MALDONADO, A.: “Anciano y marginación social”, *Revista Aragonesa de Medicina Legal*, Monográfico Medicina Legal y Geriatria, núm. 3, 2001, p. 143.

⁵ BANCO MUNDIAL. Población mayor de 65 años y más (% total). 2021. Disponible en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.65UP.TO.ZS?end=2019&start=1960&view=chart>

⁶ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. Informe el envejecimiento, la auténtica bomba demográfica, Finanzas y Desarrollo, de Junio de 2023, p.59-61. Disponible en: <https://www.imf.org/es/Publications/fandd/issues/SeriesAnalytical-Series/aging-is-the-real-population-bomb-bloom-zucker>

plantea el envejecimiento de la población ,en el que juegan un importante papel los avances en tecnología de la salud (desarrollo de vacunas seguras y eficaces, así como de sensores portátiles para seguimiento sanitario), dispositivos de asistencia (robots) y tecnología de la información (expedientes médicos electrónicos interoperables, y el aumento y mejora de los datos poblacionales para entender qué significa envejecer, y desarrollar políticas para mejorar la experiencia).

Así pues, partiendo de estos datos es necesario conocer la situación de Europa, según el Informe “Envejecimiento en Europa: una mirada a las personas mayores” de 2019, la radiografía de la población mayor de 65 años y las proyecciones para esta en la EU-28 en 2050, sitúa a Europa ante un escenario, en el que destaca los siguientes aspectos:

Un 19,7% de la población supera actualmente los 65 años, lo que en conjunto supone un quinto de la población total de EU-28 (2018).

Los datos sugieren que este proceso de envejecimiento se intensificará en las próximas décadas, resultando un aumento de la población mayor de 65 años. En base a lo expuesto, se estima que el crecimiento de personas mayores de 65 años pasará de 101 millones (2018) a 149 millones en 2050, fundamentalmente en la franja de personas con edades entre los 75 y los 84 años de edad (se calcula que esta franja crecerá un 60,5%).

Se proyecta que el número de personas con 85 años pase de 13,8 millones en 2018 a 31,8 millones en 2050. El sobre-envejecimiento de la población constituye uno de los núcleos de este desafío demográfico al comportar costes considerables relacionados con una adecuada atención sanitaria y provisión de cuidados, y la intensificación del uso de los servicios sociales.

Se constatan asimismo diferencias de género en el proceso de envejecimiento, pese a que, en los últimos años, la desigual supervivencia entre hombres y mujeres se ha visto reducida. En EU-28 en 2018, por cada varón mayor de 65 años se identificaban, al menos, 1,32 mujeres.

En relación a la esperanza de vida libre de discapacidad, en 2017 en la UE-28 se estima que una mujer mayor de 65 años podría vivir de media 10,2 años más en buenas condiciones de salud, frente a los 9,8 años de un varón mayor de 65 años.

En consecuencia, el índice de dependencia de la población mayor de 65 años respecto a la población en edad activa ha ascendido del 23,5% en el año 2001 a un 30,5% en 2018, proyectándose un crecimiento de este índice de dependencia hasta el 49,9% en el año 2050. Es decir, en 2050, se estima que por cada dos personas en edad activa -en términos laborales- existirá una persona mayor de 65 años. Los países de la Unión Europea con mayor número de personas mayores, en 2022, son: Alemania (18,4%), Francia (14,2%), Italia (14,1%), y España (9,5%). En cifras relativas el orden cambia: Italia (23,8%), Portugal (23,7%), Finlandia (23%), Grecia (22,7%), Croacia (22,5%) y Alemania (22,2%). Por su parte, España (20,1%) se encuentra ligeramente por debajo de la media de la UE-27 que alcanza el (21,1%)⁷

Respecto al volumen total, en nuestro país, se observa como Andalucía y Cataluña son las comunidades con más población mayor, más de 1,5 millones de personas mayores en cada una ellas. Por su parte, Madrid y la Comunidad Valenciana, también superan el millón de personas con 65 y más años.

⁷ EUROSTAT.: Informe “Envejecimiento en Europa: una mirada a las personas mayores”, publicado el 10 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.euskadi.eus/noticia/2020/envejecimiento-en-europa-una-mirada-a-las-personas-mayores/web01-a2zesosa/es/>

Si analizamos la distribución territorial de este colectivo se observa como: Asturias, Castilla y León, Galicia, País Vasco, Cantabria, Aragón, La Rioja y Extremadura son las comunidades autónomas con mayor edad media en España. Todas ellas superan el 20% de personas mayores. Mientras que, Baleares y Murcia son las comunidades con proporciones más bajas, con un 16%.

Otra variable a destacar son las tasas de morbilidad hospitalaria que aumentan con la edad, asociándose con peores estados de salud y cronicidad. También son más elevadas en hombres que en mujeres excepto en edades de 15-44 años, edades en que las tasas femeninas más elevadas al estar asociadas al embarazo y el parto. Obviamente las personas mayores tienen una mayor morbilidad hospitalaria, siendo significativo que más de la mitad de todas las estancias en hospitales sean de población mayor. En 2021 fueron el 57,5%, porcentaje levemente inferior al de 2020 (58,2%); de un total de 37.567.211 estancias hospitalarias (mínimo de un día transcurrido entre la fecha de ingreso y la de alta), 21.599.989 correspondieron a personas de 65 años y más. Las personas mayores han causado el 46,5% de todas las altas hospitalarias en 2021, y con estancias más largas que el resto de la población. Las causas más frecuentes de asistencia hospitalaria de personas mayores son las enfermedades circulatorias (20,4%), digestivas (12,1%) y neoplasias (11,2%). Le siguen en importancia las respiratorias (segunda causa más común en 2020), las lesiones y envenenamientos, las infecciosas y parasitarias y las enfermedades genitourinarias⁸.

3. Régimen jurídico internacional

El primer instrumento declarativo de protección y promoción de los derechos humanos, es sin lugar a dudas por antonomasia, la Declaración Universal de Derechos Humanos, aunque expresamente no aluda a las personas mayores, sino que lo hace de forma implícita en los arts. 2 y 7, al referirse a la igualdad y a la discriminación. En relación al primero, art. 2, reconoce el derecho de toda persona a los derechos y libertades recogidos en esta declaración enumerando un elenco de motivos entre los que a pesar de no recogerse específicamente “la discriminación por edad”, esta tiene su encaje en “(...) cualquier otra condición (entre la que se encuentra obviamente la edad)” Mientras que el segundo, art. 7, reconoce la igualdad de todos ante la ley y la prohibición de cualquier tipo de las discriminaciones que contenga este instrumento internacional y por supuesto, esta igualdad también es aplicable a las personas de edad más avanzada, puesto que, lo contrario supondría poner en entredicho los fundamentos de nuestro Estado de Derecho, en particular el reconocimiento de la igual dignidad intrínseca de todo ser humano por el mero hecho de serlo. Asimismo se alude a este colectivo en otros artículos que figuran diseminados en esta declaración, en concreto, se imbrica en los arts. 22 y 25.1, que se refrieren respectivamente al derecho a la Seguridad Social y al derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, a él y a su familia, los siguientes derechos sociales: la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, entre los que se incluye entre otros, “la vejez” y “otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia”.

A renglón seguido en idéntico lineamiento, tampoco se alude de forma específica a la vejez, ni a las personas mayores, sino de forma disgregada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art.2.2) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.26), en el que, los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos... de cualquier otra condición social”.

⁸ PÉREZ DÍAZ, J, *et al.* : Informe “Un perfil de las personas mayores en España 2023. Indicadores estadísticos básicos”, *Informes Envejecimiento en red* nº 30, Madrid, 31 de octubre de 2023, p.40. Disponible en: <https://envejecimientoenred.csic.es/wp-content/uploads/2023/10/enred-indicadoresbasicos2023.pdf>

De modo que, no fue hasta la” I Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento”, hecha en Viena en 1982, cuando se planteó por primera vez, la necesidad de incluir en los instrumentos internacionales, la protección específica sobre el envejecimiento. Sin embargo, estas no fueron recogidas formalmente hasta la Resolución 37/51 de la Asamblea General de 3 de diciembre de 1982, pero solo con mero valor declarativo. Comenzando realmente a ser vinculante por los Estados firmantes a partir del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de la vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concreto en sus observaciones generales, entre otras: Observación General nº6, Observación General nº14, Observación General nº19, Observación General nº20, y Observación General nº21.

Así pues, a pesar de que se realizaron varios intentos para sustantivar realmente un instrumento específico que recogieran los derechos de este colectivo, la comunidad internacional se limitó a efectuar recomendaciones, principios y directrices que puedan servir de guía a la comunidad internacional, a los Estados y a las instituciones implicadas en el desarrollo de políticas relacionadas con el envejecimiento, como inspirador de acciones y políticas, pero sin verdadera fuerza jurídica vinculante para establecerse e imponerse como derechos y obligaciones.⁹

Tendencia que comienza a revertirse al producirse el reconocimiento de los derechos de este grupo a través de diferentes convenciones internacionales entre otras: la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares que en su art. 7, los Estados Partes se comprometen a respetar y asegurar a los trabajadores migratorios, y sus familiares, todos los derechos de la Convención sin distinción alguna por motivos de edad; Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), en su Observación 27 focalizada en las mujeres de edad y la protección de sus derechos; Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) Observación General Nº1, sobre la igual reconocimiento como persona ante la ley y en la Observación General Nº2, sobre el derecho a la accesibilidad. Es decir, nos encontramos ante un intento de “especificación de derechos”, para determinar más tarde a los sujetos titulares de los mismos, y de este modo, pasar de la idea de destinatarios genéricos a ciudadanos específicos. Y refiriéndose a la protección de los mayores, se justifica su inclusión en las políticas y normas, debido entre otras razones al aumento de su número, a su longevidad, y a los cambios sociales y médicos que se han producido¹⁰.

Sin embargo, será finalmente la Resolución 24/20 de Naciones Unidas de 27 de septiembre de 2013, la que cree la figura de “Experto Independiente sobre los Derechos Humanos de las Personas de Edad”, que debe informar periódicamente sobre la protección dispensada por todos los Estados sobre los derechos de este colectivo, así como de las deficiencias que se detecten, colaborando y coordinando un grupo de trabajo a nivel mundial para debatir sobre las cuestiones relativas al envejecimiento.

Por su parte, la OIT, alude a este colectivo tanto en convenio como en normas de *soft law*, como la Recomendación núm. 162, sobre los Trabajadores de Edad y la Resolución sobre Seguridad Social de 1980, que establece recomendaciones relativas a la asistencia médica, seguridad de ingresos y servicios sociales para el conjunto de la población, pero que afectan particularmente al bienestar de las personas mayores. Y con respecto a los Convenios destacan:

⁹ HERRANZ GONZÁLEZ, R.: *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, p. 179.

¹⁰ BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, DE ASÍS ROIG, R. (trad.), Madrid, Sistema, 1991, pp.121-122.

el Convenio núm. 102, relativo a la norma mínima sobre Seguridad Social (1952); y el Convenio núm. 128, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967).

También son relevantes, “El I Informe Mundial sobre el edadismo de la OMS” de 18 de marzo 2021, en el que inicialmente se define la problemática, los determinantes y las consecuencias del edadismo. Este Informe destaca, sobre todo, por la descripción de las estrategias para identificar correctamente y reducir esta discriminación por razón de edad, además de incluir recomendaciones específicas, tanto para actores institucionales como no institucionales, entre las que se encuentran la inversión en estrategias basadas en pruebas científicas, la reducción de la laguna de datos existente respecto a personas mayores y el cambio de discurso respecto al envejecimiento.

Un papel destacado lo constituye la “Resolución A/HRC/48/3 del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas de octubre 2021”, cuya innovación consiste en su inclusión *prima facie* de contenido sustantivo acerca de las personas mayores por parte del Consejo de Derechos Humanos. De este contenido, podemos destacar la llamada de atención que se realiza tanto a los Estados como a las partes interesadas, con relación a la discriminación por razón de edad, y se les exhorta a tomar medidas contra la misma hasta su eliminación, además de adoptar un enfoque en las políticas públicas que impulse los derechos de las personas mayores.

En el mismo sentido se encuentra la propuesta para por parte de la “Asamblea Mundial de la Salud de la Década del Envejecimiento Saludable 2020-2030”, cuyo objetivo es conseguir la convergencia entre organismos institucionales y gubernamentales como actores no gubernamentales para proteger a las personas mayores de la situación de discriminación que sufren.

4. Tratamiento sectorial europeo

A nivel del sistema europeo la discriminación por razón de edad se encuentra expresamente prohibida en diferentes instrumentos, sirva de paradigma, el art. 21 de “La Carta de Derechos Fundamentales”, en el art. 25, relativo a los derechos de las personas mayores, en la que se establece que: “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”. Sin embargo, *sensu contrario*, esto no significa que todas las políticas europeas adopten el enfoque de derechos para este colectivo.

Así pues, un cambio de orientación se ha producido en virtud del “Pilar Europeo de Derechos Sociales” de 17 de noviembre de 2017, que si ha decantado por un enfoque basado en derechos, en concreto, puede apreciarse esta orientación en su “Principio 12”, en el que se reconoce el derecho a la jubilación proporcional a la cotización y que se garantice una renta adecuada, así como el derecho a las prestaciones derivadas de la vejez; y, al año siguiente, en 2022, de nuevo el “Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales”, recoge cuestiones que afectan a este colectivo como los cuidados de larga duración. Que son retomadas una vez más, en “La Estrategia Europea de Cuidados” de 7 de septiembre de 2022, cuyo objetivo es garantizar unos servicios asistenciales de calidad, asequibles y accesibles en toda la UE y mejorar la situación tanto de quienes reciben los cuidados como de los cuidadores. Asimismo en este documento político europeo, se incluyen propuestas de Recomendaciones del Consejo relativas al acceso a unos cuidados de larga duración asequibles y de alta calidad, recomendando la Comisión que los Estados miembros elaboren planes de acción nacionales para que los cuidados en la UE que reúnan estas características “para todos”, aumentando la oferta y la combinación de servicios profesionales de cuidados de larga duración (asistencia a domicilio, asistencia de proximidad

y atención residencial), cerrar las brechas territoriales en el acceso a los cuidados de larga duración, implantar soluciones digitales accesibles en la prestación de servicios asistenciales y garantizar que los servicios e instalaciones de cuidados de larga duración sean accesibles para las personas con discapacidad, entre otros puntos.

Llegados a este punto y ante la falta de avances en esta materia, en el seno del Comité Económico y Social Europeo se planteó un Dictamen para elaborar a finales de una “Estrategia Europea de Personas Mayores”, que sin embargo, en el *statu quo* presente aún no se ha llegado a materializar, esta futura estrategia se vertebra en cuatro pilares: 1) Igualdad y no discriminación, especialmente focalizándose en la lucha contra el edadismo; 2) Participación en la sociedad; 3) Empleo, educación y formación; y, 4) Ingresos dignos e inclusión social. Su valor radica en el cambio de enfoque de las políticas sobre edad y personas mayores actuales y futuras, enfatizando las oportunidades humanas, sociales y económicas y mejorando las perspectivas ciudadanas y participativas, ya que las personas mayores mantienen un capital intelectual, económico y social muchas veces desaprovechado. Además se pretende sustituir la actual perspectiva de considerar el envejecimiento como coste y se apuesta por la solidaridad intergeneracional. En relación a la brecha digital y la pobreza digitales, esta propuesta política europea, promueve y fomenta como obligación de los Estados de la UE, con la finalidad de incrementar la participación de las personas mayores, asignar apoyo financiero e iniciativas para mejorar la infraestructura, los equipos de apoyo y la formación para contribuir a la alfabetización digital a todas las edades, manteniendo la obligación de que los bienes y servicios esenciales permanezcan accesibles también fuera del ámbito digital.

En cualquiera de los casos hay que tener presente que, todas las políticas e instrumentos aprobados por la UE y el Consejo Europeo hasta el momento, no son jurídicamente vinculantes, por lo que no existe un marco jurídico en relación con los derechos de las personas mayores ni dentro del ámbito del Consejo de Europa ni dentro de la Unión Europea, aunque se reconozca la discriminación por razón de edad y la vulnerabilidad de este grupo de población y en una era de disrupción digital como la actual, debe remediarse de forma urgente esta situación para evitar que esta discriminación siga acrecentándose. En concordancia con lo expuesto, la responsabilidad de reducir la brecha digital no solo debe recaer en las administraciones públicas, sino que debería ser asumida también por las empresas presentes en internet, que ven en el grupo de los mayores una oportunidad de negocio¹¹.

5. El ambiguo marco del ordenamiento jurídico interno

En la Constitución española de 1978, la igualdad y la no discriminación están implícitas en gran parte de sus preceptos. Si bien, los que inciden de forma más visible sobre estos derechos y libertades, son: el art. 1.1 CE al catalogar la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico, junto a la libertad, la justicia, y el pluralismo político; el art. 14 CE, que recoge el concepto de igualdad formal, al afirmar que, los ciudadanos son iguales ante la ley, equiparando distintas situaciones frente a los efectos y el alcance de la ley, es decir, se trata de una igualdad intangible ante la ley. Cumplimentado por el art. 9.2 CE, que proclama la igualdad material, cuya obligación corresponde a los poderes públicos que, deben tratar de lograr que la igualdad entre los ciudadanos sea real y efectiva y para ello, puede servirse de acciones de discriminación positiva para conseguir dicho fin.

Ahora bien, existe un precepto específico para las personas de edad, cuya sistematización figura en el art. 50 de nuestra carta magna, ubicación que al realizarse en el Título I, Capítulo

¹¹ PERAL PERAL, B., VILLAREJO RAMOS, A.F., ARENAS GAITAN, J.: “Descifrando la brecha digital de los mayores”, *Panorama Social* núm. 25, primer semestre 2017, p.78.

III que figura bajo la nomenclatura “Principios rectores de la política social y económica”. Por consiguiente, a través del art. 50, el constituyente aborda el problema del envejecimiento en toda su dimensión, integrando los dos mecanismos en la cobertura de la protección social de las personas mayores en nuestro país. Por un lado, impone a los poderes públicos la obligación de garantizar a los ciudadanos durante la tercera edad la suficiencia económica a través de “pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”; y, por otro, trata de promover “su bienestar social mediante un sistema de servicios sociales que atienda los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio¹²” (bienestar social no exclusivo para este colectivo sino compartido con otros que lo precisen [vgr. discapacitados] pero no existe un reconocimiento de derechos subjetivos específicos para este colectivo), como en realidad en justicia les corresponde.

A colación con lo expuesto, resulta patente que el referenciado precepto constitucional, no muestre interés alguno por la efectividad de los derechos de los mayores, un interés que si queda reflejado en el precepto indicado a las personas con discapacidad (art. 49 CE), en la que se obliga a los poderes públicos a ampararlas, “especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a los ciudadanos¹³”, a pesar de que son categorías conceptuales diferenciadas.

En este sentido hay que tener presente que, considerarnos un error valorarlos como derechos programáticas, en lugar de hacerlo como en realidad, lo que son “derechos subjetivos”, puesto que, sino los encuadramos en este grupo, no pueden alcanzar nuestros mayores ni su disfrute efectivo ni tampoco se les puede garantizar su exigibilidad. Por lo tanto, a pesar de que, el art. 50 CE no contiene derechos subjetivos, si impone a los poderes públicos unas tareas con el objeto de garantizar el ejercicio de derechos sociales de las personas de la tercera edad. De este modo, la protección de la vejez-como se evidencia, en particular, en las personas en situación de dependencia- excede de la función sustitutiva o complementaria de rentas, mediante prestaciones económicas de la Seguridad Social”, e implica la provisión de servicios sociales que van más allá de la atención sanitaria¹⁴

En cualquiera de los casos, nos solemos olvidar de que, las personas mayores gozan jurídicamente de idénticos derechos y libertades constitucionales que los demás ciudadanos, pero en la práctica, se ven sometidas a toda una serie de impedimentos que dificultan su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. Y superar estos hándicap y garantizar su pleno disfrute al igual que el resto de ciudadanos, es una obligación que tienen el Estado como garante de los derechos y obligaciones” de todos sus ciudadanos”, incluidos los más mayores, porque nos encontramos (salvo que cambiemos la Constitución y los principios europeos), en un Estado de Derecho, y el derecho de nuestros mayores es un derecho humano, a pesar de que su encuadramiento a nuestro juicio se haya efectuado de forma incorrecta en” los Principios Rectores”, en lugar de hacerlo como hubiera sido aconsejable en el núcleo duro de nuestra carta magna -arts. 14-29. Pero esto no implica que no obliguen a los poderes públicos se encuentran vinculados a la Constitución en primer lugar y posteriormente al resto del ordenamiento jurídico interno, de tal manera que “todos” los poderes públicos deben respetar y proteger lo que el constituyente establece.

A este respecto, focalizándonos en el análisis de la situación jurídica de la protección de la salud de las personas de edad, con el objetivo de analizar su origen, evolución en cuanto a su

¹² VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Española*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M y CASAS BAAMONDE, M.E. (dirs.), Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp.1417.

¹³ FLORES, F.: “La protección de los derechos de las personas mayores en la Constitución”, *Tiempos de Paz*, núm. 129, Verano 2018 p.131.

¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Los objetivos generales de la protección de las personas mayores en situación de dependencia”, *Temas Laborales*, núm.89: 2007, p.34.

protección, es decir, su efectividad, así como el impacto que tienen la irrupción de las nuevas tecnologías en este segmento poblacional y si se continua reproduciendo este nuevo escenario la conculcación de los derechos, de los que al igual que cualquier ciudadano son titulares, siendo un paradigma de lesión palmaria vulneración etapa pandemia de COVID-19, en el que no solo se puso en tela de juicio el derecho a la asistencia sanitaria y al bienestar, sino que, también por la frágil protección de estos derechos sociales de las personas de edad, debido a esta conculcación no solo se atentó contra su dignidad sino contra su propia vida, amparándose en el ideario darwinista social de la supervivencia que acabaron con la propia vida y dignidad de los ancianos infectados.

Y a colación con este colectivo uno de los problemas más recientes y que aún no ha sido solventado es el afecta directamente a los derechos digitales, a este respecto, a lo más que llega nuestro constituyente es a reconocer en el art. 18.4 que: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. A partir de este principio constitucional se ha desarrollado la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, un derecho fundamental que otorga a cada persona la facultad de decidir sobre el uso y destino de sus datos personales, así como intenta evitar el tratamiento ilícito o lesivo de dichos datos, del que se derivan toda una serie de derechos como el de acceso, cancelación, rectificación, etc., pero cuyo marco constitucional a todas luces resulta insuficiente para el nuevo ecosistema digital.

Y que hoy se está reproduciendo de forma solapada la discriminación que están siendo objeto los analfabetos digitales, al quedar excluidos, en este mundo cambiante y en este grupo se encuentran “los adultos mayores”, compuesto un segmento poblacional afectado por la segregación y la exclusión social y tecnológica debido a que carecen de formación electrónica y no saben desenvolverse con facilidad en el ámbito digital. De ahí que, exista una necesidad de garantizar la plena ciudadanía digital para los mismos.

6. La atención sanitaria ante el desafío de los las nuevas tecnologías

España¹⁵ en el año 2023, según el indicador europeo en relación a la esperanza de vida alcanza la tasa más alta de la Unión Europea (84 años), seguida a muy poca distancia en el segundo puesto por Italia (83,8 años) y en el tercer lugar por Malta (83,6 años). Por el contrario, la esperanza de vida más baja se registró en Bulgaria (75,8 años), Letonia (75,9) y Rumanía (76,6). Este dato refleja el promedio de años que se espera que viva una persona desde que nace, siempre bajo ciertas condiciones económicas y de salud y conforme a ambas variables se estima un promedio determinado de años de vida. De modo que, al encabezar nuestro país la lista como uno de los países más longevos en el ámbito europeo, viene a evidenciar que, se ha producido una mejora en la calidad de vida española cuyas causas aunque son multifactoriales y se pueden resumir en la sinergia de dos componentes ambivalentes pero complementarios y que hoy en el campo sanitario se han convertido en indisociables -medicina y tecnología-.

En este contexto han surgido retos y desafíos nuevos, debido a las nuevas tecnologías especialmente en el ámbito de la Inteligencia Artificial (IA) que, tradicionalmente atribuimos su uso a “los jóvenes”, que afectan a múltiples facetas de nuestra vida y han abierto nuevas oportunidades para mejorar la salud y el bienestar. Sin embargo, al aumentar la edad, descende el uso de internet de manera frecuente tanto en hombres como en mujeres. Así pues, el porcentaje más bajo corresponde al grupo de edad de 65 a 74 años (77,4% de hombres y 78,2% de mujeres). Por el contrario, a medida que se eleva el nivel de estudios, aumenta el porcentaje de usuarios

¹⁵ EUROSTAT. Datos provisionales demográficos .Esperanzas de vidas al nacer 2023 publicados el 3 de mayo de 2024. Disponible en: <https://www.cde.ual.es/wp-content/uploads/2024/05/esperanzavidaue2023.png>

frecuentes de internet tanto en hombres como en mujeres. De modo que, la brecha de género más alta según nivel de estudios corresponde al nivel que tiene menos que primaria, con un valor de 17,8 puntos a favor de los hombres¹⁶.

Produciéndose la paradoja de quiénes más lo precisan lo usan menos o no lo usan por desconocimiento o falta de accesibilidad. A pesar de esta escasa utilización por los potenciales beneficiarios -personas mayores o dependientes-, cada vez, afortunadamente está produciéndose un incremento en su manejo por los usuarios, debido a las innumerables ventajas que conlleva en el campo de la geriatría donde hoy día prestan una ayuda incuestionable en el caso de los síndromes geriátricos, su reconocimiento, manejo y abordaje, debido a las ventajas que implica los instrumentos de ayuda, asistencia sanitaria y de primeros auxilios, entre otros.

En este sentido es preciso aducir una definición sobre la tecnología para la salud que, según la Red Internacional de Agencias de Evaluación de Tecnologías de la Salud (INAHTA): "Se trata de cualquier intervención que se puede utilizar para promover la salud, prevenir la enfermedad, diagnosticar, y/o tratar la misma, así como las enfocadas a la rehabilitación y el cuidado"¹⁷.

A colación con lo expuesto, "el I Informe Mundial sobre Inteligencia Artificial (IA) aplicada a la salud" de la OMS es de 28 de junio de 2021, rubricado "Ética y gobernanza de la inteligencia artificial en el ámbito de la salud", se vertebra en seis principios rectores sobre su conceptualización y utilización¹⁸. En el citado documento, pone en valor la importancia que implica la instrumentalización de la IA para mejorar la prestación de atención de salud y la medicina a nivel mundial, siempre y cuando su concepción, despliegue y utilización se incardinan en la ética y los derechos humanos.

Los ejes vertebradores en los que se sustenta el referenciado informe son los siguientes:

1. Preservar la autonomía del ser humano en el contexto sanitario. Esta proposición antropocentrista, implica ubicar al ser humano en el centro de la realidad, de modo que, son las personas individuales las que deberían seguir siendo los dueños de los sistemas de atención de salud y las decisiones médicas que sobre ellos se adopten. En consecuencia, se debería preservar la privacidad y la confidencialidad, y los pacientes deben prestar su consentimiento informado y válido por medio de marcos jurídicos adecuados para la protección de datos y derechos que son inherentes como persona.
2. Garantizar la transparencia, la claridad y la inteligibilidad. La transparencia exige que se publique o documente información suficiente antes de la aplicación de la IA, para que de este modo, no se produzca un uso indebido distinto para el cual la IA se creó y desarrollo.
3. Fomentar la responsabilidad y la rendición de cuentas. Las tecnologías de IA permiten realizar tareas específicas; ahora bien, incumbe a las partes interesadas velar por que estas sean utilizadas en condiciones apropiadas y por personas debidamente formadas. Se deberían instaurar mecanismos eficaces para que las personas y los grupos que se vean perjudicados por decisiones basadas en algoritmos puedan cuestionarlas y obtener reparación por un uso incorrecto.

¹⁶ INE. Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación en los Hogares. Población que ha usado internet de manera frecuente en los últimos tres meses de edad. Año 2023. Disponible en: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176741&menu=ultiDatos&idp=1254735976608

¹⁷ Resolución WHA60.29 de la Asamblea Mundial de la Salud, mayo de 2007. Disponible en: (http://www.who.int/medical_devices/policies/resolution_wha60_r29-sp.pdf).

¹⁸ Disponible en: <https://www.who.int/es/news/item/28-06-2021-who-issues-first-global-report-on-ai-in-health-and-six-guiding-principles-for-its-design-and-use>

4. Garantizar la inclusividad y la equidad. La inclusividad requiere que la IA aplicada a la salud, sea concebida de manera que, promueva la utilización y el acceso equitativos en la mayor medida de lo posible, con independencia de la edad, el sexo, el género, el ingreso, la raza, el origen étnico, la orientación sexual, la capacidad u otras características amparadas por los códigos de derechos humanos.
5. Promover una IA con capacidad de respuesta y sostenible. Los diseñadores, desarrolladores y usuarios deberían evaluar de forma continua y transparente las aplicaciones de la IA en situación real a fin de determinar si esta responde de manera adecuada y apropiada a las expectativas y las necesidades.
6. Los sistemas de IA también se deberían concebir de modo que, se reduzcan al mínimo sus efectos medioambientales y se aumente la eficiencia energética. Los gobiernos y las empresas deberían anticipar las perturbaciones ocasionadas en el lugar de trabajo, en particular la formación que se deberá impartir a los agentes de salud para que se familiaricen con el uso de los sistemas de IA, y las posibles pérdidas de empleos debidas a la utilización de sistemas automatizados.
7. En síntesis, para lograr fomentar el bienestar y la seguridad de las personas y el interés público. Los diseñadores de tecnologías de IA, deberían cumplir los requisitos normativos en materia de seguridad, precisión y eficacia para indicaciones o usos bien definidos. Se deben instaurar medidas de control de la calidad en la práctica y de mejora de la calidad en la utilización de la IA. En este lineamiento se encuentra la Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión¹⁹ y cuyo objetivo fundamental es actualizar el marco normativo en el Derecho digital Europeo y entre sus innovaciones destaca el cambio de paradigma de la noción de “ciberseguridad”, y cuya consecuencia no es sólo proteger los sistemas de red y de información, sino también a los usuarios de dichos sistemas y a otras personas afectadas por las ciberamenazas. Asimismo se han creado nuevas obligaciones, como son medidas de gestión de riesgos de ciberseguridad y presentación de informes, normas y obligaciones sobre intercambio de información en materia de ciberseguridad, y obligaciones de supervisión y ejecución para los Estados miembros. Para conseguirlo, es necesario hacer efectiva la coordinación entre los Estados miembros. Igualmente se ha reforzado el régimen de las obligaciones de notificación, en este sentido conviene recordar que, hasta este momento, apenas eran notificados los incidentes de ciberseguridad (por cuestión de desprestigio institucional)²⁰ y en cambio hoy día, es necesario por cuestiones de seguridad el intercambio de información se realice de una manera efectiva y se fomenta en mayor medida dicho intercambio, pero entre sus deficiencias, se encuentra el no imponer demasiada transparencia y dejar margen para una legislación sectorial más centrada en los problemas específicos de cada sector y cuyo principal riesgo es que se

¹⁹ Que modifican el Reglamento (UE) núm. 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1772 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148 (Directiva SRI 2), cuyo objetivo era ofrecer un elevado nivel común de ciberseguridad en todos los Estados miembros, operadores de determinados servicios esenciales y proveedores de servicios digitales al amparo del artículo 114 del TFUE, pero resultó difícil de aplicar, entre otras razones debido a la amplia discrecionalidad a la hora de proceder a su trasposición que concedía a los Estados miembros y por tanto, para lograr su armonización.

²⁰ En España este tema es competencia del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE), sociedad dependiente del Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública a través de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. En este sentido, la gobernanza sobre el ciberespacio en España se regula por el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, “BOE” núm. 266, de 5 de noviembre de 2019, Rec. 15790. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2019/10/31/14>

produzca una fragmentación por la que los problemas similares que se plantean en varios sectores se traten de forma diferente²¹.

Y circunscribiéndonos al ámbito específico sanitario a título ejemplificativo de la discrecionalidad dominante en la anterior directiva, se observa en la catalogación de los hospitales como “servicios esenciales” que deben prestar una mayor protección a en ciberseguridad, en este sentido se observa como hay Estados miembros que identificaron sólo unos pocos hospitales, o incluso ninguno, como operadores de servicios esenciales. En cambio otros Estados miembros, incluyeron en la categoría a todos los hospitales y, en algunos casos, incluso a los profesionales sanitarios privados.

Debido a estas discrepancias, la Directiva NIS2, incluye una redacción más clara y directa, dejando mucho menos margen de maniobra a los Estados miembros a la hora de identificar las entidades esenciales e importantes, recogiendo un total de veintidós sectores altamente críticos en cuanto a ciberseguridad, que son los siguientes: Electricidad; Operadores de sistemas urbanos de calefacción o de refrigeración; Petróleo (crudo); Gas; Hidrógeno; Transporte; Banca; Infraestructuras de los mercados financieros; Sector sanitario ; Agua potable; Aguas residuales; Infraestructura digital; Gestión de servicios de TIC (B2B); Administración pública; Servicios postales y de mensajería; Gestión de residuos; Fabricación, producción y distribución de sustancias y mezclas químicas; Producción, transformación y distribución de alimentos; Fabricación; Proveedores de servicios digitales; e, Investigación.

En base a lo expuesto, se observa como la inclusión en ciberseguridad a nivel europeo en el sector sanitario, ocupa paradójicamente el noveno puesto, y si bien, en la anterior directiva derogada NSI1, su interés era aún menor, de forma que, solo era obligatorio el cumplimiento de control en este sector por parte de los prestadores de asistencia sanitaria. En cambio la actual Directiva NSI2, ha realizado una ampliación horizontal de su ámbito subjetivo extendiendo la obligación de control de ciberseguridad a otros sectores: laboratorios de referencia, entidades que realizan actividades de investigación y desarrollo de medicamentos, fabricantes de productos farmacéuticos de base y especialidades farmacéuticas y fabricantes de productos sanitarios que se consideran esenciales en situaciones de emergencia de salud pública. Lo expuesto, no es más que el reflejo de la preocupación social, económica y sobre todo, de seguridad en materia de protección tanto de datos como confidencialidad que tienen para los países que componen la Unión, la ciberseguridad, su incidencia y problemas que plantea su protección.

En este contexto, debemos destacar tanto las ventajas como los inconvenientes que supone la implantación de la IA en el sistema sanitario español. Así pues, en relación a la primera, ventajas, destaca entre otras: mejorar la velocidad y la precisión del diagnóstico y la detección de enfermedades; facilitar la atención clínica; reforzar la investigación en el ámbito de la salud y el desarrollo de medicamentos; y, apoyar diversas intervenciones de salud pública (entre otras, la vigilancia de la morbilidad, la respuesta a los brotes y la gestión de los sistemas de salud, etc.). Al mismo tiempo permite que los pacientes puedan desarrollar un mayor control de su propia atención de salud; y de este modo, comprender mejor la evolución de sus necesidades. Asimismo su empleo, podría facilitar el acceso a los servicios de salud en los países con escasos recursos y las zonas rurales, donde los pacientes a menudo tienen dificultades para acceder a los servicios de salud o al personal médico.

De otra parte, con respecto a sus inconvenientes, se subraya el peligro que implica sobrevalorar las ventajas de la IA en el ámbito de la salud, sobre todo, cuando esto se hace en

²¹ BARRIO ANDRES, M.:” La ciberseguridad en el Derecho digital europeo: novedades de la Directiva NIS” *InDret* núm.1, 2024, pp. 528-529.Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2024/01/1838.pdf>

menoscabo de inversiones y estrategias básicas que son necesarias para lograr la cobertura sanitaria universal. En idéntico sentido, conviene tener presente los riesgos que implica la recopilación y utilización poco éticas de los datos sobre salud como los sesgos codificados que, en los algoritmos que no tienen un discurso unívoco, sino que, pueden generar una pérdida de intimidad para la seguridad del paciente o de perder el control del propio individuo, *amén* de mecanizar y replicar los perjuicios que tienen los que crean los programas de IA, además de la infraformación del personal sanitario en las nuevas tecnologías y, sobre todo, la aceptación por parte de los profesionales sanitarios. A nuestro juicio, la razón de este sesgo codificado en la actualidad procede de que estos algoritmos se alimentan de un número muy escaso de fuentes, lo que introduce sesgo (bias) en los algoritmos y no se pueden aplicar a distintos grupos poblacionales debido a su escasa generalizabilidad, ya que, los resultados no pueden ser extrapolados a otras circunstancias, en particular a situaciones asistenciales rutinarias. Una solución posible es la puesta en marcha de la tecnología denominada “aprendizaje federado”, esta técnica básicamente consiste en entrenar un algoritmo a través de una arquitectura descentralizada formada por múltiples dispositivos los cuales contienen sus propios datos locales y privados, de esta forma los algoritmos de IA, se entrenan de forma colaborativa, sin necesidad de mover los datos del hospital, residencia o centro de salud en que se encuentran. Y en lugar de realizar una migración de datos a otro lugar en el que puedan ser tratados, la tecnología ha comenzado a utilizar por razones de seguridad el “cifrado homomórfico”, que consiste en un criptosistema que utiliza una clave pública para encriptar datos y permite que solo la persona con la clave privada correspondiente pueda acceder a sus datos no encriptados. Además una de las características *sui generis* que tiene esta técnica y que la diferencian de otras formas de encriptación es que utiliza un sistema algebraico que permite al responsable de dichos datos realizar una variedad de cálculos u operaciones en los datos encriptados.

Paralelamente se están proponiendo otras soluciones para evitar estos ataques a la seguridad de los datos médicos almacenados de los pacientes y proteger los sistemas de información de la sanidad, como son además del cifrado de datos referenciado *ut supra*, la autenticación de dos factores, entre otros. Entre las medidas propuestas para mejorar la ciberseguridad en el sistema de salud español son entre otras: evaluación de riesgos; establecer políticas y procedimientos de ciberseguridad; capacitación de los empleados; controles de acceso; actualizaciones y parches regulares de software; copias de seguridad periódicas; segmentación de la red; plan de respuesta a incidentes y programa de inclusión al público no familiarizado con el mundo digital.

Evidentemente, todas estas medidas requieren de un incremento de la inversión en el área de ciberseguridad y un cambio en la forma de ver la atención sanitaria como una actividad con responsabilidad sobre la información sensible y no como un negocio como hasta ahora.

De otra parte, destacar otro problema latente es la ciberseguridad y cuya vulneración se produce de forma más reiterada en el área sanitaria tienen su origen en las diferentes aplicaciones informáticas, sobre todo, ocasionadas por la seguridad del almacenamiento en la nube, el uso de puertos USB y la gestión de identidades y accesos, así como la ética; la historia clínica electrónica del paciente, los dispositivos de monitorización de los mismos o las diferentes aplicaciones de salud, lo cual provoca múltiples puntos de entrada para posibles ataques pero cuyo objetivo fundamental es el robo de datos sensibles, como: historiales médicos, información financiera y otros documentos personales. Estos ataques se realizan a través de diversos métodos los más conocidos en el *statu quo* presente son:

1. **Ransomware:** Consiste en introducir un virus malicioso que infecta la información de los equipos y que impide la utilización de los sistemas, infectándolos, su visibilización se produce cuando se bloquea la pantalla del dispositivo, se colapsa el dispositivo con

ventanas emergentes o evita que la víctima use el dispositivo para eliminar este virus. A cambio de su liberalización, el ciberdelincuente suelen pedir un rescate “una cantidad económica considerable”. La solución más plausible para evitarlos es introducir barreras de seguridad seguras y eficaces que paralicen estos ataques, tanto dentro del propio sistema de salud como en todos los agentes implicados en el sector. Entre las más medidas más recomendadas se encuentran las herramientas específicas tecnológicas que suelen proporcionar una defensa integral. Entre las tecnologías clave se incluyen los *firewalls* de última generación, que no solo bloquean el tráfico no autorizado, sino que también, inspeccionan el contenido para evitar *malware* y ataques dirigidos.

2. Además, los sistemas de detección y prevención de intrusiones (IDPS), pueden monitorear el tráfico de red en tiempo real, permitiendo la identificación y la mitigación proactiva de amenazas potenciales²². Un ejemplo paradigmático de estos ataques en nuestro país, se produjo en el Hospital Clínic de Barcelona en 2021(y a fecha de junio de 2024, aún no se han solventado totalmente) produciendo la paralización del sistema informático del centro sanitario y obligó a cancelar 150 operaciones no urgentes y hasta 3.000 chequeos de pacientes, además afecto a sus servicios de urgencias, farmacia y laboratorio que además chantajeó al Govern con publicar o revender los datos del hospital a terceros si no le paga 4,5 millones de dólares²³.
3. *Phishing*: Se utiliza para que los profesionales sanitarios de forma selectiva (*pear phishing*) mediante engaño compartan información confidencial para acceder a la red corporativa del centro sanitario, hospital o residencia, para de este modo, poder sustraerles las credenciales y conseguir acceso a la red interna o a datos e información sensible y que estos trabajadores y responsables sanitarios compartan información confidencial sin su conocimiento y consentimiento, poniendo en peligro los datos de pacientes y centros sanitarios. Entre las consecuencias más graves en el sector sanitario son entre otras: robo de historias clínicas electrónicas de pacientes; aumento de privilegios consiguiendo alguna cuenta de usuario privilegiada; y, ataques de denegación de servicio a los servidores si han conseguido muchas cuentas de usuario, colapsando el sistema sanitario del hospital²⁴. (vgr. paradigmático de lo expuesto, fueron los ataques que se produjeron durante la pandemia en mayo de 2020, dirigido a todos los trabajadores sanitarios del país, donde los ciberdelinquentes utilizaron correos electrónicos de *phishing* para distribuir *malware* y robar datos confidenciales).
4. Ataques DDoS: Los ataques distribuidos de denegación de servicio (DDoS) pueden desorganizar gravemente el funcionamiento de los centros sanitarios, poniendo en peligro la vida de los pacientes. Suelen ser selectivos y tienen como objetivo cubrir un segundo ataque y en el entorno sanitario, una interrupción del servicio incluso durante un periodo limitado. Pueden ser muy perjudiciales, especialmente para los departamentos de cirugía. Estos ataques se utilizan a menudo como distracción para enmascarar otras actividades maliciosas, por lo que su detección y prevención son aún más cruciales.

²² CERVERA GARCÍA, A., GOUSSENS, A.: “Ciberseguridad y uso de las TIC en el Sector Salud”, Atención Primaria núm.56,marzo 2024:Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC10823061/>

²³ DIGITAL360.: “Análisis del ciberataques al Hospital Clínic de Barcelona: ¿Está la Sanidad en peligro?”, 7 marzo 2023. Dsiponible en: <https://www.computing.es/noticias/analisis-del-ciberataque-al-hospital-clinic-de-barcelona-esta-la-sanidad-en-peligro/>

²⁴ PELEGRÍN HERNANDO, V.: Informática: prevención del phishing en el sector sanitario, *Revista Electrónica de PortalesMedicos.com* , Vol. XV; nº 10, 418, 22 mayo, 2020.Disponible en: <https://www.revista-portalesmedicos.com/revista-medica/informatica-prevencion-del-phishing-en-el-sector-sanitario/>

En resumen, el mundo de la salud se ha convertido en un objetivo atractivo para el cibercrimen debido a que es una fuente muy rica en datos valiosos y sus defensas, por diversas razones, son mejorables. Estas amenazas impactan directamente y de forma agresiva en la práctica asistencial, reduciendo la confianza de los pacientes, paralizando los sistemas de salud y siendo una amenaza para la seguridad y la vida de los usuarios. Además, el personal sanitario o administrativo no siempre está suficientemente formado en buenas prácticas de ciberseguridad, lo que aumenta el riesgo de errores humanos que pueden resultar en brechas de seguridad como la pérdida o robo de dispositivos²⁵.

Sensu contrario, también para garantizar y reforzar la protección es preciso fomentar e incrementar la participación del paciente en su seguridad y protección de sus datos médicos y asistenciales así como en la toma de decisiones sobre pruebas de diagnóstico y tratamientos, de modo que, este adquiera un papel más activo-autorresponsabilidad²⁶ y de este modo este cada día más presente en las decisiones de política –legislativa y normativa que les afecten.

6.1. De la telemedicina a la Inteligencia Artificial. Efectos en las personas de edad avanzada

La telemedicina o medicina a distancia, según la OMS, en el “Informe Telemedicina. Oportunidades y novedades en los estados miembros. Informe sobre la segunda encuesta mundial sobre Salud de 2010”, la define como: “Aportar servicios de salud, donde la distancia es un factor crítico, por cualquier profesional de la salud, usando las nuevas tecnologías de la comunicación para el intercambio válido de información en el diagnóstico, el tratamiento y la prevención de enfermedades o lesiones, investigación y evaluación, y educación continuada de los proveedores de salud, todo con el interés de mejorar la salud de los individuos y sus comunidades”²⁷. Aunque sus orígenes se remontan a 1965, en concreto a Estados Unidos, que se instrumentalizó via televisión su uso para facilitar consultas médicas del ámbito de la salud mental entre especialistas de distintos centros y a partir de este suceso y paralelo al desarrollo de internet y del *big data*, está marcando nuevas formas en su prestación conocida e-salud.

Hoy día, ha ido creciendo exponencialmente de forma globalizada alcanzando obviamente un mayor grado de desarrollo en los países desarrollados, y a pesar de que, inicialmente su primigenio objetivo era aproximar los servicios sanitarios a la población residente en lugares remotos y sanitariamente infradotados con el fin de mejorar la accesibilidad a los mismos. Posteriormente, tuvo lugar una segunda etapa, en la que las TIC se transformaron en instrumentos para la mejora de la calidad asistencial, haciendo posible la formación y el apoyo en la toma de decisiones de profesionales sanitarios remotamente ubicados²⁸. Más recientemente, estas nuevas tecnologías están sirviendo como instrumento para mejorar la eficiencia en los servicios sanitarios públicos y privados y de este modo, adaptarse a las nuevas necesidades tecnológicas: nanotecnología, genómica y la robótica, entre otras. Y en el *statu quo* presente, se ha producido no solo la simbiosis de ambas instrumentos sino que también, que responde a nuevas demandas como: tele-prevención, tele-diagnostico, tele-monitorización, tele-consulta, tele-emergencia, tele-vigilancia epidemiológica y áreas de acción de todas las especialidades médicas, etc.

²⁵ ARGAW ST, BEMPONG NE, ESHAYA-CHAUVIN B., FLAHAULT A.: “El estado de la investigación sobre ciberataques contra hospitales y recomendaciones de mejores prácticas disponibles: una revisión del alcance”, *BMC Med Informar a Decis Mak*. 2019. Disponible en : <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6330387/>

²⁶ GONZÁLEZ MESTRE, A.: “La autonomía del paciente con enfermedades crónicas: De paciente pasivo a paciente activo”, *Enferm Clin* núm.24, 2014, 67.

²⁷ OMS “Informe Telemedicina. Oportunidades y novedades en los estados miembros. Informe sobre la segunda encuesta mundial sobre Salud de 2010”, Serie del Observatorio Mundial de eSalud, Volumen 2. Disponible en: http://www.who.int/goe/publications/goe_telemedicine_2010.pdf

²⁸ Para un estudio en profundidad del tema, Vid, MARTÍNEZ-RAMOS, C.: “Telemedicina. Origen y Evolución”, *Reduca (Recursos Educativos)*. Serie Medicina, núm. 1 , 2009, pp.153-154. -166, 2009

Ahora bien, esta fórmula también necesita adaptarse a los nuevos tiempos y cohabitar con la inteligencia artificial. Focalizándonos en el sector de población de edad avanzada, la inteligencia artificial (IA), resulta obligado hacer referencia a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión la define como: "Un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida -como predicciones, recomendaciones o decisiones- que influya en entornos reales o virtuales²⁹". En la Unión Europea la mencionada Propuesta de Reglamento tiene como uno de sus objetivos promover la adopción de una inteligencia artificial fiable y centrada en el ser humano y garantizar un elevado nivel de protección de la salud, para lo cual es establecer normas comunes para todos los sistemas de IA de alto riesgo, al objeto de garantizar un nivel elevado y coherente de protección de los intereses públicos en lo que respecta a la salud, la seguridad y los derechos fundamentales, así como a la democracia y el Estado de Derecho y el medio ambiente. Dichas normas deben ser coherentes con la Carta, el Pacto Verde Europeo, la Declaración Conjunta sobre los Derechos Digitales de la Unión y las Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable del grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial y no deben ser discriminatorias. Así pues, en la propia propuesta de Reglamento se destaca que los sistemas de IA pueden tener un efecto adverso para la salud y la seguridad de las personas, en particular cuando funcionan como componentes de seguridad de productos. Por este motivo, es importante prevenir y reducir debidamente los riesgos de seguridad que pueda generar un producto en su conjunto debido a sus componentes digitales, entre los que pueden figurar los sistemas de IA. En particular para la atención de personas mayores, deben poder funcionar y desempeñar sus funciones de manera segura en entornos complejos. Del mismo modo, en el sector sanitario, donde los riesgos para la vida y la salud son especialmente elevados, los sistemas de diagnóstico y de apoyo a las decisiones humanas, cuya sofisticación es cada vez mayor, deben ser fiables y precisos.

En este sentido la aplicación de la IA al sector de población de personas con edad avanzada, es extenso y se desarrolla sobre todo en materia preventiva, de cuidados y reparadora. Así por ejemplo, permite detectar caídas, que en caso de las personas de edad avanzada suelen tener consecuencias nefastas, utilizando para ello, aparatos de detección inmediata, estos aparatos se suelen colocar habitualmente en el cuello o la cintura, y se encuentra conectado al sistema de teleasistencia, al centro de cuidados o a un teléfono móvil mediante Bluetooth. Cuando se registra una caída, el dispositivo inicia una cuenta atrás que puede ser detenida por la persona usuaria. Si no se interrumpe, el sistema activa automáticamente una llamada de emergencia. Asimismo existen aparatos para el monitoreo de comportamientos inusuales, a través de colocación en el hogar del sujeto de diferentes sensores que incluyen un sensor de movimiento inalámbrico y un sensor de puerta. Además, es necesario colocar en el hogar un dispositivo que funciona como base de datos temporal de toda la información recogida por los sensores.

De otra parte, también se realiza un seguimiento remoto de pacientes utilizando dispositivos móviles o en el hogar para recopilar datos sobre los signos vitales de pacientes o información sobre sus actividades diarias (vgr. personas dependientes con diabetes crónica grave).

Otro instrumento que está adquiriendo un uso generalizado por parte de este colectivo es "el pastillero inteligente" o "polifarmacia", que permite una dosificación correcta por parte

²⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión COM/2021/206 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>

del enfermo de los fármacos que tiene que ingerir, organizando eficientemente horarios de medicación y adaptándose a las necesidades cambiantes del usuario.

De otra parte, para evitar el aislamiento “los chatbot”, son una aplicación muy útil para responder a sus preguntas o proporcionar asistencia de manera más accesible (vgr. Alexia cuyas funciones en el ámbito de este colectivo se centra fundamentalmente en crear alertas de actividad, asistencia en emergencias y control remoto de recordatorios).

También resulta interesante la incorporación de la medicina de precisión que utiliza algoritmos de *machine learning* y considera factores como los genes, antecedentes médicos, estilo de vida y otros datos para brindar un tratamiento más personalizado y efectivo, permitiendo de este modo, adaptar los diagnósticos y tratamientos reparadores y rehabilitadores a las características individuales en la atención a personas mayores debido a la variabilidad de sus necesidades y actualmente se aplica para enfermedades como el cáncer, el Alzheimer y los ictus cerebrales, que son especialmente comunes en la edad avanzada³⁰.

De otra parte, otra herramienta actualmente empleada es el *deep learning*, que utiliza una red neuronal artificial que imita la estructura lógica del cerebro humano y es capaz de analizar el tono de voz, comprender y responder a preguntas o utilizar una base de datos de imágenes faciales con diversas expresiones emocionales, seguida de la evaluación del *deep learning*, permitiendo detectar personas extrañas en el hogar de nuestros mayores y que se aprovechen de su vulnerabilidad. Esta es especialmente útil en la identificación temprana de aquellas personas mayores que pueden sentirse solas o deprimidas, permitiendo la intervención oportuna.

Recientemente se han introducido los agentes inteligentes, se trata de un programa de software con la capacidad de tomar decisiones y ejecutar tareas en función de su entorno y de sus propias experiencias, como ocurre por ejemplo con *Alexa Together*, que ofrece un soporte proactivo y es compatible con dispositivos de detección de caídas, lo convierte en un agente inteligente eficaz para mejorar la independencia de las personas mayores que viven solas y puede individualizarse personalizando la atención siendo muy útil su aplicación en las residencias.

Y por citar alguno más que no el único se encuentra la robótica de asistencia, se trata de un subtipo de agentes inteligentes, que tomando como punto de partida la inteligencia artificial proporciona apoyo emocional y funcional a las personas mayores, siendo un claro paradigma de Asistente Robótico Inteligente es “el ElliQ”, Diseñado con una pantalla táctil y cámara, el robot ElliQ ofrece compañía y asistencia, recordando medicamentos, proponiendo actividades y manteniendo el ánimo. De ese modo, mejora la calidad de vida de las personas que residen en estos establecimientos, con funciones como detección de caídas, asistencia en movilidad y entrenamiento, también alerta rápidamente en caso de emergencia y como novedad destacada es que se desplaza de manera autónoma gestionando obstáculos eficientemente.

7. En clave conclusiva

En el presente siglo XIX hemos pasado del respeto y admiración a nuestros mayores al sesgo discriminatorio por razón de edad, conocido “edadismo” o “microedadismo”. Partimos de la premisa de que el envejecimiento si bien, es un proceso fisiológico de “involución”, también tiene un componente existencialista es decir, cuando el individuo toma de conciencia de su edad y le da sentido³¹ y progresa hacia sí mismo. Y es que en este cambio de paradigma de la vejez y

³⁰ Informe Nagusi Intelligence Center.: Inteligencia Artificial para las personas mayores: aplicaciones y oportunidades de negocio, Vizcaya, 2023. Disponible en: https://www.bizkaia.es/documents/9027320/11569571/%2307_Inteligencia+Artificial_VF-ES.pdf

³¹ DE BEAUVOIR, S.: *La Vieillesse*, Gallimard, París, 1970, pp. 27-56.

sincrónicamente su jibarización, debido a la globalización y mundialización, ha supuesto que sean etiquetados como frágiles, vulnerables y una carga económica. Cuando en realidad nos encontramos ante un grupo heterogéneo y multidimensional con necesidades diferentes pero cuyo denominador común es que son “sujetos de derechos”, no solo los que tienen cualquier ciudadano por el mero hecho serlo, sino también por su situación específica precisan un “plus” de protección. Sin embargo, en nuestro país no existe un texto normativo dedicado con carácter exclusivo a definir o catalogar los derechos de los mayores debido a la configuración política del estado de las autonomías que, hace difícil la homogeneización de los derechos, prestaciones y servicios que corresponden a los ciudadanos de cada Comunidad autónoma. Asimismo tampoco existe ningún tratado internacional sobre los derechos de las personas mayores, y en consecuencia, aún son pocos los países que cumplen sus obligaciones relacionadas con los estándares internacionales de derechos humanos.

En este escenario, las nuevas tecnologías y las herramientas digitales que ahora disponemos, han creado no solo nuevas oportunidades, sino también retos para todos, incluidos para nuestros mayores. Sin embargo, la accesibilidad (brecha digital) y el coste de las TIC, disminuye a medida que la población alcanza una edad más avanzada. En este escenario, si bien es cierto que el desarrollo de la tecnología será una gran ayuda para la medicina, tanto la tecnomedicina como la IA (utilización de microrrobots, impresoras 3D, la incorporación de la medicina de precisión, etc.). Existe el riesgo de vulneración de los derechos digitales que también tienen nuestros mayores, que de forma reiterada son socavados por hospitales, residencias y centros de atención primaria, al considerarlos como infrasujetos con capacidad física, cognitiva o psíquica mermada, creando impedimentos que dificultan su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. Y superar estos hándicap y garantizar su pleno disfrute al igual que el resto de ciudadanos es obligación no solo del Estado sino de todos porque al fin y al cabo todos con suerte llegaremos a ser mayores y queremos el respeto hoy por hoy no brindamos a nuestros predecesores.

Asimismo hay que recordar que no todo son parabienes en cuanto al empleo de la inteligencia artificial en materia sanitaria en relación con nuestros mayores, tampoco existe un maniqueísmo de que todo es bueno o malo con respecto a su uso. En particular, creemos que es precisamente en este segmento de población donde se debe blindar la protección en materia de ciberseguridad y no ceder a los intereses mercantilistas de las empresas de fabricación de aparatos de tecnomedicina y de IA. Y donde además sus usuarios-las personas de edad-, deben ser informados y participar en la toma de decisiones que afectan al consentimiento en su uso, así como en la participación en la toma de decisiones en materia de salud y calidad de vida, porque al fin y al cabo la dignidad de la persona si está reconocida como derecho fundamental y como tal, debe ser respetada y solo las personas mayores deben decir sobre si proceder o no a su uso(salvo que carezca de capacidad de discernimiento y evitar las situaciones de encarnizamiento terapéutico o el reverso de la moneda- el abandono sin tratamiento-), por este motivo creo que, el derecho digital de las personas mayores es una necesidad inminente que debe regularizarse de forma inmediata.

8. Bibliografía

ACEITUNO NIETO, M. P. *et al.*: “Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de septiembre de 2022”, *Informes Envejecimiento en Red* nº 31, Madrid, 11 de octubre de 2023.

- ARGAW ST, BEMPONG NE, ESHAYA-CHAUVIN B., FLAHAULT A. “El estado de la investigación sobre ciberataques contra hospitales y recomendaciones de mejores prácticas disponibles: una revisión del alcance”, *BMC Med Informar a Decis Mak*. 2019. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6330387/>
- BARRIO ANDRES, M.:” La ciberseguridad en el Derecho digital europeo: novedades de la Directiva NIS” *InDret* núm.1, 2024.Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2024/01/1838.pdf>
- BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, DE ASÍS ROIG, R. (trad.), Madrid, Sistema, 1991.
- CERVERA GARCIA, A, GOUSSENS, A.: “Ciberseguridad y uso de las TIC en el Sector Salud”, *Atención Primaria* núm.56, marzo 2024. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC10823061/>
- CICERÓN, M.T. *Sobre la vejez.*, Madrid, Editorial Tal Vez, 2005.
- DE BEAUVOIR, S.: *La Vieillesse*, Gallimard, París, 1970.
- FLORES, F: “La protección de los derechos de las personas mayores en la Constitución”, *Tiempos de Paz*, núm. 129, Verano 2018.
- GONZÁLEZ MESTRE, A.: “La autonomía del paciente con enfermedades crónicas: De paciente pasivo a paciente activo”, *Enferm Clin* núm.24, 2014, 67–73.
- HERRANZ GONZÁLEZ, R.: *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015.
- LUNA MALDONADO, A.: “Anciano y marginación social”, *Revista Aragonesa de Medicina Legal*, Monográfico Medicina Legal y Geriátría, núm. 3, 2001.
- MARTÍNEZ-RAMOS, C.: “Telemedicina. Origen y Evolución”, *Reduca (Recursos Educativos)*. Serie Medicina, núm. 1, 2009.
- PELEGRÍN HERNANDO, V.: Informática: prevención del phishing en el sector sanitario, *Revista Electrónica de PortalesMedicos.com*, Vol. XV; nº 10, 418, 22 mayo, 2020.Disponible en: <https://www.revista-portalesmedicos.com/revista-medica/informatica-prevencion-del-phishing-en-el-sector-sanitario/>
- PERAL PERAL, B., VILLAREJO RAMOS, A.F, ARENAS GAITAN, J.: “Descifrando la brecha digital de los mayores”, *Panorama Social* núm. 25, primer semestre 2017.
- PÉREZ DÍAZ, J, *et al.* : Informe “Un perfil de las personas mayores en España 2023. Indicadores estadísticos básicos”, *Informes Envejecimiento en red* nº 30, Madrid, 31 de octubre de 2023. Disponible en: <https://envejecimientoenred.csic.es/wp-content/uploads/2023/10/enred-indicadoresbasicos2023.pdf>
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.:”Los objetivos generales de la protección de las personas mayores en situación de dependencia”, *Temas Laborales*, núm.89: 2007.
- VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Española*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE,M.E. (dirs.), Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018.

PROTECCIÓN SOCIAL, DISCRIMINACIÓN Y TECNOLOGÍA EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INADAPTACIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA A LOS RAZONABLES CAMBIOS PROVOCADOS POR LA DISRUPCIÓN DIGITAL EN SU PUESTO DE TRABAJO

SARA GUINDO MORALES

Profesora Contratada Doctora indefinida (acreditada a Titular)

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

1. Introducción

La letra b) del artículo 39.1 del RD-l 17/1977 fue la encargada de incorporar como causa de despido objetivo *“la falta de adaptación del mismo -del trabajador- a las modificaciones tecnológicas del puesto de trabajo que viniera desempeñando, siempre que fuese adecuado a su categoría profesional”*.

Sin embargo, su idea conceptual originaria se encuentra en la interpretación que se realizaba de la ineptitud contenida en la LCT 1931 -aunque esta última no contuviera ninguna precisión

explícita al respecto⁻¹, al igual que opina una parte de la doctrina científica actual, la cual defiende que esta causa extintiva del despido objetivo es un tipo de ineptitud sobrevenida.

Cuando el RD-L 17/1977 creó *ex novo* esta causa de despido, se estaba tratando de liberalizar la capacidad del empresario de introducir cambios técnicos en los puestos de trabajo, no pudiendo esta causa tener otro sentido que el de fomentar la movilidad interna del trabajador² así como, indirectamente, la externa.

Empero, asimismo, esta nueva circunstancia extintiva del contrato de trabajo fue entendida como un deber a cargo del trabajador de progresar en su capacidad profesional³, con la correspondiente obligación paralela a cargo del empresario de facilitar a la persona trabajadora la formación profesional necesaria⁴.

El originario ET 1980 volvió a recoger esta causa de despido objetivo estableciendo al respecto que, el contrato de trabajo podía extinguirse “*por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación. El contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo*”.

Por tanto, respecto del RD-L 17/1977, el ET 1980 modificó el término “tecnológicas” por el de “técnicas”, eliminó la limitación de que la incidencia de los cambios técnicos en las funciones del puesto de trabajo tenía que enmarcarse dentro de la categoría profesional del trabajo, añadió que los cambios deben ser razonables⁵, incluyó el plazo de dos meses desde que se introdujo la modificación técnica para que el trabajador se adapte a su nuevo puesto de trabajo, estableció el régimen jurídico del curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional⁶ y, por último, añadió que durante dicho curso se abonaría al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo.

Por su parte, el ET 1995 no introdujo ningún cambio al respecto, disponiendo que el contrato podrá extinguirse “*por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación. El contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo*”.

¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *El Despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador. Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 147.

² BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, p. 181.

³ ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., JUANIZ MAYA, J. R., LÓPEZ GANDÍA, J., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.: *Las relaciones laborales (un estudio crítico de la Ley de Relaciones Laborales, del DL de medidas económicas y del RDL sobre relaciones de trabajo)*, Valencia, Fernando Torres, 1977, p. 70.

⁴ POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

⁵ BLASCO PELLICER, Á. A.: “La extinción del contrato de trabajo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 18, 1992, p. 38.

⁶ POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

Por último, y como veremos a *posteriori*, antes de llegar a la regulación actual sobre esta causa de despido objetivo, en el año 2012 se produjeron diversas reformas legislativas de gran calado al respecto.

2. Ubicación de su regulación en el 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

Tratando de compaginar los intereses del empresario -quien es libre para introducir en el proceso productivo empresarial las innovaciones tecnológicas que considere oportunas- con los del trabajador o trabajadores afectados⁷, la redacción completa de la segunda letra del artículo 52 del ET dispone que el contrato de trabajo se podrá extinguir *“por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables”*.

Matizando dicho precepto a renglón seguido que *“previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación”*.

3. Fundamento y concepto

El contenido de la prestación laboral se fija en el momento de la celebración del contrato de trabajo, pero en la práctica es imposible determinar cómo se va a desarrollar esa vida laboral debido a los múltiples cambios que pueden producirse en el proceso productivo empresarial, entre los que se encuentra la introducción de mejoras técnicas/tecnológicas -adecuadas a las nuevas exigencias derivadas de procesos, técnicas y métodos de producción y trabajo⁸-, hecho muy frecuente en el contexto del actual sistema económico y productivo, motivado por la competitividad exigida a todas las empresas en un mercado globalizado⁹ -propio de una tercera revolución industrial¹⁰-.

⁷ LLEÓ CASANOVA, B.: “Extinción del contrato por causas objetivas”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.), ALBIOL ORTUÑO, M., ALFONSO MELLADO, C. L., ALFONSO PAREDES, C. M., BLASCO LAHOZ, J. F., CAMPS RUIZ, L. M., ESTEVE SEGARRA, A., Lleó Casanova, B., RODRÍGUEZ PASTOR, G. E. y ROQUETA BUJ, R.: *Todo extinción del contrato de trabajo 2010*, Valencia, CISS, 2010, p. 362.

⁸ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, M^a. J.: “Despido por circunstancias objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Coord.) y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) et al: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2014, pp. 264 y 265; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 33 y 34; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a. N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 20^a ed., Granada, Comares, 2022, pp. 616 y 617.

⁹ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Falta de adaptación a las modificaciones técnicas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) et al: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 392.

¹⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, M^a. J.: “Despido por circunstancias objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Coord.) y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) et al: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2014, pp. 264 y 265; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 33 y 34; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a. N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 20^a ed., Granada, Comares, 2022, pp. 616 y 617.

Por ende, con esta causa objetiva de despido se prioriza el progreso técnico y la innovación tecnológica de la empresa, lo que no puede ser frenado por la falta de adaptación del trabajador¹¹, sobre quien recae un deber de perfeccionamiento profesional¹².

La implantación por la parte empresarial de nuevas tecnologías como estrategia para abaratar costes y ganar en competitividad se enmarca dentro de los poderes directivos y organizativos del empresario, constituyendo un despido objetivo por inadaptación del trabajador a las modificaciones técnicas efectuadas en su puesto de trabajo¹³.

Esta causa de extinción del contrato de trabajo, que tiene cuerpo de despido objetivo y alma de movilidad funcional por causas técnicas¹⁴, encuentra su fundamento teórico en la situación objetiva de excesiva onerosidad sobrevenida que experimenta el empresario al mantener en su puesto de trabajo a un trabajador que es incapaz de adaptarse a las innovaciones técnicas acaecidas¹⁵.

Como regla general, la doctrina judicial no viene exigiendo que el empresario acredite que el despido objetivo por dicha causa ayudará a la viabilidad futura de la empresa, en otros términos, no se le requiere que demuestre la relación de causalidad entre la extinción del contrato de trabajo y los objetivos de competitividad empresarial perseguidos por ella, a diferencia de lo que ocurre en el despido objetivo fundamentado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción contemplado en el artículo 52.c) del ET¹⁶.

En definitiva, el conflicto entre el artículo 4.2.b) del ET -el cual dispone que en la relación laboral los empleados tienen derecho “a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad”- y el artículo 5.2 del mismo texto legal -que establece que los empleados tienen como deberes básicos “contribuir a la mejora de la productividad”- se solventa en la letra b) del artículo 52 del ET.

De la configuración y régimen jurídico general del artículo 52.b) del ET se infiere que se intenta garantizar el derecho a la estabilidad en el empleo consagrado en el artículo 35.1 de la CE para que el despido objetivo por dicha causa sea el último recurso utilizado, puesto que nos encontramos en presencia de un conflicto entre los siguientes dos bienes jurídicos: el progreso técnico y el derecho del trabajador a conservar su puesto de trabajo.

La jurisprudencia entiende por modificación técnica/tecnológica el cambio o variación en una ocupación concreta acomodada al progreso, evitando el anquilosamiento en viejas técnicas o modos operativos que pueden impedir el normal desarrollo de la actividad de la empresa, su

¹¹ CASTRO CONTE, M.: “Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas relativas a la persona del trabajador”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016, pp. 133 y ss.

¹² POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico); SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, p. 183.

¹³ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, pp. 163 y 184.

¹⁴ BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, p. 181; SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “Ineptitud, falta de adaptación y absentismo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 19, 1996, p. 144; ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *El Despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador. Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 159 y ss.

¹⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *El Despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador. Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 156.

¹⁶ POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

competitividad y la mejora en los métodos de trabajo¹⁷, mientras que, en virtud del artículo 51.1 del ET, “se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”.

Conviene destacar que la letra b) del artículo 52 del ET se refiere al puesto de trabajo asignado por la empresa, no al grupo profesional ostentado por el trabajador, lo que significa que los cambios técnicos/tecnológicos introducidos no afectan al objeto de la prestación, sino al modo de prestación de las mismas funciones que, esencialmente, permanecen inalterables, aunque deben prestarse con los nuevos medios técnicos¹⁸.

Al hilo de lo anterior, se debe recordar que, tras la reforma operada a través de la Ley 3/2012, la clasificación profesional de los trabajadores¹⁹ no se basa en categorías profesionales, sino en grupos profesionales conforme establece el artículo 22 del ET, en cuyo apartado segundo se define como “el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”²⁰.

Esta causa de despido objetivo puede tener su origen tanto en motivos profesionales -por dificultades técnicas de aprendizaje- como en motivos personales -por la falta de ánimo o interés hacia el aprendizaje o el conformismo-²¹.

No obstante lo anterior, habitualmente, las innovaciones tecnológicas que motivan esta causa de despido objetivo se encuentran relacionadas con los avances informáticos, tales como, por ejemplo²²: la introducción de ordenadores en la empresa²³, de un nuevo programa informático²⁴, del Windows 2000²⁵ o de nuevos sistemas informáticos de gestión²⁶.

Pero también se ha calificado judicialmente de procedente el despido objetivo por falta de adaptación de la persona trabajadora en los siguientes casos²⁷: por la no obtención del carnet ADR para el transporte de mercancías peligrosas -requisito imprescindible para la empresa- tras asistir a un curso para conseguir dicha autorización y haberse presentado varias veces al

¹⁷ MERCADER UGUINA, J. R.: “Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998, p. 641; MERCADER UGUINA, J. R.: “Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, p. 746.

¹⁸ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 77.

¹⁹ Para profundizar sobre la clasificación profesional del trabajador, *vid.*, ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, Sevilla, Mergablum, 2002, *passim*. También, ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Artículo 22. Sistema de clasificación profesional”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: El nuevo estatuto de los trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, pp. 322 a 330.

²⁰ ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Clasificación profesional y movilidad funcional. Alternativas de la negociación colectiva frente a la acción unilateral de la empresa”, en *Gaceta sindical: reflexión y debate*, núm. 25, 2015, pp. 220 y 221.

²¹ MERCADER UGUINA, J. R., GOERLICH PESET, J. M., ARADILLA MARQUÉS, M. J., MORENO SOLANA, A. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: *Practicum Social 2017*, Navarra, Aranzadi, 2017, p. 551.

²² SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017, p. 183.

²³ STS de fecha 21 de junio de 1988 [RJ 1988\6865].

²⁴ STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 12 de noviembre de 2002 [AS 2003\533].

²⁵ STSJ de Madrid de fecha 24 de enero de 2005 [AS 2005\1999].

²⁶ STSJ de Extremadura de fecha 8 de agosto de 2000 [JUR 2000\273981].

²⁷ POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

examen oficial²⁸, por la no posesión de conocimientos de inglés de un trabajador que prestaba servicios en una empresa inmersa en un progresivo proceso de internacionalización²⁹ o, por la no adaptación del trabajador a una nueva máquina de embuchado de carne³⁰.

Como consecuencia de lo anterior, nos encontramos ante un supuesto mixto de causa imputable tanto al trabajador -que deviene inepto para el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo que tenía asignadas- como al empresario -por desencadenar las condiciones de las que tal ineptitud se deriva, con límites-³¹.

En penúltimo lugar, como veremos a continuación, la famosa reforma laboral introducida en el año 2012 endureció algunos de los requisitos existentes para la utilización de esta causa de despido objetivo -lo que implica una mayor exigencia para las empresas³²-, de forma que el recurso o uso poco frecuente de los empleadores a este motivo de despido objetivo antes de dicha modificación legal se mantendrá o incluso se incrementará³³, pues si realizamos un análisis comparativo con las demás causas que justifican el despido objetivo, no existe mucha litigiosidad sobre la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en su puesto de trabajo -sin dejar de obviar los escasos estudios sobre esta causa de despido objetivo-, lo que dificulta el conocimiento de esta materia.

Por último, huelga decir que el despido objetivo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en su puesto laboral se sitúa en el centro de las tendencias evolutivas del Derecho del Trabajo, condensadas bajo la idea de la flexiguridad³⁴.

4. Presupuestos para su concurrencia

A grandes rasgos, de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del artículo 52 del ET, los distintos presupuestos para que concurra esta causa de despido objetivo son los siguientes³⁵:

- El carácter técnico/tecnológico de la modificación operada en el puesto de trabajo de la persona trabajadora (presupuesto objetivo).
- La razonabilidad de la modificación técnica/tecnológica introducida (presupuesto sustancial o valorativo).
- La falta de adaptación sobrevenida a la modificación técnica/tecnológica introducida (presupuesto personal).
- El transcurso de un periodo mínimo desde que se produjo la modificación técnica/tecnológica introducida (presupuesto temporal).

²⁸ STSJ de Navarra de fecha 30 de noviembre de 2012 [JUR 2013\176472].

²⁹ STSJ de Madrid de fecha 14 de mayo de 1996 [AS 1996\1563].

³⁰ STSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 6 de abril de 2004 [JUR 2004\153570].

³¹ BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, p. 174.

³² SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012. (Estudio del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 237.

³³ VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

³⁴ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: "La falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo como causa del despido objetivo", en RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., ROMEO, C. y VIQUEIRA PÉREZ, C. (Dir.) et al: *La extinción del contrato de trabajo. Perspectiva comparada de las regulaciones italiana y española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 190.

³⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a. N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 20^a ed., Granada, Comares, 2022, pp. 616 y 617.

5. La modificación técnica/tecnológica operada en el puesto de trabajo

La modificación técnica/tecnológica producida en el puesto de trabajo debe ser razonable. Llama la atención la introducción de esta exigencia como presupuesto de esta causa de despido objetivo, pues no parece que los cambios introducidos por vía del artículo 41 del ET -relativo a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo- sean ajustados a Derecho, pero irrazonables³⁶.

La razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado no definido en ningún momento por el ET -ni por la RAE, pues, según ésta, razonabilidad, en su acepción literal, significa “cualidad de razonable” o “conforme a razón”-.

Razonabilidad que, según parte de la doctrina científica, se predica del cambio en sí, y no del modo en que incide en el trabajador o de la posibilidad que éste tenga para adaptarse al mismo³⁷. Sin embargo, otra parte vincula el juicio de razonabilidad al análisis de los factores subjetivos que concurren en cada caso, teniendo en cuenta la edad, la persona y la inteligencia del personal afectado³⁸.

Por un lado, los requisitos exigibles del cambio técnico/tecnológico son los siguientes³⁹:

- a) Que se haya producido una modificación técnica/tecnológica y, por tanto, no de otra índole.

Además, dicho cambio se refiere a los medios o instrumentos de trabajo, los cuales han quedado antiguos o han perdido su funcionalidad total o parcial en la empresa, situación ante la cual, el empresario ha de innovar los medios de producción⁴⁰.

La causa técnica se diferencia, en primer lugar, de la económica, en que, en numerosas ocasiones, la técnica no se refiere a una empresa que se encuentra inmersa en una situación adversa, sino en empresas saneadas; de la organizativa, en que ésta se refiere a los sistemas y métodos de trabajo del personal relativos a la organización y estructura de la empresa, es decir, alude a criterios de racionalización del trabajo dentro de la organización productiva y no conlleva necesidad de invertir en medios productivos técnicos; y, por último, de la productiva, en que ésta afecta a la capacidad de producción de la empresa, la cual tendrá que ajustarse a las necesidades del mercado⁴¹.

- b) Que la modificación técnica/tecnológica afecte al puesto de trabajo del trabajador de forma cualitativa y no cuantitativa.

³⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Causas del despido objetivo”, en GOERLICH PESET, J. Mª. (Coord.) et al: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 929.

³⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, Mª. J.: “Despido por circunstancias objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Coord.) y GONZÁLEZ DE PATTO, R. Mª. (Coord.) et al: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por Monereo Pérez, J. L., Granada, Comares, 2014, pp. 264 y 265; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 33 y 34; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, Mª. N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 17ª ed., Granada, Comares, 2019, pp. 616 y 617.

³⁸ BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Falta de adaptación a las modificaciones técnicas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) et al: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 399.

³⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *El Despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador. Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 163 y ss.

⁴⁰ POQUET CATALÁ, R.: *Análisis del despido objetivo en los momentos actuales*, Navarra, Aranzadi, 2017, p. 68.

⁴¹ POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

Es irrelevante que el cambio afecte a uno o varios puestos de trabajo al mismo tiempo, pudiendo el empresario despedir, al amparo de esta causa de despido objetivo, a todos los trabajadores que no se adapten a la modificación introducida en sus puestos de trabajo⁴².

De hecho, precisamente un caso que ocurre con cierta frecuencia en la práctica es el consistente en que, en el supuesto de que los procesos de innovación se proyecten sobre una pluralidad de puestos de trabajo y afecten a un colectivo de trabajadores, este proceso termine en una extinción por causas empresariales de las establecidas en la letra c) del artículo 52 del ET⁴³.

- c) Que se produzca la falta de adaptación de la persona trabajadora a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en el puesto de trabajo que, hasta el momento de la introducción de la innovación, venía realizando -y no al que circunstancialmente pudiera ocupar por razones de movilidad funcional-: por tanto, tiene que existir una relación de causalidad o nexo causal entre la no adaptación del trabajador y el cambio acaecido en su puesto laboral.

Mientras que, por otro lado, los límites del cambio técnico/tecnológico son los siguientes⁴⁴:

- a) Es irrazonable una modificación unilateral de la configuración laboral del puesto de trabajo que suponga o pueda suponer una peligrosidad o repercusión negativa sobre la influencia que dicho puesto puede provocar en la salud o integridad física del trabajador⁴⁵.
- b) Según el artículo 39.3 del ET relativo a la movilidad funcional de los trabajadores, *“no cabrá invocar como causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional”*.

En este sentido, según la STS de fecha 22 de abril de 1980⁴⁶, *“si la trabajadora no es apta para el trabajo que se le asignó y éste no corresponde a su categoría profesional, la misma debe ser destinada a prestar el trabajo propio de su categoría, pero no puede ser despedida por inadaptación a un trabajo que no es el de su categoría profesional, sin que la circunstancia de que fuera la propia trabajadora la que voluntariamente solicitara ser empleada en el trabajo que luego no podía realizar”*.

- c) Esta causa de despido objetivo no puede encubrir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que conlleve la realización de funciones distintas para las que se contrató en su momento al trabajador, con el objetivo de eludir su específico régimen jurídico establecido en el artículo 41 del ET.

Tal precepto estatutario, en su apartado primero, previene que *“la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”*, entendiéndose por tales *“las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”*.

⁴² STS de fecha 21 de junio de 1988 [RJ 1988\6865]. POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

⁴³ VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

⁴⁴ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *El Despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador. Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 167 y ss.

⁴⁵ OJEDA AVILÉS, A.: “El despido por bajo rendimiento: un análisis comparado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1993, *passim*.

⁴⁶ [RJ 1980\1672].

Sin embargo, el supuesto ahora abordado es diferente: allí, cabe alterar ciertas condiciones laborales contractuales como consecuencia de una modificación técnica; aquí, por el contrario, lo que sucede es que, una vez adoptada por el empresario la novedad técnica, el trabajador no se acomoda a ella⁴⁷.

- d) El despido objetivo por esta causa se debe calificar judicialmente de improcedente cuando encubra una variación esencial que prácticamente obligue a modificar el grupo profesional del trabajador afectado o a realizar unas tareas opuestas a aquellas para las que fue contratado, obligando al trabajador a aprender un nuevo oficio o profesión⁴⁸.

6. El puesto de trabajo afectado por las modificaciones técnicas/tecnológicas

La correspondencia entre el puesto de trabajo y la modificación de las tareas conlleva una serie de requisitos concernientes a la identificación de las funciones que quedan afectadas, cuya determinación permite delimitar el supuesto normativo de situaciones parecidas, pero no idénticas⁴⁹:

- a) Se excluyen aquellos supuestos en que la inadaptación hubiera estado precedida de un cambio de puesto de trabajo o una nueva ocupación.

Pues, en dicho caso, “*faltarían dos requisitos imprescindibles: que el cambio se haya operado en el puesto que se ocupaba y, además, provenga de que en él se han introducido novedades técnicas*”⁵⁰.

- b) La modificación afecta a las funciones que se vinieran desempeñando y no a la excepcional alteración que, como consecuencia del cambio -aun accidental- de puesto de trabajo, se pudiera producir. En virtud de lo anterior, la habitualidad en las tareas realizadas y la alteración de los procedimientos de su ejecución material constituye un requisito fundamental para que la extinción del contrato de trabajo por esta causa de despido objetivo sea declarada procedente.
- c) No es suficiente que la modificación operada en el puesto de trabajo lo sea de forma parcial, no afectando así al contenido esencial del puesto de trabajo⁵¹.

7. La inadaptación de la persona trabajadora

Para que se cumpla la inadaptación de la persona trabajadora, se requiere⁵²:

- a) Demostrar la existencia de defectos en el cumplimiento de la prestación laboral, correspondiendo al empresario acreditar las funciones que desempeñaba inicialmente el trabajador.

⁴⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Causas del despido objetivo”, en GOERLICH PESET, J. Mª. (Coord.) *et al: Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 928 y 929.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de fecha 1 de octubre de 1982 [RTCT 1982\5135]. VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

⁴⁹ VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

⁵⁰ STSJ del País Vasco de fecha 23 de noviembre de 1999 [AS 1999\3931].

⁵¹ POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

⁵² VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

Exigencia que no puede entenderse cumplida, por ejemplo, con “la decisión u opinión del cliente cuya evaluación no sólo subjetiva nos resulta, sino también secreta en cuanto que ni el juzgado ni esta Sala conocemos los parámetros tenidos en cuenta para hacerla, ante lo cual la causa alegada como motivadora del despido aparece huérfana de toda probanza y ello sólo puede acarrear la confirmación de la declaración de improcedencia”⁵³.

- b) Probar que las disfunciones en el rendimiento derivan de una falta de adaptación del trabajador a los cambios introducidos en el puesto de trabajo que viniera desempeñando.

Por tanto, el *onus probandi* de la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en su puesto laboral corresponde al empresario que la alega.

8. Período de adaptación

A no ser que, naturalmente, por vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo -por establecer este último una condición más beneficiosa que aquél- se establezca un periodo mayor mejorando la norma mínima de derecho necesario relativo o dispositivo, el ejercicio de esta facultad empresarial se encuentra sometido a un plazo de espera o de gracia -que no constituye un especial periodo de prueba- de dos meses que el ET fija de forma disyuntiva que podrá ser computado bien desde la introducción del cambio o bien desde la finalización de la formación dirigida a facilitar la adaptación de la persona trabajadora⁵⁴.

Como es lógico, esta obligación resultará proporcionalmente más gravosa para la empresa cuanto más reducida sea su dimensión⁵⁵.

Tras la reforma laboral llevada a cabo mediante el RD-L 3/2012⁵⁶ y la ulterior Ley 3/2012, conviene mencionar tres importantes cuestiones al respecto⁵⁷:

En primer lugar, que el ofrecimiento de dicho curso de adaptación profesional por la parte empresarial será obligatorio, a diferencia de lo que disponía la regulación anterior de esta causa extintiva, la cual carecía de tal imperatividad, sustituyéndose el término “*podrá*” por el de “*deberá*”.

Este cambio tiene su causa en una nueva visión de la formación profesional que intenta ser más agresiva⁵⁸. Así, a día de hoy, la empresa se encuentra compelida a intentar que se solucione

⁵³ STSJ de Madrid de fecha 29 de enero de 2003 [JUR 2003\111666].

⁵⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, M^a. J.: “Despido por circunstancias objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Coord.) y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) et al: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por Monereo Pérez, J. L., Granada, Comares, 2014, pp. 264 y 265; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 33 y 34; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a. N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 20^a ed., Granada, Comares, 2022, pp. 616 y 617.

⁵⁵ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: *Vicisitudes y Extinción de la Relación de Trabajo en las Pequeñas Empresas*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2007, p. 176.

⁵⁶ Sobre dicha normativa, *vid.*, CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 36, 11 de febrero de 2012; correc. err. BOE 42, 18 de febrero de 2012)”, en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 154, 2012, pp. 217 a 222.

⁵⁷ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “La nueva regulación de los despidos objetivos”, en ALFONSO MELLADO, C. L. y RODRÍGUEZ PASTOR, G. (Dirs.) et al: *Reforma laboral 2012. Últimas reformas laborales y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 198.

⁵⁸ GOERLICH PESET, J. M.: “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012: la culminación de una larga evolución”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.) et al: *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 295.

la situación de la falta de adaptación del trabajador a su puesto de trabajo, a diferencia de lo que sucedía con la regulación previa.

Por tanto, el hecho de hacer exigible que se desarrolle una actividad formativa supone un elemento positivo en el nuevo régimen jurídico de esta causa de despido objetivo que debe ser bienvenido⁵⁹.

En segundo lugar, que la duración del curso ya no se encuentra sometida a un plazo máximo, tal y como acontecía en la regulación anterior, la cual estipulaba una duración máxima de tres meses, sino que se introduce un nuevo *dies a quo* en cuanto al cómputo del plazo mínimo de espera de dos meses que resulta necesario para que el empresario pueda utilizar válidamente el despido objetivo por falta de adaptación del trabajador, a contar desde que se introdujo la modificación o bien desde que finalizó la formación dirigida a conseguir la adaptación.

La eliminación de que el curso de formación tenga una duración máxima de tres meses constituye una muestra de madurez y confianza en el sistema, si bien, lógicamente, conlleva los riesgos propios del abuso de derecho⁶⁰.

Y, por último, que el tiempo destinado a la formación ya no se considera una situación de suspensión del contrato de trabajo, sino tiempo de trabajo efectivo⁶¹ durante el cual, el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo -como hora ordinaria o extraordinaria, en función de que se supere o no la duración máxima de jornada ordinaria de trabajo⁶²-.

Al respecto, se debe tener presente que este plazo de dos meses no es un período de tiempo de paréntesis en las obligaciones contractuales del trabajador, de tal manera que las conductas irregulares que pudiera realizar el mismo durante dicho plazo pueden perfectamente conllevar su despido siempre y cuando se acredite que media otra causa de extinción diferente a la de la letra b) del artículo 52 del ET⁶³.

Debido a la obligación ineludible que pesa sobre el empresario de ofrecer el curso a la persona trabajadora, la doctrina científica ha señalado que la aplicación de la primera opción para computar el plazo de dos meses -esto es, a contar desde que se introdujo la modificación- únicamente puede producirse si el trabajador se negó a recibir la formación, o si ésta se proporcionó con carácter previo a la introducción del cambio⁶⁴.

Por un lado, si el curso de formación ofertado es previo a la modificación técnica, parece razonable que, solamente una vez introducida dicha modificación, el empleador pueda valorar

⁵⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo", en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012, p. 299.

⁶⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012. (Estudio del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*, Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 236 y 237.

⁶¹ Como ciertamente expresa también el artículo 23.1.d) del ET, al indicar que el trabajador tendrá derecho "a la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo".

⁶² MARTÍN PUEBLA, E.: "La reforma de la formación profesional y de las políticas activas de empleo", en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. (Dirs.) et al: *La reforma laboral 2012. Análisis práctico del Real decreto-ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 210.

⁶³ POQUET CATALÁ, R.: "La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

⁶⁴ VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

en los dos meses siguientes si efectivamente el rendimiento del trabajador es el adecuado, es decir, se ha adaptado a ella y, en su defecto, proceder al despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en su puesto de trabajo. Pero también podría entenderse que, para cumplir los plazos en el supuesto de que la persona trabajadora se negara a realizar el curso, habría que esperar el transcurso del plazo de dos meses desde la introducción de la modificación para utilizar tal causa de despido objetivo.

Por otro lado, si el curso de formación ofrecido es posterior a la introducción de la modificación técnica, y tal curso fue efectivamente realizado por el trabajador, parece también razonable que el plazo de dos meses deba computarse desde la finalización de dicho curso. Ahora bien, si el trabajador se hubiera negado a recibir el curso posteriormente ofrecido, tendría virtualidad el plazo de dos meses que corre desde la introducción de la modificación técnica.

En penúltimo lugar, debemos cuestionarnos una incógnita adicional existente en esta causa de despido objetivo relativa a la idoneidad del tiempo de dos meses previsto con carácter mínimo indisponible cuando racionalmente se prevea imposible la adaptación del trabajador en ese periodo de tiempo como consecuencia de la relevancia de la modificación técnica/tecnológica operada en el puesto de trabajo⁶⁵.

Pues bien, en este caso, jurisprudencialmente⁶⁶ se ha discutido el problema que surge cuando se entiende que la adaptación profesional de la persona trabajadora en el plazo previsto en el ET es utópico, llegando a la conclusión de que *“si se opera un cambio en la técnica y han transcurrido dos meses desde que se introdujo la modificación, lo que parece reflejar es que el legislador ha entendido que cuando menos ese plazo de dos meses debe ser el que determine la habilidad del trabajador al nuevo puesto, y si es prácticamente imposible que la demandante adquiera los conocimientos que se le exigen en este tiempo, y efectivamente así lo es, no podrá alegarse por la empresa esta causa, pues de otra manera serviría para crear un despropósito de indefensión respecto al trabajador, si pudiese interpretarse que este plazo de dos meses es simplemente del transcurso del tiempo, sin una referencia específica a que sea plazo suficiente para adquirir la cualificación de la nueva técnica que requiere el empresario”*.

Y es que, si a pesar de haber puesto el trabajador toda su diligencia y empeño en el curso de reconversión o perfeccionamiento profesional recibido, la modificación técnica/tecnológica operada en su puesto laboral le conduce directamente al desempleo al serle imposible adaptarse a la misma⁶⁷, teniendo en cuenta que supuestamente las causas de despido objetivo no son imputables al empleado, se le estaría vulnerando, entre otros muchos derechos y obligaciones que conforman el contrato de trabajo, su derecho a la dignidad consagrado constitucionalmente en el artículo 15.

Por último, cabe decir que el plazo de dos meses no constituye técnicamente un periodo de preaviso como el requisito formal del despido por circunstancias objetivas establecido en el artículo 53.c) del ET consistente en quince días pues, entre otros motivos, este último se produce una vez adoptado el despido objetivo, mientras que, en el caso del despido objetivo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas/tecnológicas llevadas a cabo en su puesto de trabajo, hasta el transcurso de dicho plazo de dos meses, no sería válida la decisión extintiva

⁶⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *El Despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador. Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 173.

⁶⁶ STS del País Vasco de fecha 20 de septiembre de 2001 [AS 2002\907]. ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *El Despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador. Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 173.

⁶⁷ BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, p. 185.

empresarial, por cuanto se entiende que el empresario no ha tenido la oportunidad de constatar la efectiva inadaptación del mismo⁶⁸.

Como consecuencia de lo anterior, la falta de cumplimiento del plazo de dos meses determinará la calificación judicial de improcedencia del despido objetivo y no la sustitución indemnizatoria por su valor en el supuesto de incumplimiento del periodo de preaviso establecido legalmente⁶⁹.

9. Curso de formación

Con el curso de formación se cumple el mandato constitucional recogido en el artículo 40.2 de la CE, el cual establece que, *“asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales (...)”*, así como el mandato legal contenido en el artículo 4.2.b) del ET, el cual reconoce que, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho *“a la promoción y formación profesional en el trabajo”*.

Más específicamente, la realización del curso de reconversión o perfeccionamiento profesional se encuentra directamente relacionada con el artículo 23.1.d) del mismo texto estatutario que regula la *“promoción y formación profesional en el trabajo”*, cuando dispone que el trabajador tiene derecho *“a la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación”*, a lo que añade a continuación que *“el tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo”*.

El régimen jurídico del curso de formación -cuyas lagunas legales podrán y deberán desarrollarse mediante la negociación colectiva- es el siguiente⁷⁰:

- a) El ET no especifica si el curso ha de realizarse con anterioridad o con posterioridad a la introducción de la modificación técnica/tecnológica operada en el puesto de trabajo de la persona trabajadora.
- b) El ofrecimiento del curso por la parte empresarial es obligatorio, cuyo incumplimiento tendrá como consecuencia jurídica la calificación de improcedencia del despido objetivo por esta causa⁷¹.

Al ser preceptivo, se evidencia la posibilidad de que se controle vía judicial no sólo el hecho de que el trabajador reciba el curso, sino también que, por su contenido, calidad y duración, facilite o no una verdadera adaptación del trabajador a la modificación técnica/tecnológica operada en su puesto de trabajo, así como que dicho curso sea suficiente para la finalidad perseguida⁷².

⁶⁸ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: *El coste del despido*, Valladolid, Lex Nova, 2014, p. 292.

⁶⁹ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: *El coste del despido*, Valladolid, Lex Nova, 2014, p. 292.

⁷⁰ VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

⁷¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, M^a. J.: “Despido por circunstancias objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Coord.) y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) et al: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por Monereo Pérez, J. L., Granada, Comares, 2014, pp. 264 y 265; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 33 y 34; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a. N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 20^a ed., Granada, Comares, 2022, pp. 616 y 617.

⁷² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012, p. 298.

Además, el empleador se encuentra obligado a proporcionar al trabajador los medios necesarios para la realización del proceso de adaptación, siendo lo anterior especialmente exigible en razón a sus deberes en materia de prevención de riesgos laborales, ya que, de conformidad con el artículo 19.1 de la Ley 31/1995, con la finalidad de cumplir el deber de protección, *“el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo”*.

- c) La realización del curso por parte de la persona trabajadora es voluntaria, por lo que su negativa a ello no tiene por qué implicar un despido objetivo por falta de adaptación a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en su puesto laboral, ya que puede darse el caso de que el trabajador se adapte al cambio técnico/tecnológico implantado, sin necesidad de realizar el curso de formación: ahora bien, una vez aceptado el curso, sí parece exigible la observancia de una buena disposición o diligencia debida que posibilite la adquisición de la habilidad necesaria para obtener el rendimiento adecuado de conformidad con las nuevas características técnicas.

No obstante lo anterior, una parte de la doctrina científica⁷³ entiende que la realización del curso de reciclaje por parte del trabajador es obligatoria, cuyo rechazo puede constituir un despido disciplinario por haberse producido un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones contractuales.

- d) No se especifica en el ET ni la duración máxima ni la duración mínima de dicha formación.

Por tanto, la vigente redacción del artículo 52.b) del ET es funcionalmente mucho más abierta en comparación con la anterior, delegando de forma implícita a los interlocutores sociales la regulación de este aspecto⁷⁴.

La duración del curso de formación no condiciona el plazo mínimo de dos meses a partir del cual es posible despedir objetivamente al trabajador por esta causa, pues dicho periodo de tiempo puede computarse bien desde la finalización de la formación dirigida a la adaptación, o bien desde la introducción de la modificación técnica/tecnológica operada en el puesto de trabajo afectado⁷⁵.

No obstante lo anterior, en caso de que el curso de formación dure más de dos meses debido a la compleja innovación introducida, pese a la literalidad del precepto legal, la única interpretación lógica es la de entender que, en este caso, el plazo de dos meses se computa desde la finalización de la actividad formativa y no desde la introducción de la modificación tecnológica, pues no sería coherente que al empresario que establezca un curso de más de dos meses de duración se le permita realizar un despido por esta causa extintiva sin que el curso termine y sin que el trabajador haya tenido la posibilidad de demostrar que se ha adaptado a las modificaciones técnicas/tecnológicas acaecidas en su puesto de trabajo.

⁷³ POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

⁷⁴ TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: “Despidos individuales (disciplinarios y por causas objetivas)”, en MONTOLLA MELGAR, A. (Dir.) y GARCÍA MURCIA, J. (Dir.) et al: *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Navarra, Aranzadi, 2012, pp. 215 y 216.

⁷⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012, p. 299.

En definitiva, respecto a la previsión legal del artículo 52.b) del ET, en virtud de la cual, “*la extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación*” cabe diferenciar tres supuestos: en primer lugar, si la formación ha sido previa a la modificación técnica, el *dies a quo* coincide con el de su implantación, en segundo lugar, si la formación es simultánea o posterior a la modificación técnica, el *dies a quo* comienza a computar desde que efectivamente se introduce la modificación técnica/tecnológica y, finalmente, si no hay formación adecuada, el plazo no discurre y el despido objetivo por falta de adaptación del trabajador sería improcedente⁷⁶.

- e) No existe ningún impedimento legal para que la formación ocupe toda la jornada de trabajo o únicamente una parte de la misma. Es decir, no es necesario que la formación se imparta de forma continuada, sino que caben fórmulas de alternancia entre formación y trabajo⁷⁷.

Lo que sí que no cabe es que el empresario obligue a la persona trabajadora a asistir al curso de formación fuera de su jornada laboral ordinaria⁷⁸.

Además, parte de la doctrina judicial estima que, si se está realizando el curso al mismo tiempo que el trabajo, no se puede considerar cumplida la formación al trabajador para su adaptación al cambio técnico/tecnológico⁷⁹.

- f) No expresa el legislador si el curso ha de ofrecerse fuera de la empresa o dentro de la misma -por lo que se deduce que caben ambas posibilidades-, al igual que tampoco establece quién va a ser el órgano que puede asumir la obligación formativa, ni el modo.
- g) “*Ni el no superar un determinado cursillo de capacitación en el curso del cual el actor enfermó*⁸⁰”, ni la imposibilidad de su seguimiento son determinantes de la inadaptación del trabajador a la modificación técnica/tecnológica introducida en su puesto de trabajo, ya que “*no hay dato alguno sobre si el actor había hecho o no otros cursillos de capacitación distinto al que estaba asistiendo hasta que enfermó, y cuál había sido el resultado final positivo o negativo de los mismos en relación con la aptitud profesional imprescindible para atender al mantenimiento en perfecto estado de las máquinas más modernas de la empresa*”.

Y es que debe recordarse que la finalidad última del artículo 52.b) del ET no es la de aprobar el curso de formación ofrecido por el empleador, sino la adaptación de la persona trabajadora a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en su puesto de trabajo⁸¹.

⁷⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Despido objetivo”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (Dir.) y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (Coord.) *et al: Tratado del despido*, Madrid, La Ley, 2018, p. 112.

⁷⁷ BLASCO PELLICER, Á. A.: “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, en BLASCO PELLICER, Á. A., CAMPS RUIZ, L. M., GOERLICH PESET, J. M^a, ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T.: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 207; GOERLICH PESET, J. M.: “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012”, en GARCÍA-PERROTE, ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.) *et al: La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la ley 3/2012 y de los aspectos laborales del real decreto-ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 346; BLASCO PELLICER, Á. A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 121 y 122.

⁷⁸ Poquet Catalá, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

⁷⁹ STSJ de Galicia de fecha 2 de mayo de 2013 [AS 2013\1845]. POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

⁸⁰ STS de fecha 28 de mayo de 1987 [RJ 1987\3912].

⁸¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *El Despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador. Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 178.

- h) Tampoco la buena disposición del trabajador en el seguimiento de la formación impide calificar su inadaptación, puesto que el despido por esta causa se fundamenta en el resultado objetivo de la falta de adaptación, al margen del interés de la persona trabajadora o de sus intentos fallidos por adaptarse.
- i) Otros de los problemas existentes en cuanto a esta causa de despido objetivo es el relativo a la idoneidad del curso de formación. Al respecto, la jurisprudencia ha considerado que si varios de los compañeros del trabajador despedido han sabido adaptar sus facultades laborales mediante el referido curso, éste sirve objetivamente para la consecución del propósito pretendido, por lo que el despido de la persona trabajadora que no ha podido aprovechar dicho curso se entiende procedente, empleándose así un parámetro lógico de valoración del curso por comparación con lo que ocurre con otros trabajadores de la misma empresa de similar capacitación profesional⁸².
- j) La extinción del contrato de trabajo por esta causa será calificada de improcedente si se obligara al trabajador a una adaptación para la que el empresario no le proporciona los medios necesarios⁸³, pues exigir a la empresa que procure al trabajador la formación necesaria en estos casos es lógico y razonable con arreglo al principio de buena fe contractual, ya que, siendo la organización productiva la que introduce la modificación con arreglo a sus propios intereses, a ella le debe corresponder también proporcionar los recursos necesarios para que las personas trabajadoras se adapten a los cambios, evitando así que puedan ser despedidos⁸⁴.
- k) La empresa debería llevar a cabo el curso de reciclaje en el ámbito del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral⁸⁵, que derogó el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo⁸⁶.

10. La garantía de la persona trabajadora de que el tiempo destinado a la formación se considerará tiempo de trabajo efectivo

Según la letra b) del artículo 52 del ET, “*el tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo*”.

Hasta el RD-I 3/2012, el tiempo destinado a la formación se consideraba una situación de suspensión del contrato de trabajo que, si bien, por una parte, no figuraba en el listado de causas por las que se suspende el contrato de trabajo establecidas en el artículo 45 del ET y, además, tal consideración suspensiva resultaba discutible al apartarse del régimen previsto en el apartado segundo de dicho precepto -en virtud del cual, “*la suspensión exonera de las obligaciones*

⁸² SSTs de fecha 28 de mayo de 1987 [RJ 1987\3912] y 21 de junio de 1988 [RJ 1988\6865] y STSJ de Cantabria de fecha 19 de octubre de 1998 [AS 1998\4018]. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El Despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador. Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 177 y 178.

⁸³ BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, p. 184.

⁸⁴ SRVENT HERNÁNDEZ, N.: “La nueva regulación de los despidos objetivos”, en ALFONSO MELLADO, C. L. y RODRÍGUEZ PASTOR, G. (Dirs.) *et al: Reforma laboral 2012. Últimas reformas laborales y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 198 y 199.

⁸⁵ Publicado en el BOE en fecha de 5 de julio de 2017.

⁸⁶ Publicado en el BOE en fecha de 11 de abril de 2017.

recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”, debido a que en esta causa de despido objetivo sí que se mantenía la retribución⁸⁷. Es decir, no se interrumpía la remuneración al trabajador⁸⁸.

Sin embargo, tras dicha reforma laboral, el tiempo destinado a la formación ya no se considerará una situación de suspensión del contrato de trabajo, sino tiempo de trabajo efectivo durante el cual, el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo.

11. La garantía de la persona trabajadora del salario medio que viniera percibiendo

Como ocurre con la anterior garantía, previamente a la reforma laboral efectuada en el año 2012, el artículo 52.b) del ET 1995 establecía al respecto que, “*durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo*”, mientras que, de conformidad con el vigente artículo 52.b) del ET, “*el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo*”.

Por lo que, afortunadamente, el término “*equivalente*” aplicado al salario se eliminó, mejorándose así la redacción de dicho precepto legal, al mismo tiempo que se dispó la duda concerniente a la auténtica naturaleza salarial de lo que la empresa abona al trabajador durante la formación⁸⁹.

En virtud de lo expresado legalmente, la referencia al “*salario medio que viniera percibiendo*” excluye del cobro por parte de la persona trabajadora de las percepciones extrasalariales y, con más dudas, los componentes salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa⁹⁰.

12. Diferencias y similitudes con otras figuras afines

Este motivo extintivo guarda semejanza con varias de las circunstancias del despido objetivo establecidas en el artículo 52 del ET, así como con una determinada causa del despido disciplinario.

En primer lugar, y como ya advertimos con anterioridad, mientras que un sector doctrinal califica esta causa extintiva de la relación laboral como un tipo especial de ineptitud sobrevenida de origen externo al trabajador en el que se debería haber incorporado la inadaptación, otro se inclina por considerar que se trata de una causa más cercana al motivo extintivo establecido en la letra c) del artículo 52 del ET, esto es, al despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁹¹ -especialmente, técnicas-.

⁸⁷ GOERLICH PESET, J. M.: “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012”, en GARCÍA-PERROTE, ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) et al: *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la ley 3/2012 y de los aspectos laborales del real decreto-ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 346; BLASCO PELLICER, Á. A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 121 y 122.

⁸⁸ MÁRQUEZ PRIETO, A.: “Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) et al: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, p. 629.

⁸⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012. (Estudio del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 237.

⁹⁰ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *El Despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador. Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Navarra, Aranzadi, 2005, p. 184.

⁹¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, M^a. J.: “Despido por circunstancias objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Coord.) y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) et al: *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2014, p. 264; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 33; MONEREO PÉREZ, J.

Por un lado, “tanto el supuesto de ineptitud como el de falta de adaptación se caracterizan en todo caso por una impotencia del trabajador (esto es, subjetiva o por razón del sujeto) no culpable⁹²”, radicando su diferencia en el origen de las causas que las motivan: de esta manera, mientras que la ineptitud sobrevenida tiene su origen en la persona del trabajador y su aptitud para trabajar, la inadaptación del trabajador a las modificaciones técnicas/tecnológicas posee su origen en causas externas, sobrevenidas y vinculadas a las transformaciones técnicas/tecnológicas introducidas en el puesto de trabajo⁹³.

Es decir, la ineptitud sobrevenida supone una falta de capacidad para el adecuado desempeño de las funciones profesionales cuya aparición no necesariamente se vincula al momento concreto del cambio técnico/tecnológico en el puesto laboral -sino que se puede venir manifestando a lo largo del tiempo-, a diferencia de lo que sucede con la falta de adaptación⁹⁴.

Por otro lado, es dable que determinados procesos de innovación tecnológica que afecten a uno o varios puestos de trabajo pudieran confundirse con el despido objetivo fundado en alguna de las cuatro causas previstas en la letra c) del artículo 52 del ET⁹⁵, sobre todo las técnicas.

Ambas causas son distintas, radicando su diferencia en que las novedades introducidas en el proceso productivo en el despido objetivo por causas técnicas -las cuales son externas a las condiciones de idoneidad del trabajador despedido- sirven para justificar que el puesto de trabajo ya no es necesario, mientras que, en el despido objetivo por falta de adaptación, el puesto de trabajo sigue subsistiendo, pero necesita de un trabajador cualificado o preparado para realizarlo⁹⁶.

En definitiva, la causa c) del artículo 52 del ET supone una inadecuación de la empresa con el mercado, mientras que la causa b) del mismo precepto estatutario conlleva una inadecuación de la persona trabajadora con el puesto de trabajo⁹⁷.

Y, en segundo lugar, debe distinguirse la disminución del rendimiento del trabajador derivada de la falta de adaptación del mismo a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en su puesto de trabajo, de la figura del despido disciplinario por disminución voluntaria y continuada en el rendimiento de trabajo normal o pactado regulada en el artículo 54.e) del ET pues, en el primer caso -falta de aclimatación- los cambios se producen no en el trabajador, sino también en el puesto de trabajo, mientras que, en el segundo supuesto -disminución voluntaria y continuada-, la inadecuación del trabajador con el puesto de trabajo se produce sin que haya existido cambio alguno en la situación laboral, razón por la cual es achacable directamente a la voluntad maliciosa de la persona trabajadora de disminuir su rendimiento intencionadamente⁹⁸.

L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a. N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 20^a ed., Granada, Comares, 2022, p. 616.

⁹² STSJ de Madrid de fecha 19 de septiembre de 2012 [AS 2012\2939].

⁹³ VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

⁹⁴ STSJ del País Vasco de fecha 30 de mayo de 2006 [AS 2007\552]. VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

⁹⁵ VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

⁹⁶ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y PLAZA ANGULO, J. J.: *Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Servicio de Publicaciones y Difusión Científica, 2012, p. 215; VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

⁹⁷ POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).

⁹⁸ ORTEGA LOZANO, P. G.: *El despido disciplinario*, Tesis Doctoral dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Universidad de Granada, 2018, p. 285.

Cuestión bien diferente es que el trabajador no se adapte a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en su puesto de trabajo debido a su falta de voluntad o interés en colaborar con el nuevo planteamiento empresarial necesario para el buen funcionamiento de la empresa pues, en tal caso, nos encontraríamos ante una o varias de las causas del despido disciplinario establecidas en las letras b) y c) del artículo 54 del ET relativas, respectivamente, a la “*indisciplina o desobediencia en el trabajo*”⁹⁹ y a la “*transgresión de la buena fe contractual (...)*”¹⁰⁰.

13. Conclusiones

Nos encontramos frente a una causa de despido objetivo no objetiva, sino subjetiva, pues se fundamenta tanto en motivos profesionales como en motivos personales tales como, por ejemplificar, la falta de ánimo o interés hacia el aprendizaje o el conformismo.

Si bien, contra todo pronóstico, debido a que la extinción del contrato de trabajo por esta circunstancia se encuentra en el centro de las tendencias evolutivas del Derecho del Trabajo, no ha sido muy utilizada en la práctica.

Ello encuentra su justificación en que, tras la reforma laboral introducida en el año 2012, esta causa de despido objetivo ha protegido un poco más a las personas trabajadoras en comparación con la regulación anterior, lo que la ha hecho menos atractiva para su uso por el empleador -por ejemplo, en cuanto a la exigencia del curso de formación, sustituyendo el término “el empresario podrá” por el de “el empresario deberá”, la duración del curso ya no se encuentra sometida a un plazo máximo, el tiempo destinado a la formación ya no se considera una situación de suspensión del contrato de trabajo, sino tiempo de trabajo efectivo, etc.-.

En relación con las personas trabajadoras con discapacidad pero que no trabajan en los Centros Especiales de Empleo, debería ampliarse el plazo de dos meses desde que se introdujo la modificación técnica/tecnológica en sus puestos de trabajo para que el empresario pueda efectuar válidamente el despido objetivo por esta causa, a tres meses como así ocurre con el régimen jurídico previsto en la relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que trabajan en los Centros Especiales de Empleo.

Asimismo, el régimen jurídico del curso de formación contiene lagunas legales que deberían ser solucionadas, tales como si debe realizarse antes o después de la introducción de la modificación técnica/tecnológica -cuya razonabilidad debería especificarse, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado-, no se concreta la duración máxima o mínima de dicha formación, ni si el curso ha de ofrecerse fuera de la empresa o dentro de ésta, ni quién puede asumir la obligación formativa, ni el modo de hacerla efectiva, etc.

Debido a que el empresario puede despedir a la persona trabajadora por esta causa objetiva transcurridos dos meses bien desde la introducción de la modificación técnica/tecnológica en su puesto de trabajo o bien desde la finalización del curso de formación, debería eliminarse del artículo 52.b) del ET la posibilidad de que los dos meses puedan ser computados desde la introducción de la modificación técnica, dejando únicamente la posibilidad de que el empresario

⁹⁹ Sobre esta causa de despido disciplinario, *vid.*, ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2016, pp. 754 a 775.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, M^a. J.: “Despido por circunstancias objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Coord.) y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por Monereo Pérez, J. L., Granada, Comares, 2014, pp. 264 y 265; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 33 y 34; MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a. N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 20^a ed., Granada, Comares, 2022, pp. 616 y 617.

pueda despedir al trabajador pasados dos meses desde la conclusión del curso de formación, con independencia de su duración.

Por otro lado, cabe destacar que la protección sociolaboral de los trabajadores maduros mayores¹⁰¹ -con terminología diversa pero equiparable: trabajadores de edad avanzada o maduros¹⁰²- constituye actualmente una de las principales preocupaciones como consecuencia del incremento del número de personas que viven hasta edades más avanzadas y de sus importantes efectos en la economía en general y en la Seguridad Social en particular¹⁰³. De hecho, se habla actualmente de la *silver economy*¹⁰⁴ o *silver economie*, esto es, la economía plateada -el término “silver” hace referencia el color plateado del cabello-.

Y es que, en España, el proceso de envejecimiento activo¹⁰⁵ es especialmente acusado¹⁰⁶, entendiéndose por tal, según la definición efectuada por la Organización Mundial de la Salud, “*el proceso por el que se optimizan las oportunidades de bienestar físico, social y mental durante toda la vida, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable, la productividad y la calidad de vida en la vejez*”, es decir, una vejez con trabajo¹⁰⁷.

Pero, aunque es un hecho real que los trabajadores maduros presentan especiales dificultades para acceder al mercado laboral, también es cierto que tienen un mayor riesgo de ser expulsados del mismo¹⁰⁸ mediante determinadas causas de despido objetivo tales como la falta de adaptación a las modificaciones técnicas/tecnológicas operadas en el puesto de trabajo.

A pesar de la protección de la persona trabajadora mayor, madura o de edad avanzada en el ámbito nacional, comunitario, europeo e internacional, existen indicios fundados de que la edad, especialmente en su franja superior, constituye hoy en día la principal causa de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales¹⁰⁹ -junto con el sexo y el racismo-. Siendo precisamente las mujeres las que más sufren el fenómeno del edadismo en el lugar de trabajo¹¹⁰. Lo que constituiría una doble discriminación por razón de sexo y por razón de edad.

¹⁰¹ GUINDO MORALES, S.: “Condiciones Laborales de los Trabajadores Maduros: Tiempo de Trabajo y Salud Laboral” en MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dirs.) *et al: Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019, pp. 287 a 306.

¹⁰² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019, p. 734.

¹⁰³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 19.

¹⁰⁴ MORENO VIDA, M^a. N.: “Las transformaciones sociales y tecnológicas y su incidencia en los sistemas nacionales europeos de asistencia sanitaria: apuntes para la reflexión”, en MORENO VIDA, M^a. N., DÍAZ AZNARTE, M^a. T. (Dirs.) y GIJÓN SÁNCHEZ, M^a. T. (Coord.) *et al: La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar. Una visión nacional y europea*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2019, p. 92.

¹⁰⁵ Vid., LÓPEZ INSUA, B. M., “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 1, 2018, p. 83. Vid., ampliamente, MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores edad avanzada*, Albacete, Bomarzo, 2019.

¹⁰⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 2014, p. 17.

¹⁰⁷ RAMOS QUINTANA, M. I.: “Envejecimiento activo en la sociedad del cansancio”, en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 54, 2019 (recurso electrónico).

¹⁰⁸ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La ineptitud sobrevenida por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) *et al: Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 236.

¹⁰⁹ SANGUINETI RAYMOND, W.: “La edad: ¿centenaria de las discriminaciones?”, en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 59, 2019 (recurso electrónico).

¹¹⁰ BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “El edadismo: significado, causas y efectos en los ámbitos laboral y de la salud de las personas en edad de jubilación”, en AA.VV.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AEISS), Murcia, Laborum, 2019, p. 157.

La conexión entre la edad y la falta de adaptación del mismo a las modificaciones técnicas/tecnológicas efectuadas en su puesto de trabajo como causa de despido objetivo es evidente, ya que ambas circunstancias se dan en gran medida en los trabajadores mayores, maduros o de edad avanzada¹¹¹.

Si bien, la falta de adaptación no puede presumirse directamente por razón de la edad avanzada de la persona trabajadora, sino que debe ser probada por el empresario¹¹².

14. Bibliografía

- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Clasificación profesional y movilidad funcional. Alternativas de la negociación colectiva frente a la acción unilateral de la empresa”, en *Gaceta sindical: reflexión y debate*, núm. 25, 2015.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: “Artículo 22. Sistema de clasificación profesional”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) et al: *El nuevo estatuto de los trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. Á.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, Sevilla, Mergablum, 2002.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y PLAZA ANGULO, J. J.: *Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Servicio de Publicaciones y Difusión Científica, 2012.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: *Vicisitudes y Extinción de la Relación de Trabajo en las Pequeñas Empresas*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2007.
- ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIZ, L. M., JUANIZ MAYA, J. R., LÓPEZ GANDÍA, J., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.: *Las relaciones laborales (un estudio crítico de la Ley de Relaciones Laborales, del DL de medidas económicas y del RDL sobre relaciones de trabajo)*, Valencia, Fernando Torres, 1977.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La ineptitud sobrevenida por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.) et al: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Valladolid, Lex Nova, 2009.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *El Despido Objetivo por Causas Atinentes al Trabajador. Ineptitud, Falta de Adaptación y Absentismo*, Navarra, Aranzadi, 2005.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “La falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo como causa del despido objetivo”, en RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., ROMEO, C. y VIQUEIRA PÉREZ, C. (Dirs.) et al: *La extinción del contrato de trabajo. Perspectiva comparada de las regulaciones italiana y española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, J. I.: “Falta de adaptación a las modificaciones técnicas”, en GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord.) et al: *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos, 2004.

¹¹¹ BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “El edadismo: significado, causas y efectos en los ámbitos laboral y de la salud de las personas en edad de jubilación”, en AA.VV.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2019, p. 180.

¹¹² SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, Y. (Dirs.) et al: *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2009, p. 181.

- BLASCO PELLICER, Á. A.: *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- BLASCO PELLICER, Á. A.: “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social”, en BLASCO PELLICER, Á. A., CAMPS RUIZ, L. M., GOERLICH PESET, J. M^a., ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T.: *La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- BLASCO PELLICER, Á. A.: “La extinción del contrato de trabajo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 18, 1992.
- BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.
- BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P.: “El edadismo: significado, causas y efectos en los ámbitos laboral y de la salud de las personas en edad de jubilación”, en AA.VV.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2019.
- CASTRO CONTE, M.: “Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas relativas a la persona del trabajador”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016.
- CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 36, 11 de febrero de 2012; correc. err. BOE 42, 18 de febrero de 2012)”, en *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 154, 2012.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y CABALLERO PÉREZ, M^a. J.: “Despido por circunstancias objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (Coord.) y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a. (Coord.) *et al: Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por Monereo Pérez, J. L., Granada, Comares, 2014.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: *El coste del despido*, Valladolid, Lex Nova, 2014.
- GOERLICH PESET, J. M.: “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012: la culminación de una larga evolución”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.) *et al: Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012.
- GOERLICH PESET, J. M.: “La extinción del contrato de trabajo en la reforma de 2012”, en GARCÍA-PERROTE, ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dirs.) *et al: La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la ley 3/2012 y de los aspectos laborales del real decreto-ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Valladolid, Lex Nova, 2012.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012.
- GUINDO MORALES, S.: “Condiciones Laborales de los Trabajadores Maduros: Tiempo de Trabajo y Salud Laboral” en MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dirs.) *et al: Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.

- LLEÓ CASANOVA, B.: “Extinción del contrato por causas objetivas”, en ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.), ALBIOL ORTUÑO, M., ALFONSO MELLADO, C. L., ALFONSO PAREDES, C. M., BLASCO LAHOZ, J. F., CAMPS RUIZ, L. M., ESTEVE SEGARRA, A., Lleó Casanova, B., RODRÍGUEZ PASTOR, G. E. y ROQUETA BUJ, R.: *Todo extinción del contrato de trabajo 2010*, Valencia, CISS, 2010.
- LÓPEZ INSUA, B. M., “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 1, 2018.
- MÁRQUEZ PRIETO, A.: “Artículo 45. Causas y efectos de la suspensión”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- MARTÍN PUEBLA, E.: “La reforma de la formación profesional y de las políticas activas de empleo”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. (Dirs.) *et al: La reforma laboral 2012. Análisis práctico del Real decreto-ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- MERCADER UGUINA, J. R., GOERLICH PESET, J. M^a., ARADILLA MARQUÉS, M^a. J., MORENO SOLANA, A. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: *Practicum Social 2017*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017.
- MERCADER UGUINA, J. R.: “Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (Coord.) *et al: El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- MERCADER UGUINA, J. R.: “Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.) *et al: Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1998.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, en *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores edad avanzada*, Albacete, Bomarzo, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M^a. N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 20^a ed., Granada, Comares, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M^a. N., MALDONADO MOLINA, J. A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M^a.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, 2^a ed., Madrid, Tecnos, 2014.
- MORENO VIDA, M^a. N.: “Las transformaciones sociales y tecnológicas y su incidencia en los sistemas nacionales europeos de asistencia sanitaria: apuntes para la reflexión”, en MORENO VIDA, M^a. N., DÍAZ AZNARTE, M^a. T. (Dirs.) y GIJÓN SÁNCHEZ, M^a. T. (Coord.) *et al: La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar. Una visión nacional y europea*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por Monereo Pérez, J. L., Granada, Comares, 2019.

- OJEDA AVILÉS, A.: “El despido por bajo rendimiento: un análisis comparado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1993.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: *El despido disciplinario*, Tesis Doctoral dirigida por Monereo Pérez, J. L., Granada, Universidad de Granada, 2018.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2016.
- POQUET CATALÁ, R.: *Análisis del despido objetivo en los momentos actuales*, Navarra, Aranzadi, 2017.
- POQUET CATALÁ, R.: “La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014 (recurso electrónico).
- RAMOS QUINTANA, M. I.: “Envejecimiento activo en la sociedad del cansancio”, en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 54, 2019 (recurso electrónico).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Despido objetivo”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (Dir.) y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (Coord.) *et al: Tratado del despido*, Madrid, La Ley, 2018.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: “Ineptitud, falta de adaptación y absentismo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 19, 1996.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138, 2017.
- SANGUINETI RAYMOND, W.: “La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?”, en *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 59, 2019 (recurso electrónico).
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Causas del despido objetivo”, en GOERLICH PESET, J. M^a. (Coord.) *et al: Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012. (Estudio del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)*, Navarra, Aranzadi, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, Y. (Dirs.) *et al: Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2009.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “La nueva regulación de los despidos objetivos”, en ALFONSO MELLADO, C. L. y RODRÍGUEZ PASTOR, G. (Dirs.) *et al: Reforma laboral 2012. Últimas reformas laborales y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: “Despidos individuales (disciplinarios y por causas objetivas)”, en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.) y GARCÍA MURCIA, J. (Dir.) *et al: Comentario a la reforma laboral de 2012*, Navarra, Aranzadi, 2012.
- VV.AA.: *Memento práctico. Despido. Otras formas de Extinción del Contrato de Trabajo 2018-2019*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019 (recurso electrónico).

Panel Tercero

Promoción de la igualdad de trato, no discriminación y acciones positivas

PONENCIAS

GARANTÍAS DE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

MARÍA ARETA MARTÍNEZ

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos*

1. Introducción

Este trabajo aborda uno de los elementos configuradores de la igualdad de trato y no discriminación, que es el relativo a sus garantías. Se trata, por tanto, de identificar y analizar el conjunto de medidas que el ordenamiento jurídico articula para asegurar la tutela real y efectiva y el pleno ejercicio y disfrute tanto del derecho a la igualdad ante la ley como del derecho a la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por cualquiera de las causas prohibidas en la CE y en la ley. El contenido del tema es muy extenso, de ahí la necesidad de realizar una serie de consideraciones previas que justifican los concretos aspectos a los que finalmente ha quedado acotado el estudio.

Primera consideración: sobre la distinción entre el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación. El TC y la Sala de lo Social del TS han elaborado una consolidada doctrina que distingue entre el principio general de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, ambos consagrados en el artículo 14 de la CE. Conviene examinar si la virtualidad de dicha doctrina queda neutralizada tras la aprobación y entrada en vigor de varias normas de Derecho sustantivo, con rango legal y carácter transversal (LOI¹, Real

¹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 marzo 2007).

Decreto Legislativo 1/2013², Ley 15/2022³ y Ley 4/2023⁴), que abordan la igualdad de trato y no discriminación de manera unívoca, como un mismo y único derecho, y no como dos derechos diferenciados; estas normas legales se refieren en todo momento a las garantías del “derecho (en singular) a la igualdad de trato y no discriminación”.

Segunda consideración: sobre la delimitación de la materia estudiada. Este trabajo no aborda las garantías de la igualdad de trato y de la no discriminación en toda su extensión. El estudio se circunscribe a las garantías del derecho a la no discriminación, no así del derecho a la igualdad ante la ley, y además acotadas a un concreto ámbito, que es el de la relación laboral.

Tercera consideración: sobre la pluralidad de garantías del derecho a la no discriminación en la relación laboral. El Preámbulo de la Ley 15/2022 destaca que *el gran problema* de la (igualdad y) no discriminación en España no es su regulación, *sino la garantía del cumplimiento de las normas que la regulan*. Por ello, resulta necesario articular unas medidas mínimas destinadas a garantizar que el reconocimiento y ejercicio del derecho a la no discriminación sean reales y efectivos en todos los ámbitos, incluido el de la relación laboral. El presente trabajo no aborda todas las garantías, sino únicamente aquellas que se articulan a través de las dos vías siguientes:

- Primera vía: la tutela judicial del derecho a la no discriminación laboral ante los tribunales ordinarios, tanto de la jurisdicción social como de la penal. El artículo 53.2 de la CE legitima para recabar la tutela judicial del derecho fundamental a la no discriminación ante los tribunales ordinarios⁵. Este trabajo examina la tutela judicial del derecho a la no discriminación laboral, que cabe instar ante las jurisdicciones social y penal, que cabe instar cuando se considere que ha sido vulnerado. Ante la jurisdicción social, la tutela judicial del derecho se solicita no solo a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 177 y siguientes LRJS⁶), sino también, según la materia de que se trate, a través de alguna de las modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS. El trabajo identifica y analiza el contenido y alcance de las garantías comunes a todo proceso tramitado en la jurisdicción social para recabar la tutela judicial del derecho fundamental en cuestión, con especial atención a las que plantean interrogantes cuando se aplican en las modalidades procesales referenciadas por el artículo 184 de la LRJS. Junto a las garantías procesales, el trabajo también examina las medidas que hay que adoptar para garantizar la reparación del derecho a la no discriminación laboral cuando la sentencia del orden social que pone fin al proceso declara que ha sido efectivamente vulnerado; entre todas ellas, se presta especial atención a la indemnización por daños morales en caso de despido nulo. Más allá de la jurisdicción social, la tutela judicial del referido derecho también puede recabarse ante la jurisdicción penal cuando concurren los elementos que definen el tipo penal del artículo 314 del CP⁷, referido al delito de discriminación en el empleo. El trabajo expone la incorporación *ex novo* de este tipo penal en el vigente CP de 1995, y su difícil aplicación práctica hasta el

² Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE núm. 289, de 3 diciembre 2013).

³ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE núm. 167, de 13 julio 2022. Corr. Err., BOE núm. 224, de 17 septiembre 2022).

⁴ 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 (BOE núm. 51, de 1 marzo 2023).

⁵ Junto a la tutela judicial ante los tribunales ordinarios, el artículo 53.2 de la CE también contempla la tutela constitucional de los derechos fundamentales ante el TC, a través del recurso de amparo, que no es objeto de análisis en este trabajo.

⁶ LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 octubre 2011).

⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 noviembre 1995. Corr. Err., BOE núm. 54, de 2 marzo 1996).

punto de cuestionar si es un ejemplo de “Derecho penal simbólico”, si se trata de un delito carente de virtualidad práctica.

- Segunda vía: la tutela administrativa del derecho a la no discriminación laboral a través del procedimiento administrativo sancionador que ordena la LISOS⁸. Al igual que la vía de la tutela judicial, esta segunda vía también se articula cuando se considera que el derecho ha sido conculcado. La LISOS tipifica diversas conductas discriminatorias como infracción administrativa muy grave en materia de relaciones laborales [artículos 9.2.d), 8.12, 10 bis.2.d) y 16.1.c) LISOS], que llevan aparejada la correspondiente sanción pecuniaria del artículo 40.1.c) de la LISOS, y alguna de ellas también sanciones accesorias (artículo 46 bis LISOS). El trabajo presta especial atención a la infracción administrativa muy grave del artículo 8.12 de la LISOS; también a la tipificada en el artículo 16.1.c) de la LISOS, que merece especial consideración porque curiosamente cuenta con dos redacciones distintas que están igualmente vigentes, lo cual genera un problema de inseguridad jurídica que merece respuesta inmediata. El trabajo también trata los siguientes aspectos: 1) el uso que los órganos judiciales de la jurisdicción social hacen de la LISOS como criterio orientador para fijar la cuantía de la indemnización por daños morales cuando queda acreditada la efectiva vulneración del derecho fundamental en cuestión; y 2) la aplicación de la garantía *non bis in idem* en dos situaciones: a) cuando concurren una pluralidad de normas de rango legal (Real Decreto Legislativo 1/2013, Ley 15/2022, Ley 4/2023 y LISOS) que, siendo todas ellas aplicables en el ámbito de la relación laboral, ordenan un régimen administrativo sancionador propio para conductas discriminatorias, y b) cuando concurren la sanción de multa, que el artículo 40.1.c) de la LISOS tipifica para la infracción administrativa muy grave del artículo 8.12 de la LISOS, con la pena alternativa de multa, que el artículo 314 del CP tipifica para el delito de discriminación en el empleo.

Cuarta consideración: sobre los sujetos llamados a garantizar el derecho a la no discriminación en la relación laboral. El título de esta ponencia anuncia que su contenido se centra no tanto en quiénes (los sujetos) han de garantizar la igualdad y no discriminación, sino más bien en cómo (las garantías) ha de llevarse a cabo dicha tarea. El presente trabajo aborda las garantías del derecho a la no discriminación laboral que los poderes públicos implementan a través de la tutela judicial y la tutela administrativa. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) tiene atribuidas importantes funciones como garante de la igualdad de trato y no discriminación⁹. Conviene subrayar que la tarea de garantizar el mencionado derecho corresponde no solo a los poderes públicos, sino también a las empresas, a los propios trabajadores y a cualesquiera operadores jurídicos que de algún modo intervienen, directa o indirectamente, en la relación laboral.

Quinta consideración: sobre las garantías preventivas del derecho a la no discriminación en la relación laboral. Las garantías que suelen recibir mayor atención son tanto las correctoras

⁸ LISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (BOE núm. 189, de 8 agosto 2000. Corr., Err., BOE núm. 228, de 22 septiembre 2000).

⁹ La ITSS es un servicio público al que corresponde, entre otras funciones, *ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social* (artículo 1.2.párrafo 1º Ley 23/2015). Concretamente, la ITSS se encarga de vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos en distintos ámbitos (relaciones laborales, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social, empleo, migraciones). Dentro del ámbito de las relaciones laborales, la ITSS vela por el cumplimiento de las *normas en materia de tutela y promoción de la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo* [artículos 1.2.párrafo 2º y 12.1.a).3º Ley 23/2015]. La actuación de la ITSS en orden a garantizar el cumplimiento de las normas de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo se ha visto reforzada con la creación de la Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación como órgano especializado dependiente de la subdirección General para la coordinación de la inspección del Sistema de Relaciones Laborales (Orden TES/867/2023). Además, la ITSS debe garantizar la efectividad de los principios de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de su actividad inspectora *mediante una aplicación homogénea de la normativa del orden social* (artículo 20.2 Ley 23/2015).

y reparadoras como las sancionadoras (disuasorias), que se aplican una vez que se constata la efectiva lesión del derecho. El presente trabajo se centra precisamente en estas garantías, que consisten en declarar la nulidad de la conducta discriminatoria y ordenar su cese inmediato si todavía persiste, reparar los daños materiales y morales causados a la víctima, restituir a esta en la situación anterior a la lesión del derecho, así como sancionar a quien lo ha conculcado, disuadiéndolo de que vuelva a hacerlo de nuevo. En relación con las medidas preventivas, conviene prestar atención a las destinadas a garantizar no solo que el derecho no sea vulnerado de nuevo, sino también que nunca llegue a vulnerarse por primera vez. En este segundo grupo de medidas preventivas tendrían cabida, entre otras: 1) la promoción de campañas que informen sobre el contenido y alcance del derecho a la no discriminación laboral, y también de campañas de sensibilización, divulgación y fomento del respeto del derecho en cuestión; 2) elaboración de estadísticas y estudios oficiales sobre el derecho a la no discriminación laboral; o 3) la puesta en marcha de actividades formativas en materia de no discriminación laboral.

Sexta y última consideración: sobre las normas jurídicas que regulan las garantías del derecho a la no discriminación en la relación laboral. El marco jurídico que ordena esta materia lo conforman no solo normas laborales *stricto sensu*, sino que también otras de rango legal y carácter transversal, entre las que destacan las cuatro siguientes: 1) LOI, 2) Real Decreto Legislativo 1/2013, 3) Ley 15/2022 y 4) Ley 4/2023. La Ley 15/2022 se define en su Preámbulo como: 1) una ley de garantías (mínimas), 2) una ley general (transversal) aplicable en multitud de ámbitos y 3) una ley integral respecto de los motivos de discriminación que prohíbe. Las tres notas que definen la Ley 15/2022 conducen a que parte de su contenido se solape con el que ordenan las otras tres normas legales (LOI, Real Decreto Legislativo 1/2013 y Ley 4/2023) en lo que respecta a: 1) los motivos de discriminación prohibidos (Ley integral), 2) los ámbitos materiales de actuación (Ley general, transversal) y 3) garantías de la (igualdad de trato y) no discriminación. El hecho de que la Ley 15/2022 incluya motivos de discriminación prohibidos, se aplique en ámbitos y ordene garantías que también figuran por separado en las otras tres normas legales puede conducir, y de hecho así sucede, a problemas de concurrencia normativa. Tal vez haya llegado el momento de plantear la conveniencia o no de aprobar un texto refundido en materia de igualdad de trato y no discriminación, es decir, una norma de rango legal que unifique en un solo texto las cuatro normas legales vigentes (LOI, Real Decreto Legislativo 1/2013, Ley 15/2022 y Ley 4/2023) con la finalidad no solo reordenar, clarificar y armonizar la materia, sino también de actualizar su contenido.

2. El derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación

El artículo 14 de la CE dispone 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*. El TC ha venido reiterando que la virtualidad del artículo 14 de la CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que recoge además una prohibición explícita de trato discriminatorio con fundamento en una serie de motivos o razones¹⁰. Así, el precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados¹¹: 1) el principio de igualdad ante la ley (primer inciso), y 2) el principio de no discriminación (segundo inciso). En esta misma línea, la Sala de lo Social

¹⁰ Por todas, vid., STC (Pleno) núm. 200/2001, de 4 de octubre (FJ 4); STC (Pleno) núm. 39/2002, de 4 de febrero (FJ 4); STC (Sala Primera) núm. 161/2004, de 4 de octubre (FJ 3); STC (Sala Primera) núm. 3/2007, de 15 de enero (FJ 2); STC (Pleno) núm. 51/2011, de 14 de abril (FJ 8); STC (Sala Segunda) núm. 66/2015, de 15 de abril (FJ 3); STC (Pleno) núm. 91/2019, de 3 de julio (FJ 4); STC (Sala Segunda) núm. 1/2021, de 25 de enero (FJ 3); STC (Pleno) núm. 172/2021, de 7 de octubre (FJ 3).

¹¹ Por todas, vid., STC (Pleno) núm. 91/2019, de 3 de julio (FJ 4).

del TS sostiene que el artículo 14 de la CE contiene dos normas diferenciadas¹²: 1) la primera norma (primer inciso) prescribe la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley (o de otras disposiciones jurídicas) por parte de los poderes públicos; y 2) la segunda norma (segundo inciso), que se extiende al ámbito de las relaciones entre particulares, establece la prohibición de discriminación, ordenando la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran.

En relación con el principio de igualdad ante la ley, el TC señala que se configura como *un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas*¹³. El TC añade que el derecho constitucional de igualdad ante la ley *no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato*. La igualdad ante la ley comporta el derecho de los sujetos a recibir de la norma jurídica un trato igual, es decir, una respuesta igual o consecuencia jurídica igual ante presupuestos de hecho iguales. No obstante, el mandato constitucional de igualdad ante la ley no es absoluto, lo cual conlleva la posibilidad de que la norma jurídica establezca una diferencia de trato provista de una justificación que sea objetiva y razonable. Así, no toda desigualdad de trato es constitucionalmente reprochable, sino únicamente aquella que resulte artificiosa o injustificada por no venir fundada *en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados*. No obstante, para que la diferencia (desigualdad) de trato resulte constitucionalmente lícita no basta con que esté provista de una justificación objetiva y razonable, siendo preciso también que: 1) el fin que se persigue con la diferencia de trato sea lícito; y 2) las consecuencias jurídicas que resultan de la diferencia de trato sean adecuadas y proporcionadas al fin perseguido. Por tanto, la relación entre la diferencia de trato adoptada, el resultado obtenido y el fin perseguido han de superar el juicio de proporcionalidad en sede constitucional. En definitiva, el principio de igualdad ante la ley: 1) se centra en el modo en el que las personas tienen que ser tratadas por los poderes públicos, 2) no significa que las personas deban ser tratadas siempre de forma idéntica en la elaboración y aplicación de la ley, y 3) significa que las personas pueden ser tratadas de forma distinta aun cuando se hallen en situaciones sustancialmente idénticas siempre que existe una justificación objetiva, razonable y proporcional.

En relación con el principio de no discriminación, el artículo 14 de la CE prohíbe los siguientes motivos de discriminación: 1) nacimiento, 2) raza, 3) sexo, 4) religión, 5) opinión y 6) *cualquier otra condición o circunstancia personal o social* (cláusula abierta). El TC declara que esta lista no es cerrada, *pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE*¹⁴. En el ámbito de las relaciones laboral y de Seguridad Social, el TC considera que son factores discriminatorios incardinables en la cláusula

¹² Por todas, vid., SSTS, Sala Social, de 11 de diciembre de 2007 (RCUD núm. 4355/2006. ECLI:ES:2007:9075), 18 de diciembre de 2007 (RCUD núm. 4194/2006. ECLI:ES:TS:2007:8885), 22 de enero de 2008 (RCUD núm. 3995/2006. ECLI:ES:TS:2008:759), 27 de enero de 2009 (RCUD núm. 602/2008. ECLI:ES:TS:2009:483) y 29 de septiembre de 2014 (RCUD núm. 3248/2013. ECLI:ES:TS:2014:4139). También vid., SSTS-SOC núm. 944/2017, de 29 de noviembre (RCUD núm. 1326/2015. ECLI:ES:TS:2017:4703) y núm. 130/2022, de 9 de febrero (RCUD núm. 1871/2020. ECLI:TS:2022:385).

¹³ Por todas, vid., STC (Pleno) núm. 200/2001, de 4 de octubre (FJ núm. 4); STC (Sala Primera) núm. 3/2007, de 15 de enero (FJ núm. 2); y STC (Pleno) núm. 91/2019, de 3 de julio (FJ núm. 4).

¹⁴ Por todas, vid., STC (Pleno) núm. 91/2019, de 3 de julio (FJ núm. 4).

abierta del artículo 14 de la CE: 1) la discapacidad¹⁵, 2) la edad¹⁶, 3) la orientación sexual¹⁷ y 4) la identidad de género¹⁸. Las diferencias de trato basadas en los factores incardinables en el artículo 14 de la CE *exigen razones especialmente importantes para ser justificadas*.

En línea con la doctrina constitucional expuesta, la Sala de lo Social del TS precisa que la cláusula final *numerus apertus* del artículo. 14 CE no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o circunstancia personal (del individuo) o social (de los grupos sociales) porque, en tal caso, la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. En línea con la doctrina del TC, el TS también afirma que los motivos de discriminación comprendidos dentro de la cláusula final del artículo 14 de la CE son condiciones o circunstancias que *históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista*. El TS incluye dentro de la referida cláusula final, además de los ya recogidos por el TC, otros motivos estrechamente vinculados con el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana (artículo 10 CE), como es el estado civil de la persona¹⁹.

El hecho de que haya factores de discriminación incluidos recientemente por vía judicial en la cláusula abierta del artículo 14 de la CE, como el referido a la identidad de género, puede ser indicativo de los cambios sociales que determinan la aparición de nuevos factores discriminatorios tiempo atrás inexistentes, no identificados o ignorados (silenciados). El hecho de que sigan incorporándose nuevos factores de discriminación prohibidos en la cláusula abierta del artículo 14 de la CE invita a reflexionar sobre cuál es el grado de tolerancia y respeto que existe en la sociedad democrática actual, en la que todavía existen personas que sufren discriminación por un determinada circunstancia o condición personal o social. Nótese que algunas circunstancias discriminatorias prohibidas por vía jurisprudencial no han estado históricamente ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos, tal y como ha venido exigiendo la doctrina constitucional y la jurisprudencia, sino que son de reciente aparición y están vinculadas (van asociadas) a los cambios sociales que ha experimentado la sociedad de finales del siglo xx y principios del siglo xxi; dicho de otro modo, el hecho de que una determinada condición o circunstancia personal o social no esté históricamente ligada a formas de opresión o segregación de un determinado grupo de personas no parece que sea, como han venido señalando hasta ahora el TC y el TS, el único elemento que haya de tenerse

¹⁵ Sobre la discapacidad como causa de discriminación prohibida por la cláusula final del artículo 14 de la CE y su proyección en el marco de:

- La relación laboral, vid., STC (Sala Primera) núm. 51/2021, de 15 de marzo [FJ 3.a)].
- La relación de Seguridad Social, vid., STC (Pleno) núm. 172/2021, de 7 de octubre [FJ 2.b) y 3. Con voto particular]; y STC (Sala Primera) núm. 5/2022, de 24 de enero (FJ 2. Con voto particular).
- El acceso a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: STC (Sala Segunda) 3/2018, de 22 de enero (FJ 5).

¹⁶ Sobre la edad como causa de discriminación prohibida por la cláusula final del artículo 14 de la CE y su proyección en el marco de:

- La relación laboral, vid., STC (Sala Segunda) núm. 66/2015, de 13 de abril (FJ).
- El acceso a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: STC (Sala Segunda) 3/2018, de 22 de enero (FJ 4).

¹⁷ Sobre la orientación sexual como causa de discriminación prohibida por la cláusula final del artículo 14 de la CE y su proyección en el marco de la relación laboral, vid., STC (Sala Segunda) núm. 41/2006, de 13 de febrero (FJ 3).

¹⁸ Sobre la identidad de género como causa de discriminación prohibida por el artículo 14 de la CE y su proyección en el ámbito de la relación laboral, vid., STC núm. 67/2022 (FJ núm. 4), de 22 de junio; y STC (Sala Segunda) núm. 81/2024, de 3 de junio (FJ núm. 3).

¹⁹ La STS-SOC núm.130/2022 (RCUD núm. 1871/2020. ECLI:ES:TS:2022:385) declara que, aunque el artículo 14 de la CE no cita expresamente el estado civil entre los motivos de discriminación expresamente prohibidos, *constituye un aspecto inherente a la dignidad y libertad de las personas (art. 10.1 CE), por lo que debe proscribirse el trato diferenciado en función de tal circunstancia*.

en cuenta para su consideración como factor discriminatorio prohibido y encuadrable dentro de la cláusula abierta del artículo 14 de la CE. Así, cabe identificar cierto grado de flexibilización en la doctrina que el TC y la jurisprudencia han venido sosteniendo en orden a determinar cuándo una circunstancia puede ser considerada un motivo discriminatorio incardinable en la cláusula abierta del artículo 14 de la CE. En esta línea destaca también el contenido del artículo 17 del ET que, bajo el título “No discriminación en las relaciones laborales”, incluye una extensa lista de motivos de discriminación prohibidos en el ámbito de la relación laboral: 1) edad, 2) discapacidad, 3) sexo, 4) origen, incluido el racial o étnico, 5) estado civil, 6) condición social, 7) religión o convicciones, 8) ideas políticas, 9) orientación e identidad sexual, 10) expresión de género, 11) características sexuales, 12) adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, 13) vínculos parentesco con personas pertenecientes a o relacionados con la empresa y 14) lengua dentro del Estado español.

Llegados a este punto conviene examinar si la doctrina constitucional y jurisprudencial que ha venido diferenciando hasta ahora entre el principio de igualdad ante la ley (primer inciso del artículo 14 CE) y 2) el principio de no discriminación (segundo inciso artículo 14 CE) queda neutralizada tras la aprobación y entrada en vigor de varias normas de Derecho sustantivo, con rango legal y carácter transversal (LOI, Real Decreto Legislativo 1/2013, Ley 15/2022 y Ley 4/2023), que abordan la igualdad de trato y no discriminación de manera unívoca, como un mismo y único derecho, y no como dos derechos diferenciados. La doctrina científica se ha hecho eco de esta circunstancia a propósito de la Ley 15/2022, que recoge un régimen híbrido con elementos propios del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, originado graves disfunciones porque la norma admite diferencias de trato basadas en causas discriminatorias prohibidas por el artículo 14 de la CE (raza, religión, sexo) cuando puedan “justificarse”²⁰. Además, el carácter integral de la Ley 15/2022 respecto a los motivos de discriminación se refleja en su artículo 2.1²¹, que recoge una extensa lista de motivos de discriminación expresamente prohibidos, que además tiene carácter *numerus apertus*, lo cual lleva a cuestionar si dicho precepto neutraliza la doctrina del TC expuesta, según la cual, los motivos de discriminación prohibidos por el artículo 14 de la CE no van referidos a cualquier tipo de condición o circunstancia personal (del individuo) o social (de los grupos sociales) porque, en tal caso, la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea diferencia de forma más clara si cabe que el artículo 14 de la CE entre el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación por razones personales. Esta diferencia es clara porque uno y otro derecho se reconocen por separado en los artículos 20 y 21 respectivamente²².

²⁰ DESDENTADO DAROCA, E.: “Reflexiones críticas a propósito de la STC 89/2024, de 5 de junio. La necesaria delimitación entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación”, *Briefs AEDTSS*, núm. 64, 2024, manifiesta que es cuestionable que la Ley 15/2022 no distinga adecuadamente entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. Siguiendo el modelo comunitario (cuyo ámbito es más restrictivo y responde a una técnica distinta), esta ley se refiere de forma constante a un único y exclusivo derecho a “la igualdad de trato y no discriminación”, al que se aplica un régimen híbrido con elementos propios del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación. Esto produce graves disfunciones, como puede verse precisamente en los arts. 2.2 y 4.2 antes examinados, en los que se admiten las diferencias de trato basadas en causas discriminatorias cuando puedan “justificarse”. Pero, salvo que la medida produzca un beneficio al colectivo afectado, ¿cuándo puede considerarse justificada la aplicación de un criterio discriminatorio como la raza, la religión o el sexo? La justificación opera en el ámbito del principio de igualdad, pero muy difícilmente puede operar en el de la discriminación.

²¹ El artículo 2.1 de la Ley 15/2022 prohíbe la discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

²² El artículo 20 de la CDFUE reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, señalando que *Todas las personas son iguales ante la ley*.

3. La tutela judicial del derecho a la no discriminación ante la jurisdicción social (I): las garantías procesales

3.1. Introducción

El ordenamiento jurídico cuenta con un conjunto de normas concurrentes de derecho sustantivo, con rango legal y carácter transversal, que prevén distintas garantías procesales aplicables cuando la tutela judicial del derecho a la no discriminación se insta ante las jurisdicciones civil, contencioso-administrativa y social. Dichas normas son las siguientes:

- LOI. El apartado IV, párrafo 3º de la Exposición de Motivos de la LOI señala que el Título I incorpora garantías de carácter procesal con el fin de reforzar la tutela judicial efectiva del “derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres”. Estas garantías, que se ordenan en los artículos 12 y 13 de la LOI, son las cinco siguientes: 1) la tutela judicial del derecho puede recabarse en cualquier momento, *incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación* (artículo 12.1 LOI); 2) el proceso judicial en el que se recaba la tutela judicial se rige por los principios de preferencia y sumariedad (artículo 12.1 LOI, en relación con artículo 53.2 CE); 3) la legitimación activa para instar la tutela judicial se establece por remisión, es decir, corresponde a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo determinadas en la Ley reguladora del correspondiente proceso judicial (artículo 12.2. LOI); 4) rige la inversión de la carga de la prueba (artículo 13.1. párrafo 1º LOI); y 5) a efectos de la prueba de la discriminación, el órgano judicial podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes (artículo 13.1. párrafo 2º LOI).
- Real Decreto Legislativo 1/2013. Un aspecto relevante es que las garantías procesales que contempla el Real Decreto Legislativo 1/2013 serán de aplicación a las personas que sufran una discriminación por motivo de o por razón de discapacidad *con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad* (artículo 64.2 Real Decreto Legislativo 1/2013). Las garantías procesales son las tres siguientes: 1) la legitimación activa corresponde no solo a la persona interesada, sino también a *las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos*, que podrán actuar en nombre e interés de las personas que así lo autoricen (artículo 76 Real Decreto Legislativo 1/2013); 2) rige la inversión de la carga de la prueba (artículo 77.1. párrafo 1º Real Decreto Legislativo 1/2013); y 3) a efectos de la prueba, el órgano judicial puede recabar, a instancia de parte, informe o dictamen de los organismos públicos competentes (artículo 77.1. párrafo 2º Real Decreto Legislativo 1/2013).
- La Ley 15/2022. El Capítulo I del Título II de la Ley 15/2022 incorpora las garantías procesales del “derecho a la igualdad de trato y no discriminación”. Estas garantías procesales son las tres siguientes: 1) la legitimación activa para instar la tutela judicial del derecho [artículos 29.1 y 40.d) Ley 15/2022] corresponde no solo a la persona afectada, sino también a *los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa*

El artículo 21 de la CDFUE reconoce el derecho a la no discriminación en los términos siguientes: 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

y promoción de los derechos humanos, así como a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación; 2) rige la inversión de la carga de la prueba (artículo 30.1 Ley 15/2022); y 3) a efectos probatorios, el órgano judicial puede recabar, de oficio o a instancia de parte, informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad (artículo 30.2 Ley 15/2022).

- Ley 4/2023. Los artículos 65 y 66 de la Ley 4/2023 ordenan las garantías procesales que, bajo el título “Medidas generales de protección y reparación”, se ubican dentro del Capítulo I del Título III; son las tres siguientes: 1) junto a la legitimación activa individual de la persona afectada, también están legitimados para instar la tutela judicial del derecho *los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI o de sus familias* (artículo 65 Ley 4/2023); 2) rige la inversión de la carga de la prueba (artículo 66.1 Ley 4/2023); y 3) a efectos de prueba, el órgano judicial, de oficio o a solicitud de la persona interesada, *podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad y no discriminación por razón de las causas previstas en la Ley 4/2023* (artículo 66.2 Ley 4/2023).

En el ámbito de la jurisdicción social, las garantías procesales señaladas están cubiertas en buena medida en la Ley rituaria laboral (LRJS), salvo la referida por los artículos 29.1. y 40.d) de la Ley 15/2022 a la legitimación activa. Más allá de las garantías procesales recogidas en las cuatro normas sustantivas señaladas, la LRJS adiciona, entre otras, las siguientes: 1) la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso (artículos 177.3 y 178.2 LRJS); 2) la habilitación para actuaciones procesales de los días del mes de agosto y de los que median entre el 24 de diciembre y el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive (artículo 43.4 LRJS); 3) la excepción de conciliación extrajudicial (artículo 64.1 LRJS); y 4) la adopción de medidas cautelares (artículos 180 y 178.2 LRJ).

3.2. La diversidad de procesos para instar la tutela judicial

Los órganos jurisdiccionales del orden social tienen competencia (funcional) para conocer de las cuestiones que se promueven sobre tutela del derecho a la no discriminación *contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios* [artículo 2.f) LRJS].

Como ya hiciera la precedente LPL de 1995, la LRJS mantiene la opción por un “modelo dualista”, basado en la diversificación de procesos para instar la tutela judicial de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la no discriminación. Así, junto a la modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, que se sustancia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 177 y siguientes de la LRJS, existen un importante elenco de situaciones discriminatorias cuya tutela judicial ha de instarse inexcusablemente, según la materia de que se trate, con arreglo a alguna de las modalidades procesales que señala el artículo 184 de la LRJS. En palabras de la Sala de lo Social del TS, la tutela judicial de los derechos fundamentales establecida en el artículo 53.2 de la CE *presenta en el ordenamiento laboral una dualidad de cauces procesales: por un lado, la tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales a través del proceso laboral especial, que configura la modalidad procesal de los artículos 177 y ss. LRJS; y, por otro, la tutela de los derechos fundamentales en el marco de otras modalidades procesales a que se remite el artículo 184 LRJS*²³.

²³ STS-SOC núm. 356/2022, de 20 de abril (RCUD núm. 2391/2019. ECLI:ES:TS:2022:1605).

El artículo 184 de la LRJS describe el “modelo dualista”, que conduce a que la modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas no sea la adecuada cuando la denuncia de lesión del derecho a la no discriminación se invoca junto a la pretensión principal que verse sobre alguna de las siguientes materias:

- Despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo.
- Modificación sustancial de condiciones de trabajo.
- Suspensión del contrato de trabajo por causas ETOP o por fuerza mayor.
- Reducción de jornada por causas ETOP o por fuerza mayor.
- Fecha de disfrute de vacaciones.
- Materia electoral.
- Impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación.
- Movilidad geográfica.
- Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 139 de la LRJS.
- Impugnación de convenios colectivos.
- Impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores.

La demanda en la que, junto a la acción sobre alguna de las materias anteriormente señaladas, se invoque la lesión del derecho a la no discriminación se tramitará, por imperativo legal del artículo 184 de la LRJS, a través de la modalidad procesal específica que corresponda y no a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

El “modelo dualista” conduce a la acumulación de acciones. Por regla general, la acción referida a cualquiera de las materias que señala el artículo 184 de la LRJS no puede acumularse con otra en una misma demanda (artículo 26.1 LRJS). No obstante, dicha regla general queda excepcionada cuando a la acción principal se adiciona la pretensión de tutela del derecho a la no discriminación o de cualquier otro derecho fundamental o libertad pública (artículo 26.2 LRJS). La acumulación de acciones en estos casos plantea algunos interrogantes como, por ejemplo, los siguientes: 1) si el requisito del intento de conciliación extrajudicial, que alcanza a la acción principal de despido, queda excepcionado cuando se acumula con la acción de derechos fundamentales²⁴; y 2) si el plazo de caducidad de 20 días para interponer la acción principal de despido extiende su efecto preclusivo a la acción acumulada de derechos fundamentales²⁵.

El “modelo dualista” conduce a que las garantías procesales propias del proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, recogidas en el Capítulo XI del Título II del Libro II de la LRJS, se extiendan a las distintas modalidades procesales referidas por el artículo 184 de la LRJS cuando a la demanda propia se acumula la reclamación por lesión del derecho a la no discriminación (artículo 178.2 LRJS). La doctrina científica ha criticado las *deficiencias e insuficiencias técnicas* del “modelo dualista”, que los órganos judiciales de la jurisdicción social han tratado de salvar llevando a cabo una interpretación o aplicación integradora de las garantías del proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas cuando deben aplicarse en aquellos otros procesos a los que debe acudir por imperativo legal del artículo 184 de la

²⁴ Esta cuestión se aborda en el apartado 3.4 del presente trabajo.

²⁵ Esta cuestión se aborda en el apartado 4.2.2.D) del presente trabajo.

LRJS²⁶. No obstante, conviene advertir que algunas garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas no son exclusivas de este, estando también presentes en las demás modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS. Esto hace que no siempre sea necesario aplicar el artículo 178.2 de la LRJS para hacer extensibles las garantías del proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a otras modalidades procesales en las que se invoca discriminación. Las siguientes garantías procesales, que son comunes a la mayoría (no a todas) de la modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS, también están presentes en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas: 1) excepción del intento de conciliación extrajudicial (artículo 64.1 LRJS); 2) habilitación de los días del mes de agosto y de los días que median entre el 24 de diciembre y el 6 de enero del año siguiente para realizar actuaciones judiciales y 3) la preferencia y sumariedad del proceso, si bien es cierto que la preferencia no se sitúa en el mismo nivel en todos las modalidades, siendo absoluta en la modalidad de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Por tanto, las dificultades para trasladar a las modalidades procesales del artículo 184 de la LRJS las garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales van referidas a las que son exclusivas de este y no están presentes en aquellos como, por ejemplo, la intervención del Ministerio Fiscal (artículos 178.2 LRJS).

Llegados a este punto conviene realizar dos consideraciones:

- Primera consideración: tal y como ha quedado expuesto, las demandadas formuladas sobre cualquiera de las materias señaladas por el artículo 184 de la LRJS en las que se invoque lesión del derecho a la no discriminación deben tramitarse necesariamente a través de la modalidad procesal específica correspondiente, no existiendo la posibilidad de hacerlo a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Nótese que la demanda sobre reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social en la que se invoca lesión del derecho a la no discriminación no se rige por lo dispuesto en el artículo 184 de la LRJS. En tal caso caben tres posibilidades diferentes para reclamar la prestación de Seguridad Social y denunciar la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación²⁷; son las siguientes: 1ª) elegir la modalidad procesal de Seguridad Social para reclamar la prestación, acumulando en la misma demanda la acción de tutela del derecho a la no discriminación (artículos 26.2 y 140.1 LRJS), en cuyo caso no parece que resulten aplicables las garantías procesales recogidas en el Capítulo XI del Título II del Libro II para la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, que el artículo 178.2 de la LRJS las extiende únicamente a las modalidades procesales referidas en el artículo 184 de la LRJS, entre las que no figura la de Seguridad Social; 2) elegir la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, con las garantías procesales que le son propias, para reclamar tanto el cese de la conducta discriminatoria de la entidad gestora que deniega la prestación de Seguridad Social como el abono de la prestación denegada²⁸; y 3) elegir la modalidad

²⁶ En este sentido, vid., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 2, pp. 187-239.

²⁷ Vid., STS-SOC núm. 540/2023, de 19 de julio (RCUD núm. 3106/2022. ECLI:ES:TS:2023:3405). Sentencia comentada por CASAS BAAMONDE, M.E.: “Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (R/L)*, núm. 8/2023 (DOI: https://doi.org/10.55104/R/L_00478).

²⁸ En principio, la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas posee un objeto material acotado, *quedando limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad* (artículo 178.1 LRJS). Esto impide la acumulación de acciones a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales. Sin embargo, la Sala de lo Social del TS ha aplicado el principio *pro actione* para permitir al demandante acudir a la modalidad procesal de tutela de los derechos

procesal de Seguridad Social para reclamar la prestación de Seguridad Social denegada y, de forma separada, la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas para denunciar la vulneración del derecho a la no discriminación.

- Segunda y última consideración: con carácter general, la demanda sobre tutela del derecho a la no discriminación se articula a instancia de parte. Como excepción al principio dispositivo que rige en la jurisdicción social, el artículo 148.c) de la LRJS señala que la tutela judicial del derecho a la no discriminación puede instarse de oficio cuando las actas de infracción o comunicación de la ITSS constaten una discriminación y además recojan *las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente*. En el mismo sentido, los artículos 6.1 y 14.3 del Real Decreto 928/1998 señalan que cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social que levante acta considere que de la presunta infracción se derivan perjuicios para los trabajadores afectados, podrá consignarlos en el acta con los requisitos exigidos para la validez de la demanda, proponiendo al Jefe de la Inspección Provincial o al Jefe de la respectiva Unidad especializada la interposición de demanda de oficio ante el JS en la forma prevista en la LRJS. A partir de los hechos consignados en el acta levantada por la ITSS, que gozan de presunción de veracidad, el JS comprobará si existe o no discriminación en términos objetivos y, caso de quedar constatada, determinará la indemnización que corresponda por los daños y perjuicios causados al trabajador discriminado.

3.3. Los principios de preferencia y sumeridad

El artículo 53.2 de la CE dispone que el proceso en el que se insta la tutela judicial de un derecho fundamental se rige por los principios de preferencia y sumariedad. Ambos principios se configuran como garantía procesal en la medida que posibilitan no solo dar prioridad a las demandas en la que se invoca la lesión del derecho a la no discriminación, sino también impregnar de celeridad y brevedad al proceso; todo ello con el fin de resolver cuanto antes la pretensión de tutela judicial del derecho fundamental.

En la jurisdicción social cabe diferenciar hasta cinco situaciones distintas en orden a la aplicación de los principios de preferencia y sumariedad en los procesos donde se invoca la lesión del derecho fundamental a la no discriminación:

- Primera situación: la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas se rige en todo caso por los principios de preferencia y sumariedad, *ex* artículo 179.1 LRJS. La preferencia de esta modalidad procesal es absoluta sobre cualesquiera otros procesos que se sigan en el juzgado o tribunal.
- Segunda situación: algunas modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS se rigen en todo caso por los principios de preferencia (no absoluta) y sumariedad, se acumule o no a la acción principal la de tutela de derecho fundamental; son las siguientes: 1) fijación de la fecha de disfrute de las vacaciones (artículo 126 LRJS); 2) movilidad geográfica (artículo 138.5 LRJS); 3) modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 138.5 LRJS); 4) suspensión de los contratos de trabajo por causas ETOP o de fuerza mayor (artículo 138.5 LRJS); 5) reducción de jornada por causas ETOP o por fuerza mayor (artículo 138.5 LRJS); y 6) ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral [artículo 139.1.b) LRJS]. A diferencia del proceso

fundamentales con el fin de impugnar, por discriminatoria, la resolución de la entidad gestora que deniega la prestación de Seguridad Social, y al mismo tiempo reclamar el abono de la prestación.

de tutela de los derechos fundamentales, cuya preferencia siempre es absoluta sobre cualquier otro, cabe entender que la preferencia de las modalidades procesales señaladas más arriba solo es absoluta sobre cualquier otra, *ex* artículo 178.2 de la LRJS, cuando a la acción principal se adiciona la de tutela del derecho fundamental.

- Tercera situación: algunas modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS se rigen por el principio de sumariidad (urgencias), no así por el de preferencia. Tal es el caso del proceso en materia electoral (artículo 132.1 LRJS). Cabe entender que el principio de preferencia (absoluta) alcanza a esta modalidad procesal, *ex* artículo 178.2 de la LRJS, cuando a la acción principal se acumule la de tutela de derecho fundamental.
- Cuarta situación: algunas modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS no se rigen por el principio de preferencia ni por el de sumariidad; son las siguientes: 1) despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, 2) impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación, 3) impugnación de convenios colectivos y 4) impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores. Cabe entender que los principios de preferencia y sumariidad alcanzan a estas modalidades, *ex* artículo 178.2 de la LRJS, cuando a la acción principal se acumule la de tutela de derecho fundamental.
- Quinta situación: la modalidad procesal de Seguridad Social no se rige por el principio de preferencia ni por el de sumariidad, salvo que se trate de impugnar el alta médica [artículo 140.3.b) LRJS]. Dado que la modalidad procesal de Seguridad Social no figura entre las recogidas por el artículo 184 de la LRJS, no cabe aplicarle, *ex* artículo 178.2 de la LRJS, las garantías de la modalidad de tutela de los derechos fundamentales, entre las que figuran la referida a los principios de preferencia y sumariidad del artículo 179.1 de la LRJS. No obstante, conviene recordar que, con posterioridad a la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), el TS ha declarado que la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, que se rige por los principios de preferencia absoluta y sumariidad, es adecuada para dirigir contra el INSS acción de tutela del derecho a la no discriminación por razón de sexo, acumulando a esta la de condena al pago al varón del complemento de pensión contributiva por aportación demográfica del artículo 60 de la LGSS (actualmente sustituido por el complemento de pensión contributiva para la reducción de la brecha de género)²⁹.

3.4. La excepción del intento de conciliación extrajudicial

El requisito del intento de conciliación extrajudicial antes de interponer demanda ante la jurisdicción social queda exceptuado cuando se insta lesión del derecho a la no discriminación a través del proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 64.1 LRJS).

El intento de conciliación extrajudicial queda igualmente exceptuado cuando la tutela del derecho fundamental se insta a través de las modalidades procesales que señala el artículo 184 de la LRJS, salvo dos: 1) la modalidad de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo y 2) la modalidad de impugnación sanciones (disciplinarias impuestas por el empresario al trabajador). Nótese que, salvo las dos modalidades procesales señaladas, las demás que menciona el artículo 184 de la LRJS quedan exceptuadas en todo caso del requisito del intento de conciliación extrajudicial, con independencia de que a la acción principal se acumule o no la de tutela judicial del derecho fundamental a la no discriminación (artículo 64.1 LRJS).

²⁹ Por todas, vid., STS-SOC núm. 540/2023, de 19 de julio (RCUD núm. 3106/2022. ECLI:ES:TS:2023:3405).

Llegados a este punto la cuestión pasa por determinar si el intento de conciliación extrajudicial podría excepcionarse en el proceso de despido y en el proceso de impugnación de sanciones cuando se acumula a la acción principal la de tutela del derecho a la no discriminación (o de otro derecho fundamental). El artículo 178.2 de la LRJS prevé la aplicación de las reglas y garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas recogidas en el Capítulo XI del Título II del Libro II a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas que se planteen a través de cualesquiera de las modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS, incluidas la de despido y la de impugnación de sanciones. Sin embargo, sucede que la supresión del trámite de conciliación extrajudicial, aun considerándose una garantía del proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, se recoge en el artículo 64.1 de la LRJS, que no se ubica en el Capítulo XI del Título II del Libro II, sino en el Capítulo I del Título V del Libro I de la LRJS. Por tanto, no cabe invocar el artículo 178.2 de la LRJS para justificar la supresión del requisito de conciliación extrajudicial en los procesos de despido y de impugnación de sanciones en los que se denuncia lesión del derecho a la no discriminación. No obstante, el TC, con fundamento en el artículo 53.2 de la CE, ha admitido la ausencia de obligatoriedad del intento de conciliación extrajudicial en toda la demanda laboral que tenga por objeto el restablecimiento de un derecho fundamental vulnerado, y es que *la interpretación contraria llevaría a la perpetuación en el tiempo de la lesión del derecho fundamental afectado*³⁰. En línea con la doctrina del TC, un sector de la doctrina científica declara que cuando en los procesos de despido y de impugnación de sanciones se acumule la pretensión de vulneración de derechos fundamentales no debería ser preceptivo el intento de solución extrajudicial³¹.

3.5. Los días hábiles para practicar las actuaciones judiciales

El artículo 43.4.párrafo 1º de la LRJS dispone que los días del mes de agosto y los que median entre el 24 de diciembre y el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive, son hábiles en cualesquiera modalidades procesales en las que se invoque lesión de la igualdad de trato y no discriminación, *tanto en el proceso declarativo como en trámite de recurso o de ejecución*. Tal previsión responde al principio de celeridad, tratando de dar una respuesta urgente a las reclamaciones en las que se denuncia una situación discriminatoria. La habilitación de las fechas indicadas se configura en última instancia como una medida que garantiza la tutela judicial del derecho a la no discriminación.

3.6. La legitimación activa para instar la tutela judicial

Las garantías procesales que la Ley 15/2022 ordena para instar la tutela judicial del derecho a la discriminación ya se recogían con anterioridad y en buena medida por la LRJS para el proceso laboral. No obstante, la Ley 15/2022 introducen una garantía procesal *ex novo* en materia de legitimación activa, que no tiene reflejo expreso en la LRJS. *Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas*, el artículo 29.1 de la Ley 15/2022 amplía la legitimación activa para instar la tutela judicial del derecho a la no discriminación por cualquiera de los motivos que señala su artículo 2.1 a las siguientes entidades³²: 1) los partidos políticos, 2) los sindicatos, 3) las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, 4) las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y 5) las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas

³⁰ STC (Sala Primera) núm. 81/1992, de 28 de mayo (FJ 4).

³¹ En este sentido, vid., ROLDÁN MARTÍNEZ, A. F. y HERREROS LÓPEZ, J. M.: “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a través de las modalidades procesales del artículo 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 362, 2013, p. 65.

³² Sobre la legitimación activa para la defensa de la igualdad de trato y no discriminación en la Ley 15/2022, vid., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.: “La tutela procesal en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *IgualdadES*, núm. 9, 2023 (DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.06>), pp. 177-183.

que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos³³. El artículo 29.1 de la Ley 15/2022 amplía la legitimación activa a las entidades señaladas: 1) *en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales*; 2) *para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales*; 3) siempre que cuenten con la autorización expresa de las personas afectadas; y 4) *en los términos establecidos por las leyes procesales*. Cuatro consideraciones al respecto:

Primera consideración: cabe cuestionar si resulta necesario modificar la LRJS para que las entidades que menciona el artículo 29.1 de la Ley 15/2022 puedan instar en la jurisdicción social la tutela judicial del derecho a la no discriminación por cualquiera de los motivos que señala el artículo 2.1 de la propia Ley 15/2022. La Ley 15/2022 ha modificado la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998) con el fin de ampliar, respectivamente, la legitimación activa en los procesos judiciales civil y contencioso-administrativo para la defensa del derecho a no discriminación y, sin embargo, no ha modificado con igual fin la LRJS. De todas las entidades que menciona el artículo 29.1 de la Ley 15/2022, los sindicatos que invoquen un interés legítimo tienen legitimación activa para recabar en la jurisdicción social la tutela del derecho a la no discriminación porque así lo dispone el artículo 17.2 de la LRJS, con carácter general, y el artículo 177.1 de la LRJS, referido a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, la duda se plantea en relación con la legitimación activa del resto de entidades que menciona el artículo 29.1 de la Ley 15/2022. Podría pensarse que no es preciso modificar la LRJS para reconocerles legitimación activa porque son titulares de un interés legítimo, *ex* artículo 17.1 de la LRJS. Sin embargo, no parece que, sin reformar la LRJS, la invocación del interés legítimo sea argumento válido para otorgar legitimación activa al resto de entidades que menciona el artículo 29.1 de la Ley 15/2022. Si el interés legítimo fuera un argumento válido, toda apunta a que entonces no hubiera sido necesario que la Ley 4/2023 modificara la LRJS para otorgar expresamente legitimación activa a casi las mismas entidades con el fin de instar en la jurisdicción social la tutela judicial del derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual e identidad sexual, expresión de género y características sexuales. La disposición final duodécima de la Ley 4/2023 introduce en el artículo 17 de la LRJS un nuevo apartado 5 para hacer efectiva en el proceso laboral la ampliación de la legitimación activa a los sujetos que menciona en su artículo 65³⁴.

Segunda consideración: sobre la necesaria autorización expresa de la persona afectada para que las entidades del artículo 29.1 de la Ley 15/2022 tengan legitimación activa. El artículo 29.1 de la Ley 15/2022 establece que las entidades que menciona estarán legitimadas para instar la acción judicial siempre que cuenten con la previa autorización de las personas afectadas, que debe ser expresa. Por tanto, no tiene cabida la autorización tácita, evitando así interpretaciones erróneas.

³³ Las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos tendrán legitimación activa siempre que acrediten los requisitos siguientes (artículo 29.2 Ley 15/2022): 1) se hayan constituido legalmente con, al menos, dos años de antelación al ejercicio de la acción judicial y ejerzan de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en los estatutos; todo ello salvo que la acción judicial la ejerzan en defensa de los miembros que las integran; y 2) el ámbito territorial de actuación sea, según sus estatutos, el estatal u otro que resulte afectado por la posible situación de discriminación.

³⁴ El artículo 65 de la Ley 4/2023 dispone que Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI o de sus familias estarán legitimadas, en los términos establecidos por las leyes procesales, para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas, en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales, siempre que cuenten con su autorización expresa, y para demandar en juicio la defensa de los intereses difusos cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación.

El artículo 29.1 de la Ley 15/2022 no precisa el medio empleado para expresar la autorización, que se entiende ha de ser uno que permita su acreditación. El artículo 29.1 de la Ley 15/2022 tampoco precisa cómo ha de otorgarse la autorización cuando la tutela judicial que solicita la entidad va referida a un colectivo de personas perjudicadas por la situación discriminatoria, que pueden determinarse o son fácilmente determinables por tratarse de afiliadas o asociadas. La cuestión consiste en determinar si resulta o no exigible contar con la autorización de todas y cada una de ellas. Acto seguido surge otra duda, y es si debe llamarse al proceso laboral a quienes tengan la condición de personas afectadas por haber sufrido la discriminación que dio origen al proceso, con el fin de que hagan valer su derecho o interés legítimo. El artículo 65 de la Ley 4/2023 se pronuncia en los mismos términos que el artículo 29.1 de la Ley 15/2022 en lo relativo a la preceptiva autorización expresa de la persona afectada para que las entidades que menciona puedan instar la tutela judicial del derecho a la no discriminación.

Tercera consideración: cabe cuestionar si las entidades que menciona el artículo 29.1 de la Ley 15/2022 tienen legitimación activa para la defensa de intereses difusos. El artículo 29.1 de la Ley 15/2022 es claro al señalar que amplía la legitimación activa a las entidades que menciona *para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios*. Por tanto, el artículo 29.1 de la Ley 15/2022 no otorga legitimación activa a las entidades que menciona para demandar en juicio la defensa de los intereses difusos cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación. A diferencia de la Ley 15/2022, el artículo 65 de la Ley 4/2023 confiere legitimación activa a las entidades que señala *para demandar en juicio la defensa de los intereses difusos cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación*. Nótese que las entidades deben contar con la previa autorización preceptiva cuando ejercen la acción judicial para la defensa de intereses colectivos, no así cuando se trata de intereses difusos, lo cual resulta justificado dada la indeterminación de quienes integran el grupo de afectados.

Cuarta consideración: sobre la legitimación activa de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (en adelante, Autoridad Independiente). La relación de sujetos con legitimación activa no se agota en los señalados por el artículo 29.1 de la Ley 15/2022, debiendo completarse con lo dispuesto en el artículo 40.d) de la Ley 15/2022, que asigna a la Autoridad Independiente la función de *Ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación conforme a lo dispuesto en esta ley y en las distintas leyes procesales*. La Ley 15/2022 no ha modificado la LRJS para otorgar legitimación activa a la Autoridad Independiente en los procesos donde se insta la tutela judicial del derecho a la no discriminación. No obstante, no parece que haya inconveniente en reconocer tal legitimación como titular de un interés legítimo, *ex* artículo 17.1 de la LRJS, sin necesidad de modificar la LRJS³⁵. Nótese que el artículo 40.d) de la Ley 15/2022 nada dispone sobre la exigencia de que la Autoridad Independiente deba contar con la previa autorización expresa de la persona afectada. Llegados a este punto, la cuestión pasa por clarificar si, al igual que sucede con demás entidades legitimadas del artículo 29.1 de la Ley 15/2022, dicha autorización también es preceptiva para que la Autoridad Independiente ostente legitimación activa. A diferencia de la ley 15/2022, la Ley 4/2023 no confiere legitimación activa a la Autoridad Independiente. No obstante, cabe plantearse si esta podría inferirse del artículo 62.4 de la Ley 4/2023, al señalar que *En la protección frente a la discriminación y la violencia por LGTIfobia podrá intervenir en todo caso la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, con las competencias y funciones establecidas en la Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad*

³⁵ En este sentido, vid., LASAOSA IRIGOYEN, E.: “La autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación”, en VV.AA. (DIRS., SEMPERE NAVARRO, A. V. y GARCÍA GIL, B.): *Una visión transversal del derecho a la igualdad. Ley 15/2022, de 12 de julio*, SEPIN, Madrid, 2023, pp. 139.

de trato y la no discriminación. No obstante, la Ley 4/2023 no ha modificado la LRJS para que esta reconozca legitimación activa a la Autoridad Independiente, cosa que sí ha hecho para las entidades que menciona en su artículo 65, a través del nuevo artículo 17.5 de la LRJS.

Quinta consideración: cuadro comparativo sobre las entidades con legitimación activa en la Ley 15/2022 y en la Ley 4/2023.

Artículos 29.1 y 40.d) Ley 15/2022	Artículo 65 Ley 4/2023
Personas afectadas	Personas afectadas
Partidos políticos	Partidos políticos
Sindicatos	Organizaciones sindicales
-----	Organizaciones empresariales
Asociaciones profesionales de trabajadores autónomos	Asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas
Organizaciones de personas consumidoras y usuarias	Asociaciones de personas consumidoras y usuarias
Asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos	Asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas LGTBI o de sus familias
Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación	-----

La Ley 4/2023 utiliza un lenguaje más inclusivo que la Ley 15/2022 para listar el elenco de entidades con legitimación activa. En este sentido, por ejemplo, la Ley 4/2023 se refiere a las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, mientras que el artículo 29.1 de la Ley 15/2022 utiliza la expresión “asociaciones profesionales de trabajadores autónomos”. Tal y como ha quedado expuesto en los considerandos anteriores, la tabla muestra que la legitimación activa es similar en ambas Leyes, pero no idéntica.

Sexta y última consideración: sobre la legitimación activa que la Directiva (UE) 2024/1500 otorga a los organismos de igualdad. El artículo 10.3.a) de la Directiva (UE) 2024/1500 otorga legitimación activa a los organismos de igualdad de los Estados miembros para *incoar procesos judiciales por cuenta de una o varias víctimas* en los que se inste la tutela judicial del derecho a la no discriminación por razón de sexo (igualdad entre hombres y mujeres). Las normas de Derecho interno español contemplan la posibilidad de que, a efectos de acreditar la prueba de la discriminación en el proceso, el órgano judicial solicite el dictamen o informe de organismos públicos de igualdad³⁶. Sin embargo, el Derecho interno español no confieren legitimación activa a los organismos de igualdad para que insten la tutela judicial del derecho a la no discriminación. El plazo de transposición de la Directiva (UE) 2024/1500 finaliza el 19 de junio de 2026.

3.7. La intervención del Ministerio Fiscal

Con carácter general, el artículo 17.4 de la LRJS dispone que el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir en todos los supuestos previstos en la propia LRJS. De modo particular, el artículo 177.3 de la LRJS prevé que el Ministerio Fiscal sea siempre parte en el proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la del derecho

³⁶ Vid., apartado 3.9.2 de este trabajo.

a la no discriminación. Asimismo, el artículo 178.2 de la LRJS señala que el Ministerio Fiscal será parte cuando la tutela del derecho fundamental se inste a través de cualesquiera de las modalidades procesales que señala el artículo 184 de la LRJS. Algunas de estas modalidades procesales contemplan de forma expresa la intervención del Ministerio Fiscal³⁷ en todo caso y no solo cuando se acumula acción de tutela del derecho fundamental, en cuyo caso el artículo 178.2 de la LRJS viene a reforzar su posición; y para el resto de modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS, la intervención del Ministerio Fiscal se fundamenta exclusivamente en el propio artículo 178.2 de la LRJS, que resuelve cualquier duda que pudiera plantearse al respecto³⁸. En definitiva, un requisito esencial de todo proceso en el que se denuncia vulneración del derecho a la no discriminación es la intervención del Ministerio Fiscal como parte. Aunque el Ministerio Fiscal no tiene legitimación para iniciar el proceso, su intervención en este le coloca en una posición que va más allá de la de mero informante o coadyuvante³⁹.

La Fiscalía General del Estado ha destacado que el hecho de que el Ministerio Fiscal deba intervenir en todo proceso en el que se denuncia la vulneración de un derecho fundamental (incluido el derecho a la no discriminación) *supone un gran esfuerzo de coordinación y asignación de medios personales para todas las Fiscalías*. Por ello, la Fiscalía ha establecido tres criterios para optimizar en lo posible el mandato legal de los artículos 177.3 y 178.2 de la LRJS; son los siguientes⁴⁰:

- Primer criterio: el Ministerio Fiscal procurará acordar con el Letrado de la Administración de Justicia que las vistas y los juicios que requieran su presencia se agrupen y señalen de forma consecutiva (artículo 82.1.párrafo 2º LRJS).
- Segundo criterio: el Ministerio Fiscal asistirá a las vistas y los juicios cuando la demanda recoja, tal y como exige el artículo 80.1.c) de la LRJS, una enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión de vulneración del derecho a la no discriminación. *A sensu contrario*, cabe entender que el Ministerio Fiscal podrá dejar de intervenir en el proceso cuando considere que la demanda no recoge una relación clara y

³⁷ Entre las modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS, el Ministerio Fiscal es siempre parte, se acumule o no acción de tutela del derecho a la no discriminación, en la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos (artículos 164.6 y 165.4 LRJS), así como en la de impugnación de los estatutos de los sindicatos empresariales o de su modificación (artículos 167.2 y 173.3 LRJS).

³⁸ La LPL de 1995 no contemplaba de forma expresa la intervención del Ministerio Fiscal en las modalidades procesales señaladas en su artículo 182 (actualmente, artículo 184 LRJS) cuando en cualquiera de ellas se invocaba la lesión de un derecho fundamental, de ahí que se discutiera si el Ministerio Fiscal debía ser citado como parte en aquellas que no lo contemplaban de forma expresa. El artículo 178.2 de la LRJ resuelve toda duda al respecto al señalar expresamente que el Ministerio Fiscal será parte en cualesquiera de las modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS cuando se invoque la lesión de derechos fundamentales o libertades públicas.

La STS, Sala Social, de 29 de junio de 2001 (RCUD núm. 1886/2000. ECLI:ES:TS:2001:5595) señaló que el artículo 175.2 de la LPL de 1995 impone de modo expreso la citación como parte del Ministerio Fiscal para la modalidades procesal de tutela de los derechos fundamentales; y su citación con tal carácter debe entenderse igualmente obligada en las modalidades enumeradas en el art. 182 de la propia Ley. Así lo ha considerado también, y de modo prácticamente unánime, la doctrina científica cuyos argumentos comparte esta Sala plenamente. La Sala de lo Social del TS afirma que el Ministerio Fiscal debe ser parte también en los procesos que detalla el art. 182 de la LPL de 1995. El TS argumenta al respecto que la presencia del Ministerio Fiscal como parte en todo proceso en que se alegue una lesión de tutela de derechos fundamentales, es consecuencia lógica de las funciones que le atribuye la Carta Magna y que concreta su Estatuto Orgánico, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre en el art. 3.12. Dispone este que, para el cumplimiento de las misiones establecidas en su art. 1 (entre ellas promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley) "corresponde al Ministerio Fiscal intervenir en los procesos judiciales de amparo", entre los que deben incluirse los contemplados en el art. 182. Doctrina reiterada en SSTs, Sala Social, de 19 de abril de 2005 (RCUD núm. 855/2005. ECLI:ES:TS:2005:2414), 15 de noviembre de 2005 (RCUD núm. 4222/2004. ECLI:ES:TS:2005:7334) y 28 de enero de 2009 (RCUD núm. 1576/2008. ECLI:ES:TS:2009:674). También vid., STS-SOC núm. 860/2019, de 12 de diciembre (RCUD núm. 2189/2017. ECLI:ES:TS:2019:4304).

³⁹ En este sentido, vid., por todos, CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, p. 260.

⁴⁰ Vid., Instrucción 4/2012, de 3 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la jurisdicción social (FIS-I-2012-00004).

concreta de los hechos en lo atinente a la vulneración que se denuncia del derecho a la no discriminación. Así, el Ministerio Fiscal comunicará al Letrado de la Administración de Justicia y a las partes que no intervendrá en el acto de la vista.

- Tercer criterio: el Ministerio Fiscal valorará, atendiendo al principio de celeridad y al interés social de la controversia planteada, si insta la nulidad de actuaciones cuando, debiendo ser citado, el Letrado de la Administración de Justicia no lo ha citado a la vista y/o al juicio.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124.1 de la CE, el Ministerio Fiscal no interviene en un proceso en beneficio y tutela de los litigantes, sino en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la Ley. No obstante, cuando en el proceso laboral se insta la tutela judicial del derecho a la no discriminación, la intervención del Ministerio Fiscal va más allá porque ha de velar *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* [artículo 177.3 LRJS]. Por tanto, el Ministerio Fiscal interviene en el proceso como defensor de la víctima procurando su reparación total, y en todas las fases del procedimiento. Así, el Ministerio Fiscal⁴¹: 1) debe ser citado por el Secretario Judicial (Letrado de la Administración de Justicia) para que comparezca en una audiencia preliminar cuando en la demanda se solicita la adopción de medidas cautelares (artículo 180.5 LRJS); 2) debe solicitar en el acto del juicio la reparación íntegra del derecho a la no discriminación, incluyendo la reparación de daños y perjuicios; y 3) será siempre parte en el proceso de ejecución (artículo 240.4 LRJS).

Dado que la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva en los procesos donde se denuncia lesión de un derecho fundamental (incluido el derecho a la no discriminación), la cuestión pasa por determinar qué conlleva la falta de citación. La Sala de lo Social del TS entiende que la falta de citación del Ministerio Fiscal en el proceso de tutela de los derechos fundamentales (y en las modalidades procesal que menciona el artículo 184 de la LRJ en las que se denuncia lesión de un derecho fundamental) no conlleva en todo caso la nulidad de actuaciones. La Sala argumenta que⁴², *salvo en aquellos supuestos en que la intervención del Ministerio Fiscal está vinculada a la defensa de un interés público directo en el proceso, la falta de citación del Ministerio Fiscal en los procesos en que la tutela reclamada se concreta en un interés de parte no debe determinar la nulidad de actuaciones, salvo que concurren las condiciones que prevé a estos efectos el artículo 205.c) de la Ley de Procedimiento Laboral (artículo 207.c) de la vigente LRJS)*; es decir: 1º) *se haya formulado un motivo de casación alegando este defecto*; 2º) *previamente en el momento procesal adecuado se haya formulado la correspondiente denuncia y*, 3º) *que, como consecuencia de la ausencia del Ministerio Fiscal, haya podido producirse una real indefensión para la parte que alega la infracción*. No obstante, la Fiscalía General del Estado⁴³ ha señalado que, aunque la Sala de lo Social del TS ha negado la nulidad de actuaciones instada por alguna de las partes en los recursos por falta de citación del Ministerio Fiscal, ello no es óbice alguno para que el Ministerio Fiscal lo inste en nombre propio no solo por incumplimiento de un mandato legal, sino por haberse visto impedido de cumplir su función en el proceso social de defensor de los derechos fundamentales puestos en juego. La doctrina científica, en línea con la Fiscalía, ha señalado que *es exigible un mayor rigor por parte de los tribunales en la aplicación del*

⁴¹ Ibidem.

⁴² Por todas, vid., SSTs, Sala Social, de 19 de abril de 2005 (RCUD núm. 855/2005. ECLI:ES:TS:2005:2414), 15 de noviembre de 2005 (RCUD núm. 4222/2004. ECLI:ES:TS:2005:7334) y 28 de enero de 2009 (RCUD núm. 1576/2008. ECLI:ES:TS:2009:674). También vid., STS-SOC núm. 860/2019, de 12 de diciembre (RCUD núm. 2189/2017. ECLI:ES:TS:2019:4304); y STS-SOC núm. 973/2024, de 3 de julio (RCO núm. 92/2023. ECLI:ES:TS:2024:3982).

⁴³ Vid., Instrucción 4/2012, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la jurisdicción social (FIS-I-2012-00004), p. 5.

*artículo 178.2 de la LRJS, tanto el proceso especial de tutela como en las modalidades procesales del artículo 184, de forma que se asegure plenamente el cumplimiento de sus funciones por parte del Ministerio Fiscal*⁴⁴.

3.8. Las medidas cautelares

La adopción de medidas cautelares para asegurar la efectiva tutela judicial del derecho a la no discriminación es una garantía procesal recogida en el artículo 180 de la LRJS para el proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Esta garantía se extiende, *ex artículo 178.2 de la LRJS*, a las modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS cuando en ellas se acumule a la acción principal la de tutela de un derecho fundamental (incluido el derecho a la no discriminación).

La parte actora que denuncia lesión del derecho a la no discriminación, ya sea a través de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas o de cualesquiera de las modalidades procesales que menciona el artículo 184 de la LRJS, podrá solicitar la adopción de medidas cautelares en el mismo escrito de interposición de la demanda (artículo 180.1 LRJS), mediante la incorporación de un “otroso digo”. Por tanto, las medidas cautelares se adoptan a instancia de parte y al inicio del proceso. Con todo, no parece que haya inconveniente en solicitar las medidas cautelares en un momento ulterior a la interposición de la demanda y previo a la sentencia a través de pieza separada. La solicitud de medidas cautelares ha de ser motivada, debiendo acreditarse la necesidad de su adopción.

El órgano judicial resolverá la solicitud de medidas cautelares: 1) previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, 2) mediante auto dictado de viva voz y 3) adoptando, en su caso, las oportunas para reparar la situación.

El artículo 180.1 de la LRJS contempla como única medida cautelar la suspensión de los efectos del acto impugnado por discriminatorio, aunque añade la posibilidad de solicitar *las demás medidas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia*, que no llega a concretar. Por tanto, el artículo 180.1 de la LRJS incorpora una cláusula abierta (*numerus apertus*) para referirse a las medidas cautelares que pueden adoptarse en el proceso. El órgano judicial podrá acordar la suspensión del acto impugnado como medida cautelar cuando concurren dos elementos: 1) la ejecución del acto impugnado produce al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, y 2) la suspensión del acto impugnado no ocasione perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos.

3.9. La prueba de la discriminación

3.9.1. La modulación de la regla general de la carga de la prueba de la parte actora

La regla general de distribución de la carga de prueba determina que: 1) la parte actora ha de probar los hechos de los que se desprende el efecto jurídico pretendido en su demanda (artículo 217.2 LEC); y 2) la parte demandada ha de probar los hechos que impiden, extinguen o enervan la eficacia jurídica de los hechos que pretende hacer valer la contraparte (artículo 217.3 LEC).

La regla general del *onus probandi* deviene insuficiente para acreditar conductas discriminatorias que aparecen encubiertas bajo una apariencia de legalidad y legitimidad. El TC

⁴⁴ Vid., ROLDÁN MARTÍNEZ, A. F. y HERREROS LÓPEZ, J. M.: “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a través de las modalidades procesales del artículo 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *ob cit.*, p. 71.

declara que “la inversión de la carga de la prueba” surge por la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de acreditar la lesión constitucional⁴⁵. La regla sobre inversión de la carga de la prueba resulta útil para desvelar en el proceso judicial las razones latentes de actos que puedan enmascarar una discriminación; dicho de otro modo: permite probar lo que sin ella sería muy difícil probar, que es la conducta discriminatoria. En definitiva, la inversión de la carga de la prueba permite alcanzar la efectiva tutela judicial del derecho a la no discriminación.

En el ámbito de la relación laboral, la inversión de la carga de la prueba en supuestos de discriminación tiene su primera base jurídica en el Derecho de la UE⁴⁶. En el ordenamiento jurídico interno español, varias normas de Derecho sustantivo transponen las directivas comunitarias, con proyección en toda clase de procesos jurisdiccionales, incluido el proceso laboral:

- El artículo 13.1 de la LOI dispone que, *De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.*
- El artículo 77.1.párrafo 1º del Real Decreto Legislativo 1/2013 señala que, *En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*
- El artículo 30.1 de la Ley 15/2022 ordena que, *De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.*
- El artículo 66.1 de la Ley 4/2023 regula que, *De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales y reguladoras de los procedimientos administrativos, cuando la parte actora o la persona interesada alegue discriminación por razón de orientación e identidad sexual,*

⁴⁵ Por todas, vid., STC (Sala Primera) núm. 90/1997, de 6 de mayo (FJ 7); STC (Sala Primera) núm. 29/2022, de 11 de febrero (FJ 3); STC (Sala Primera) núm. 30/2002, de 11 de febrero (FJ 3); STC (Sala Primera) núm. 17/2003, de 30 de enero (FJ 4); STC (Sala Segunda) núm. 326/2005, de 12 de diciembre (FJ 5); STC (Sala Segunda) núm. 41/2006, de 13 de marzo (FJ 4); STC (Sala Primera) núm. 120/2006, de 24 de abril (FJ 4); STC (Sala Primera) núm. 138/2006, de 8 de mayo (FJ 5); STC (Sala Primera) núm. 168/2006, de 5 de junio (FJ 4); STC (Sala Segunda) núm. 125/2008, de 20 de octubre (FJ 3); STC (Pleno) núm. 76/2010, de 19 de octubre (FJ 5); STC (Pleno) núm. 140/2014, de 11 de septiembre (FJ 7); STC (Sala Primera) núm. 51/2021, de 15 de marzo [FJ 3.b)]; y STC (Pleno) núm. 67/2022, de 2 de junio (FJ 5).

⁴⁶ Las normas de la UE que recogen la inversión de la carga de la prueba con proyección a la relación laboral son las Directivas sobre discriminación:

- Artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOUE Serie L núm. 180, de 19 julio 2000).
- Artículo 10 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE Serie L núm. 303, de 2 diciembre 2000).
- Artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DOUE Serie L núm. 204, de 26 julio 2006).
- Artículo 18 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 (DOUE Serie L núm. 132, de 17 mayo 2023).

expresión de género o características sexuales y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Merece la pena comparar, siquiera sea brevemente, el modo en que las cuatro normas jurídicas señaladas (LOI, Real Decreto Legislativo 1/2013, Ley 15/2022, Ley 4/2023), que tienen rango legal y carácter transversal, ordenan la inversión de la carga de la prueba:

- La inversión de la carga de la prueba tiene cobertura legal en la LOI y en la Ley 15/2022 cuando se denuncia discriminación por razón de sexo; en el Real Decreto Legislativo 1/2013 y en la Ley 15/2022 cuando la denuncia de discriminación lo es por razón de discapacidad; y en la Ley 4/2023 y la Ley 15/2022 cuando la discriminación denunciada es por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. El carácter integral de la Ley 15/2022 determina que sea la norma jurídica que ofrece la cobertura más amplia de la inversión de la carga de la prueba, y ello es así porque opera cuando la denuncia de discriminación lo sea no solo por los motivos personales señalados, sino también por cualesquiera otros recogidos en su artículo 2.1, ya sea de forma expresa o a través de la cláusula final abierta (*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*).
- La LOI y el Real Decreto Legislativo 1/2013 predicen la inversión de la carga de la prueba en el proceso jurisdiccional, mientras que la Ley 15/2022 y la Ley 4/2023 lo hacen también en el procedimiento administrativo.
- El Real Decreto Legislativo 1/2013, la Ley 15/2022 y la Ley 4/2023 precisan la mecánica de la inversión de la carga de la prueba, que aplicada en el proceso judicial supone: 1) la parte actora debe alegar (denunciar) la discriminación y aportar indicios fundados sobre su existencia; y 2) la parte demandada debe aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. La LOI no determina con igual precisión el comportamiento de la parte actora para activar la inversión de la carga de la prueba, limitándose a señalar que alegará una situación discriminatoria, sin exigir expresamente la aportación de indicios fundados sobre su existencia.

La LOI y la Ley 15/2022 difieren al regular la inversión de la carga de la prueba cuando la parte actora denuncia en el proceso jurisdiccional la discriminación por razón de sexo. Hay tres diferencias significativas: 1) La LOI limita la inversión de la carga de la prueba al proceso judicial, mientras que la Ley 15/2022 la extiende también al procedimiento administrativo; 2) la LOI señala que la parte actora debe denunciar la situación discriminatoria por razón de sexo, mientras que la Ley 15/2022 añade la exigencia de aportar indicios fundados de discriminación; y 3) la LOI señala que el informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad solo puede recabarse a instancia de parte, mientras que la Ley 15/2022 permite hacerlo también de oficio. Aunque no parece que ambas normas entren en conflicto *stricto sensu*, la regla del artículo 13 de la LOI, relativa a la inversión de la carga de la prueba en situaciones sospechosas de discriminación por razón de sexo, ha perdido virtualidad práctica, al quedar absorbida por el artículo 30 de la Ley 15/2022. Lo mismo sucede con el artículo 77 del Real Decreto Legislativo 1/2013, relativo a la inversión de la carga de la prueba en situaciones de discriminación por razón de discapacidad, cuya virtualidad práctica parece quedar subsumida en el artículo 30 de la Ley 15/2022. Ello es así porque de las tres normas, la Ley 15/2022 es la que recoge el régimen jurídico

que mejor garantiza la inversión de la carga de la prueba cuando se denuncia una situación discriminatoria⁴⁷.

En cualquier caso, no cabe ignorar que, más allá de lo dispuesto en las normas de Derecho sustantivo, el principio de inversión de la carga de la prueba se aplicará en el proceso judicial de acuerdo con lo previsto en la correspondiente ley rituarial. Más allá de las normas de Derecho sustantivo señaladas, la inversión de la carga de la prueba tiene reconocimiento legal expreso en el Derecho procesal laboral. Concretamente, los artículos 96.1 y 181.2 de la LRJS la regulan en el ámbito de la jurisdicción social: el artículo 96 lo hace para todo tipo de procesos en los que la parte actora denuncia discriminación, y el artículo 181.2 de la LRJS cuando la denuncia se plantea a través de la modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

El artículo 96.1 de la LRJS señala que la inversión de la carga de la prueba se activa cuando la parte actora aporte indicios fundados de los que se deduzca discriminación por alguno de los siguientes motivos: 1) sexo, 2) orientación o identidad sexual, 3) origen racial o étnico, 4) religión o convicciones, 5) discapacidad, y 6) edad. La lista de factores discriminatorios del artículo 96.1 de la LRJS es cerrada. Llegados a este punto, la cuestión pasa por determinar si la inversión de la carga de la prueba puede ser aplicada en el proceso laboral cuando el motivo sospechoso de haber provocado una situación discriminatoria no es ninguno de los expresamente mencionados por el artículo 96.1 de la LRJS. La aplicación de la inversión de la carga de la prueba podría fundamentarse en el artículo 30.1 de la Ley 15/2022 y, en última instancia, en la doctrina constitucional sobre flexibilización de la carga de la prueba. El artículo 30.1 de la Ley 15/2022 no llega a precisar los factores de discriminación que llevan consigo la inversión de la carga de la prueba, pero cabe entender que son todos los recogidos en su artículo 2.1, que conforman una lista mucho más amplia que la recogida en la ley rituarial laboral. En este sentido, por ejemplo, aunque el artículo 96.1 de la LRJS no contemple expresamente la discriminación por razón de expresión de la identidad de género, podría alcanzarle la inversión de la carga de la prueba con fundamento no solo en los artículos 2.1 y 30.1 de la Ley 15/2022 y en el artículo 66.1 de la Ley 4/2023, sino también en la doctrina constitucional sobre flexibilización de la carga de la prueba. Cuestión distinta es que finalmente no se reconozca la situación discriminatoria denunciada si los indicios que aporta la parte actora son insuficientes o, aun siendo racionales y suficientes, la parte demandada los rebata adecuadamente.

En el ámbito de la relación laboral, el TC ha subrayado la importancia de la inversión de la carga de la prueba para garantizar los derechos fundamentales del trabajador, incluido el derecho a la no discriminación, frente a posibles decisiones del empresario contrarias a los mismos. El TC⁴⁸ y la Sala de lo Social del TS establecen que la inversión de la carga de la prueba es una garantía procesal que opera en dos planos (se articula en un doble plano):

Primer plano: la parte actora (demandante): 1) denuncia conducta discriminatoria y 2) aporta indicios fundados de existencia de la conducta discriminatoria que denuncia. La inversión de la carga de la prueba no se activa automáticamente con la mera alegación de la vulneración del derecho a la no discriminación o una retórica invocación del factor discriminatorio protegido,

⁴⁷ Esta postura la confirma el inciso final del artículo 7.párrafo 2º de la Ley 15/2022, según el cual, La presente ley consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación.

⁴⁸ Sobre el doble plano en el que opera la inversión de la carga de la prueba cuando la parte actora (trabajador) denuncia la conducta discriminatoria del empresario, vid., STC (Sala Primera) núm. 17/2003, de 30 de enero (FJ 4); STC (Sala Primera) núm. 49/2003, de 17 de marzo (FJ 4); STC (Sala Segunda) núm. 171/2003, de 29 de septiembre (FJ 3); STC (Sala Segunda) núm. 41/2006, de 13 de febrero (FJ 4); STC (Sala Segunda) núm. 171/2003, de 29 de septiembre (FJ 3); STC (Sala Segunda) núm. 41/2006, de 13 de febrero (FJ 4); y STC (Pleno) núm. 76/2010, de 19 de octubre (FJ 5);

siendo preciso aportar indicios que permitan deducir la posibilidad de que la discriminación se ha producido⁴⁹.

Segundo plano: una vez que la parte actora ha cumplido con su deber inexcusable de aportar indicios de discriminación, corresponde a la parte demandada *probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada*. Por tanto, la parte demanda no asume la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación), sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de la discriminación.

En el ámbito de la relación laboral, el desplazamiento de la carga de la prueba hacia el empresario cuando el trabajador acredita indicios de discriminación procede con independencia de que la empresa demanda sea privada o una Administración pública. De hecho, el TC declara que *la prohibición de discriminación opera en forma más intensa cuando se trata de un empleador de carácter público, que ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE), sin asomo alguno de arbitrariedad (art. 9.3 CE)*. Por tanto, al igual que la empresa privada, la Administración pública también está sujeta a la necesidad de acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte del personal a su servicio se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental; [...] el margen de discrecionalidad característico de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, aunque se aceptara que aquellas no precisan ser motivadas, ya que ello no excluye

⁴⁹ El TC recuerda que la mera alegación de la vulneración constitucional o una retórica invocación del factor protegido no constituyen indicio de discriminación, sino que es necesario un hecho o conjunto de hechos que permita deducir la posibilidad de lesión. *Solo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, indiciariamente probada, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada al margen del derecho fundamental alegado* [STC (Sala Segunda) núm. 104/2014, de 23 de junio (FJ 7)], *incluso si dicha intencionalidad discriminatoria no existe, si los incumplimientos que la recurrente atribuye al empleador representan objetivamente actos contrarios a la prohibición de discriminación* [STC (Sala Segunda) núm. 233/2007, de 5 de noviembre, (FJ 4)].

Doctrina que el TC ha aplicado en el marco de la relación laboral cuando se ha denunciado en amparo:

- Discriminación por razón de sexo que comprende tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada:
- Discriminación por razón de sexo vinculada a la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con los siguientes factores diferenciales que inciden en exclusiva en las mujeres:
 - El embarazo de trabajadora: STC (Sala Primera) núm. 173/1994, de 7 de junio (FJ 2); STC (Sala Segunda) núm. 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 6); STC (Sala Segunda) núm. 20/2001, de 29 de enero (FJ 4); STC (Sala Segunda) núm. 41/2002, de 25 de febrero (FJ 3); STC (Sala Primera) núm. 17/2003, de 30 de enero (FJ 4); STC (Sala Primera) núm. 98/2003, de 2 de junio (FJ 2); STC (Sala Primera) núm. 175/2005, de 4 de julio (FJ 4); STC (Sala Primera) núm. 342/2006, de 11 de diciembre (FJ 4); y STC (Sala Primera) núm. 92/2008, de 21 de julio (FJ 4).
 - La maternidad de la trabajadora: STC (Sala Segunda) núm. 233/2007, de 5 de noviembre [FJ 9.b)].
- Discriminación por razón de identidad de género: STC (Pleno) núm. 67/2022, de 2 de junio (FJ 5); y STC (Sala Segunda) núm. 81/2024, de 3 de junio (FJ 3).
- Discriminación por razón de discapacidad: STC (Sala Primera) núm. 51/2021, de 15 de marzo [FJ 3.b)].
- Discriminación ideológica: STC (Sala Primera) núm. 49/2003, de 17 de marzo (FJ 4 a 7); y STC (Sala Segunda) núm. 79/2023, de 3 de julio [FJ 4.a)].

En relación con la discriminación sindical, el TC aclara que el precepto constitucional que protege frente a eventuales discriminaciones por motivos sindicales no es el artículo 14 de la CE, sino el artículo 28.1 de la CE; dicho de otro modo: la discriminación sindical no concierne a ninguna de las circunstancias explícitamente proscritas como causas de discriminación en el artículo 14 de la CE. En este sentido, vid., por todas, STC (Sala Primera) núm. 90/1997, de 6 de mayo (FJ 3); STC (Sala Primera) núm. 29/2002, de 11 de febrero (FJ 2); STC (Sala Primera) núm. 30/2002, de 11 de febrero (FJ 2); STC (Sala Segunda) núm. 171/2003, de 29 de septiembre (FJ 1); STC (Sala Primera) núm. 17/2005, de 1 de febrero (FJ 1); STC (Sala Segunda) núm. 326/2005, de 12 de diciembre (FJ 3); STC (Sala Primera) núm. 168/2006, de 5 de junio (FJ 4-7); STC (Sala Segunda) núm. 183/2007, de 10 de septiembre (FJ 3); STC (Sala Primera) núm. 90/2008, de 21 de julio (FJ 1); y STC (Sala Segunda) núm. 100/2014, de 23 de junio (FJ 2).

*que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales*⁵⁰.

En el ámbito de la relación laboral, la actividad probatoria del empresario ha de neutralizar los indicios aportados por el trabajador. Conviene tener en cuenta si la decisión unilateral de la empresa impugnada por discriminación tiene carácter discrecional o debe ser motivada, porque el alcance de la carga probatoria de la empresa tiene distinto alcance en un caso y en otro. El TC declara que *la ausencia de prueba empresarial neutralizadora de los indicios trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental sustantivo*⁵¹.

El TC ha señalado que la necesidad de incorporar la inversión de la carga de la prueba para que la parte actora pueda acreditar más fácilmente la conducta discriminatoria es *tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador*⁵². Cuando el trabajador aporta indicios de discriminación fundados y suficientes, el empresario debe acreditar que la decisión o práctica cuestionada responde a causas suficientes, reales y serias para calificarla de razonable y ajena a todo propósito discriminatorio. Sin embargo, no cabe ignorar que algunas decisiones unilaterales del empresario son discrecionales, es decir, que la norma jurídica no exige una causa que las justifique. En tal caso, la inversión de la carga de la prueba resulta más necesaria si cabe y el alcance de la actividad probatoria del empresario deviene especialmente exigente porque no existe una causa legal preceptiva que haya que acreditar para justificar su decisión o conducta.

Llegados a este punto conviene clarificar cuál es realmente el alcance de la actividad probatoria que debe desplegar la parte actora que denuncia la discriminación. Esta cuestión se plantea porque el TC, al construir su doctrina sobre flexibilización de la carga de la prueba en supuestos de discriminación (y demás derechos fundamentales), señala que los indicios aportados por la parte actora son válidos cuando permiten presumir la conducta discriminatoria (técnica de indicios) y también cuando generan una “razonable sospecha o apariencia” de discriminación (técnica del principio de prueba). Un sector de la doctrina científica más autorizada considera que el TC admite tanto la técnica de indicios como la técnica del principio de prueba (prueba *prima facie* o prueba verosímil), según el cual, el indicio aportado será suficiente cuando permite imbuir en el juez una sospecha vehemente o apariencia racional de discriminación. Ciertamente, el TC introduce en su doctrina la expresión “principio de prueba” y también hace referencia a la “existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción”⁵³ de discriminación. En relación con los indicios aportados por la parte actora para que entre en juego la inversión de la carga de la prueba, el TC declara que *tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquéllos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para suscitar razonablemente la sospecha o presunción de la vulneración del derecho fundamental*⁵⁴. No termina de quedar claro si el

⁵⁰ Por todas, vid., STC (Sala Primera) núm. 168/2006, de 5 de junio (FJ 5).

⁵¹ Por todas, vid., STC (Sala Primera) núm. 49/2003, de 17 de marzo (FJ 3).

⁵² Por todas, vid., STC (Sala Segunda) núm. 125/2008, de 20 de octubre (FJ 3).

⁵³ Por todas, vid., STC (Sala Primera) núm. 98/2003, de 2 de junio (FJ 2); STC (Sala Segunda) núm. 171/2003, de 29 de septiembre (FJ 3); STC (Sala Primera) núm. 17/2005, de 1 de febrero (FJ 6); STC (Sala Primera) núm. 175/2005, de 4 de julio (FJ 4); STC (Sala Primera) núm. 342/2006, de 11 de diciembre (FJ 4); STC 17/2007, de 12 de febrero (FJ 7); STC (Sala Segunda) núm. 183/2007, de 10 de septiembre (FJ 4). STC (Sala Segunda) núm. 233/2007, de 5 de noviembre [FJ 9.b)]; STC núm. 31/2014, de 23 de junio (FJ 3); STC (Sala Primera) núm. 51/2021, de 15 de marzo [FJ 6.b)]; STC (Pleno) núm. 67/2022, de 2 de junio (FJ 5); y STC (Sala Segunda) núm. 81/2024, de 3 de junio (FJ 4).

⁵⁴ A propósito de la aportación de indicios de discriminación sindical, vid., STC (Sala Primera) núm. 168/2006, de 5 de junio (FJ 4-7)

TC tiene realmente la intención de introducir el “principio de prueba” o simplemente utilizar dicha expresión como equivalente a la “técnica indiciaria”. De hecho, el propio TC y también el TS presentan el principio de prueba como “prueba indiciaria” al señalar que la parte actora debe aportar indicios razonables y suficientes de que el acto impugnado ha podido resultar discriminatorio, un principio de prueba suficiente indicativo de que la vulneración del derecho a la no discriminación se ha producido; el indicio aportado *debe permitir deducir la posibilidad de la lesión con base en un hecho o conjunto de hechos aportados y probados en el proceso*, y es precisamente la exigencia de que la posibilidad de discriminación se deduzca (y no se sospeche meramente) a partir del indicio o de los indicios aportados la que lleva a pensar que la flexibilización de la carga de la prueba se articula únicamente a través de la técnica de indicios, no resultando admisible el principio de prueba en sentido técnico jurídico.

El artículo 96.1 de la LRJS exige aportar *indicios fundados de discriminación* y el artículo 181.2 de la LRJS *indicios de que se ha producido violación del derecho*. Todo apunta a que la LRJS articula la técnica indiciaria y no el mero principio de prueba. En esta línea, la Sala de lo Social del TS ha llegado a declarar que los indicios referidos por el artículo 181.2 de la LRJS *son señales o acciones que manifiestan o evidencian -de forma inequívoca- algo oculto, lo que resulta muy diferente de sospechar que es imaginar algo por conjeturas fundadas en las apariencias*.

En cualquier caso, dado que la parte actora debe desplegar una mínima actividad probatoria, no cabe afirmar que la regla probatoria sea *stricto sensu* la de inversión de la carga de la prueba, sino una modulación de la regla general de la carga de la prueba de la parte actora⁵⁵. En definitiva, se mantiene una distribución de la carga de la prueba entre ambas partes, con la particularidad de que la carga probatoria del demandante se atenúa, mientras que la del demandado se sobrecarga⁵⁶. La inversión de la carga de la prueba no es absoluta, es decir, no exime totalmente a la parte actora de desplegar una acción probatoria, sino que más bien conlleva una flexibilización en las exigencias de prueba.

3.9.2. El dictamen de organismos públicos competentes en materia de igualdad

Diversas normas estatales de Derecho interno sustantivo establecen que, en casos de denuncia de discriminación y en orden a la aplicación de la regla de inversión de la carga de la prueba, podrá recabarse el informe o dictamen de los organismos públicos competentes en materia de igualdad:

- El artículo 13.1.párrafo 2º de la LOI se aplica en caso de denuncia de discriminación por razón de sexo, y establece que *el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes*. Tal previsión se recoge para el caso de denuncia por razón de sexo.
- El artículo 77.1.párrafo 2º del Real Decreto Legislativo 1/2013 se aplica en caso de denuncia de discriminación por razón de sexo, y dispone que el órgano judicial puede recabar, a instancia de parte, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.
- El artículo 66.2 de la Ley 4/2023 se aplica cuando se denuncie discriminación por razón de recoge que *el órgano judicial o administrativo, de oficio o a solicitud de la persona*

⁵⁵ En este sentido, vid., MONEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 16 y 17.

⁵⁶ En este sentido, vid., LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 400, 2016, p. 22.

interesada, podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad y no discriminación por razón de las causas previstas en esta ley.

- El artículo 30.2 de la Ley 15/2022 señala que el órgano judicial o administrativo podrá recabar, de oficio o a instancia de parte, *informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad*. Tal previsión se aplica cuando la discriminación denunciada lo sea por cualquier motivo o circunstancia personal o social de los señalados en su artículo 2.1.

Las cuatro normas jurídicas (LOI, Real Decreto Legislativo 1/2013, Ley 15/2022 y Ley 4/2023) establecen que el órgano judicial ante el que se haya suscitado la denuncia de discriminación podrá recabar informe de los organismos públicos competente en materia de igualdad. Por tanto, el dictamen no es preceptivo, sino facultativo (“podrá”). La LOI y el Real Decreto Legislativo 1/2013 disponen que dicho informe (o dictamen) se recabará siempre a instancia de parte, mientras que la Ley 15/2022 y la Ley 4/2023 permiten hacerlo también de oficio. Cabe plantearse si lo dispuesto al respecto en la LOI, el Real Decreto Legislativo 1/2013 y la Ley 4/2023 queda subsumido en el artículo 30.2 de la Ley 15/2022, que se aplica cuando la discriminación denunciada lo sea por cualesquiera motivos personales de discriminación, incluidos los señalados por las tres normas referidas.

En el marco del proceso laboral, el artículo 95.3 de la LRJS establece, con carácter general para todo proceso en el que se suscite una cuestión de discriminación, que el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes. Tres consideraciones al respecto:

Primera consideración: el art. 95.3 de la LRJS predica el carácter facultativo y no preceptivo del dictamen al señalar que *podrá recabar el dictamen*. No obstante, la doctrina científica más autorizada ha subrayado que cuando en el proceso laboral se suscita una cuestión de discriminación por razón de sexo, el dictamen del organismo público competente tiene carácter preceptivo cuando se configura como prueba de informes (al aportar al juicio hechos) o como una prueba pericial (al aportar al juicio máximas de experiencia)⁵⁷.

Segunda consideración: el artículo 95.3 de la LRJS no precisa si el informe podrá ser recabado por el órgano judicial de oficio o a instancia de parte. Ante el silencio de la ley rituarial laboral, cabe entender que el órgano judicial podrá recabar el dictamen tanto a iniciativa propia (de oficio) como a instancia de parte.

Tercera y última consideración: el artículo 95.3 de la LRJS señala que el órgano judicial podrá recabar dictamen cuando se suscite en el proceso laboral una cuestión de discriminación por cualquiera de los motivos siguientes: 1) sexo, 2) orientación sexual, 3) origen racial o étnico, 4) religión o convicciones, 5) discapacidad, 6) edad o 7) acoso. Nótese que la lista de motivos de discriminación que recoge la ley rituarial laboral es cerrada, de ahí que se cuestione si el órgano judicial podrá recabar igualmente dictamen cuando la discriminación denunciada lo sea por un motivo distinto de los expresamente señalados como, por ejemplo, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico, nacimiento o lengua. De no ser posible, la tutela judicial del derecho a la no discriminación quedaría condicionada en función del motivo de discriminación denunciado.

⁵⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”, *ob cit.*, p. 35, señala que el dictamen de los organismos públicos competentes es preceptivo cuando se configura como prueba de informes o como prueba pericial porque en tales casos *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*. El autor añade que esta conclusión queda avalada por el artículo 13.1 de la LOI, *que obliga al órgano judicial a recabar el dictamen si lo “estimase útil y pertinente”*.

Conviene identificar los *organismos públicos competentes en materia de igualdad* que se encargan de emitir el dictamen requerido por el órgano judicial (o administrativo) ante el que se ha suscitado una cuestión de discriminación. Las normas jurídicas referidas precisan dos caracteres para su identificación: 1) el organismo ha de ser público y 2) el organismo ha de tener atribuidas funciones (competencias) en materia de igualdad, y en particular la emisión de dictamen (informe) a requerimiento judicial.

Cuando en el proceso laboral se suscite una cuestión de discriminación por razón de sexo, no hay dificultad para identificar el organismo público competente encargado de emitir el dictamen a requerimiento judicial⁵⁸. A nivel estatal, dicho organismo es el Instituto de las Mujeres, adscrito al Ministerio de Igualdad. No parece que haya inconveniente en afirmar que el organismo público en cuestión puede ser no solo estatal, sino también autonómico e incluso de ámbito local, especialmente si la discriminación se denuncia ante JS o Sala de lo Social de un TSJ. Sirvan de muestra los dos ejemplos siguientes: 1) el artículo 67 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, señala que el Instituto de la Mujer es el órgano de la Administración de la Junta de Andalucía competente para emitir los dictámenes previstos en el artículo 95.3 de la LRJS; y 2) el artículo 175.h) de la Ley 7/2023, de 30 de noviembre, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de Galicia, señala que una de las funciones de la unidad administrativa de igualdad de la consejería con competencias en materia de empleo es la de *Elaborar dictámenes en materia de igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral, en coordinación con el órgano de la Administración general de la Comunidad Autónoma competente en materia de igualdad, a requerimiento judicial*.

La dificultad se plantea al identificar el organismo público encargado de emitir el informe o dictamen a requerimiento judicial cuando la cuestión de discriminación planteada no lo sea por razón de sexo, sino por cualquiera de los demás motivos personales de discriminación. Conviene revisar la estructura organizativa de las Administraciones públicas (estatal, autonómica, local) para comprobar si cuentan con un organismo encargado de emitir tal informe; y caso de no existir, entonces habrá que proceder a su creación para garantizar así la tutela judicial efectiva del derecho a la no discriminación por motivos personales distintos del sexo. Por ejemplo, cuando en el proceso laboral se suscite una cuestión de discriminación por razón de discapacidad, no parece que haya inconveniente en afirmar que el Real Patronato de la Discapacidad es organismo público competente a nivel estatal para emitir el informe o dictamen requerido por el órgano judicial, *ex* artículo 95.3 de la LRJS. En relación con los demás motivos personales de discriminación prohibidos por el artículo 14 de la CE y la ley, no resulta tan fácil identificar cuál haya de ser el organismo público competente.

Actualmente existen organismos públicos de igualdad a nivel estatal y autonómico entre cuyas funciones se encuentra la emisión de informes o dictámenes a requerimiento judicial cuando en el proceso laboral se suscite una cuestión de discriminación por razón de sexo. Sin embargo, cuando la discriminación denunciada lo sea por un motivo personal distinto del sexo, ¿qué organismo público emite el informe/dictamen previsto en el artículo 95.3 de la LRJS? Conviene revisar el organigrama de las Administraciones públicas (estatal y autonómicas) para

⁵⁸ La obligación de crear un organismo público en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo encargado de emitir informe o dictamen a requerimiento de los órganos judiciales de la jurisdicción social no proviene directamente de normas de Derecho interno (artículo 13.1.párrafo 2º de la LOI, artículo 30.2 de la Ley 15/2022 y artículo 95.3 de la LRJS), sino en última instancia del artículo 20 de la Directiva 2006/54/UE, cuya vigencia expira el 19 de junio de 2026, fecha en la que finaliza el plazo de transposición de la Directiva (UE) 2024/1500 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación. Nótese que la obligación de crear organismos públicos competentes en materia de igualdad cuando la discriminación denunciada es por un motivo distinto del sexo no deriva de las Directivas comunitarias en materia de igualdad, sino directamente de las normas de Derecho interno español.

comprobar si todas ellas cuentan con un organismo público competente para emitir informe a requerimiento judicial cuando en el proceso laboral se suscita una cuestión de discriminación por un motivo personal distinto del sexo. Todo ello en aras de garantizar, en última instancia, la efectiva tutela judicial del derecho a la no discriminación por cualesquiera motivos personales previstos en el artículo 14 de la CE y en la ley. Por otra parte, el artículo 95.3 de la LRJS contempla el requerimiento judicial de informe potestativo cuando la discriminación denunciada lo sea por alguno de los motivos expresamente señalados, que conforman una lista cerrada. En aras de garantizar la efectiva tutela judicial del derecho a la no discriminación por cualesquiera motivos personales, no parece que haya inconveniente para que el órgano judicial pueda requerir informe o dictamen al organismo público competente en materia de igualdad cuando la cuestión de discriminación suscitada lo sea por un motivo de discriminación no mencionado expresamente en el artículo 95.3 de la LRJS, pero proscrito por el artículo 14 de la CE o una ley.

4. La tutela judicial del derecho a la no discriminación ante la jurisdicción social (II): las medidas para garantizar la reparación del derecho vulnerado

4.1. Introducción

La sentencia que declara la efectiva vulneración del derecho a la no discriminación se acompaña de los siguientes pronunciamientos conexos:

- Declarar la nulidad de la actuación discriminatoria.
- Declarar la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la conducta discriminatoria o, en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida cuando una u otra resulten exigibles para garantizar el derecho a la no discriminación.
- Disponer el restablecimiento de la persona perjudicada en la integridad de su derecho a la no discriminación y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión.
- Condenar al sujeto responsable a reparar las consecuencias derivadas de la discriminatoria, incluida la indemnización por daños morales y, si procediera, también la indemnización por daños materiales.

Entre todas las medidas dirigidas a reparar el derecho a la no discriminación conculcado, merece en este momento una atención especial la indemnización por daños morales, que se analiza en las páginas que siguen a continuación.

4.2. La indemnización por daños morales

4.2.1. Introducción

La mayoría de las leyes transversales de Derecho sustantivo que articulan medidas dirigidas a garantizar la no discriminación por motivos personales incluyen expresamente el abono de una indemnización, que procede cuando queda acreditada la efectiva vulneración del derecho:

- LOI. El artículo 10 de la LOI señala que la indemnización ha de ser real, efectiva y proporcional al perjuicio sufrido.

- Real Decreto Legislativo 1/2013. El artículo 75.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 dispone que la indemnización procederá siempre que resulte acreditada la transgresión del derecho a la no discriminación, aun cuando no existan perjuicios de carácter económico; dicho de otro modo: diferencia entre la indemnización por daño moral, que procede en todo caso, y la indemnización por daño patrimonial, que solo procede cuando este quede constatado. La cuantía de la indemnización, que no está sujeta a un tope máximo predeterminado, se fijará atendiendo a dos criterios: 1) circunstancias de la infracción y 2) gravedad de la lesión.
- Ley 15/2022. El artículo 28 de la Ley 15/2022 dispone que la tutela judicial del derecho (a la igualdad de trato) y no discriminación comprende, entre otras medidas, la indemnización de daños y perjuicios causados. El artículo 27 de la Ley 15/2022 ordena el significado y alcance de la indemnización por daños, señalando que: 1) la persona que causa discriminación reparará el daño, entre otras medidas, mediante el abono de una indemnización de daños y perjuicios; 2) el daño moral se presume una vez acreditada la existencia de discriminación; y 3) el importe de la indemnización por daño moral corresponde fijarlo al órgano judicial teniendo en cuenta los tres criterios siguientes: a) las circunstancias del caso concreto, b) la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación y c) la gravedad de la lesión efectivamente producida, teniendo en cuenta para ello, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.
- Ley 4/2023. Esta norma no incluye expresamente la indemnización entre las medidas dirigidas a garantizar el derecho a la no discriminación.

En el ámbito de la relación laboral, la indemnización por daño moral en caso de vulneración de derechos fundamentales (incluido el derecho a la no discriminación) se articula en los términos establecidos en los artículos 179.3 y 183 de la LRJS y de la doctrina de la Sala de lo Social del TS que los interpreta, teniendo también en cuenta la doctrina constitucional y la jurisprudencia del TJUE. Esta indemnización tiene una doble finalidad resarcitoria (*restitutio in integrum*) y disuasoria de prevención general de nuevas conductas lesivas⁵⁹. Cuando ya no es posible reponer a la persona en el pleno disfrute de su derecho, la indemnización se convierte en el único instrumento válido para reparar el daño causado⁶⁰.

En el ámbito de la relación laboral, la indemnización por daño moral procede cuando una decisión unilateral del empresario resulta discriminatoria o lesiva de cualquier otro derecho fundamental. La indemnización por daño moral cobra especial trascendencia en casos de despido nulo discriminatorio (o lesivo de otros derechos fundamentales), de ahí su análisis en

⁵⁹ Por todas, vid., STS-SOC núm. 860/2019, de 12 de diciembre (RCUD núm. 2189/2017); STS-SOC núm. 352/2020, de 19 de mayo RCUD núm. 2911/2017. ECLI:ES:TS:2024:1733); y STS-SOC núm. 967/2023, de 14 de noviembre (RCUD núm. 1975/2021. ECLI:ES:TS:2023:4848).

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Daños morales por lesión de la libertad sindical: la reiteración tiene un precio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2017, rec. núm. 90/2016”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 411, 2017, p. 153, señala que, *al tradicional deber de resarcir suficientemente a la víctima y de restablecer la situación al estado anterior a la lesión, se le añadió el elemento disuasorio, de forma que la cuantía fijada “contribuya a la finalidad de prevenir el daño”, en línea con el deber de indemnizar o reparar “de manera disuasoria y proporcional el perjuicio sufrido”, previsto por el artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE*. La autora añade que la redacción del artículo 183.2 de la LRJS no ha sido acusada de ocultar, bajo los ropajes del componente “preventivo”, una verdadera finalidad punitiva, al estilo de las indemnizaciones en materia de responsabilidad civil o de las sanciones administrativas previstas en la LISOS o en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Real Decreto Legislativo 8/2004). Nótese que el Anexo inicial del Real Decreto Legislativo 8/2004, que recoge el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, fue sustituido por el que figura en el Anexo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

⁶⁰ En este sentido, vid., MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006, de 24 de julio”, *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 22, núm. extra 1, 2013, p. 247.

las páginas que siguen a continuación. No obstante, más allá de este supuesto, la indemnización por daño moral también procede cuando el empresario adopta otras decisiones unilaterales discriminatorias. En este sentido, por ejemplo, se ha considerado discriminatoria por razón de sexo, con el consiguiente reconocimiento de la indemnización por daño moral, la minoración salarial que experimenta una trabajadora embarazada (médico interno residente), cuyo puesto de trabajo ha tenido que adaptarse mediante la eliminación del régimen de guardias médicas con el fin de garantizar su seguridad y la del feto⁶¹.

4.2.2. La indemnización por daño moral en caso de despido nulo discriminatorio

A) ¿Qué consecuencias jurídicas lleva aparejadas el despido nulo discriminatorio?

La nulidad del despido disciplinario y del despido por causas objetivas lleva aparejadas siempre dos consecuencias jurídicas (artículos 53.5 y 55.6 ET y artículo 113 LRJS): 1) la inmediata readmisión del trabajador despedido⁶² y 2) el abono de los salarios de tramitación. Cuando el despido ha sido declarado nulo por lesión de derechos fundamentales, se adiciona una tercera consecuencia, compatible con las dos anteriores, que es la indemnización por daño moral. La lesión de un derecho fundamental, como es el derecho a la no discriminación, conlleva siempre y en todo caso un daño moral⁶³, que debe ser resarcido íntegramente a través de la correspondiente indemnización. Por tanto, la declaración judicial de nulidad del despido por discriminación lleva aparejado siempre y en todo caso (*iuris et de iure*) el pago de una indemnización por daño moral. Tres consideraciones al respecto:

- Primera consideración: todo despido nulo no lleva aparejada la indemnización por daño moral, sino solo aquel que sea nulo por discriminación o lesivo de derechos fundamentales. El TS ha unificado doctrina sobre una cuestión relevante con respuestas contradictorias en la doctrina de suplicación, que consiste en determinar si procede o no la indemnización por daño moral en casos de nulidad “automática” u “objetiva” del despido disciplinario (artículo 55.5.párrafo 2º ET). El TS ha declarado que la nulidad automática del despido disciplinario, tanto en el caso de trabajadora embarazada como en los demás supuestos recogidos en las letras a), b) y c) del artículo 55.5.párrafo 2º ET, no da derecho a una indemnización por daño moral, salvo que se acredite que ha sido discriminatorio (o lesivo de cualquier otro derecho fundamental)⁶⁴. La doctrina jurisprudencial expuesta lleva a concluir que: 1) cuando el despido por causas objetivas o del despido disciplinario es nulo por discriminación (o lesión de cualquier otro derecho

⁶¹ STS-SOC núm. 43/2017, de 24 de enero (RCUD núm. 1902/2015. ECLI:ES:TS:2017:633).

⁶² El artículo 286 de la LRJS contempla diferentes supuestos en los que la readmisión del trabajador se sustituye por la extinción de la relación laboral con abono de la indemnización legal prevista para el despido improcedente.

⁶³ La Sala de lo Social del TS reitera que *los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental*. Por todas, vid., STS-SOC núm. 768/2017, de 5 de octubre (RCUD núm. 2497/2015. ECLI:ES:TS:2017:3908); STS-SOC núm. 179/2022, de 23 de febrero (RCUD núm. 4322/2019. ECLI:ES:TS:2022:830); STS-SOC núm. 356/2022, de 20 de abril (RCUD núm. 2391/2019. ECLI:ES:TS:2022:1605); STS-SOC núm. 5/2024, de 8 de enero (RCUD núm. 2537/2021. ECLI:ES:TS:2024:59); y STS-SOC núm. 640/2024, de 7 de mayo (RCUD núm. 2331/2021. ECLI:ES:TS:2024:26619).

⁶⁴ La STS-SOC núm. 1148/2023, de 12 de diciembre (RCUD núm. 5556/2022. ECLI:ES:TS:2023:5502), dictamina que cuando acontece el despido de una trabajadora embarazada, hay que diferenciar dos situaciones: 1) si resulta acreditado que el despido fue adoptado con un propósito discriminatorio por la circunstancia del embarazo (estado biológico), el despido es nulo por discriminación y procede la indemnización por daño moral derivada de la lesión del derecho fundamental; y 2) si se trata de un despido que coincide en el tiempo con el embarazo de la trabajadora, pero sin conexión alguna con el embarazo, el despido es nulo objetivo (automático) y no procede la indemnización por daño moral.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “No todo despido de una persona trabajadora embarazada conlleva la lesión de un Derecho Fundamental y la concesión de una indemnización por daño moral”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 1/2024, considera bastante razonable no extender la indemnización por daño moral a todo despido nulo de trabajadora embarazada, limitándola al despido nulo de trabajadora embarazada que sea discriminatorio.

fundamental), la indemnización por daño moral procede en todo caso; y 2) cuando la nulidad del despido objetivo o del despido disciplinario es automática, la indemnización por daño moral no procede en todo caso, sino solo cuando queda acreditada la discriminación, en cuyo caso todo apunta a que no se trata *stricto sensu* de un supuesto de nulidad automática, sino realmente de un despido nulo discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales. En definitiva, la nulidad automática del despido no conlleva la automaticidad de la indemnización por daño moral.

- Segunda consideración: en caso de despido nulo por discriminación (o lesión de cualquier otro derecho fundamental), hay que diferenciar entre la indemnización por daño moral (extrapatrimonial), que procede siempre y en todo caso, y la indemnización por los daños y perjuicios patrimoniales, que solo procede cuando la persona trabajadora cuantifica los daños en su demanda y los acredita de manera efectiva en el acto de juicio⁶⁵.
- Tercera y última consideración: habiéndose declarado la nulidad del despido por discriminación (o lesión de derechos fundamentales), no cabe negar la indemnización por daño moral con el argumento de que la parte actora no ha acreditado las bases exactas y precisas para su cuantificación⁶⁶.

B) ¿La indemnización por daño moral puede solicitarse a través de la modalidad procesal de despido?

El artículo 183 de la LRJS prevé la indemnización por daño moral cuando la lesión del derecho fundamental se insta a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Más allá de la referida modalidad procesal, la indemnización por daño moral del artículo 183 de la LRJS también procede cuando la lesión del derecho a la no discriminación se insta con arreglo a cualquiera de las modalidades procesales que señala el artículo 184 de la LRJS, incluida la de despido. Ello es así porque el artículo 178.2 de la LRJS dispone que cuando la tutela judicial del derecho fundamental deba realizarse a través de las modalidades procesales del artículo 184, se aplicarán las reglas y garantías de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales recogidas en el Capítulo XI del Título II del Libro II, entre las que figura el reconocimiento de la indemnización por daño moral del artículo 183 de la LRJS⁶⁷.

⁶⁵ La STS-SOC núm. 214/2022, de 9 de marzo (RCUD núm. 2269/2019. ECLI:ES:TS:2022:907), recuerda que los artículos 179.3 y 183 de la LRJS *diferencian los daños y perjuicios con una repercusión material o patrimonial directa y los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental. De tratarse del primer tipo de daños, el demandante debe establecer en la demanda "las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada". Sin embargo, de tratarse de daños morales, al demandante se exige de efectuar tal especificación "cuando resulte difícil su estimación detallada"*.

Para fijar la cuantía de la indemnización por daño moral se utiliza la LISOS como criterio orientador, mientras que para fijar la indemnización por daños y perjuicios materiales se acude al baremo recogido en el Anexo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Sobre la diferencia entre los daños morales y los daños y perjuicios económicos y materiales en el despido nulo por lesión de derechos fundamentales, vid., ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, BOE, Madrid, 2023, pp. 62 y 63.

⁶⁶ Por todas, vid., STS-SOC núm. de 5 de octubre de 2017 (RCUD núm. 2497/2015. ECLI:ES:TS:2017:3908) y STS-SOC núm. 179/2022, de 23 de febrero (RCUD núm. 4322/2019).

⁶⁷ Por todas, vid., STS-SOC (Pleno) núm. 356/2022, de 20 de abril (RCUD núm. 2391/2019. ECLI:ES:TS:2022:1605). Sentencia comentada por MORENO PÉREZ, J.M.: "Cuantificación del daño moral en caso de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales e instancia para su fijación", *Temas Laborales*, núm. 164, 2022, pp. 209-217. Sobre la pretensión indemnizatoria del daño moral por lesión de derechos fundamentales en la modalidad procesal de despido, vid., ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, ob cit., pp. 60-62.

C) ¿Quién fija la cuantía de la indemnización por daño moral?

El órgano judicial es el encargado de fijar la cuantía de la indemnización por daño moral, y lo hará siempre que declare vulnerado el derecho a la no discriminación o cualquier otro derecho fundamental (artículo 183.1 LRJS). Concretamente, el TS declara que el órgano judicial de instancia es el encargado de fijar el importe de la indemnización, aunque cabe su fiscalización en vía de recurso extraordinario, pudiendo corregirse e incluso suprimirse, pero únicamente cuando se presente desorbitada, injusta, desproporcionada o irrazonable⁶⁸.

Nótese que el artículo 64 de la LRJS no excepciona la modalidad procesal de despido del requisito de conciliación extrajudicial, de ahí que resulte relevante plantearse si la indemnización por daño moral podría acordarse por las partes en vía extrajudicial caso de que el empresario admitiera que el despido ha sido discriminatorio. Tal y como ha quedado expuesto más arriba, hay argumentos jurídicos para sostener que el intento de conciliación extrajudicial ha de excepcionarse cuando a la acción principal de despido se acumula la de tutela de derechos fundamentales, de ahí que no quepa acordar la indemnización por daño moral en vía extrajudicial, correspondiendo fijarla al órgano judicial en todo caso.

D) ¿La caducidad de la acción de despido extiende su efecto preclusivo a la acción acumulada de indemnización por daños morales?

La acción de despido en la que se invoca lesión del derecho a la no discriminación está sujeta al plazo de caducidad de 20 días (artículo 103.1 LRJS), mientras que la acción para reclamar la indemnización por daños morales derivada de vulneración del derecho a la no discriminación está sujeta al plazo de prescripción de 1 año (artículo 59.1.párrafo 1º ET y artículo 179.2 LRJS)⁶⁹.

Cuando a la acción principal de despido se acumula la de indemnización por daños morales derivada de vulneración de derechos fundamentales, *ex* artículos 26.2 y 184 de la LRJS, conviene clarificar si esa acumulación de acciones afecta de algún modo a los plazos para ejercerlas. Una de las cuestiones que se plantea consiste en determinar si la caducidad de la acción de despido extiende su efecto preclusivo a la acción indemnizatoria por daño moral que se acumula en la misma demanda. La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña ha declarado al respecto que⁷⁰:

- No hay duda de *que la caducidad de la acción de despido ha de impedir el pronunciamiento sobre la calificación de la extinción y sus efectos, teniendo efecto preclusivo sobre la acción principal.*

⁶⁸ Por todas, vid., STS, Sala Social, de 2 de febrero de 2015 (RCO núm. 279/2013. ECLI:ES:TS:2015:809); y STS-SOC núm. 967/2023, de 14 de noviembre (RCUD núm. 1975/2021. ECLI:ES:TS:2023:4848).

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, *ob cit.*, pp. 79, recuerda que la indemnización por daño moral puede fijarse por vez primera en suplicación, lo cual sucede cuando el juez de instancia no ha calificado el despido como nulo.

⁶⁹ En este sentido, vid., por todas, STS, Sala Social (Pleno), de 26 de enero de 2005 (RC núm. 35/2003); STS-SOC núm. 108/2021, de 27 de enero (RC núm. 101/2019. ECLI:ES:TS:2021:305). La doctrina recogida en las dos sentencias anteriores fue elaborada por el TS para fijar el plazo de prescripción de la acción resarcitoria de daños y perjuicios por violación de la libertad sindical. La STS-SOC núm. 729/2018, de 10 de julio (RCUD núm. 3269/2016. ECLI:ES:TS:2018:3190) aplicó la misma doctrina al supuesto de reclamación de daños por violación del derecho fundamental al honor en el ámbito de la relación laboral. sin que existan razones que justifiquen un cambio de la misma.

La doctrina judicial considera que la doctrina elaborada por el TS sobre el plazo de prescripción de un año para ejercer la acción resarcitoria de daños en caso de violación del derecho de libertad sindical y del derecho al honor debe extenderse a todo supuesto de violación de derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral (incluida la acción resarcitoria por vulneración del derecho a la no discriminación), sin que existan razones que justifiquen un cambio de la misma.

⁷⁰ La STSJ de Cataluña-SOC núm. 984/2024, de 21 de febrero (Recurso de suplicación núm. 5035/2023. ECLI:ES:TSJCAT:2024:921).

- La canalización de la pretensión de tutela del derecho fundamental por el procedimiento de despido *resulta obligada por lo dispuesto en el art. 184 LRJS, pero ello no comporta, en opinión de esta Sala, la traslación del plazo de caducidad no previsto en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales para dicha acción acumulada.*

El TSJ de Cataluña concluye que *la acción para recabar la tutela del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, y sus reparaciones, está sometida al plazo de prescripción de un año, con lo cual no es dable que, por el hecho de plantearse acumulada a la acción principal, sujeta a plazo de caducidad, no puede procederse a su enjuiciamiento cuando no habría transcurrido el plazo de prescripción.* No obstante, la solución dada por la Sala plantea un interrogante, y es si la acción indemnizatoria por daños morales, aun cuando pueda ser enjuiciada por no haber prescrito, puede ser estimada sin que el despido haya sido declarado previamente nulo por discriminación; dicho de otro modo: la cuestión consiste en determinar si la declaración de nulidad de despido es presupuesto para estimar la acción indemnizatoria. El TSJ de Cataluña considera que el hecho de que el despido no pueda ser calificado porque la acción de despido ha caducado no impide examinar si ha sido o no discriminatorio a través de la acción de tutela de los derechos fundamentales, que no ha prescrito. La doctrina del TSJ de Cataluña lleva a concluir que la ausencia de una declaración de nulidad del despido no obsta para que la indemnización por daño moral puede ser reconocida si se acredita que el despido ha sido discriminatorio. En definitiva: tanto la acción de despido como la acción de tutela de los derechos fundamentales tienen por objeto examinar si la conducta empresarial (despido) ha sido o no discriminatoria. No obstante, mientras la acción de despido realiza tal examen en orden a declarar o no la nulidad, la acción de tutela de derechos fundamentales lo hace en orden a reconocer o no la indemnización por daño moral. La declaración de nulidad del despido conduce a estimar la acción de tutela de derechos fundamentales, con el consiguiente reconocimiento de la indemnización por daño moral. Sin embargo, la ausencia de una declaración de nulidad del despido, no impide que, a través de la acción de tutela de los derechos fundamentales pueda examinarse si existe o no discriminación y, por ende, si procede o no la indemnización.

Nótese que la acción de despido con invocación de lesión de derechos fundamentales no siempre se acumula con la pretensión indemnizatoria de daños morales. En ocasiones, primero se ha ejercido la acción de despido y, una vez obtenida la declaración judicial de nulidad, se ha interpuesto la posterior acción resarcitoria de daños morales, que está sujeta al plazo de prescripción de un año, situándose el *dies a quo* en la fecha de efectividad del despido, y no en la fecha posterior de la sentencia firme que por vez primera declara su nulidad⁷¹. Nótese que esperar a que recaiga sentencia que declare la nulidad del despido por discriminación para después interponer la acción resarcitoria de daños morales puede conducir indefectiblemente a su inadmisión por haber prescrito, es decir, por haber transcurrido más de un año desde la fecha del despido. Así, lo más adecuado es hacer uso de la posibilidad que ofrece el artículo 26.2 de la LRJS de acumular la acción resarcitoria de daños a la de despido con invocación de lesión de derechos fundamentales.

E) ¿El principio dispositivo alcanza a la indemnización por daño moral?

La indemnización por daño moral procede siempre que resulte acreditada la efectiva vulneración del derecho a la no discriminación, de ahí que se cuestione si la parte actora debe solicitarla en la demanda de despido donde insta la lesión del derecho fundamental o si el órgano judicial puede reconocerla de oficio caso de que la parte actora no la haya solicitado con

⁷¹ En este sentido, vid., STSJ de Canarias/Las Palmas-SOC núm. 1399/2022, de 2 de diciembre (Recurso de suplicación núm. 1968/2021. ECLI:ES:TSJCAN:2022:3791); y STSJ de Galicia-SOC núm. 399/2022, de 27 de enero (Recurso de suplicación núm. 5672/2021. ECLI:ES:TSJGAL:2022:268).

la acción de tutela del derecho fundamental. El TS ha declarado la incongruencia omisiva de la sentencia de suplicación que rechaza pronunciarse sobre la indemnización por daño moral vinculado a lesión de derechos fundamentales porque no fue solicitada en el recurso, aunque sí inicialmente en la demanda⁷². En cierto modo, el TS excepciona el principio dispositivo al declarar que, siempre que quede constatada la lesión de un derecho fundamental, el TSJ debe pronunciarse sobre la indemnización por daño moral aun cuando no haya sido solicitada en el recurso, aunque sí en la instancia.

La automaticidad de la indemnización por daño moral ha llevado a un sector de la doctrina a sostener que cabe excepcionar el principio dispositivo desde un primer momento, es decir, que el órgano judicial de instancia debe fijar de oficio la indemnización siempre que resulte acreditada la discriminación, aun cuando la parte actora no la haya solicitado en la demanda que insta la lesión del derecho fundamental⁷³. Sin embargo, no parece que el TS avale esta postura porque ha manifestado con claridad que no cabe aplicar de oficio indemnización alguna por la constatada vulneración de derechos fundamentales cuando *la parte actora no lo pidió ni en la instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de la doctrina*⁷⁴.

F) ¿Qué criterios o parámetros utiliza el órgano judicial para cuantificar la indemnización por daño moral?

La Sala de lo Social del TS ha declarado que su doctrina relativa a la indemnización por daño moral derivada de vulneración de derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral *no ha tenido la uniformidad que sería deseable*, diferenciando hasta tres posiciones diferentes⁷⁵: 1) en un primer momento, el TS admitió la concesión automática de la indemnización sin necesidad de acreditar el daño moral, dado que este se presume una vez que resulta constatada la lesión del derecho fundamental; 2) en un segundo momento, el TS sostuvo la exigencia de que la parte actora aporte bases y elementos clave que justifiquen suficientemente la indemnización reclamada; y 3) en un tercer momento, el TS estableció un criterio aperturista, que es el que actualmente informa el resarcimiento del daño moral, según el cual, la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que consiste el daño moral traen consigo, de una parte, un mayor margen de discrecionalidad en su valoración, y de otra parte, diluye en cierta medida la relevancia de la aplicación de parámetros objetivos para calcular el *quantum* indemnizatorio. El TS concluye que, a la vista del artículo 183 de la vigente LRJS, no cabe exigir a la parte actora que detalle las circunstancias relevantes para

⁷² STS-SOC núm. 7/2023, de 10 de enero (RCUD núm. 2582/2020. ECLI:ES:TS:2023:68). Sentencia comentada por LÓPEZ BERMEJO, O.: “Incongruencia omisiva: la sentencia de suplicación no emite pronunciamiento sobre los aspectos accesorios con previsión legal de las pretensiones principales. Los daños morales operan de forma automática al declararse la existencia de vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 3/2023 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00424).

⁷³ En este sentido, vid., CRESPO ORTIZ, D.: “La indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales del Artículo 183 LRJS. Reflexiones en torno a sus pretensiones y su cálculo”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, núm. 3 (DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2023.8256>), pp. 159 y 160. TODOÍ SIGNES, A.: “Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 5, núm. 2, 2024 (DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2024.8739>), p. 59, sostiene la aplicación del principio dispositivo, con la consiguiente necesidad de solicitar la indemnización en la demanda.

⁷⁴ STS-SOC núm. 194/2022, de 8 de marzo (RCUD núm. 130/2019. ECLI:ES:TS:2022:889).

⁷⁵ Por todas, vid., STS, Sala Social, de 2 de febrero de 2015 (RCO núm. 279/2013. ECLI:ES:TS:2015:809); STS-SOC núm. 768/2017, de 5 de octubre (RCUD núm. 2497/2015. ECLI:ES:TS:2017:3908); y STS-SOC núm. 967/2023, de 14 de noviembre (RCUD núm. 1975/2021. ECLI:ES:TS:2023:4848).

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Daños morales por lesión de la libertad sindical: la reiteración tiene un precio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2017, rec. núm. 90/2016”, *ob cit.*, p. 153, señala que la Sala de lo Social del TS no ha mantenido un criterio uniforme sobre la indemnización por lesión de derechos fundamentales, avanzado en zigzag a través de varias etapas, por la incompleta regulación de la materia en la derogada LPL.

determinar la indemnización por daño moral cuando le resulte difícil. Dos consideraciones al respecto:

- Primera consideración: los sufrimientos, padecimientos o menoscabos que experimenta la persona trabajadora que ve lesionado un derecho fundamental, como es el derecho a la no discriminación, *no tienen directa o secuencialmente una traducción económica*. No obstante, la indemnización es la manera de resarcir el daño moral que comporta la lesión del derecho fundamental y de prevenir una nueva conducta lesiva, de ahí la necesidad de fijar unos parámetros que permitan traducir el daño moral en términos económicos.
- Segunda consideración: el órgano judicial debe fijar la cuantía de la indemnización por daño moral aun cuando la parte actora no aporte de manera precisa y detalla las circunstancias relevantes para su cuantificación por resultar harto difícil. El artículo 179.3 de la LRJS dispone que la demanda en la que se denuncie la vulneración de un derecho fundamental (incluido el derecho a la no discriminación) *deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador*. No obstante, a efectos de la indemnización por daño moral, el mismo artículo 179.3 de la LRJS exime a la parte actora de concretar tales circunstancias *cuando resulte difícil su estimación detallada*. En esta misma línea, el artículo 183.2 de la LRJS dispone que el órgano judicial fijará la cuantía de la indemnización por daño moral cuando resulte demasiado difícil o costoso a la parte actora precisar y detallar los criterios para su cálculo. Por tanto, los artículos 179.3 y 183.2 de la LRJS abren la vía a la posibilidad de que el órgano judicial sea quien establezca la cuantía de la indemnización por daño moral cuando a la parte actora resulta difícil su estimación detallada. El artículo 183.2 de la LRJS añade que el órgano judicial fijará en estos casos la cuantía de la indemnización con prudencia. En cualquier caso, la prudencia y discrecionalidad del órgano judicial para fijar la cuantía de la indemnización no han de confundirse en ningún caso con la arbitrariedad⁷⁶. Por tanto, el órgano judicial expondrá los parámetros o criterios utilizados para calcular la indemnización por daño moral.

El reconocimiento de la indemnización por daño moral es automático una vez acreditada la efectiva vulneración del derecho a la no discriminación (o de otro derecho fundamental); dicho de otro modo: una vez constatada la lesión del derecho fundamental, el daño moral se presume y la indemnización se reconoce. Sin embargo, la cuantificación de la indemnización no puede ser automática porque ha de estarse a las circunstancias concurrentes en el caso concreto⁷⁷. Por ello, *una vez reconocido el derecho a obtener la indemnización, la mayor complejidad reside en el cálculo de su cuantía*⁷⁸. En definitiva, una vez constada la efectiva vulneración del derecho fundamental, no hay que confundir el reconocimiento de la indemnización por daño moral, que es automático, con la determinación de la cuantía de la indemnización, que no es automática, sino que exige tomar en consideración una serie de factores, parámetros y criterios concurrentes en cada caso concreto.

⁷⁶ LÓPEZ TERRADA, E.: “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, Vol. 1 núm. 1, 2021 (DOI: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>), pp. 19; y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006, de 24 de julio”, *ob cit.*, pp. 254 y 255.

⁷⁷ En este sentido, vid., MONEREO PÉREZ, J.L.: “Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo ‘prudencial’ de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJJ)*, núm. 3/2022 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00329).

⁷⁸ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006, de 24 de julio”, *ob cit.*, p. 250.

Los órganos judiciales acuden al baremo de sanciones pecuniarias de la LISOS ante la ausencia de criterios legales para fijar la cuantía de la indemnización por daño moral y la liberación de la parte actora del deber de establecer las circunstancias relevantes para su determinación cuando sea difícil la estimación detallada del daño moral. El uso de las sanciones pecuniarias previstas en la LISOS como criterio orientador para fijar la cuantía de la indemnización por daño moral ha sido admitido por el TC⁷⁹ y considerado idóneo y razonable por la Sala de lo Social del TS⁸⁰. El TS ha señalado que el órgano judicial no realiza una aplicación sistemática y directa de la LISOS, sino que se ciñe a la razonabilidad que ofrecen algunas de las sanciones pecuniarias para fijar la cuantía de la indemnización por daños morales, atendida la gravedad de la vulneración del derecho fundamental⁸¹. Asimismo, el TS destaca que el uso de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con precisión la doble finalidad de la indemnización por daño moral (resarcitoria y disuasoria), y ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones de la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta excesivamente amplia⁸².

El artículo 8.12 de la LISOS tipifica como infracción administrativa muy grave en materia de relaciones laborales las decisiones unilaterales de la empresa (incluido el despido) que impliquen discriminación directa o indirecta por motivos personales; es por ello que, a efectos de fijar la cuantía de la indemnización por daño moral en caso de despido nulo discriminatorio, resulte razonable que el órgano judicial tome como criterio orientador la sanción pecuniaria que la LISOS tipifica para las infracciones administrativas muy graves en materia de relaciones laborales, cuya horquilla es muy amplia, quedando fijada actualmente entre 7.501 y 225.018 euros [artículo 40.1.c) LISOS]. Dicha horquilla general se organiza, a su vez, en tres horquillas más reducidas, referidas al grado mínimo (7.501 a 30.000 euros), medio (30.001 a 120.005 euros) y máximo (120.006 a 225.018 euros). Con el fin de concretar la cuantía de la indemnización por daño moral dentro de la horquilla que establece el artículo 40.1.c) de la LISOS, el órgano judicial valorará en cada caso concreto determinados parámetros.

Durante mucho tiempo, el TS ha venido utilizando dos parámetros para fijar la cuantía de la indemnización por daño moral⁸³: 1) la duración total del contrato de trabajo y 2) el salario bruto del trabajador. El órgano judicial siempre conocerá ambos parámetros porque integran el contenido mínimo de la demanda de despido [artículo 104.a) LRJS].

⁷⁹ STC (Sala Primera) núm. 247/2006, de 24 de julio. Un comentario de esta sentencia en CARDENAL CARRO, M.: “La indemnización de los daños infligidos con ocasión de la lesión de derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional no considera razonable la jurisprudencia unificada”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2006 (BIB 2006/1251), pp. 159-170; y MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006, de 24 de julio”, *ob cit.*, pp. 245-263.

⁸⁰ Por todas, vid., STS, Sala Social, de 2 de febrero de 2015 (RCO núm. 279/2013. ECLI:ES:TS:2015:809); y STS-SOC núm. 214/2022, de 9 de marzo (RCUD núm. 2269/2019. ECLI:ES:TS:2022:907).

⁸¹ Por todas, vid., STS-SOC núm. 352/2020, de 19 de mayo (RCUD núm. 2911/2017. ECLI:ES:TS:2020:1733); STS-SOC núm. 214/2022, de 9 de marzo (RCUD núm. 2269/2019. ECLI:ES:TS:2022:907); y STS-SOC núm. 356/2022, de 20 de abril (RCUD núm. 2391/2019. ECLI:ES:TS:2022:1605).

⁸² STS-SOC núm. 356/2022, de 20 de abril (RCUD núm. 2391/2019. ECLI:ES:TS:2022:1605). MONERO PÉREZ, J.L.: “Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo ‘prudencial’ de cuantificación de la indemnización”, *ob cit.*, destaca que las sanciones previstas en la LISOS tienen carácter esencialmente preventivo, con independencia de los perjuicios causados. La indemnización por daño moral en caso de lesión de derechos fundamentales tiene una finalidad no solo preventiva, sino también resarcitoria o reparadora. Dado que la LISOS tiene una finalidad esencialmente preventiva, cabe plantearse hasta qué punto es adecuado su uso para fijar la cuantía de la indemnización por daño moral; dicho de otro modo: cabe plantearse si la finalidad resarcitoria de la indemnización por daño moral se ve satisfecha acudiendo a la LISOS para fijar su cuantía.

⁸³ STS-SOC núm. 179/2022, de 23 de febrero (RCUD núm. 4322/2019. ECLI:ES:TS:2022:830); y STS-SOC núm. 214/2022, de 9 de marzo (RCUD núm. 2269/2019. ECLI:ES:TS:2022:907).

El TS apunta que para fijar la indemnización por daño moral también hay que tener en cuenta las dos consecuencias jurídicas que lleva aparejadas todo despido nulo y que, en cierto modo, se dirigen a compensar el daño moral ocasionado. Así, el Alto Tribunal señala que el órgano judicial fijará la cuantía de la indemnización por daño moral teniendo en cuenta que *la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de trabajo*⁸⁴. Más allá de los parámetros indicados (duración del contrato, salario y consecuencias del despido nulo), el Pleno de la Sala de lo Social del TS ha señalado⁸⁵ que conviene tener en cuenta igualmente los siguientes criterios moduladores de la cuantía de la indemnización, que conforman una lista abierta (*numerus apertus*), pudiendo incorporar otros⁸⁶: 1) la antigüedad del trabajador en la empresa, 2) la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, 3) la intensidad del quebrantamiento del derecho, 4) las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, 5) la posible reincidencia de las conductas infractoras, 6) el carácter pluriofensivo de la lesión, y 7) el contexto en el que se haya podido producir la conducta o actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido. La doctrina científica destaca que el margen de discrecionalidad del órgano judicial para fijar la cuantía de la indemnización por daño moral es muy amplio, de ahí que, en aras de la seguridad jurídica, sería deseable que el legislador fijara unos criterios específicos más precisos para cuantificar la indemnización por daño moral⁸⁷; hay quien incluso ha propuesto un baremo para calcular la indemnización⁸⁸.

Tal y como ha quedado expuesto más arriba, el reconocimiento de la indemnización por daño moral procede toda vez que se constate vulneración del derecho fundamental, aun cuando la parte actora no haya acreditado el daño moral, que se presume, ni detallado las circunstancias relevantes para su cuantificación. No obstante, ello no obsta para que la mayor o menor cuantía de la indemnización puede venir condicionada, en parte, según que el demandante acredite con más o menos detalle el alcance del daño moral, aporte o no criterios o parámetros que ayuden al órgano judicial a fijar la cuantía de la indemnización o, en fin, solicite o no una cantidad a tanto alzado concreta. Por tanto, todo apunta a que, en orden a cuantificar la indemnización por daño moral, el órgano judicial tendrá en cuenta la actividad que la parte actora despliega en el proceso.

El TS ha declarado que la cuantía de la indemnización por daño moral no puede ser inferior a la cuantía mínima que el artículo 40.1.c) de la LISOS establece para las sanciones por

⁸⁴ Ibidem.

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Últimos pronunciamientos judiciales sobre la indemnización adicional por transgresión de derechos fundamentales en despidos nulos”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 5, 2022 (DOI: <https://doi.org/10.24310/rejls.vi5.14704>), pp. 284 y 285, considera que la readmisión del trabajador y el abono de salarios no son criterios admisibles para atemperar la cuantía de la indemnización porque no van encaminados a resarcir el daño moral, sino a reparar los perjuicios de orden económico patrimonial.

⁸⁵ STS-SOC núm. 356/2022, de 20 de abril (RCUD núm. 2391/2019. ECLI:ES:TS:2022:1605).

⁸⁶ TODOLÍ SIGNES, A.: “Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo”, *ob cit.*, p. 56, destaca que *no todos los parámetros son válidos para los diferentes casos ni parece claro que los tribunales vayan a darle la misma importancia a cada uno de ellos*.

⁸⁷ En este sentido vid., GARCÍA ROMERO, B.: “Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 4/2022 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00334).

⁸⁸ En este sentido, vid., TODOLÍ SIGNES, A.: “Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo”, *ob cit.*, pp. 81-83.

infracciones administrativas muy graves en materia de relaciones laborales⁸⁹. En definitiva, la cuantía mínima del artículo 40.1.c) de la LISOS, que actualmente es de 7.501 euros, opera como mínimo de derecho necesario para fijar la indemnización por daño moral en caso de vulneración de derechos fundamentales⁹⁰, especialmente cuando la parte actora no detalla las circunstancias relevantes para determinar el alcance del daño moral. Nótese que la cuantía de 7.501 euros opera como mínimo de derecho necesario aplicable para cuantificar la indemnización por daño moral cuando la vulneración del derecho fundamental acontece en el ámbito de la relación laboral y deriva de una decisión unilateral del empresario. Sin embargo, la cuantía de 7.501 euros establecida por el artículo 40.1.c) de la LISOS no opera como mínimo de derecho necesario para fijar la indemnización por daño moral cuando quien lesiona el derecho fundamental del trabajador no es el empresario. En este sentido y fuera del ámbito de la relación laboral, el TS ha fijado en 1.800 euros la cuantía estándar de la indemnización por lesión del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, que el INSS debe abonar a los varones a los que, con posterioridad a la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), denegó el complemento de pensión contributiva por aportación demográfica del artículo 60 de la LGSS (posteriormente sustituido por el complemento de pensión contributiva para la reducción de la brecha de género), y que se han visto obligados a acudir a la vía judicial para impugnar la resolución denegatoria de la entidad gestora. La indemnización de 1.800 euros que fija el TS repara tanto el daño moral como el perjuicio material, al señalar que *la eventual zozobra moral o las molestias materiales derivadas de ese acudimiento a los órganos de la jurisdicción social quedan englobadas en tal reparación a tanto alzado. Y lo mismo cabe advertir respecto de si se ha presentado la demanda con asistencia de profesionales (de Abogacía o colegiados como Graduados Sociales)*⁹¹.

5. La tutela administrativa del derecho a la no discriminación: el Derecho administrativo sancionador

El régimen de infracciones y sanciones administrativas responde a las exigencias de transponer las directivas comunitarias antidiscriminatorias, y es un complemento indispensable para garantizar que la no discriminación en el empleo y en la relación laboral sea real y efectiva. La LOI no tipifica régimen sancionador alguno, limitándose su artículo 10 a señalar que las conductas discriminatorias por razón de sexo darán lugar a responsabilidades a través, entre otras vías, de un sistema de sanciones, que deberá ser eficaz y disuasorio. Más allá de la LOI, el ordenamiento jurídico interno español cuenta actualmente con cuatro normas jurídicas que articulan un régimen de infracciones y sanciones administrativas en materia de igualdad de trato y no discriminación; son, por cronológico, las siguientes: 1) la LISOS; 2) el Título III del Real Decreto Legislativo 1/2013; 3) el Título IV de la Ley 15/2022; y 4) el Título IV de la Ley 4/2023. Aunque el Real Decreto Legislativo 1/2013, la Ley 15/2022 y la Ley 4/2023 tienen carácter transversal y se aplican en los ámbitos del empleo y de la relación laboral, las tres garantizan el

⁸⁹ Vid., STS-SOC núm. 397/2023, de 6 de junio (RCUD núm. 4538/2019. ECLI:ES:TS:2023:2457).

⁹⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 6/2023 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00460), señala que, a la vista de la jurisprudencia social reciente, la conclusión sale de suyo: la cuantía mínima de la sanción establecida para la infracción correspondiente en la LISOS opera como mínimo de derecho necesarios en los pleitos de despido calificado de nulo pues (1) se aplica incluso en el supuesto de no haberse argumentado en demanda los parámetros de cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, y (2) se aplica de modo individualizado, aunque el acto empresarial vulnerador de derechos haya afectado a más de una persona trabajadora.

⁹¹ Por todas, vid., STS-SOC (Pleno) núm. 977/2023, de 15 de noviembre (RCUD núm. 5547/2022. ECLI:ES:TS:2023:4698), y STS-SOC núm. 919/2024, de 11 de junio (RCUD núm. 3002/2023. ECLI:ES:TS:2024:3851).

principio *non bis in idem* al disponer expresamente que su régimen administrativo sancionador no rige en el orden social, donde se estará a lo dispuesto en la LISOS⁹².

El artículo 8.12 de la LISOS tipifica como infracción administrativa muy grave en materia de relaciones laborales *Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o 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 e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, 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*. Esta infracción muy grave lleva aparejadas dos tipos de sanciones: 1) una multa, cuya cuantía varía de entre 7.501 euros y 225.018 euros [artículo 40.1.c) LISOS]⁹³; y 2) las sanciones accesorias del artículo 46 bis.1 de la LISOS⁹⁴, que podrán ser sustituidas, en los términos del artículo 46 bis.2 de la LISOS, por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa cuando la discriminación sancionada haya sido por razón de sexo. Tal y como ha quedado expuesto más arriba, el órgano judicial toma la sanción pecuniaria del artículo 40.1.c) de la LISOS como criterio orientador para fijar la cuantía de la indemnización por daño moral derivada de vulneración del derecho a la no discriminación (y de los demás derechos fundamentales).

En materia de relaciones laborales, la LISOS también tipifica como infracciones administrativas muy graves otras vinculadas con la lesión del derecho a la no discriminación por motivos personales; son las siguientes:

- *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* [artículo 9.2.d) LISOS].

⁹² La disposición adicional séptima del Real Decreto Legislativo 1/2013 dispone que Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

El inciso final del artículo 46.2.párrafo 2º de la Ley 15/2022 señala que En el orden social, el régimen aplicable será el regulado por la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

El artículo 76.1.párrafo 2º de la Ley 4/2023 establece que En todo caso, en el orden social, el régimen aplicable será el regulado por el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

⁹³ El artículo 40.1.c) de la LISOS dispone que las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales, como es la tipificada en el artículo 8.12 de la LISOS, se sancionarán con multa cuya cuantía es, *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 a euros a 225.018 euros*.

⁹⁴ El artículo 46 bis.1 de la LISOS señala que la infracción muy grave tipificada en el artículo 8.12 de la LISOS llevará aparejada, además de la multa tipificada en el artículo 40.1.c) de la LISOS, las siguientes sanciones accesorias:

- a) Pérdida automática y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. La pérdida de estas ayudas, bonificaciones y beneficios afectará a los programas de empleo de mayor cuantía, con preferencia sobre los que la tuvieran 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) Posibilidad de que el empresario sea excluido del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo por un período de 6 meses a 2 años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción.

- *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, incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, ideas políticas, orientación e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de las actividades sindicales, o lengua* [artículo 10 bis.2.d) LISOS].

Las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales que tipifican los artículos 9.2.d) y 10 bis.2.d) de la LISOS son sancionadas con multa, cuya cuantía varía de entre 7.501 euros y 225.018 euros [artículo 40.1.c) LISOS]. Más allá de la multa, estas infracciones no llevan aparejadas sanciones accesorias.

El artículo 16.1.c) de la LISOS, en la redacción dada por la disposición final primera.Dos de la Ley 3/2023, tipifica como infracción muy grave en materia de empleo *solicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación o colocación o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de 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, dentro del Estado español, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. La Ley 4/2023, que tiene igual fecha de aprobación, publicación y entrada en vigor que la Ley 3/2023, también modificó el artículo 16.1.c) de la LISOS, tipificando como infracción administrativa muy grave en materia de empleo *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 e identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado*. Nótese que hay dos normas jurídicas del mismo rango (Ley 3/2023 y Ley 4/2023) y con igual fecha tanto de aprobación (28 febrero 2023) como de publicación en el BOE (1 marzo 2023) y entrada en vigor (2 marzo 2023), que han dado distinta redacción al artículo 16.1.c) de la LISOS, de modo que este precepto cuenta con dos redacciones diferentes, ambas en vigor. Esta situación debería evitarse en aras a la seguridad jurídica y caso de producirse, resolverse con celeridad. Llegados a este punto, la cuestión pasa por determinar si existe un principio o criterio aplicable para seleccionar una de las dos redacciones del artículo 16.1.c) de la LISOS. Nótese igualmente que el artículo 16 de la LISOS lleva aparejada otra situación paradójica vinculada a infracciones muy graves en materia de empleo por discriminación. Así, el artículo 46 bis.2 de la LISOS alude a las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 16.2 que vayan referidas a supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo. Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley 18/2014 (que procede del Real Decreto-ley 8/2014), el artículo 16 de la LISOS cuenta con un solo apartado, es decir, no existen el artículo 16.2 al que hace referencia el artículo 46 bis.2 de la LISOS.

La infracción muy grave en materia de empleo que tipifica el artículo 16.1.c) de la LISOS lleva aparejadas dos tipos de sanciones: 1) una multa, cuya cuantía varía de entre 7.501 euros y 225.018 euros [artículo 40.1.c) LISOS]⁹⁵; y 2) las sanciones accesorias recogidas tanto en las

⁹⁵ El artículo 40.1.c) de la LISOS dispone que las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales, como es la tipificada en el artículo 8.12 de la LISOS, se sancionarán con multa cuya cuantía es *en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros*.

letras a) y en el párrafo 1º de la letra b) del artículo 46.1 de la LISOS⁹⁶ como en el artículo 46.2 bis de la LISOS⁹⁷.

6. La tutela judicial del derecho a la no discriminación ante la jurisdicción penal: el delito de discriminación en el empleo

6.1. Introducción

El CP contiene las siguientes medidas de tutela penal frente a situaciones discriminatorias: 1) agravante genérica de discriminación (artículo 22.4ª CP), 2) delito de discriminación en el empleo público y privado (artículo 314 CP), y 3) delitos de discriminación en la prestación de servicios (artículos 511 y 512 CP). El CP también tipifica otras figuras delictivas que relacionan la discriminación con el odio⁹⁸: 1) delito de amenazas a determinados colectivos (artículo 170.1 CP); 2) delito de torturas por razón de discriminación (artículo 174.1 CP); 3) delito de provocación a la discriminación [artículo 510.1.a) CP]; 4) delito de asociación ilícita para promover o incitar a la discriminación (artículo 525.4 CP); 5) delitos contra los sentimientos religiosos (artículos 522 a 524 CP); y 6) delito de escarnio o vejación por motivo de religión (artículo 525 CP).

El delito de discriminación en el empleo (artículo 314 CP) se enmarca dentro *de los delitos contra los derechos de los trabajadores* (Título XV CP). Este delito se incorporó tras la reforma del CP de 1995 (Ley Orgánica 10/1995), de modo que su recorrido hasta la fecha ha sido más bien corto, de apenas 30 años. El artículo 314 del CP tipifica actualmente el delito en los términos siguientes: *Quienes produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su situación familiar, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses*. El bien jurídico protegido por el artículo 314 del CP es el derecho a la no discriminación en el empleo. El término “empleo” ha de ser entendido en un sentido amplio, no circunscrito únicamente al ámbito de la relación laboral en el sector privado, sino también al ámbito de las relaciones laboral y funcionarial (estatutaria) en el sector público.

⁹⁶ El artículo 46.1 de la LISOS dispone que la infracción muy grave tipificada en el artículo 16.1.c) de la LISOS llevará aparejada, además de la multa tipificada en el artículo 40.1.c) de la LISOS, las siguientes sanciones accesorias:

- a) Pérdida automática y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. La pérdida de estas ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios derivadas de la aplicación de programas de empleo o formación profesional para el 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) Posibilidad de que el empresario sea excluido del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo o de formación profesional para el empleo por un período máximo 2 años (no se fija período mínimo), con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción.

⁹⁷ El artículo 46.2 bis de la LISOS establece que cuando la infracción muy grave del artículo 16.1.c) de la LISOS sea cometida por una agencia de colocación y se imponga la multa en su grado máximo (entre 120.006 euros y 225.018 euros), podrán añadirse como sanciones accesorias las dos siguientes: 1) la suspensión de la actividad como agencia de colocación por un período de 1 a 3 años; y 2) la imposibilidad de desempeñar la actividad como agencia de colocación durante un período de 5 años.

⁹⁸ Vid., Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal (BOE núm. 124, de 24 mayo 2019).

La *Memoria de la Fiscalía General del Estado* correspondiente al ejercicio 2019 (pp. 1391 y 1320) destacó que el delito de discriminación laboral del artículo 314 del CP *está sometido a la concurrencia de tantos requisitos que su aplicación es prácticamente imposible*. En aquel momento (año 2019) no había registrada ninguna sentencia condenatoria por este delito, de ahí que la Fiscalía afirmase que se había *convertido en un claro ejemplo de lo que se denomina Derecho penal simbólico*. En 2019, la Fiscalía consideró imprescindible una reforma del artículo 314 del CP *que, sin renunciar al principio de intervención mínima del Derecho penal y a la eficacia de la jurisdicción laboral caracterizada por la existencia del principio de inversión de la carga de la prueba, permita su aplicación a los casos más graves de discriminación en el ámbito laboral*. Las *Memorias de la Fiscalía General del Estado* de los ejercicios posteriores (años 2020, 2021, 2022 y 2023) han seguido sin registrar ninguna sentencia condenatoria por delito de discriminación laboral.

El artículo 314 del CP, desde su incorporación en 1995 hasta la actualidad, ha sido reformado en tres ocasiones:

- Reforma de 2003 (Ley Orgánica 15/2003): esta reforma incorpora dos cambios en el artículo 314 del CP: 1) en la expresión “igualdad ante la Ley”, la palabra “ley” pasa a escribirse con minúscula inicial, y 2) la pena de multa, alternativa a la de prisión, pasa de 6 a 12 meses a de 12 a 24 meses.
- Reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015): esta reforma mantiene los motivos de discriminación de la redacción original del artículo 314 del CP, pero uno de ellos experimenta un importante cambio terminológico; se sustituye el término “minusvalía”, con una significativa carga negativa, por “discapacidad”, más respetuoso e inclusivo.
- Reforma de 2021 (Ley Orgánica 8/2021): esta reforma incorpora *ex novo* los siguientes motivos de discriminación en el artículo 314 del CP: 1) edad, 2) origen nacional, 3) identidad sexual o de género, 4) (expresión de) género, 5) pobreza (aporafobia) y 6) exclusión social. Esta reforma incorpora también un cambio en la referencia al sujeto activo del delito: ya no se refiere a “los que produzcan (una grave discriminación)”, sino a “quienes produzcan”.

6.2. Los elementos que definen el tipo penal

El tipo penal del artículo 314 del CP se define por la concurrencia de los elementos señalados a continuación.

Primer elemento: el sujeto activo produce (causa) una *grave discriminación en el empleo*, público o privado, contra el sujeto pasivo y por alguno de los motivos que señala el artículo 314 del CP. Cuatro consideraciones al respecto:

- Primera consideración: la lista de motivos de discriminación que recoge el artículo 314 del CP es cerrada (*numerus clausus*), lo cual resulta razonable de acuerdo con el principio de taxatividad que define el Derecho penal.
- Segunda consideración: si el delito es de discriminación laboral, lo razonable es que los motivos de discriminación que recoge el artículo 314 del CP coincidan con los que prohíbe la legislación laboral. Tras la reforma penal de 2021, el artículo 314 del CP incorporó *ex novo* varios motivos de discriminación. Algunos de ellos, como la identidad sexual o de género y la expresión de género, no se recogían todavía en el artículo 17 del ET, que los incorporó tras la Ley 4/2023. Por otra parte, el artículo 17 del ET incluye el estado civil como motivo de discriminación, que el artículo 314 del CP sigue sin recoger. Por tanto,

no existe todavía una plena correspondencia entre los motivos de discriminación que integran el delito y los que recoge la legislación laboral.

- Tercera consideración: el artículo 314 del CP no tipifica como delito cualquier discriminación en el empleo, sino aquella que sea grave. No es suficiente con apreciar (una mera) conducta discriminatoria en el empleo contra el sujeto pasivo, sino que además esta ha de ser grave. Si no hay discriminación o, aun habiéndola, esta no alcanza el grado de grave, no se aprecia el tipo penal del artículo 314 del CP. La cuestión consiste en determinar qué haya de entenderse por *grave discriminación*.
- Cuarta y última consideración: a diferencia de la legislación laboral, el artículo 314 del CP no diferencia entre discriminación directa e indirecta, de ahí que quepa entender que el tipo penal incluye ambas. El artículo 314 no parece que incluya en el tipo penal la discriminación por asociación, a la que sí hace referencia el artículo 22.4ª del CP como circunstancia agravante.

Segundo elemento: el sujeto activo del delito no solo produce una grave discriminación, sino que además la prolonga en el tiempo, sin restablecer la situación de igualdad ante la ley a pesar del previo: 1) requerimiento o 2) sanción administrativa. Tres consideraciones al respecto:

- Primera consideración: una vez constatada la grave vulneración del derecho a la no discriminación en el empleo, el sujeto activo muestra una “actitud rebelde”, porque no solo origina una situación de discriminación grave en el empleo, sino que además la mantiene, negándose a restablecer la situación de igualdad. Cabe afirmar, por tanto, que el artículo 314 del CP exige dolo en la conducta del sujeto porque ha de prolongar la situación discriminatoria a pesar de haber sido requerido para restablecer la situación de igualdad o sancionado en vía administrativa y, sin embargo, no lo hace. Todo apunta a que se trata de un delito de omisión porque no basta que el sujeto activo haya incurrido en conducta discriminatoria grave en el empleo, sino que además es necesario que omita el deber de restablecer la situación de igualdad tras ser requerido para ello o sancionado en vía administrativa.
- Segunda consideración: la exigencia de que el sujeto activo no cese en su conducta discriminatoria, restableciendo la situación de igualdad, a pesar de ser requerido para ello o sancionado en vía administrativa, muestra que la tutela penal se articula como última *ratio*, con carácter subsidiario, cuando ni el requerimiento ni la tutela administrativa sancionadora han conseguido su propósito, que es el cese de la situación discriminatoria y la reposición al momento anterior a producirse la lesión del derecho. Por tanto, el artículo 314 del CP articula un mecanismo conciliatorio previo con la clara finalidad de evitar la intervención de la jurisdicción penal, constituido por *el restablecimiento de la situación de igualdad tras un requerimiento o sanción administrativa, que dé lugar a la reparación de los daños económicos que se hayan derivado*.
- Tercera y última consideración: la interpretación gramatical del artículo 314 del CP lleva a afirmar que mientras la sanción impuesta al sujeto activo ha de ser administrativa (tipificada en la LISOS), el requerimiento previo no tiene que ser necesariamente administrativo, pudiendo ser también judicial o incluso de otro tipo como, por ejemplo, sindical⁹⁹. Cabe entender que la ITSS es la encargada de realizar el requerimiento administrativo antes de levantar acta en procedimiento sancionador. El requerimiento judicial puede articularse a través de una sentencia de la jurisdicción social. Un supuesto

⁹⁹ Vid., Auto de la Audiencia Provincial de Madrid-PEN núm. 682/2007, de 6 de noviembre (Recurso de apelación núm. 663/2007. ECLI:ES:APM:2007:15013A).

de requerimiento judicial es el llevado a cabo mediante sentencia del JS que declara la nulidad del despido por discriminación, requiriendo al empresario que proceda a la inmediata readmisión del trabajador despedido (artículo 113 LRJS). Nótese que el tipo penal del artículo 314 del CP no concurre cuando tras dictarse sentencia que declara la nulidad del despido por discriminación, el empresario procede a la inmediata readmisión del trabajador despedido (y discriminado), restableciendo así la situación de igualdad¹⁰⁰. En definitiva, el tipo penal no se da cuando, aun apreciándose una discriminación laboral grave, no ha existido requerimiento ni sanción administrativa, o aun habiéndolos, estos son atendidos por quien produjo la grave discriminación en el empleo¹⁰¹.

Tercer elemento: el sujeto activo del delito no ha reparado *los daños económicos* que ha generado su conducta discriminatoria. El delito de discriminación laboral del artículo 314 del CP exige la responsabilidad civil del sujeto activo por daños económicos, declarada en vía judicial. Dos consideraciones al respecto:

- Primera consideración: cabe cuestionar si el tipo penal del artículo 314 del CP concurre cuando el sujeto que ha producido la discriminación grave en el empleo restablece la situación de igualdad ante la ley tras el requerimiento o el cumplimiento de la sanción administrativa, pero se demora en abonar la indemnización por daños económicos.
- Segunda y última consideración: llama la atención que el artículo 314 del CP solo haga referencia a la reparación de los daños económicos (patrimoniales), omitiendo toda referencia a los daños morales. Tal y como ha quedado expuesto más arriba, en la jurisdicción social, una vez acreditada la efectiva vulneración del derecho a la no discriminación en el ámbito de la relación laboral, el daño moral se presume, procediendo en todo caso el posterior reconocimiento de la indemnización por daños morales, *ex* artículo 183 de la LRJS. Del tenor literal del artículo 314 del CP no parece desprenderse que la falta de reparación de los daños morales sea requisito para que concurra el delito de discriminación laboral.

6.3. La pena alternativa de prisión o multa

El artículo 314 del CP señala que el delito de discriminación en el empleo será castigado *con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses*. Tres consideraciones al respecto:

- Primera consideración: el artículo 314 del CP no recoge una pena acumulativa de prisión y multa, sino una pena alternativa de prisión o de multa. La pena de prisión es de 6 a 2 años. Como alternativa a la pena de prisión, se impondrá la multa de 12 a 24 meses.
- Segunda consideración: para el cálculo de la pena de multa, la cuota diaria mínima es de 2 euros y la máxima de 400 euros para las personas físicas (artículo 50.4 CP). Si se toma la cuota diaria mínima de 2 euros, la multa mínima será de 720 euros y la máxima de 1440. Si se toma la cuota diaria máxima de 400 euros, la multa mínima será de 144.00 euros y la máxima de 288.00 euros. En relación con la sanción administrativa, la discriminación

¹⁰⁰ Vid., Auto de la Audiencia Provincial de Madrid-PEN núm. 582/2020, de 1 de octubre (Recurso de apelación núm. 526/2020. ECLI:ES:APM:2020:4968A).

¹⁰¹ En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla-PEN núm. 134/2017, de 9 de febrero (Recurso de apelación núm. 10985/2016. ECLI:ES:APSE:2017:281A), señala que la mera discriminación en el empleo, sin más, no basta para que se cometa el delito de discriminación laboral, pues el artículo 314 del CP exige que sea grave y que además venga acompañada de un requerimiento o sanción administrativa y que el requerimiento haya sido desoído (no restablecimiento de la situación de igualdad ante la ley, reparando los daños económicos), con lo que se trata de reservar el castigo penal solo para los casos contumaces, en los que, a pesar de haberse detectado el trato desigual, se hace caso omiso a las intimaciones.

laboral es un hecho constitutivo de infracción administrativa muy grave (artículo 8.12 LISOS), que lleva aparejada una multa, cuya cuantía mínima es de 7.501 euros y máxima de 225.018 euros [artículo 40.1.c) LISOS]. Por tanto, cuando la sentencia penal que condene por un delito de discriminación en el empleo opte por la pena de multa, la cuantía de esta puede ser inferior a la impuesta en el procedimiento administrativo sancionador, lo cual resulta llamativo si se tienen en cuenta que el delito del artículo 314 del CP comporta una mayor antijuridicidad y culpabilidad que la infracción administrativa del artículo 8.12 de la LISOS. Por ello, se cuestiona si la pena de multa del artículo 314 del CP cumple con su función de prevención general.

- Tercera y última consideración: cabe plantearse si existe vulneración del principio *non bis in idem* cuando, junto a la multa impuesta por la infracción administrativa muy grave del artículo 8.12 de la LISOS, se impone posteriormente la pena de multa por el delito del artículo 314 del CP. El delito de discriminación laboral del artículo 314 del CP no figura entre los atribuibles a las personas jurídicas, es decir, el sujeto activo es siempre una persona física¹⁰². Por su parte, la infracción administrativa muy grave del artículo 8.12 de la LISOS puede atribuirse tanto a una persona física como a una persona jurídica. El principio *non bis in idem* no se vulnera cuando falta la identidad subjetiva entre el proceso administrativo sancionador y el posterior proceso penal. La Sala de lo Social del TS ha declarado que el principio *non bis in idem* no se vulnera cuando el condenado en vía penal es una persona física y el sancionado en vía administrativa una persona jurídica¹⁰³.

7. Bibliografía

- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Últimos pronunciamientos judiciales sobre la indemnización adicional por transgresión de derechos fundamentales en despidos nulos”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 5, 2022 (DOI: <https://doi.org/10.24310/rejlss.vi5.14704>).
- *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, BOE, Madrid, 2023.
 - “No todo despido nulo de una persona trabajadora embarazada conlleva la lesión de un Derecho Fundamental y la concesión de una indemnización por daño moral”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 1/2024.
- CARDENAL CARRO, M.: “La indemnización de los daños infligidos con ocasión de la lesión de derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional no considera razonable la jurisprudencia unificada”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2006 (BIB 2006/1251).
- CASAS BAAMONDE, M.E.: “Proceso de tutela de derechos fundamentales y acción procesal de condena al abono de prestaciones de Seguridad Social (del complemento de maternidad solicitado por un varón)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 8/2023 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00478).

¹⁰² Punto 2.2 de la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (FIS-C-2016-00001).

¹⁰³ STS-SOC (Pleno) núm. 469/2020, de 18 de junio (RCUD núm. 2136/2017. ECLI:ES:TS:2020:2632); 58/2021, de 19 de enero (RCUD núm. 3070/2018. ECLI:ES:TS:2021:68); STS-SOC núm. 517/2021, de 11 de mayo (Impugnación de actos administrativos núm. 2/2019. ECLI:ES:TS:2021:1872); STS-SOC núm. 771/2022, de 25 de septiembre (RCUD núm. 1841/2019. ECLI:ES:TS:2022:3621); y STS-SOC núm. 872/2024, de 5 de junio (RCUD núm. 1236/2021. ECLI:ES:TS:2024:3237).

- CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El proceso laboral de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- CRESPO ORTIZ, D.: “La indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales del Artículo 183 LRJS. Reflexiones en torno a sus pretensiones y su cálculo”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, núm. 3 (DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2023.8256>).
- DESDENTADO DAROCA, E.: “Reflexiones críticas a propósito de la STC 89/2024, de 5 de junio. La necesaria delimitación entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación”, *Briefs AEDTSS*, núm. 64, 2024.
- GARCÍA ROMERO, B.: “Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 4/2022 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00334).
- “La menor indemnización pactada para los trabajadores mayores de 60 años afectados por un despido colectivo no constituye una discriminación por razón de edad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 2/2023 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00416).
- LASAOSA IRIGOYEN, E.: “La autoridad independiente para la igualdad de trato y la no discriminación”, en VV.AA. (Dirs., SEMPERE NAVARRO, A. V. y GARCÍA GIL, B.): *Una visión transversal del derecho a la igualdad. Ley 15/2022, de 12 de julio*, SEPIN, Madrid, 2023.
- LÓPEZ BERMEJO, O.: “Incongruencia omisiva: la sentencia de suplicación no emite pronunciamiento sobre los aspectos accesorios con previsión legal de las pretensiones principales. Los daños morales operan de forma automática al declararse la existencia de vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 3/2023 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00424).
- LÓPEZ TERRADA, E.: “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, Vol. 1 núm. 1, 2021 (DOI: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>).
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 400, 2016.
- “La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 6/2023 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00460).
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006, de 24 de julio”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 22, núm. extra 1, 2013.
- “Daños morales por lesión de la libertad sindical: la reiteración tiene un precio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2017, rec. núm. 90/2016”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 411, 2017.

- MONEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- “Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo ‘prudencial’ de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 3/2022 (DOI: https://doi.org/10.55104/RJL_00329).
- MORENO PÉREZ, J.M.: “Cuantificación del daño moral en caso de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales e instancia para su fijación”, *Temas Laborales*, núm. 164, 2022.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A.: “La tutela procesal en la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *IgualdadES*, núm. 9, 2023 (DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.9.06>).
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A. F. y HERREROS LÓPEZ, J. M.: “La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a través a través de las modalidades procesales del artículo 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm. 362, 2013.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Garantía jurisdiccional del derecho a la no discriminación en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 2, 2007.
- SOLÀ I MONELLS, X.: “La utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos: el obligado replanteamiento de una práctica habitual avalada por la jurisprudencia interna”, *Documentación Laboral*, núm. 112, 2017.
- TODOLÍ SIGNES, A.: “Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 5, núm. 2, 2024 (DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2024.8739>).

PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

PATRICIA NIETO ROJAS
Profesora Derecho Trabajo y Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia
pnieto@der.uned.es
ORCID ID: 0000-0003-3734-3392

1. La consecución de la igualdad entre hombres y mujeres como objetivo estratégico de la actuación de los poderes públicos

Un aspecto de especial relevancia a la hora de determinar la calidad de un sistema democrático es, sin duda, el grado de igualdad entre mujeres y hombres que existe en la sociedad. La Constitución Española reconoce dicho principio en el artículo 14, al proclamar que “todos 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”. Por su parte, el artículo 9.2 del texto constitucional consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea real y efectiva, pilar fundamental de la igualdad material.

Cabe señalar que la diferencia entre la igualdad de trato y la de oportunidades se halla en que la de trato es fundamental e inderogable, mientras que la de oportunidades es derivada o relativa.

La igualdad de trato, por ser fundamental, no puede ser vulnerada por ninguna norma legal ni tampoco necesita ser concretada o desarrollada por disposición legal alguna, mientras que la igualdad de oportunidades, por ser derivada o relativa, requiere de una intervención legislativa para concretarla, es decir, exige que los poderes públicos promuevan acciones para que la

igualdad del individuo y de los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivas si bien “sin las implicaciones y garantías reconocidos a los derechos fundamentales”. El objeto de este trabajo se centra en analizar el tratamiento de estas medidas promocionales en materia de igualdad impulsadas tanto por los poderes públicos como por los sujetos privados.

En el ámbito del Derecho internacional, ocupa un lugar preeminente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de 18 de diciembre de 1979 (ratificada por España mediante Instrumento de 5 de enero de 1984), en la que los Estados partes se comprometen a garantizar a las mujeres “en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales” (artículo 7.b) así como “las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo” (artículo 11.b y c). Por su parte, la Asamblea General de la ONU ha aprobado la Nueva Agenda de 2030 para el Desarrollo Sostenible, “Transformar nuestro Mundo” , donde se establecen diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con 169 metas. Todos están interrelacionados entre sí y no solo se dirigen a los agentes sociales, sino a toda la ciudadanía. Entre los 17, en lo que aquí interesa, se puede mencionar fundamentalmente el objetivo número 5 que busca lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y de las niñas, y el número 8 que persigue la promoción del crecimiento económico y el trabajo decente. Para la consecución de este propósito, es preciso que las mujeres puedan acceder en igualdad de derechos a los recursos económicos, a la propiedad y al control de la tierra y otros bienes, a los servicios financieros y a los recursos naturales con el fin de alcanzar su independencia económica.

En el marco de la Unión Europea, la construcción del modelo social europeo y la eficacia del derecho antidiscriminatorio exige incrementar la eficacia de las acciones encaminadas a garantizar los derechos sociales mínimos , máxime cuando la crisis de la Covid-19 ha puesto más en evidencia lo erróneas y perniciosas que fueron las políticas adoptadas durante la crisis financiera, significadamente para las mujeres y aunque, ciertamente, todavía está por ver si realmente, hay “voluntad política para caminar, decididamente, hacia una Europa de carácter federal; y de cambiar unas políticas que han contribuido a aumentar las desigualdades, entre los países y entre los sectores sociales, al aumento de la precariedad del trabajo, al debilitamiento de los sistemas de protección social y al crecimiento de los populismos antidemocráticos y antisocial”.

El carácter objetivo de la igualdad de trato y la no discriminación implica, en primer lugar, asumir que el Estado tiene deberes negativos, pero también positivos, en relación con la igualdad, es decir y en lo que ahora nos interesa, un deber de promoción de la igualdad.

Hay que recordar que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en lo sucesivo, LOIEMH) en su artículo 4 dispone que la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas . También en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en lo sucesivo, LIND) se atribuye a los poderes públicos una importante función dentro del objetivo general de la Ley, en tanto que se entiende que no es suficiente con el reconocimiento de derechos, sino que es precisa una actuación proactiva que contribuya a superar tanto las situaciones injustificadas de desequilibrio de carácter discriminatorio como a preservar el principio de igualdad, siendo un principio inspirador de la ley “el establecimiento de un marco legal adecuado para la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación” que posibilite “el impulso de la aplicación transversal de la igualdad de trato en la

formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, la coordinación entre las diferentes administraciones públicas y la colaboración entre las mismas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada, todo ello para favorecer la corresponsabilidad social ante la discriminación” (Preámbulo).

En lo que hace a la infrarrepresentación femenina en los ámbitos decisorios, la OCDE, en línea con el Objetivo de Desarrollo Sostenible 5 de la Agenda 2030 de Naciones Unidas, adoptó en 2015 una importante Recomendación sobre “Igualdad de Género en la Vida Pública” en la que se insta a sus Estados miembros a avanzar en el equilibrio “al nivel más alto en la vida pública desarrollando un marco integral que favorezca una representación equitativa de mujeres y hombres en cargos decisorios y otros puestos de responsabilidad en instituciones públicas”. Para ello recomienda adoptar “medidas reguladoras o voluntarias globales (transitorias o correctivas)” para impulsar la diversidad de género en órganos parlamentarios y ejecutivos, incluidos los comités parlamentarios y puestos directivos y, en este contexto, como certeramente recuerda el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, unas políticas adecuadas en materia de equilibrio entre la vida privada y la vida laboral facilitan la conciliación de ambas. En particular, el nivel y el diseño de las prestaciones parentales, así como la posibilidad de compartir el permiso de forma equitativa entre hombres y mujeres también resultan importantes en este contexto. 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 la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (en lo sucesivo, Directiva 2019/1158) supuso, en este contexto, un notable cambio de paradigma al instar a un incremento en la corresponsabilidad de los hombres en las tareas de cuidado y mandar a los poderes públicos a eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora y progreso que pueda afectar a las carreras profesionales de las personas que se ocupan de manera informal de las tareas de cuidado de familiares u otras personas dependientes. La Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, de la Comisión Europea, recuerda además la importancia de 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 no se alejen del mercado de trabajo. 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 variados, singularmente para el mantenimiento de las mujeres con responsabilidades familiares en el mercado de trabajo. En Europa, las responsabilidades asistenciales no remuneradas impiden a unos 7,7 millones de mujeres participar en el mercado laboral, frente a solo 450.000 hombres. Esto contribuye a la brecha de género en materia de empleo (11 puntos porcentuales), la brecha salarial de género (13%) y la brecha de género en las pensiones (29 %). Casi todas las mujeres de la UE (92%) son cuidadoras habituales y el 81% son cuidadoras diarias, en comparación con el 68 % y el 48 % de los hombres, respectivamente. Es, por tanto, de vital necesidad avanzar hacia una tercera transición en la que la organización social de los cuidados no recaiga de manera no reconocida, no remunerada y naturalizada en las mujeres. No puede, en este orden, desconocerse que “la exigencia de equidad afecta de lleno al desarrollo personal y profesional de la mitad de la población y a su independencia económica (salarios y pensiones), lo cual supone una condición necesaria para alcanzar mayores niveles de cohesión social”. Es necesario, además, un debate político, social y económico que analice en profundidad las implicaciones que puedan derivarse de la suspensión, reducción o anulación de las medidas de corresponsabilidad y de conciliación en el contexto de una sociedad más envejecida, donde la necesidad de cuidado será más intensa tanto desde la perspectiva del tiempo como desde la perspectiva de los recursos necesarios. Desde esta convicción, hay que fomentar la implementación de políticas públicas de

apoyo para evitar que el esfuerzo necesario recaiga sólo en trabajadores/as y empresarios/as, de manera que las medidas establecidas en este sentido deben buscar un triple objetivo: garantizar la conciliación, la igualdad de género y el bienestar de la infancia . Resulta, por tanto, prioritario fomentar el principio de corresponsabilidad que implica el que mujeres y hombres compartan obligaciones públicas y privadas. Este principio no debe reducirse a pactos privados (de pareja o intergeneracionales) sino que debe ser contemplado como una responsabilidad del conjunto de la sociedad, del Estado y de la empresa para la extensión de un nuevo reparto de tareas a partir de una configuración igualitaria de los roles de género .

A pesar de los avances realizados en la última década, la tasa de empleo y los niveles salariales de las mujeres aún van por detrás de los de los hombres, teniendo además una presencia mucho menor en los cargos de responsabilidad, sobre todo, en las funciones de gestión de alto nivel y en las juntas corporativas. Para paliar esta situación, y como acción prioritaria dentro del marco de la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, la UE ha impulsado dos directivas de notable interés, ambas pendientes de transposición en la legislación española: en primer lugar, la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas. El desequilibrio de género es especialmente importante y grave en el sector privado, y significadamente en las empresas cotizadas, donde solo el 31,5% de los miembros de los consejos de administración son mujeres, y un dato aún más preocupante: solo el 8% de los consejos de administración están presididos por mujeres. Con la nueva regulación comunitaria, las empresas cotizadas tendrán que procurar que, de aquí a 2026, las personas del sexo infrarrepresentado ocupen al menos el 40% de los puestos de administrador no ejecutivo. En el caso de los Estados miembros que no alcancen estos objetivos, las empresas cotizadas tendrían que establecer, para la selección y el nombramiento de los miembros del consejo de administración, procedimientos transparentes para rectificar la situación, como por ejemplo una evaluación comparativa de los distintos candidatos a partir de criterios claros y formulados de manera neutra.

En nuestro país, han pasado más de 17 años de la aprobación de la LOIEMH que, como es de sobra conocido, no consiguió establecer como obligación empresarial la de asegurar la paridad en sus consejos de administración sino que el único mandato que se incorporó en el art. 75 LOIEMH fue una recomendación dirigida a las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada para que “procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley. Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de esta Ley”. En el año 2019, habiendo transcurrido con creces el plazo que la propia norma se dio para el cumplimiento de este porcentaje, el peso de las mujeres en los consejos de administración estaba muy lejos del objetivo, encallado en el 17%. Y aunque ciertamente en estos últimos años se ha mejorado este porcentaje, todavía es insuficiente. La propia CNMV advierte de la necesidad de que las empresas cotizadas apuesten por “la incorporación de más mujeres en los puestos de mayor responsabilidad, especialmente en puestos de alta dirección y como consejeras ejecutivas”, entendiendo “a estos efectos, aquellos puestos que dependan directamente del consejo o del primer ejecutivo de la compañía”, pues la mayor parte de los nombramientos se efectúan como consejeras independientes. La dificultad de las mujeres para alcanzar las más altas cotas de presencia en los consejos de administración de las empresas cotizadas se trata de revertir con la aprobación de la Directiva (UE) 2022/2381 , que se pretende transponer por el estado español a través del Proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia

equilibrada de mujeres y hombres , aprobado el pasado 27 de junio . El referido proyecto de ley contempla una batería de medidas, que no solo alcanza a las sociedades cotizadas, sino que también alcanza a las sociedades de interés público, a las que requiere mínimos porcentuales de presencia del sexo menos representado en esta materia. En su exposición de motivos igualmente destaca la necesidad de mejorar la proporción de mujeres en los puestos más elevados de las Administraciones Públicas, pues tampoco aquí se alcanza la representación equilibrada. Es más, la “distribución de hombres y mujeres en los puestos de nivel 30, 29 y 28 permite profundizar en el análisis de la segregación vertical por género en los puestos más altos de la Administración, y la existencia de un posible techo de cristal para las mujeres” . Esta segregación también se observa en la judicatura pues, aunque, ciertamente, las mujeres son mayoría en el poder judicial, representando el 57,2 por ciento del total en el año 2024, frente al 50,1 por ciento que suponían las 2.661 juezas (de un total de 5.219) de 2014 , las mujeres siguen siendo minoría en los órganos colegiados y su presencia es minoritaria en la cúspide de la carrera judicial.

Para revertir esta situación, durante el 65.º período de sesiones de la Comisión para la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW), celebrado en marzo de 2021, se debatió sobre las acciones públicas necesarias para promover “la participación de las mujeres y la adopción de decisiones por ellas de forma plena y efectiva en la vida pública”. En las conclusiones acordadas se pide a los gobiernos que establezcan objetivos específicos para alcanzar el equilibrio en el ejercicio del poder ejecutivo, legislativo y judicial, así como el impulso de acciones positivas y medidas temporales especiales apropiadas, como cuotas. A mayor abundamiento, la comisión señala que “es necesario abordar la desigualdad entre los hombres y las mujeres en el reparto del poder, y que el acceso equitativo de las mujeres y su plena participación en la adopción de decisiones, incluso en el sector privado, es una estrategia fundamental para lograr la igualdad de género” . Atendiendo este mandato, la proposición contempla que “a fin de garantizar legalmente la composición equilibrada de mujeres y hombres en estos órganos constitucionales y de relevancia constitucional, el capítulo II de la ley orgánica introduce las modificaciones oportunas en las leyes orgánicas reguladoras de los mismos; en particular, del Tribunal Constitucional, del Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial”. Esta decisión es coherente con lo disciplinado en el artículo 52 LOIEMH que, como es de sobra conocido, exige cumplir con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el nombramiento de los órganos directivos en su conjunto, habida cuenta que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, si bien definió los órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado en su artículo 55, así como la tipología de las entidades del sector público institucional estatal en su artículo 84, no recogió esta exigencia en su articulado ni la extendió a los órganos superiores. Pese a la evolución positiva, siguen existiendo barreras que aún limitan la presencia equilibrada en el nombramiento de los órganos superiores y directivos ; sirva para ejemplificar esta brecha el siguiente dato: “en el año 2019 había un total de 425 altos cargos, de los cuales 131 están ocupados por mujeres, lo que corresponde al 31% del total de altos cargos” .

En segundo lugar, la directiva de igualdad salarial aprobada en mayo de 2023 , tras muchos avatares desde la ya lejana Recomendación de 7 de marzo de 2014, aboga decididamente por impulsar medidas para garantizar la transparencia en los salarios, como elemento central para la reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres tanto el sector público como en el privado. La pertinencia de esta acción queda fuera de toda duda, máxime cuando el reconocimiento constitucional del principio de igualdad del trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo, aun habiendo comportado un paso decisivo para el logro de la igualdad entre mujeres y hombres, ha resultado insuficiente, siendo el mercado de trabajo uno de los ejemplos más evidentes de esta desigualdad tanto en términos de brecha salarial como en

lo que hace a las tasas de actividad, temporalidad y parcialidad. 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”. Los datos de la Encuesta de Estructura Salarial, hechos públicos por el INE, evidencian la necesidad de una actuación más incisiva, toda vez que, en el año 2021, el salario anual más frecuente en las mujeres (14.481,6 euros) representa el 74,3% del salario más frecuente en los hombres (19.487,6 euros). En el salario mediano y en el salario medio bruto este porcentaje es del 81,6% pero es que, además, considerando la jornada a tiempo completo, el salario femenino representa el 91,7% del masculino. En la jornada a tiempo parcial, el porcentaje es del 90,4%. El salario por hora de las mujeres (16,9 euros) alcanza el 95,1% del salario por hora de los hombres (17,7 euros) al considerar el trabajo a tiempo completo, y el 87,1% en el caso de la jornada a tiempo parcial. Según datos provisionales del año 2021, la brecha de género en los salarios por hora también se incrementa con la edad, pasando de un valor de 1,3 en el tramo de los trabajadores de 25 a 34 años hasta 14,4 en el tramo de 55 a 64 años y si a ello le unimos que el empleo de las mujeres se concentra en un número más limitado de trabajos que los hombres, y en sectores considerados de baja calidad en el empleo. La segregación ocupacional, lejos de ir desvaneciéndose con la mayor presencia de mujeres en el mercado de trabajo, se mantiene con carácter casi inmóvil, perjudicando seriamente el abanico de las oportunidades laborales que no alcanzan a los trabajos mejor valorados económicamente.

1.1. La materialización de este compromiso. El mandato a los poderes públicos para la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres

La promoción de la igualdad y las acciones positivas deben leerse en términos de garantía, de puesta en práctica de la igualdad y la prohibición de discriminación. La existencia y buen funcionamiento de políticas públicas tienen como finalidad lograr la efectividad de la igualdad, pues parece evidente que los problemas en materia de igualdad y no discriminación no derivan de la ausencia de una normativa, de una falta de reconocimiento legal; es más, casi podemos hablar de una inflación normativa¹. En la mayoría de los estados, el problema no será tanto del acervo normativo sino de la eficacia de esta regulación. España no es ajena a este diagnóstico y así la LOIEMH reafirma su compromiso de “desarrollar medidas integrales para favorecer la igualdad laboral y salarial entre hombres y mujeres”, señalando, desde esta óptica promocional, el art. 14 de la precitada ley que serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos los siguientes:

1. El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres.
2. La integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarque el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico.
3. La colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades.

¹ IGLESIAS BÁREZ, M., “Políticas públicas y acciones positivas para la promoción de la igualdad en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación”, *cit.*, p. 215.

4. La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones.
5. La adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo.
6. La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva.
7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.
8. El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.
9. El fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas.
10. El fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares.
11. La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas.

Se establece, además, que el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades -art. 15 LOIEMH-. Estos deberes positivos revierten (o habrían de revertir) en políticas públicas mediante la necesaria intervención del Estado para garantizar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación y su despliegue mediante políticas públicas². Este mandato materializa así un cambio de orientación en las políticas públicas y supone un tránsito desde unas políticas sectoriales, que ponen la atención en las mujeres como colectivo que precisa de unas actuaciones específicas debido a su desigual presencia en el mercado laboral, hasta la elaboración de unas políticas basadas en la noción de transversalidad de género³. Esto es, a un diseño que prevé la inclusión de la dimensión de género como dimensión que debe estar presente en el conjunto de políticas y actuaciones en materia de empleo.

En segundo lugar, también es preciso tener en cuenta que estas actuaciones siguen teniendo una doble fuente de inspiración, de modo que no termina de lograrse lo que algunas especialistas ya reclamaban desde hace tiempo: la integración entre las políticas de empleo y las políticas de igualdad. Certeramente⁴ se ha señalado, a este respecto, que efectividad del derecho antidiscriminatorio exige necesariamente que su tutela judicial se “acompañe de un diseño de políticas públicas y acciones positivas de promoción de la igualdad y la no discriminación,

² *Ibid.*, p. 213.

³ *Diagnóstico socioeconómico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014*, p. 1.

⁴ IGLESIAS BÁREZ, M., “Políticas públicas y acciones positivas para la promoción de la igualdad en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación”, *cit.*, p. 216.

que supere el plano programático y que estén ampliamente garantizadas tanto en el ámbito público como privado. Este propósito garantista exige que el Estado despliegue normas de procedimiento y de organización, y donde se cierre el sistema con medidas de control y sanción que impidan tanto la inacción como la vulneración dolosa de la igualdad. En definitiva, de una legislación efectiva. En la misma línea, la fuerza garantista requiere que sea una ley integral en cuanto al objeto, que abarque todo tipo de discriminaciones, ámbitos y destinatarios, más allá del Estado”, pues, a pesar de los reconocimientos formales del principio de igualdad, en términos reales y efectivos han seguido y siguen produciéndose situaciones discriminatorias que ponen en evidencia la insuficiencia de este sistema garantista, así como la necesidad de implantar mecanismos más específicos que permitan la consecución de esta igualdad también en términos materiales⁵.

1.2. Algunas acciones concretas. El Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades

Del Estado (como estado social y democrático) se requiere una necesidad de hacer, de acción, en este caso, de promoción de la igualdad. Los derechos se convierten así en una tarea del Estado y su despliegue provoca que los derechos fundamentales dejen de jugar solo en el ámbito estado-individuos, para pasar también a la esfera individuos-individuos y a ser principios superiores del ordenamiento jurídico. Surge así “un deber general de protección y promoción del Estado para hacer efectivo el derecho. Sobre los poderes públicos pende una vinculación dual en relación con la igualdad y no discriminación. Por una parte, en relación con la dimensión subjetiva, los poderes públicos tienen el deber de respeto y no lesión de la igualdad de trato y no discriminación. Se trataría, por tanto, de un deber negativo, que llama a los poderes públicos a no tratar de forma desigual (irrazonablemente) a los ciudadanos y a no discriminarlos. En lo que hace a dimensión objetiva, los poderes públicos tienen el deber de coadyuvar a que la igualdad sea real y efectiva. Se trata aquí ya de un deber o de unos deberes positivos, con independencia del sector del ordenamiento jurídico de que se trate, por tanto, también afectando al ordenamiento jurídico privado”⁶.

Todos estos principios forman también parte del acervo de la Unión Europea, ya que el actual Tratado de la Unión Europea consagra la igualdad entre mujeres y hombres en su artículo 2 como uno de los valores en los que se fundamenta la propia Unión, así como un derecho fundamental protegido por la misma (artículo 3 del Tratado de la Unión Europea). Asimismo, el artículo 157 apartado cuarto del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea configura específicamente la acción afirmativa⁷ como elemento integrante del principio antidiscriminatorio en la Unión Europea cuando establece que “con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

En la actualidad, está vigente el III Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025⁸, que recoge la agenda política en materia de igualdad, agenda que ha sido elaborada por el Ministerio de Igualdad a través del Instituto de la Mujeres siguiendo el

⁵ PÉREZ GÁZQUEZ, I. M., “El Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida social y cultural y su impacto en la esfera laboral”, en *Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación*, Murcia, Laborum, 2023, p. 54.

⁶ IGLESIAS BÁREZ, M., “Políticas públicas y acciones positivas para la promoción de la igualdad en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación”, *cit.*, p. 211.

⁷ 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*, Navarra, Aranzadi, 2019.

⁸ PEIEMH-doc base070322 (3) (inmujeres.gob.es).

mandato establecido en el artículo 17 LOIEMH, que exige al Gobierno, en las materias que sean de la competencia del Estado, aprobar “periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que incluirá medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo”. El vigente plan “se configura como el principal instrumento del Gobierno para orientar los cambios institucionales y sociales que se requiere poner en marcha para avanzar en la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres”⁹.

Desde una visión más integral, el plan adopta también “un enfoque interseccional como instrumento analítico para entender la complejidad de la realidad y, en particular, la de las desigualdades sociales y las peores formas de discriminación. Desde este enfoque, la vida de las mujeres no puede explicarse por un único factor explicativo, como el del género, sino en interrelación con otros, como la racialización, la clase social, la procedencia, la discapacidad, etc. En última instancia, cómo actúan conjuntamente todos estos factores influyéndose entre sí, dependiendo del contexto situado en el que las vidas de las mujeres se desarrollan, explica cómo se experimenta y manifiesta la desigualdad en sus vidas”¹⁰. Articulado en cuatro grandes ejes de intervención que vertebran el plan, los mismos se desarrollan y completan con 20 líneas de trabajo, 49 objetivos específicos, 141 objetivos operativos y 676 medidas, por eje, línea de trabajo y objetivo, indicando el departamento y unidad u organismos adscrito responsable de su desarrollo.

1.3. Las medidas de acción positiva como actuación promocional

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000¹¹ y que tiene el mismo valor que los Tratados, prohíbe en su artículo 21.1 toda discriminación por razón de sexo y en su artículo 23 dispone que el principio de igualdad entre mujeres y hombres “deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”, al tiempo que precisa que no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado, con lo que, tal y como hace el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Carta refuerza la idea de que la acción positiva no es una excepción al principio de igualdad entre mujeres y hombres sino una manifestación del mismo¹².

En esta acción promocional, alcanzaron un destacado papel las acciones positivas, que tienen como objetivo la remoción de las desigualdades fácticas, no corregidas por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal¹³. Este tipo de acciones encuentra respaldo expreso en el Derecho de la Unión Europea¹⁴ al disponer que el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o

⁹ MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva”, en Antonio Sempere Navarro, Begoña García Gil (eds.), Sepin, Madrid, 2022.

¹⁰ PEIEMH-doc base070322 (3) (inmujeres.gob.es), p. 9.

¹¹ DOUE 18 de diciembre de 2000.

¹² De nuevo, la pedagógica exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, BOGC 15 de diciembre de 2023.

¹³ Sobre la evolución de la doctrina jurisprudencial del TJUE. CHARRO BAENA, P.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el ámbito laboral”, en CASAS BAAMONDE, M. E (Et. al) (eds.) *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, Madrid, 2023, p. 330, significadamente notas 33 y 34.

¹⁴ 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*, cit., pp. 141-143.

compensar desventajas en sus carreras profesionales (art. 157.4 TFUE)¹⁵. Las acciones positivas se han considerado un instrumento adecuado para conseguir un mercado de trabajo más equilibrado, sobre todo en sectores o actividades donde las mujeres están infrarrepresentadas, es decir, se han concebido como herramientas que pretenden la modificación de conductas, pautas o actitudes sociales que perpetúan cánones discriminatorios¹⁶. Ahora bien, 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 cualitativo¹⁷. Dicho más sencillamente, las mujeres no son un colectivo sino la mitad de la población y, por ello, es entendible que la mayor parte de las medidas de acción positiva se hayan destinado a paliar la desigualdad entre hombres y mujeres, pues es la causa de discriminación más arraigada en la sociedad y a la que mayor esfuerzo normativo se ha dedicado.

La preferencia profesional en supuestos de identidad o equivalencia de méritos se ha puesto en juego hasta el momento presente, para permitir un reequilibrio que favorezca a un género (el femenino, de manera paradigmática) respecto del otro. Por ello, no sabemos qué valoración o qué criterio se acogería respecto de otras causas de diferencia de tratamiento para las que las Directivas sobre discriminación admiten la licitud de las medidas de acción positiva: edad, discapacidad, convicciones religiosas u opinión, orientación sexual, etnia o raza. En principio, por la forma en que argumentan las sentencias expuestas, y tomando en consideración que la redacción de las Directivas cuando admiten las medidas de acción positiva es prácticamente idéntica para esas causas de trato diferenciado, se podría entender extensible analógicamente a esas otras causas¹⁸, máxime cuando el art. 7.1 de la Directiva 2000/78/CEE ya señalaba que “con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1”. Obviamente, las medidas de favorecimiento de los miembros de los colectivos discriminados, dado que en sí contravienen la igualdad estricta tienen un alcance temporal forzosamente limitado. Alcanzada la situación de igualdad propuesta, deberá cancelarse su vigencia¹⁹.

En nuestro ordenamiento, este tipo de acciones gozan de sustento constitucional²⁰ cuando el artículo 9.2 CE, como complemento al principio de igualdad contenido en el artículo 14 CE, obliga a los “poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”²¹. Como ya advirtiera la mejor

¹⁵ También aparecen recogidas en la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (art. 5) y en la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (art. 7).

¹⁶ 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*, cit., p. 142.

¹⁷ LOUSADA AROCHENA, J., CABEZA PEREIRO, J. y NUÑEZ CONTRERAS, P.: *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, 2a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 37.

¹⁸ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE”, *Femeris*, vol. 4, 2019, p. 67.

¹⁹ CHARRO BAENA, P.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el ámbito laboral”, cit., p. 331.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: “Las medidas de acción positiva”, en CASAS BAAMONDE, M^a E. (Et. Al) (ed.) *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, Madrid, 2023, p. 339.

²¹ Avaladas por el Tribunal Constitucional, tempranamente pudimos leer que “este respecto, entre los posibles elementos justificadores del distinto tratamiento normativo, se encontrarán indudablemente aquellas “medidas de acción positiva en beneficio de la mujer” (STC 3/1993, fundamento jurídico 3º), en virtud de las cuales la persona de sexo femenino,

doctrina, frente a la limitación contenida en la LOIEMH acerca de que las acciones positivas que pueden adoptar los poderes públicos a favor de las mujeres se establecen para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, esto es, con referencia al pasado, también son posibles las acciones positivas de futuro, que promueven el cambio hacia un nuevo modelo integrador²². Desde esta perspectiva, las acciones positivas tienen una dimensión colectiva o social, toda vez que materializan la articulación de una serie de medidas que favorecen de forma exclusiva o predominante a los sujetos pertenecientes a un colectivo determinado de víctimas de una discriminación, para compensar los efectos de la desigualdad y alcanzar la igualdad, no solo de trato (eso se logra con la eliminación de la discriminación singular) sino de oportunidades.

La posibilidad de adoptar medidas de acción positiva debe considerarse una excepción al principio de igualdad y tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque fueran discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que existen en la realidad en la vida social, habiendo exigido la jurisprudencia comunitaria²³, en una interpretación después acogida por los tribunales nacionales, que dicha preferencia no sea automática, sino que impone un examen individualizado y objetivo, en cada caso particular, de la candidatura masculina que presente cualificaciones iguales que la femenina²⁴. En suma, la acción positiva es una medida temporal que los poderes públicos o, como veremos, también los agentes sociales “emprenden en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”²⁵.

Con su impulso se pretende eliminar o compensar las situaciones de desigualdad de hecho que afectan a determinados colectivos que poseen un rasgo diferenciador común²⁶ y aunque ya hemos referido que, en el ordenamiento jurídico español, la LOIEMH hizo una notable apuesta por las medidas de acción positivas como herramienta prioritaria para “corregir estructuras arraigadas en la sociedad más allá de la igualdad formal reconocida en la norma”²⁷. Aun así, sus resultados no han sido todo lo satisfactorios que cabría esperar; con todo, la premisa en la que se funda toda medida de acción positiva es la existencia de una situación fáctica de desigualdad,

como sujeto protegido de las mismas (STC 229/1992, fundamento jurídico 2º), pero sobre todo como agente o sujeto activo de su propia realización personal, pueda contribuir a poner fin a una situación de inferioridad en la vida social y jurídica, caracterizada por la existencia de numerosas trabas de toda índole en el acceso al trabajo y en la promoción a lo largo de la actividad laboral y profesional (STC 128/1987, fundamento jurídico 5º).

²² LOUSADA AROCHENA y otros, *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, cit., p. 115.

²³ A partir de la STJCE 11-11-1997, asunto Marschall, parece claro que este tipo de acciones son admisibles siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que la preferencia se otorgue en un sector en el que la mujer se encuentra infrarrepresentada; b) que se aplique entre candidatos de igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales; c) que se garantice una valoración objetiva de las candidaturas, teniendo en cuenta todas las circunstancias personales de los candidatos e ignorando la preferencia concedida a las mujeres cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor de un candidato varón; y d) que tales criterios de valoración no discriminen a las candidatas femeninas. Una tesis que el Tribunal reiteró poco después en la STJCE 28-3-2000, asunto Badeck y en la STJCE 6-7-2000, asunto Abrahamsson (en un supuesto en el que Suecia había sobrepasado los límites de la acción positiva y había generado un desequilibrio a favor de las mujeres). C. ARAGÓN GÓMEZ, “El gobierno del empleo y el desempleo”, en *Empleo y protección social: XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2023, p. 231.

²⁴ 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*, cit., p. 149.

²⁵ STC 216/1991.

²⁶ ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, cit., p. 113.

²⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, en MERCADER UGUINA, J. R. (ed.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 187.

pues, sin la concurrencia de este requisito, esta intervención se convertiría, simple y llanamente, en una discriminación con respecto al colectivo al que se exige un sacrificio en beneficio de la sociedad. Estamos, por tanto, ante una medida de carácter absolutamente excepcional, cuya adopción solo es admisible de manera temporal y cuando no se pueda lograr la igualdad real mediante un sistema que no implique un trato desigual.

La acción positiva, al presentar una naturaleza esencialmente colectiva, busca el equilibrio de magnitudes estadísticas y, en consecuencia, responde a situaciones de discriminación social o colectiva²⁸. La acción positiva o afirmativa supone el trato desigual favorable orientado a compensar las desventajas de colectivos tradicionalmente relegados. En el ordenamiento jurídico español, es el art. 11 LOIEMH el que establece sendos mandatos tanto a los poderes públicos como a los sujetos privados. Y así, “con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso” para seguidamente añadir en su apartado segundo que “también las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas”. Con la opción asumida por el legislador español, se establece una norma de naturaleza prescriptiva²⁹, dirigida a los poderes públicos y, con matizaciones, a los sujetos privados. Esta calificación ya constituye un avance sobresaliente³⁰, tanto en sede judicial como doctrinal, pues el articulado de la LOIEMH ha sido considerado derecho duro (hard law) con carácter general solo por una literatura jurídica minoritaria.

1.4. El papel de Conferencia Sectorial de Igualdad en la consecución de este propósito

Conocida la importancia de la gobernanza y coordinación del entramado institucional, cabe hacer mención al papel que a este respecto puede jugar la Conferencia Sectorial de Igualdad³¹, como órgano de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de políticas de igualdad. Como señala el artículo segundo de su reglamento de funcionamiento, esta conferencia tiene como finalidad primordial conseguir la máxima cooperación, colaboración, coherencia y eficacia en la determinación y aplicación de las diversas políticas que, en materia de igualdad de trato y oportunidades entre las personas, especialmente entre mujeres y hombres, educación en igualdad, la prevención de las distintas formas de violencia contra la mujer por razón de género y atención a sus víctimas, mujeres y menores, la atención y protección a las víctimas de trata con fines de explotación sexual, la lucha contra la discriminación basada en cualquier condición personal o social y la asistencia a sus víctimas, así como el fomento de la participación social y política de las mujeres, definan la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, mediante el intercambio de informaciones y de puntos de vista, y el examen en común de los problemas que puedan plantearse y de las acciones proyectadas para afrontarlos y resolverlos. Las funciones que habría de desarrollar por la Conferencia Sectorial de Igualdad para el cumplimiento de sus fines serán, entre otras, las siguientes:

²⁸ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “Mujer y acceso al mercado de trabajo”, *Adapt. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, 2018, p. 62.

²⁹ STSJ (CA) Comunidad Valenciana 24-2-2021 (Rº 134/2021)

³⁰ En gráfica expresión de GARCÍA CAMPA, S., “La discriminación por omisión de acciones positivas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 134/2021, de 24 de febrero”, *CEF. RTSS*, vol. 259, 2021, p. 261.

³¹ Su reglamento de organización y funcionamiento puede consultarse en [R_CS_Igualdad_27_05_2022.pdf.pdf](https://www.mpr.gob.es/R_CS_Igualdad_27_05_2022.pdf.pdf) (mprfp.gob.es).

- a) Ser informada sobre los anteproyectos de leyes y los proyectos de reglamentos del Gobierno de la Nación o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas cuando afecten de manera directa al ámbito competencial de las otras Administraciones Públicas, o cuando así esté previsto en la normativa sectorial aplicable.
- b) Establecer planes específicos de cooperación entre Comunidades Autónomas en el ámbito de las políticas de igualdad, así como homogeneizar criterios técnicos, intercambiar información y datos estadísticos, procurando la supresión de duplicidades y la racionalización y eficiencia de los servicios públicos.
- c) Intercambiar información sobre las actuaciones programadas por cada una de las Administraciones Públicas en ejercicio de sus competencias, y que puedan afectar a las otras Administraciones.
- d) Establecer mecanismos de intercambio de información para los estudios, especialmente de contenido estadístico, encuestas, investigaciones y campañas de ámbito nacional a realizar sobre los distintos ámbitos de actuación de la Conferencia Sectorial.
- e) Fijar los criterios objetivos que sirvan de base para la distribución territorial de los créditos presupuestarios afectados y efectuar un seguimiento de los programas desarrollados por las Comunidades Autónomas con cargo a esos créditos, así como su distribución al comienzo del ejercicio económico, de acuerdo con lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- f) Participar en la elaboración, desarrollo y seguimiento de los planes y programas estatales que se articulen para la ejecución de las políticas que integran el ámbito de actuación de la Conferencia Sectorial, así como efectuar el seguimiento y evaluación de la ejecución de las normas y planes estatales existentes.
- g) Garantizar el derecho a la información a todas las Comunidades Autónomas en los temas que, afectando a la materia propia de esta Conferencia Sectorial, sean objeto de atención en los órganos correspondientes de la Unión Europea, tanto en la fase de formulación de la posición española, como en la de ejecución de políticas comunitarias, incluyendo el traslado de peticiones u observaciones de dichas Comunidades Autónomas a los órganos europeos correspondientes, todo ello, sin perjuicio de las competencias de la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea.
- h) Facilitar información a las Comunidades Autónomas sobre tratados internacionales y actuaciones de organizaciones internacionales en las materias descritas.
- i) Acordar la organización interna de la Conferencia Sectorial y de su metodología de trabajo.
- j) Cualesquiera otras actuaciones que contribuyan a asegurar la necesaria cooperación, coherencia y eficacia en su caso, de las actuaciones de los poderes públicos en materia de igualdad.

1.5. El distintivo “Igualdad en la empresa”

La LOIEMH dispuso la creación de un distintivo de carácter público que reconociese a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores. Este mandato, contenido en el art. 50.4 de la referida Ley, fue desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa”³². Respecto a los

³² Su última modificación se produjo con el RD 333/2023, de 3 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa”.

requisitos para solicitarlo, cualquier entidad o empresa, de capital público o privado, que ejerza su actividad en territorio español, podrá presentar su candidatura al Ministerio de Igualdad para la concesión del distintivo empresarial. Con una periodicidad anual, el Ministerio convoca el procedimiento para la concesión del distintivo, debiendo las empresas solicitantes aportar la siguiente documentación: a) texto o textos íntegros en los que conste el plan de igualdad o las políticas de igualdad así como el diagnóstico que sirvió de base para su realización así como toda la documentación que complementa unos y otros; b) el balance sobre las medidas o planes de igualdad implantados; y c) cualquier otra documentación que contribuya al mejor conocimiento del plan o de las políticas de igualdad en la empresa candidata. En los supuestos en los que esta haya solicitado u obtenido un distintivo análogo de otras administraciones públicas aportará también copia de la correspondiente solicitud o de la resolución que acredite su concesión.

Para proceder a la evaluación de cada una de las empresas, se constituirá una comisión que, conforme a lo dispuesto en el art. 10 RD, centrará su análisis en la “implantación y resultados de las medidas contenidas en los planes de igualdad o en las políticas de igualdad, en la aplicación de medidas de acción positiva y, en su caso, en el establecimiento de procedimientos y criterios de evaluación periódica del plan o de las políticas de igualdad. La evaluación atenderá igualmente a la dimensión de las empresas y, específicamente, a las especiales características de las pequeñas y medianas”. En lo que hace a los indicadores que serán objeto de evaluación, precisa el texto reglamentario que la valoración se basará, fundamentalmente, en los siguientes aspectos: a) claridad y rigor en el diseño, definición de los objetivos y de los medios para la implantación y desarrollo de las medidas que integren el plan, o las políticas de igualdad; b) la adecuación del mismo al objetivo de hacer frente a las discriminaciones por razón de género en el conjunto de la empresa; c) la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas, atendiendo al equilibrio entre objetivos, medios y plazos establecidos; d) la posible coordinación con las actuaciones similares desarrolladas por otras empresas, especialmente en el mismo sector o sectores de actividad; e) la implicación tanto de los representantes del personal como del conjunto de la plantilla en el compromiso empresarial en materia de igualdad; f) la participación de los representantes del personal si los hubiere y de no haberlos de la plantilla en su conjunto en el diagnóstico, diseño, control y evaluación de las medidas que integran el plan; g) la participación de personas con cualificación especializada en igualdad y no discriminación por razón de género en el diagnóstico, diseño, implantación y evaluación del plan o de las políticas de igualdad; h) la constitución de comités o comisiones específicas para velar por el desarrollo del plan o de las políticas de igualdad; i) el compromiso de la alta dirección de la empresa con la consecución de la igualdad real y efectiva; j) el diseño, implantación y evaluación de medidas de acción positiva contra las discriminaciones; y finalmente k) la adopción de medidas innovadoras que contribuyan efectivamente a la eliminación y prevención de situaciones de discriminación entre mujeres y hombres.

En lo que hace al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo se valorarán básicamente los siguientes ítems: a) la desagregación por sexo de los datos relativos al personal que integra la empresa (edad, tipo de vinculación con la empresa, niveles, grupos profesionales o puestos de trabajo) y su evolución en los últimos años; b) la desagregación por sexo de los datos relativos a la retribución del personal y su evolución en los últimos años; c) la aplicación de criterios de acceso y de promoción profesional adecuados al principio de igualdad y no discriminación; d) la aplicación de criterios de clasificación profesional y de retribución que cumplan con los parámetros de publicidad, objetividad y transparencia; e) el establecimiento de medidas de organización del tiempo de trabajo (jornada y horarios, turnos, vacaciones, entre otras) que faciliten la conciliación y/o el establecimiento de otras medidas con la misma finalidad (entre otras, las relativas a las mejoras y beneficios sociales, al trabajo a distancia o a la movilidad

geográfica); f) el establecimiento de medidas de sensibilización y divulgación que conciencien a los hombres sobre la corresponsabilidad, evitando que la maternidad sea una desventaja profesional; y g) la puesta en marcha de una oferta formativa que permita corregir las carencias de capacitación de las mujeres en puestos en que se encuentren subrepresentadas, especialmente en aquellos de mayor responsabilidad y remuneración.

Finalmente se atenderán aspectos relativos al modelo organizativo, valorando, entre otros, los siguientes ítems: a) la información, formación y sensibilización en igualdad y no discriminación tanto para el conjunto de la empresa como para ciertos grupos o perfiles; b) la existencia de agentes, responsables o unidades de igualdad en los ámbitos de organización y dirección o en otros ámbitos de las relaciones laborales; c) la incorporación de medidas de gestión de la diversidad; d) el diseño de medidas que contribuyan a la eliminación y prevención de las situaciones de discriminación; e) la política de imagen de la empresa, el uso del lenguaje y la publicidad no sexista; f) la implementación de actuaciones de responsabilidad social destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social; g) la integración del compromiso con en las relaciones con terceros (proveedores, clientes, usuarios, contratistas y subcontratistas, integrantes de un grupo de empresas, entre otros) y h) cualesquiera otros aspectos que contribuyan a la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Respecto a la vigencia de este distintivo, su concesión se prevé que alcance cinco años, entendiéndose la primera anualidad cumplida el último día hábil del mes de marzo siguiente, siempre que al menos haya transcurrido un año desde la publicación de su concesión en el “Boletín Oficial del Estado”, estando la empresa obligada a “mantener los parámetros de igualdad durante el plazo fijado en la adjudicación”. Y aunque ciertamente se ha señalado la utilidad de poder suspender o revocar el distintivo pues entra en la lógica del “premio”, sorprende la expresa posibilidad de renunciar al mismo, pues equivale a admitir que los “anteriormente celosos observadores de las prescripciones legales, tienen reconocido el derecho sobrevenido de dejar de respetarlas o, llegado el caso, de violarlas”³³.

1.6. El papel de los agentes sociales en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres

Los interlocutores sociales a todos los niveles desempeñan un papel crucial en el desarrollo y la aplicación del pilar europeo de derechos sociales, de conformidad con su autonomía para la negociación y la celebración de acuerdos y su derecho a la negociación colectiva. Con esta convicción, la negociación colectiva está llamada a desarrollar un papel fundamental para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo. Este destacado papel también se reconoce en la LOIEMH, la cual no solo se promulgó bajo una evidente intención de incorporar la igualdad de género como un principio transversal, sino que incorporó dos singulares herramientas para la consecución de este objetivo: las medidas y los planes de igualdad (artículo 45 LOIEMH, en relación con los artículos 17 y 85 ET).

Y así, “(...) sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos”, se impone un deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los convenios colectivos. Cuando

³³ DE LA VILLA GIL, L.E., “Estudio final. La responsabilidad social corporativa, además de la ley, pero no en sustitución de la ley y, menos todavía, en contra de la ley”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (ed.) *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Granada, Comares, 2012, p. 1308.

se aprobó esta Ley ya sostuvimos³⁴ que la misma reflejaba “un proceso de transición hacia un modelo flexible de regulación normativa, caracterizado por el retroceso de la fuente heterónoma en favor de la autonomía colectiva como mecanismo regulador de las condiciones de trabajo, en la lógica de que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para la gestión consensuada del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales”, y proseguíamos señalando que “el éxito de estos instrumentos y de cualquier medida que potencie la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres necesariamente tiene que conectarse con cambios de actitudes profundos, intensos y permanente y, a tal efecto, si las medidas o los planes de igualdad se acuerdan con la representación legal de las personas trabajadoras se consensua un marco de promoción de la igualdad avalado entre los encargados de su ejecución lo que, sin duda, incrementaría su eficacia”.

La llamada del legislador a la negociación colectiva, para que afronte tanto la ordenación de medidas como de planes de igualdad (art. 45 LOIEMH) se produce a través del establecimiento de un específico deber de negociar estas medidas. La aprobación de la LOIEMH supuso, desde esta dimensión, un punto de inflexión en el papel que el Estado va a atribuir a la negociación colectiva en el avance de la igualdad entre hombres y mujeres. De este modo, y de acuerdo con varios mandatos constitucionales (art. 9.2, 14, 35.1, 39.2 CE), el legislador pretendía promover una igualdad real y efectiva en el mercado de trabajo, implicando a los agentes sociales en dicha función, no sólo prestando especial atención a la prohibición de cláusulas discriminatorias, sino a la promoción de una auténtica igualdad de género que hasta la fecha no se estaba produciendo. Indudablemente, dicha Ley va a promover que la negociación colectiva se convierta en una herramienta poderosa de generación de igualdad: la fuente colectiva más próxima a la realidad de la unidad de contratación resulta especialmente adecuada para “la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo de mujeres y hombres” (art. 43 LOIEMH).

El convenio colectivo, por su propia configuración pactada y dinámica, es un instrumento naturalmente idóneo para adaptar las condiciones laborales a sus unidades negociales en un espacio más apropiado que la Ley, para corregir desequilibrios o desigualdades que se puedan estar dando en las organizaciones productivas³⁵. Desde esta óptica promocional, también el vigente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2023-2025, firmado el 10 de mayo de 2023, no solo configura las directrices que ha de seguir la negociación colectiva en los próximos tres años, sino que se muestra especialmente sensible a la función de garantía de la negociación colectiva para el logro de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, desde una doble perspectiva. Por una parte, se contempla como objetivo transversal del convenio, “debiendo recorrer la igualdad entre mujeres y hombres en todos sus contenidos”, puesto que “la negociación colectiva es el ámbito adecuado para avanzar en las medidas legalmente establecidas y adaptarlas a las realidades de las empresas y centros de trabajo ya las de las personas trabajadoras” (capítulo XII). Y, por otra, dicha específica perspectiva integra la práctica totalidad de materias a las que alude, donde la igualdad de género se promueve, como una dimensión específica a contemplar, tanto en las materias clásicas como la ordenación de los salarios y de modo particular en la estructura salarial (capítulo VI.1), como en el diseño de los sistemas de clasificación profesional o el tiempo de trabajo (capítulo IX), así como en la reglamentación de la normativa de seguridad y salud laboral (capítulo VII), incluyendo un capítulo específico referido a la violencia sexual y de género (capítulo XV), repercutiendo así mismo en la regulación de

³⁴ NIETO ROJAS, P., “Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación.”, en MERCADER UGUINA, J. R. (ed.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 396.

³⁵ MOLERO MARAÑÓN, M. L.; “La evolución reciente del papel de la negociación colectiva en el avance de la igualdad de género: planes de igualdad, negociación sectorial y procesos de subcontratación”, *Revista Derecho Social*, vol. 103, 2023, p. 206.

condiciones que impone el cambio tecnológico relativos al teletrabajo (capítulo X) o al derecho a la desconexión digital (capítulo XI). En suma, la igualdad de género impregna todo el contenido del Acuerdo Interconfederal como no había ocurrido con ninguno de los Acuerdos para el Empleo y la Negociación colectiva precedentes, desde 2010.

Ahora bien, más allá del plan de igualdad, hay que subrayar que toda empresa asume la obligación legal de establecer garantías efectivas de igualdad de trato y oportunidades, estableciendo el conjunto de medidas preventivas necesarias y adecuadas para alcance el fin propuesto. De este modo, a la dirección de la empresa se le impone siempre un deber objetivo de cuidado para evitar que se produzca una vulneración del principio de igualdad y no discriminación por razón de género. Ello debería suponer, aparte de los imperativos legales, un cambio en la cultura empresarial que ha sido uno de los grandes obstáculos para la igualdad efectiva de las mujeres en el mercado y en el lugar de trabajo³⁶.

2. El papel de las administraciones públicas en la promoción de la igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo

La aplicación del principio de transversalidad de género no excluye, sin embargo, la posibilidad de contemplar políticas o actuaciones específicas de impulso al empleo femenino, en general, y a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular. Es un modo de hacer que encuentra soporte en la necesidad de mantener un trato distinto a colectivos desiguales, hoy en día también nutrida por el concepto de interseccionalidad, es decir, se trata de dar respuesta a situaciones en las que confluyen distintas fuentes de posible discriminación o de desigualdad³⁷. El sistema de bonificaciones a la contratación, de acuerdo con un variado entramado de situaciones sociolaborales, podría entenderse como la aplicación práctica de este planteamiento.

De otra parte, cabe destacar la importancia de promocionar acciones dirigidas a la reducción del trabajo informal, siendo el factor realmente decisivo a los efectos de incrementar el porcentaje de mujeres que realicen este tránsito a la formalidad la eficacia de las políticas públicas que favorezcan la integración en sistemas de protección social a quienes prestan servicios fuera de los cauces formalizados. Una característica esencial del empleo de las mujeres es la sobrerrepresentación femenina en el sector informal, tanto en el empleo asalariado como en el trabajo por cuenta propia; en demasiadas ocasiones, las mujeres buscan en el emprendimiento las oportunidades que el mercado laboral formal no les proporciona. La evidencia empírica muestra una relación estrecha entre informalidad –medida como ausencia de registro de contribuciones a la Seguridad Social– y empleo independiente. Para muchas mujeres, el microemprendimiento aparece entonces como un refugio alternativo a las trabas del trabajo formal por cuenta ajena, en cuanto que permite una mayor flexibilidad para acomodar sus responsabilidades familiares y desplegar un abanico mayor de oportunidades para desarrollar una actividad económica. A este respecto, el *Global Entrepreneurship Monitor Women (GEM Women)*³⁸ cuantifica en más de un tercio las mujeres que emprenden una actividad económica por cuenta propia y lo más relevante destaca que la proporción de microempresarias aumenta cuanto menor es el nivel de renta media del país. Sin embargo, el hecho de que sea frecuente que este trabajo se desarrolle como actividad irregular implica que la protección social sea inexistente, con las dificultades para el acceso a prestaciones propias, de ahí la importancia que las políticas públicas dirigidas al emprendimiento lancen “un planteamiento en positivo que presente el autoempleo no como

³⁶ LÓPEZ INSUA, B., *El principio de igualdad de género en el Derecho social del Trabajo*, cit., p. 45.

³⁷ *Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014*, p. 25.

³⁸ El último puede consultarse en GEM (Global Entrepreneurship Monitor) (2023). *Global Entrepreneurship Monitor 2022/23 Women's Entrepreneurship Report*, accesible en <https://www.gemconsortium.org/file/open?fileId=51352>

un mal menor, sino como una opción atractiva, lo que redundará en mayores tasas de éxito en el emprendimiento femenino, ahora por debajo de la tasa de éxito que logran los varones”³⁹.

3. Políticas públicas y acciones positivas para la promoción de la igualdad en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Ya hemos referido que la LIND aspira a convertirse en el mínimo común normativo del Derecho antidiscriminatorio español, no solo de sus definiciones, sino también de sus garantías básicas, ya que en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas.

Para la consecución de este propósito, el legislador, al igual que planteó la LOIEMH establece dos ámbitos para promover políticas de igualdad: los poderes públicos y las propias empresas, aunque con “fórmulas de distinto orden. En este sentido, sin embargo, no se impide, tampoco, que en el seno de lo público se lleven a cabo las medidas que originalmente se han planteado para las empresas, en tanto que, como empleadores, pueden acometer, del mismo modo, aquellas medidas”⁴⁰. En una clara apuesta por su completitud en lo que hace a su ámbito subjetivo, el art. 2.4 LIND dispone que “las obligaciones establecidas en la presente ley serán de aplicación al sector público. También lo serán a las personas físicas o jurídicas de carácter privado que residan, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia, en los términos y con el alcance que se contemplan en la presente ley y en el resto del ordenamiento jurídico. A los efectos de esta ley se entenderá comprendido en el sector público:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las comunidades autónomas.
- c) Las entidades que integran la Administración Local.
- d) La Administración de Justicia.
- e) El sector público institucional, en los términos establecidos en el artículo 2.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- f) Las asociaciones y fundaciones constituidas por las Administraciones, entes, organismos y entidades que integran el sector público”.

En lo que hace al alcance de esta actuación promocional, el capítulo II del título II de la Ley 15/2022, titulado “Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva”, contempla una batería de medidas que sí que pueden categorizarse propiamente como medidas de promoción, aunque, al tiempo, también “contiene medidas de prevención e incluso de garantía, por lo que el legislador debería haber sido más preciso jurídicamente”⁴¹ y haber empleado una rúbrica más amplia donde se distingan la diferente naturaleza y funciones de las acciones que, bajo su mandato, pueden impulsarse. Aun así, señala el preámbulo de la referida norma que la observancia de este mandato debe tomar en consideración la dimensión transversal de la igualdad de trato y no discriminación, por lo que establece la necesidad de elaborar una Estrategia Estatal para la igualdad de trato y no discriminación, como instrumento principal que permitirá planificar toda la actividad del Estado en la materia. La norma incluye, además, el principio de colaboración entre todas las Administraciones públicas y en

³⁹ Género y políticas públicas. Claves para una acción política, p. 2.

⁴⁰ VILA TIerno, F., “La promoción pública de la igualdad”, *cit.*, p. 10 del ejemplar electrónico.

⁴¹ IGLESÍAS BÁREZ, M., “Políticas públicas y acciones positivas para la promoción de la igualdad en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación”, *cit.*, p. 213.

cumplimiento de las observaciones de diversos organismos internacionales, se establece el deber de los poderes públicos de recoger y sistematizar datos con vistas al diagnóstico de la realidad y al diseño de las políticas más adecuadas en materia de igualdad de trato y no discriminación⁴².

Respecto a cómo se materializa esta acción promocional, señala, en primer lugar, el art. 33 LIND que, con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, “los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva por razón de las causas establecidas en esta ley e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato y no discriminación real y efectiva en las relaciones entre particulares”. Seguidamente, su apartado segundo abre la puerta a que las empresas puedan “asumir la realización de acciones de responsabilidad social consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las empresas o en su entorno social. En todo caso, se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones adoptadas”. El despliegue de estas acciones podrá ser concertada con la representación de los trabajadores, así como con las organizaciones cuyo fin primordial sea la defensa y promoción de la igualdad de trato y no discriminación y los organismos de igualdad de trato. Las empresas podrán hacer uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, de acuerdo con las condiciones establecidas en la legislación general de publicidad. Seguidamente, el art. 33.3 LIND insta a los poderes públicos a fortalecer “las medidas de prevención y fomento de la denuncia de acciones de discriminación, violencia e incidentes y discurso de odio, evitando cualquier espacio de impunidad, dotando a los poderes públicos y a las organizaciones de la sociedad civil de instrumentos eficaces para intervenir en los distintos ámbitos protegidos por la ley” para después incidir en actuaciones preventivas, de manera que “los poderes públicos promoverán la enseñanza, formación y sensibilización en los valores democráticos, constitucionales y de los derechos humanos encaminados a erradicar prejuicios, conocimientos defectuosos, adoctrinamientos, fanatismos o radicalizaciones que alimenten la discriminación o la intolerancia, así como las conductas de estigmatización, hostilidad, odio y violencia, fortaleciendo comportamientos inspirados en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de las personas, la igualdad, la libertad, la solidaridad, la justicia, la tolerancia, la no violencia, el pluralismo y la interculturalidad” -art. 33.4 LIND-.

Conviene recordar además que la interpretación del contenido de la LIND, conforme al artículo 7, así como la actuación de los poderes públicos se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos. Al igual con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, teniendo en cuenta asimismo las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales. En el supuesto de que se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes.

Nuevamente, el legislador hace copartícipes a los agentes sociales en esta acción promocional, toda vez que el art. 10 LIND señala que “sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, la negociación colectiva no podrá establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo, por las causas previstas en esta ley” para seguidamente añadir que “los poderes públicos fomentarán el diálogo con los interlocutores sociales, a fin

⁴² MORALES VÁLEZ, C.; “Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”, en SEMPERE NAVARRO, A. y GARCÍA GIL, B. (eds.), Sepin, Madrid, 2022.

de promover la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas”. También faculta a la negociación colectiva para, en su caso, establecer medidas de acción positiva para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo por las causas previstas en esta ley. Como parte de las medidas que, en su caso, pudieran acordarse en el marco de la negociación colectiva, podrán establecerse conjuntamente por las empresas y la representación legal de los trabajadores, objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica de esta actuación.

Para valorar la eficacia de esta actuación, conviene conocer cómo han acogido los convenios este mandato; pues bien, si tomamos como fuente la estadística de convenios firmados en 2022, observamos que la inclusión de este tipo de cláusulas no es muy frecuente, situándose en menos del 40% los convenios que contemplan algún tipo de medida de promoción de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres, y desciende al 35% respecto a otros colectivos.

CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO

CCT

CCT-I.3.3 CONVENIOS FIRMADOS Y SUS TRABAJADORES CON INFORMACIÓN SOBRE CLÁUSULAS CUALITATIVAS. CONVENIOS DE ÁMBITO SUPERIOR A LA EMPRESA 2022

REGISTRADOS HASTA JUNIO DE 2023
FIRMADOS EN 2022

TIPOS DE CLÁUSULAS	CONVENIOS		TRABAJADORES	
	Valores absolutos	En % (1)	Valores absolutos	En % (1)
IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN				
Términos en los que se debe negociar un plan de igualdad	114	31,15	1.896.861	52,10
Para empresas de más de 250 trabajadores	58	15,85	1.272.852	34,96
Para empresas de menos de 250 trabajadores	87	23,77	1.277.365	35,08
Medidas de promoción de la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres	145	39,62	2.021.797	55,53
En materia de contratación	126	34,43	1.937.837	53,22
En materia de formación	106	28,96	1.506.946	41,39
En materia de promoción	113	30,87	1.515.509	41,62
En materia de salarios	125	34,15	1.623.752	44,59
En materia de estabilidad en el empleo	93	25,41	1.401.135	38,48
Medidas de preferencia a favor del sexo menos representado (acciones positivas)	40	10,93	519.075	14,26
En materia de contratación	33	9,02	448.466	12,32
En materia de formación	27	7,38	373.467	10,26
En materia de promoción	28	7,65	411.506	11,30
En materia de adaptación de la jornada laboral a la vida familiar	26	7,10	399.506	10,97
Medidas para prevenir el acoso sexual o el acoso por razón de sexo	192	52,46	2.200.426	60,43
Medidas para la protección de las víctimas de violencia de género	149	40,71	1.637.214	44,96
Medidas de promoción de la igualdad de trato y oportunidades no discriminatorias	130	35,52	1.368.480	37,58

Finalmente, la DA 2ª RD 901/2020 señala que “con el fin de impulsar la adopción e implantación de planes de igualdad en las empresas, así como su seguimiento y evaluación, la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, a través del Instituto de la Mujer, promoverá, con la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, medidas de fomento, apoyo y asistencia técnica, consistentes, entre otras, en la promoción y realización de acciones formativas, puesta a disposición de guías y manuales de referencia, y cualesquiera otras que puedan resultar necesarias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”. Seguidamente, la DA 3ª del mismo texto reglamentario, contempla que “el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Igualdad, con la colaboración, en su caso, de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, podrán realizar y distribuir guías y protocolos de buenas prácticas que permitan superar estereotipos de género en la contratación y promoción, en especial entre el personal con responsabilidades en materia de recursos humanos dentro de las empresas que garantice una efectiva integración de la perspectiva de género en las mismas”.

3.1. Manifestaciones de este compromiso: La Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación

A partir de principios inspiradores como la prevención, atención y eliminación de todas las formas de discriminación, el impulso de la aplicación transversal de la igualdad de trato en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas y la coordinación entre las diferentes administraciones públicas y la colaboración entre las mismas, los agentes sociales y la sociedad civil organizada (exposición de motivos LIND), se señala un doble objetivo en aras de la protección de la igualdad y no discriminación: por un lado, prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación a través del enfoque preventivo. Por otro, reparar cualquier vulneración de este derecho, con un sistema de garantías que incluye un régimen de infracciones y sanciones que permite compensar a las víctimas de discriminación, es decir, no solo busca sancionar a quien lleve a cabo conductas consideradas discriminatorias, sino que pretende evitar que estas se produzcan, al igual que la LOIEMH. De hecho, una cuestión importante recogida por ley relacionada con este espíritu preventivo es el mandato a los poderes públicos de promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación y la necesidad de elaborar una Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y no Discriminación como instrumento principal de planificación de toda la actividad del Estado en la materia (título II)⁴³. Y así, al igual que hemos referido respecto al plan estratégico de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el art. 34 LIND anuncia la aprobación de esta estrategia estatal, todavía no hecha pública, la cual se configura como el instrumento principal de colaboración territorial de la Administración del Estado para el impulso, desarrollo y coordinación de las políticas y los objetivos generales de su competencia establecidos en esta ley, sin perjuicio y respetando las competencias del marco estatutario de las comunidades autónomas. El apartado segundo del citado art. 34 señala que “corresponde a la Conferencia Sectorial de Igualdad su preparación, seguimiento y evaluación, garantizándose la participación de las organizaciones representativas de los intereses sociales afectados en cada una de estas fases. La aprobación de la estrategia corresponderá al consejo de ministros” sin que, a fecha de cierre de este trabajo -julio de 2024-, la misma se haya publicado. Respecto a su duración, la misma tendrá carácter cuatrienal y se procederá a su evaluación al término de su duración o cuando se produzcan circunstancias sobrevenidas que hagan conveniente su modificación.

Para poder valorar su eficacia, el Ministerio de Igualdad elaborará un informe de evaluación acerca del grado de cumplimiento del que dará traslado al consejo de ministros, a los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas y a la Comisión competente del Congreso de los Diputados y el Senado. El informe cuatrienal de evaluación contendrá los datos estadísticos disponibles sobre igualdad de trato y no discriminación, así como aquellos necesarios para establecer un sistema de seguimiento y evaluación que permita medir la eficacia de las medidas contempladas, y una memoria económica detallada. Los resultados se harán públicos para su conocimiento general, y deberán ser tenidos en cuenta para la elaboración de las políticas públicas correspondientes.

Respecto a su alcance, la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación incorporará de forma prioritaria:

- a) Los principios básicos de actuación en materia de no discriminación, cuyo desarrollo corresponderá a los planes de la Administración General del Estado en el ejercicio de sus competencias.

⁴³ KAHALÉ CARRILLO, D. K (Dir). *Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación*, Murcia, Laborum, 2023, p. 55.

- b) Medidas dirigidas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación por razón de las causas establecidas en esta ley, sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas. Estas medidas podrán incluir actuaciones dirigidas tanto a víctimas individuales como colectivas e incluir actuaciones tanto de contenido económico como simbólico.
- c) Prestará especial atención a las discriminaciones interseccionales o múltiples que por su propia naturaleza suponen un ataque más grave al derecho a la igualdad de trato y no discriminación.
- d) Medidas dirigidas a la información, sensibilización y formación en igualdad de trato y no discriminación.

La última previsión respecto al despliegue de esta estrategia se contiene en el art. 34.5 LIND cuando señala que “el Ministerio competente en materia de igualdad coordinará, en colaboración con los departamentos ministeriales afectados por la materia, los planes que en el marco de esta Estrategia seguirá el Gobierno en el ámbito de sus competencias”. Al igual que ocurría con las políticas de empleo y también en el desarrollo de las acciones promocionales en favor de la igualdad entre hombres y mujeres, un elemento central para la eficacia de la actuación impulsada por las Administraciones Públicas deviene del correcto engranaje del entramado institucional, cooperación que se trata de asegurar en el art. 35 LIND advirtiendo que “la Administración General del Estado, las administraciones de las comunidades y ciudades con Estatuto de Autonomía y las entidades locales cooperarán entre sí para integrar la igualdad de trato y no discriminación, y la lucha contra la intolerancia, en el ejercicio de sus respectivas competencias y, en especial, en sus instrumentos de planificación y gestión” para seguidamente añadir que “en el seno de la Conferencia Sectorial de Igualdad, podrán adoptarse planes y programas conjuntos de actuación con esta finalidad”. A esta Conferencia le encomienda además (art. 34.2 LIND) la “preparación, seguimiento y evaluación, garantizándose la participación de las organizaciones representativas de los intereses sociales afectados en cada una de estas fases”.

La LIND también contempla acciones de formación y sensibilización, y así el art. 33.4 señala que “los poderes públicos promoverán la enseñanza, formación y sensibilización en los valores democráticos, constitucionales y de los derechos humanos encaminados a erradicar prejuicios, conocimientos defectuosos, adoctrinamientos, fanatismos o radicalizaciones que alimenten la discriminación o la intolerancia, así como las conductas de estigmatización, hostilidad, odio y violencia, fortaleciendo comportamientos inspirados en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de las personas, la igualdad, la libertad, la solidaridad, la justicia, la tolerancia, la no violencia, el pluralismo y la interculturalidad”. Con este precepto “se hace hincapié en la importancia de la formación y la sensibilización como herramienta clave para alcanzar la igualdad real y efectiva. Constituye un instrumento fundamental para poder romper con los fundamentos de la desigualdad y la discriminación, así como para hacer frente a los prejuicios y las conductas intolerantes. Se pretende, así, sensibilizar para contribuir a crear una conciencia social y promover el cambio de la ciudadanía para promover una sociedad solidaria, justa y tolerante donde se fomente la interculturalidad y el pluralismo, todo ello en pro de la defensa de los derechos humanos”⁴⁴. Esta actuación promocional se materializa en el art. 38 LIND cuando establece que “los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, contemplarán en los procesos selectivos y en la formación de su personal, el estudio y la aplicación de la igualdad de trato y la no discriminación. Además, velarán por que el personal externo cuente con esa formación cuando los servicios prestados impliquen una relación directa

⁴⁴ POQUET CATALÁ, R.: “La promoción del Derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva”, *cit.*, p. 100.

con la ciudadanía”. Respecto a la tipología de esta acción pedagógica, el apartado segundo del precitado art. 38 señala que “la formación no solo será teórica, sino también práctica en cuanto a las herramientas que pueden usar los distintos perfiles de personas que trabajan en la administración pública para prevenir y dar respuesta a la discriminación en el ámbito de sus respectivas competencias”. Este mismo compromiso se contempla en el art. 13.2 LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, al establecer que “las administraciones públicas competentes y sus organismos vinculados o dependientes promoverán la información y sensibilización y ofrecerán formación para la protección integral contra las violencias sexuales al personal a su servicio, autoridades públicas y a los cargos públicos electos”. El mandato impuesto a las administraciones públicas se materializa en el II Plan de formación en igualdad y no discriminación del INAP 2022-2024⁴⁵ que establece en su preámbulo que su finalidad es lograr “la inclusión de todas las personas en una sociedad heterogénea, plural y diversa para evitar situaciones de discriminación. Esto supone el traslado del enfoque igualitario al diseño, ejecución y evaluación de todas las políticas públicas que se impulsan desde la Administración General del Estado, desde la perspectiva de la transversalidad y la interseccionalidad de género”.

3.2. La promoción de la igualdad a través del marco regulatorio respecto a subvenciones y regulación en materia de contratación pública

Señala el art. 37.1 LIND que “las administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que las bases reguladoras de las mismas deban incluir la valoración de actuaciones para la efectiva consecución de la igualdad de trato y no discriminación por parte de las entidades solicitantes”. La subvención pública es una modalidad de actividad administrativa de fomento que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público, protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente la satisfacen⁴⁶. La actuación de las administraciones públicas a este respecto también se regula en términos de exclusión, puesto que el art. 37.3 LIND advierte que “conforme al ordenamiento jurídico, las administraciones públicas no subvencionarán, bonificarán o prestarán ayudas públicas a aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sancionadas por resolución administrativa firme por alguna de las infracciones calificadas como muy graves, en los términos y plazos previstos en el Título IV de la LIND”, contemplándose igualmente que “las administraciones públicas en ningún caso podrán otorgar ayudas que tengan por objeto la realización de una actividad o el cumplimiento de una finalidad que atente, aliente o tolere prácticas calificadas como infracciones en el Título IV de esta ley”.

La regulación contenida en la LIND es claramente deudora de la previsión contenida en el art. 35 LOIEMH, de manera que “las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes”. A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad regulado en el art. 50 LOIEMH. Esta legislación ha de completarse con lo previsto en el art. 17.3 a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, cuando

⁴⁵ El cual puede ser consultado en <https://www.inap.es/documents/10136/1818260/II+Plan+Igualdad+INAP+2023-2024.pdf/bf6f3dee-d82a-98ac-6d4e-0bb81ef5dde4> (Fecha de consulta: 5 de junio de 2024).

⁴⁶ GARCÍA CAMPA, S.; VENTURA FRANCH, A., “Hacia una nueva dogmática del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2000*, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 785.

señala que las bases reguladoras de la concesión de las subvenciones deberán concretar los criterios objetivos de otorgamiento de la subvención. Por tanto, en las bases deberán establecerse los requisitos específicos de acceso exigiendo, por ejemplo, que se trate de sectores en los que exista una infrarrepresentación del colectivo al que se dirige, o entre las personas beneficiarias de la actividad, o bien que la entidad solicitante demuestre una experiencia y trayectoria en el desarrollo de actuaciones dirigidas a la igualdad de trato y no discriminación⁴⁷.

El apartado segundo del art. 37 señala además que “las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad de trato y no discriminación y fomentarán la inclusión de criterios cualitativos en la contratación pública que faciliten la participación de miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público”. Consideramos muy plausible esta previsión legal, pues lo que se pretende con estas medidas es incentivar que las administraciones públicas actúen de una forma socialmente responsable cuando contratan suministros o descentralizan sus actividades o servicios, fijando como criterio de preferencia que, ante ofertas equivalentes, gane el concurso la empresa que cumpla ciertos requisitos sociales.

Con estas cláusulas, desarrolladas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público⁴⁸, se incorporan determinados aspectos de índole social (v. gr. la estabilidad en el empleo, la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, una mejor conciliación de la vida laboral o familiar) como criterios también valorados a los efectos de poder contratar con la Administración Pública. El enfoque se centra en que la contratación pública comporte y persiga además un beneficio social, concretando el principio de que la intervención pública tiene responsabilidades sociales con independencia de su ámbito y propugnando la consecución de objetivos sociales de modo transversal en el marco de sus intervenciones⁴⁹. De este modo, las Administraciones Públicas podrán ejercer una política de contratación más justa, a semejanza del consumo responsable llevado a cabo por los ciudadanos y de forma coherente con los objetivos sociales que pretenden alcanzar⁵⁰. En el marco de esta contratación, el papel de los pliegos de condiciones es sustancial pues a sus términos deben sujetarse las proposiciones de los empresarios⁵¹. Con esta decisión, el legislador “lanza al mercado es el mensaje de que para poder acceder a los contratos públicos las empresas contratistas/subcontratistas o proveedores interesadas deberán cumplir ciertas condiciones especiales de contenido social”⁵² y que este tipo de cláusulas podrán ser valoradas a la hora de adjudicar los contratos públicos⁵³. Este tipo de cláusulas puede tener efectos

⁴⁷ POQUET CATALÁ, R.: “La promoción del Derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva”, *cit.*, p. 107.

⁴⁸ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en la redacción dada por la DF 27ª.3 LPGE 2023 (BOE núm. 308 de 24 de diciembre de 2022).

⁴⁹ LESMES ZABALEGUI, S.: “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 13, 2005, p. 66.

⁵⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Un paso atrás en la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública como mecanismo preventivo de conflictos colectivos: comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 220/2017, de 7 de junio de 2017”, *CEF. RTSS*, vol. 415, 2017, p. 196.

⁵¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Apostando por la calidad en el empleo de las mujeres: la contratación administrativa como palanca de la sostenibilidad social”, *Vlex*, vol. Extra 4, 2021, p. 163.

⁵² GALA DURÁN, C., “La gestión socialmente responsable de la cadena de suministro”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (ed.) *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, p. 1210.

⁵³ MORENO MOLINA, A. M., “Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R. (eds.) *La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 206.

ejemplarizantes para el ámbito privado, coadyuvando a crear un modelo de gestión empresarial que incorpore también elementos de gestión en clave social⁵⁴. O, dicho de otro modo, las Administraciones Públicas, a través de una de sus principales actividades (como es la gestión de la contratación), puede (y debe) colaborar en la consecución de la igualdad, partiendo de la convicción de que la contratación pública debe ser socialmente responsable y de que los contratos públicos deben contribuir a construir una realidad más humana y una mejor sociedad para la población⁵⁵. En la actualidad, la contratación con la Administración ha dejado de considerarse como un fin en sí misma y ha pasado a percibirse como una importante herramienta con la que lograr la aplicación efectiva de otras políticas de carácter público. Se ha pasado así de una visión presupuestaria a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas, reflejando en su articulado todos aquellos aspectos relativos a la inclusión de criterios sociales, entre ellos, los de género. En su virtud, prohíbe a las empresas que no tengan plan de igualdad, la contratación con la Administración Pública [art. 71.1.d)] e incluye expresamente la igualdad entre mujeres y hombres entre los criterios cualitativos que podían decantar la contratación, pues se configura como un criterio de adjudicación (art. 145.2. 1º) y como un criterio de desempate (art. 147.1.e). Y, en esta misma línea, la Administración tampoco podrá contratar con empresas que hayan sido sancionadas por infracción muy grave en materia laboral o social de acuerdo con la LISOS. Se trata, sin duda, de un poderosísimo estímulo al cumplimiento, pues debemos tener en cuenta que solamente en el año 2022, se efectuaron en España 183.277 licitaciones por un importe total de 100.692,20 millones de euros (sin incluir impuestos). Y, en ese mismo ejercicio, el nivel de gasto en contratación pública alcanzó el 11,52% del PIB y el 24,11% del total del gasto público⁵⁶.

3.3. La creación de una Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y no Discriminación

Los organismos de igualdad, junto con otros agentes, como los interlocutores sociales y las organizaciones de la sociedad civil, desempeñan un papel clave en la prevención de la discriminación y la promoción de la igualdad. Para contribuir al cambio social, los organismos de igualdad deben estar facultados para llevar a cabo actividades para prevenir la discriminación por los motivos y en los ámbitos contemplados en las Directivas para promover la igualdad de trato. Esas actividades “pueden incluir el intercambio de buenas prácticas, la acción positiva y la incorporación de la igualdad como principio transversal entre las entidades públicas y privadas, así como proporcionarles la formación, información, asesoramiento, orientación y apoyo pertinentes. Asimismo, es fundamental que los organismos de igualdad se comuniquen con las partes interesadas pertinentes y participen en el debate público”⁵⁷. En España, este compromiso se ha materializado en el ámbito de la Administración del Estado con la creación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, como órgano encargado de proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de las causas y en los ámbitos competencia del Estado previstos en esta ley, tanto en el sector público como en el privado. Desde la óptica promocional que ha guiado la elaboración de este

⁵⁴ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L.; “Técnicas de intervención de los poderes públicos sobre el empleo”, en *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Valencia, p. 221.

⁵⁵ SOUTO MARTÍN, S., “La nueva Ley de contratos del sector público: ¿un instrumento para lograr la igualdad efectiva?”. *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2018, vol. 27, núm. 2, p. 45.

⁵⁶ Ministerio de Hacienda, Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. “Las cifras en la contratación pública en 2022”, <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo1.pdf> (fecha de consulta: 3 de mayo de 2024).

⁵⁷ Considerando 22 Directiva (UE) 2024/1500 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación, y por la que se modifican las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE, DOUE núm. 1500, de 29 de mayo de 2024.

trabajo, cabe referir que entre las funciones encomendadas por el art. 40 LIND a esta autoridad independiente, cabe destacar las siguientes:

- g) Promover la adopción de códigos de buenas prácticas en materia de lucha contra la discriminación.
- j) Informar, con carácter preceptivo, sobre la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, así como sobre aquellos planes y programas estatales de especial relevancia en la materia.
- k) Elaborar, en coordinación con los órganos de la Administración General del Estado competentes en materia estadística, informes y estadísticas de carácter periódico, promover estudios sobre igualdad de trato y no discriminación, así como sobre las formas históricas de discriminación estructural, de las que han sido víctimas los grupos a los que pretende proteger esta ley, diseñar y mantener un barómetro sobre igualdad de trato y no discriminación partiendo de un sistema de indicadores y divulgar las actividades, estudios e informes que realice. Al respecto de estas funciones se ha señalado⁵⁸ “que cumplen sobradamente, no solo con las previsiones de las directivas al respecto, sino también con las de las recomendaciones sobre estándares de los organismos de igualdad de trato y de las propuestas de directiva. Sí debe llamarse la atención, empero, sobre el mandato de colaboración con los organismos de la Administración General del Estado, que no debería provocar que la producción de informes, estudios y estadísticas se viera condicionada por el papel que esos organismos pudieran desarrollar, debiendo el organismo gozar de capacidad suficiente para elaborar o contar con sus propias fuentes de información. Así, quizás hubiese resultado conveniente introducir de manera clara una previsión de que el deber de colaboración de las Administraciones públicas con la Autoridad incluye la facilitación obligatoria de los datos necesarios para elaborar sus estudios e informes”. Debe destacarse, además, dentro de esta órbita promocional un nuevo *haz* de competencias relativas a la capacidad de la autoridad para participar en distintos órganos colegiados, como el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración y el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, lo que permitirá al organismo hacer valer sus posiciones o, al menos, trasladárselas al conjunto de actores implicados en estos órganos colegiados.

La Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación se articula como una entidad de derecho público -ex artículo 109 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre (Régimen Jurídico del Sector Público)-, dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa para el cumplimiento de sus fines con plena independencia y autonomía funcional respecto de las administraciones públicas (artículo 41.1).

El organismo de igualdad de trato responde a las características de ser especializado, dotado de una serie de garantías de independencia e imparcialidad que, *a priori*, parecen garantizar el buen funcionamiento del organismo. El organismo se configura, casi a partes iguales, como un organismo con funciones eminentemente de defensa y asesoramiento de las víctimas y de carácter promocional, es decir, mezclando dos de los tres tipos de organismos y dejando únicamente a un lado las competencias decisorias, salvo en lo referente a su constitución como órgano de mediación y conciliación⁵⁹. Con la creación de este órgano, España atiende de manera correcta a lo disciplinado en el art. 5 de la Directiva 2024/1500 que, en materia de sensibilización,

⁵⁸ SOLA BARLEYCORN, I.: “La Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato: su encaje en la legislación de la Unión Europea. Riesgos y oportunidades de su puesta en marcha”, *IgualdadES*, vol. 9, 2023, p. 301.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 310.

prevención y promoción, señala que “los Estados miembros garantizarán que los organismos de igualdad estén facultados para llevar a cabo actividades a fin de prevenir la discriminación y de promover la igualdad de trato. Estas podrán incluir, entre otras, promover la acción positiva e incorporar la perspectiva de género entre las entidades públicas y privadas, proporcionarles la formación, asesoramiento y apoyo pertinentes, participar en el debate público, comunicar con las partes interesadas pertinentes, incluidos los interlocutores sociales, y promover el intercambio de buenas prácticas. Al desempeñar dichas actividades, los organismos de igualdad podrán tener en cuenta las situaciones específicas de desventaja resultantes de una discriminación interseccional, entendida como la discriminación por razón de sexo combinada con uno o varios de los motivos protegidos en virtud de las Directivas 79/7/CEE, 2000/43/CE, 2000/78/CE o 2004/113/CE”.

3.4. La materialización de este compromiso por los sujetos privados. El papel de la responsabilidad social empresarial

Además de las actuaciones específicas impulsadas por los poderes públicos, ya hemos referido que el art. 33.2 LIND invita a que las empresas puedan “asumir la realización de acciones de responsabilidad social consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las empresas o en su entorno social”. A este respecto, conviene recordar que ya el foro de expertos del Ministerio de Trabajo entendió en el año 2005 que “la responsabilidad social de la empresa es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en su gobierno, gestión, estrategia, políticas y procedimientos de las preocupaciones sociales, laborales, medio ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones. Esta definición se aproxima bastante a la noción utilizada por la Comisión Europea a la Responsabilidad Social de las Empresas, la cual se caracteriza por “la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”⁶⁰. La Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas, para el marco temporal 2014-2020, pendiente de actualización, recoge las recomendaciones plasmadas en la Estrategia Renovada de la Unión Europea sobre Responsabilidad Social de las Empresas, y tiene en cuenta además otras iniciativas de organizaciones y organismos internacionalmente reconocidos en la materia, tales como las líneas directrices de la OCDE para las empresas multinacionales, los diez principios de la iniciativa del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, la Guía ISO 26000 sobre responsabilidad social, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos y los principios de inversión responsable de Naciones Unidas.

En el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, cuyos principios 3º a 6º recogen el contenido de la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT⁶¹, expresamente se aboga –principio sexto– por la “eliminación de la discriminación respecto al empleo y la ocupación” y se promueve la adopción de medidas específicas para eliminarla. Evidentemente, el impulso de actuaciones dirigidas a algunos de los colectivos enunciados en el art. 2.1 LIND evidencia una adecuada política de responsabilidad social no solo en su consideración de estas personas como empleados, sino también como clientes/usuarios, como proveedores, como

⁶⁰ MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), *Fundaciones laborales: herramienta para canalizar la responsabilidad social empresarial*, 2010.

⁶¹ Sobre estos principios, DOMÍNGUEZ MARTÍN, R., “La dimensión internacional de la responsabilidad social de la empresa”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (ed.) *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012, pp. 33-36.

accionistas e inversores, y como comunidad externa a la empresa lo que entroncaría con el ámbito de acción social.

Una actuación responsable⁶² debe incorporar como condición *sine qua non* el cumplimiento de la normativa, aunque este epígrafe se situaría en otro plano diferente, concretamente en el de la responsabilidad social que se enclava en el terreno de la voluntariedad, y que constituye un proceso dinámico ajustable a la realidad de cada empresa y sector. La incorporación de la responsabilidad social empresarial afecta transversalmente a la política de la empresa, incluyendo compromisos, actuaciones y prácticas que trascienden la mera acción social. Por ello, se ha entendido que sería de gran interés la creación de indicadores de seguimiento que puedan cuantificarse y realizar un seguimiento del porcentaje del presupuesto de acción social destinado a esta actuación.

La evaluación de las políticas públicas como elemento básico para incrementar su eficacia

Las obligaciones vinculadas al diseño de acciones promocionales deben necesariamente ser sometidas a un proceso de evaluación, pues solo a través de este estudio podrá determinarse cuáles son las óptimas. Por tanto, se impone instalar una cultura de la evaluación, que vaya más allá de validar el diseño institucional de las políticas, paso necesario, pero no suficiente para evaluar las políticas, en general, y las de empleo, en particular. La aplicación de la transversalidad de género así lo exige si lo que se pretende es evaluar el impacto sexuado de las políticas; al tiempo que la propia transversalidad dificulta ese proceso. A menudo faltan los instrumentos necesarios para ello, ya sea metodológicos o de disponibilidad de datos. A nivel europeo, los esfuerzos para mejorar la disponibilidad de indicadores fiables y comparables, oficiales y de acceso público, como los canalizados a través del EIGE, van en esa dirección. A nivel español, esa necesidad fue recogida en la LOIEMH y se empieza a observar ya, por ejemplo, en la necesidad de un informe de impacto de género de las previsiones de gasto de los presupuestos del estado, o en que cada vez es más necesario disponer de un sistema de indicadores que permita la evaluación de las políticas llevadas a cabo. Pero es insuficiente.

Aun así, consideramos que hay que revisar y afinar tanto los procesos de recogida, elaboración, tratamiento y accesibilidad de datos, así como las metodologías de seguimiento y evaluación. A este respecto, la DF 5ª, bajo la rúbrica, “Planes de igualdad y negociación colectiva”, señalaba que “una vez transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno procederá a evaluar, junto a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad, y a estudiar, en función de la evolución habida, las medidas que, en su caso, resulten pertinentes”. Toda vez que la LOIEMH entró en vigor el día 24 de marzo de 2007, ha transcurrido con creces el propio plazo que el legislador se daba para haber procedido a evaluar su impacto sin que, al menos, en el momento de elaboración de este trabajo se conozca el resultado de esta evaluación y, lo que es más preocupante, sin que se sepa la existencia de algún plazo para el cumplimiento de dicha obligación. Aun así, se insta al cumplimiento de dicha obligación legal pues solo esta evaluación permitiría obtener una información cabal y actualizada acerca del desarrollo del mandato lanzado a los agentes sociales. Es más, solo una vez obtenidos y procesados estos datos, se estaría en disposición de comparar los resultados obtenidos con los esperados, y, de obtenerse desviaciones importantes respecto a los objetivos perseguidos con la LOIEMH, proponer las medidas que, en su caso, resulten pertinentes para asegurar la implantación de planes de igualdad en el mayor número de empresas.

⁶² Véase la Guía de Responsabilidad Social Empresarial y Discapacidad editada por la Fundación ONCE y disponible en: http://rsed.fundaciononce.es/introduccion_RSED.html

La evaluación representa la contrastación entre lo diagnosticado y lo planificado, y entre lo planificado y lo que efectivamente se ha realizado. El objetivo de las evaluaciones es determinar la vigencia y efectividad de las medidas y acciones y valorar los resultados obtenidos con ellas, de ahí que también el art. 36 LIND contemple que “con el objeto de hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta ley y en la legislación específica en materia de igualdad de trato y no discriminación, los poderes públicos elaborarán estudios, memorias o estadísticas, siempre que se refieran o afecten a aspectos relacionados con la igualdad de trato, y de acuerdo con los estándares internacionales existentes, que permitan un mejor conocimiento de las causas, extensión, evolución, naturaleza y efectos de la discriminación por razón de las causas previstas en esta ley”.

Seguidamente mandata a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a la Fiscalía General del Estado y al Consejo General del Poder Judicial a recabar los datos sobre el componente discriminatorio de las denuncias cursadas, las resoluciones administrativas y las sentencias judiciales, instando a que los mismos se procesen en los correspondientes sistemas estadísticos de seguridad, publicándose con pleno respeto al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Finalmente, insta a las administraciones públicas a recabar los datos sobre las tipologías de discriminación, en coherencia con las elaboradas por el Ministerio del Interior en su informe anual sobre la evolución de los delitos de odio en España. Como hemos tratado de argumentar en este trabajo, los poderes públicos, en sentido amplio, pueden y deben impulsar acciones promocionales de muy diversa índole (subvenciones finalistas para la realización de planes de igualdad en empresas no obligadas⁶³) tanto respecto a las mujeres como al resto de colectivos señalados en el art. 2.1 LIND. Respecto a la tipología de las medidas adoptadas, estas deberán ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso, con los límites de razonabilidad y proporcionalidad⁶⁴ que, en última instancia, los tribunales habrán de valorar. Además, las Administraciones Públicas pueden actuar como palanca de cambio en el marco de la subcontratación con las posibilidades contenidas en la Ley 9/2017.

4. Bibliografía citada

- ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi; Thomson Reuters, Navarra, 2013.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., “Un paso atrás en la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública como mecanismo preventivo de conflictos colectivos : comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 220/2017, de 7 de junio de 2017”, *CEF. RTSS*, vol. 415, 2017.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “El gobierno del empleo y el desempleo”, en *Empleo y protección social: XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2023.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “Mujer y acceso al mercado de trabajo”, *Adapt. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, 2018.
- CHARRO BAENA, P., “Igualdad y prohibición de discriminación en el ámbito laboral”, en CASAS BAAMONDE, M^a E. (Et. Al) (ed.) *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, Madrid, 2023.

⁶³ Me permito remitir a diversas iniciativas impulsadas por Comunidades Autónomas en NIETO ROJAS, P., “Políticas de las comunidades autónomas para la conciliación de la vida laboral y familiar: El papel de las administraciones públicas en el fomento de la corresponsabilidad”, *Revista Derecho Social y Empresa*, vol. 20, 2024, pp. 18-19.

⁶⁴ GARCÍA CAMPA, S.; VENTURA FRANCH, A., “Hacia una nueva dogmática del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *cit.*, p. 79.

- 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.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Las medidas de acción positiva”, en CASAS BAAMONDE, M^a E. (Et. Al) (ed.) *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, Madrid, 2023.
- DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L., “Técnicas de intervención de los poderes públicos sobre el empleo”, en *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Valencia.
- 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, Madrid, 2019.
- Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2015.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, R., “La dimensión internacional de la responsabilidad social de la empresa”, en López Cumbre, L. (ed.) *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012.
- 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.
- GALA DURÁN, C., “La gestión socialmente responsable de la cadena de suministro”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (ed.) *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Comares, Granada, 2012.
- GARCÍA CAMPA, S., “La discriminación por omisión de acciones positivas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 134/2021, de 24 de febrero”, *CEF. RTSS*, vol. 259, 2021.
- GARCÍA CAMPA, S.; VENTURA FRANCH, A., “Hacia una nueva dogmática del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2000*, Aranzadi, Navarra, 2018.
- Género y políticas públicas. Claves para una acción política*, CSIC, Madrid, 2014, fecha de consulta en <https://www.uah.es/export/sites/uah/es/conoce-la-uah/.galleries/Galeria-de-descarga-de-Conoce-la-UAH/asociacion-genet-informe-genero-politicas-publicas.pdf>.
- IGLESIAS BÁREZ, M., “Políticas públicas y acciones positivas para la promoción de la igualdad en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación”, *IgualdadES*, vol. 9, 2023.
- KAHALE CARRILLO, D. T. (DIR)., *Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación*, Laborum, Murcia, 2023.
- LESMES ZABALEGUI, S., “Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, vol. 13, 2005.
- LÓPEZ INSUA, B., *El principio de igualdad de género en el Derecho social del Trabajo*, Laborum, Murcia, 2017.

- LOUSADA AROCHENA, J. F.; CABEZA PEREIRO, J.; NUÑEZ CONTRERAS., P., *Igualdad y diversidad en las relaciones laborales*, 2a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva”, en SEMPERE NAVARRO, A. y GARCÍA GIL, B. (eds.), Sepin, Madrid, 2022.
- MERCADER UGUINA, J., “Técnica legislativa y legislación transversal: reflexiones al hilo de la ley orgánica de igualdad entre mujeres y hombres”, en *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), *Fundaciones laborales: herramienta para canalizar la responsabilidad social empresarial*, 2010.
- MORALES VÁLLEZ, C., “Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”, en SEMPERE NAVARRO, A. y GARCÍA GIL, B. (eds.), Sepin, Madrid, 2022.
- MORENO MOLINA, A. M., “Disposiciones en materia de contratación administrativa y subvenciones públicas”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R. (eds.) *La ley de igualdad : consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- NIETO ROJAS, P., “El Pilar Social como base para la resiliencia y la igualdad de condiciones en materia de derechos mínimos”, *Revista Ministerio de Trabajo y Economía Social*, vol. 158, 2024.
- NIETO ROJAS, P., “Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación.”, en MERCADER UGUINA, J. R. (ed.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- NIETO ROJAS, P., “Políticas de las comunidades autónomas para la conciliación de la vida laboral y familiar: El papel de las administraciones públicas en el fomento de la corresponsabilidad”, *Revista Derecho Social y Empresa*, vol. 20, 2024.
- PÉREZ GÁZQUEZ, I. M., R., “El Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida social y cultural y su impacto en la esfera laboral”, en *La promoción del Derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva*, Laborum, Murcia, 2023.
- POQUET CATALÁ, R., “La promoción del Derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva”, en *La promoción del Derecho a la igualdad de trato y no discriminación y medidas de acción positiva*, Laborum, Murcia, 2023.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Apostando por la calidad en el empleo de las mujeres: la contratación administrativa como palanca de la sostenibilidad social”, *Vlex*, vol. Extra 4, 2021.
- 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.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE”, *Femeris*, vol. 4, 2019.

- SIERRA HERNÁIZ, E., “La regulación del principio de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad como límite al poder de organización y dirección del empresario”, en *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- SOLA BARLEYCORN, I., “La Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato: su encaje en la legislación de la Unión Europea. Riesgos y oportunidades de su puesta en marcha”, *IgualdadES*, vol. 9, 2023.
- VILA TIerno, F., “La promoción pública de la igualdad”, *Iustel. RGSS*, vol. 64, 2023.
- ZUFIAR NARVAIZA, J. M.: “Una economía al servicio de las personas y el Pilar Social Europeo II,” *Pliegos de Yuste: revista de cultura y pensamiento europeos*, vol. 1 22, 2022

COMUNICACIONES

LA TELEMEDICINA COMO CONTENIDO DE LA ASISTENCIA SANITARIA: SU IMPACTO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

ANA CASTRO FRANCO

*Contratada predoctoral FPU, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades
Universidad de León*

1. La Telemedicina como componente de la E-Salud

En 2005 los Ministros de Salud de los 192 países miembros de la Organización de las Naciones Unidas reunidos en Ginebra con motivo de la 58ª Asamblea de la Organización Mundial de la Salud aprobaron la resolución sobre e-salud, definida como el uso coste-efectivo y seguro de las Tecnologías de la Información y Comunicación en apoyo de la salud y de los ámbitos relacionados con esta, incluyendo los servicios de atención sanitaria, vigilancia de la salud, literatura y educación, conocimiento e investigación¹. La OMS adoptaba una estrategia global en este ámbito, urgiendo a los Estados miembros a implementar planes a largo plazo para desarrollar servicios de cibermedicina. El interés por promover la incorporación de las TIC en el ámbito sanitario fue germinando en otras organizaciones, de manera que en abril de 2004 la Unión Europea estableció un Plan de Acción a fin de crear la llamada “European eHealth Area”, pues la salud digital puede mejorar el acceso y estimular la calidad y eficacia de los servicios ofrecidos. Es más, combinada con cambios organizativos y con el desarrollo de nuevas habilidades, ayuda a ofrecer una mejor atención a un coste menor en un sistema de salud centrado en el ciudadano.

¹ Organización Mundial de la Salud: “Fifty-Eighth World Health Assembly”, Resolución WHA58.28, Ginebra, 2005, disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA58-REC1/english/A58_2005_REC1-en.pdf

Asimismo, la Organización Panamericana de la Salud en 2011 desarrolló en América Latina la estrategia y plan de acción sobre e-salud (2012 - 2017).

La aplicación de Internet, así como los avances en genómica, biotecnología o nanotecnología en la industria de la salud han transformado el modo de predecir, prevenir y tratar las enfermedades en aras de mejorar los procesos clínicos y empresariales². La doctrina científica señala que las nuevas tecnologías como el 5G, IPv6, la nube, la ciberseguridad, el Big Data o la Inteligencia Artificial favorecen la medicina personalizada, precisa, preventiva, predictiva y participativa. La IA se está desarrollando con suma rapidez en todo el mundo, debiendo destacar: de un lado, su conexión con la proliferación de datos, pues sin estos no tendría forma de alimentar y mejorar sus procesos; de otro, su capacidad de producir una huella digital con potencial para mejorar la vida de las personas³. Si bien, desde hace al menos veinte años se ha planteado el uso de las TIC y, recientemente, de la Inteligencia Artificial a los sistemas sanitarios, la pandemia provocada por el COVID-19 ha acelerado la transición al poner de manifiesto la importancia de contar con información precisa, completa y fiable, prácticamente de inmediato.

A la anticipación de eventuales crisis sanitarias, se une la necesidad de afrontar el reto demográfico, la demanda de asistencia social adecuada, la preocupante disminución de trabajadores del sector de la salud y el incremento de los gastos de la atención sanitaria, lo que provoca mayor presión sobre los presupuestos públicos. Distintos ámbitos asistenciales requieren de las tecnologías digitales habida cuenta del crecimiento de la demanda sanitaria; la trascendencia de instaurar vías de comunicación eficaces entre profesionales y unidades, así como canales de información entre el personal y los pacientes; la gestión de la atención sanitaria en orden a reducir/eliminar las listas de espera; la medicina enfocada en buscar la mejor opción para cada caso; la detección temprana de riesgos gracias a los sistemas de información, vigilancia y control epidemiológico; la relevancia de la historia clínica digital; el potencial de la computación; los dispositivos digitales empleados en pacientes con patologías crónicas; el papel de la IA en el diagnóstico y monitorización; los sistemas de diagnóstico en remoto; la impresión 3D de instrumentos quirúrgicos y aparatos médicos; los vendajes inteligentes, píldoras digitales y diversos *wearables*; las tecnologías genéticas; los ingenios de visión inteligente y quirófanos inteligentes; o los exoesqueletos, robots colaborativos y cirugía mediante robots⁴.

Debido a los constantes avances tecnológicos, los conceptos utilizados pueden resultar confusos y en numerosas ocasiones no existen nociones definitivas o aparecen entremezcladas, siendo posible identificar cuatro componentes primarios de la e-salud⁵. En primer lugar, la informática de la salud hace referencia a la integración de redes de información sanitaria y los sistemas distribuidos de historiales y registros médicos electrónicos y servicios asociados para la recogida, análisis y distribución de datos. Segundo, la telesalud y la telemedicina implican la interacción directa o indirecta con proveedores de atención médica, pacientes u otras personas de referencia. El término telemedicina queda circunscrito a servicios de atención médica directa, mientras la telesalud denota una definición más amplia. Tercero, el e-learning alude al uso de las TIC en la enseñanza y educación de proveedores de salud y ciudadanos. En fin, el

² MONEREO MORENO, I. y MORENO VIDA, M.N.: "La e-salud. Hacia la medicina 5P: medicina personalizada, precisa, preventiva, predictiva y participativa", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº Extraordinario 4, 2022, p. 415.

³ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 17 y 18.

⁴ Un excelente análisis en MORENO VIDA, M.N.: "Impacto de la medicina 4.0 en el sistema de salud", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº Extraordinario 6, 2024, pp. 346 y 347.

⁵ Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud: "Marco de Implementación de un Servicio de Telemedicina", Washington, D.C. 2016, disponible en: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/28413/9789275319031_spa.pdf?sequence=6&isAllowed=y

comercio electrónico relacionado con el cuidado de la salud, como el reembolso electrónico, está conformado por sistemas de información hospitalaria que facilitan el control de los servicios prestados y los costes asociados, así como la restante información administrativa.

Pues bien, entre los elementos que configurar la e-salud, la telemedicina consiste en la prestación de servicios de atención de la salud, donde la distancia es un factor crítico, por todos los profesionales sanitarios que utilizan Tecnologías de la Información y de la Comunicación para el intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades y lesiones, la investigación y la evaluación, y para la formación continuada. Por tanto, es considerada una de las mayores innovaciones de los servicios de salud tanto desde el punto de vista tecnológico como el cultural y social, al favorecer el acceso a los servicios de atención sanitaria, mejorar la calidad asistencial y la eficiencia organizativa. El compromiso no es otro que el de aportar soluciones a los retos socioeconómicos actuales, como son el envejecimiento de la población, el aumento de la movilidad, la gestión de ingentes cantidades de información, la competitividad o la optimización de los cuidados, en un contexto signado por las limitaciones presupuestarias y la contención del gasto.

En efecto, los ciudadanos europeos se hacen mayores y se ven progresivamente afectados por enfermedades crónicas, requiriendo una asistencia médica importante; sin embargo, la disponibilidad de asistencia sanitaria en zonas remotas o en relación con determinadas especialidades médicas no siempre es suficiente ni en facilidad de acceso ni en frecuencia de la atención. En sus inicios, la telemedicina se desarrolló para aproximar los servicios sanitarios en lugares alejados con escasez de recursos, mientras la televigilancia mejora la calidad de vida de los enfermos crónicos y reduce las estancias en los hospitales. Con posterioridad, se erige como un medio para avanzar en la calidad asistencial al proporcionar formación y apoyo en la toma de decisiones a profesionales ubicados en zonas alejadas. Más recientemente, evoluciona como una herramienta capaz de lograr una notable eficiencia en los servicios sanitarios, en tanto hace factible compartir y coordinar recursos geográficamente alejados o rediseñar servicios sanitarios. Hoy en día, se encuentran servicios de telemedicina en la mayor parte de las especialidades. Los programas de telemedicina se clasifican en servicios basados en imágenes almacenadas (*store and forward*), eliminando la necesidad de que el paciente y el médico estén disponible al mismo tiempo o lugar, como en la teleradiología, telehistopatología o teledermatología; sistemas de monitorización domiciliaria sobre todo para enfermedades crónicas o afecciones específicas, como las cardiopatías, la diabetes mellitus o la rehabilitación (*home-based services*); y programas de asistencia especializada en tiempo real (*hospital-based services*)⁶. La telemedicina sincrónica supone la transmisión de señales de forma simultánea a su obtención y se destina a su inmediata visualización o procesamiento; por el contrario, en la telemedicina asincrónica, los datos del paciente son obtenidos, almacenados y transmitidos para su posterior evaluación por parte del personal sanitario.

Con todo, otra agrupación viene dada por considerar el tipo de servicio para diferentes especialidades, como la teleradiología y teleconsulta (que contribuyen a acortar las listas de espera, optimizar el uso de los recursos y posibilitar mejoras de la productividad), la telepatología, la teledermatología, la televigilancia, la telecirugía o la teleoftalmología⁷. Otros son los servicios electrónicos de información, los centros de información en línea para pacientes, las consultas/visitas electrónicas a distancia y las videoconferencias entre profesionales sanitarios.

⁶ HERSH, W.R. *et alii*: "Telemedicine for the medicare population: update", Evidence Report/Technology Assessment, n° 131, AHRQ Publication n° 06-E007, Rockville, MD, febrero de 2006, pp. 1-5.

⁷ Comisión de las Comunidades Europeas: "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. La telemedicina en beneficio de los pacientes, los sistemas sanitarios y la sociedad", Bruselas, 4 de noviembre de 2008, COM(2008)689 final.

1.1. Principales servicios

Los servicios de asistencia remota se refieren tanto a las teleconsultas de seguimiento, diagnóstico o tratamiento a distancia del paciente, como a los servicios de telemonitorización de los enfermos, incluyendo en no pocas ocasiones registros de parámetros biológicos y la comunicación electrónica entre profesionales para llevar a cabo acciones coordinadas. Dentro de esta categoría se distingue a su vez entre telemonitorización y telecuidado. Los programas de temonitorización son clave para ampliar las opciones de los pacientes, lograr una atención continua en el hogar, reducir la duración de la estancia hospitalaria, proporcionar un rol a los médicos como segunda línea de soporte en entornos de servicio multiprofesional coordinados por personal de enfermería, y otorgar un papel activo a los interesados que pueden responsabilizarse y tomar el control sobre su enfermedad. De continuar ahondando, la televigilancia tiene por objeto seguir a distancia la situación sanitaria de un paciente con datos recogidos automáticamente, a través de dispositivos personales portátiles, llevables o implantables, o con la colaboración activa del afectado (por ejemplo, introduciendo su peso o medidas diarias del nivel de azúcar en sangre en una página web). Una vez procesados y enviados a los profesionales competentes, los datos son utilizados para optimizar los protocolos de seguimiento y tratamiento. Es particularmente útil en supuestos de personas con enfermedades crónicas, a menudo de edad avanzada, que demandan una vigilancia sostenida en el tiempo, debido a patologías dilatadas, la naturaleza de su estado de salud o la medicación prescrita. El desarrollo y evolución de las Tecnologías de la Comunicación e Información han posibilitado el monitoreo de ECG, niveles de insulina, sistemas de diálisis u otras variables fisiológicas⁸.

La telemonitorización posibilita la adopción de medidas correctoras antes de que surjan complicaciones más graves gracias a la detección de síntomas y parámetros anormales sin esperar a que tenga lugar la consulta rutinaria o de urgencia. De igual forma, sirve para reducir la frecuencia de las visitas a los centros sanitarios, mejorando la calidad de vida del paciente e incrementado la eficiencia de los sistemas de salud. La inversión de la industria en el desarrollo de estos servicios ha sido significativa, dando como resultado aplicaciones tecnológicamente maduras. El cumplimiento por los pacientes de las exigencias que llevan aparejadas los sistemas de televigilancia es alto y las autoridades sanitarias reconocen ya la necesidad de este tipo de servicios. Por ejemplo, la mayoría de los estudios sobre enfermedades pulmonares y diabetes demostraron un alto nivel de aceptación y satisfacción con los sistemas y procesos utilizados. Además, varios estudios sobre pacientes cardíacos e hipertensos mostraron un alto nivel de observancia con los programas de telemonitorización y la transferencia de datos⁹. Sin embargo, sería oportuno no circunscribir los servicios a programas de duración temporal, sin perspectivas serias de integración o generalización. El compromiso de los proveedores de asistencia sanitaria y la actuación concertada de todos los involucrados son esenciales para garantizar un despliegue de dichos servicios en toda la Unión Europea.

La teleconsulta consiste en la aplicación de las TIC para establecer vías de comunicación entre pacientes y sanitarios, o entre estos últimos, por vía directa o por medio de terceros, con la finalidad de buscar información médica o asesoramiento del personal local o externo. En las teleconsultas asincrónicas se envía información para, tiempo después, recibir una valoración, sin necesidad de que las partes estén presentes en la transferencia. Es muy común en determinadas especialidades como oftalmología, neurología, otorrinolaringología y dermatología, donde se remiten imágenes adjuntas para referir consultas o compartir casos clínicos, disminuyendo

⁸ RUIZ IBÁÑEZ, C. *et alii*: "Telemedicina: Introducción, aplicación y principios de desarrollo", *CES Medicina*, Vol. 21, nº 1, 2007, p. 81.

⁹ PARÉ, G. *et alii*: "Systematic review of home telemonitoring for chronic diseases: the evidence base", *Journal of the American Medical Informatics Association*, Vol. 14, nº 3, 2007, p. 273.

costes y desplazamientos¹⁰. En paralelo, es posible capturar imágenes estáticas o en movimiento del paciente, así como audio y texto, proporcionando más datos, y ello se refleja en la calidad de los diagnósticos.

En las teleconsultas sincrónicas la comunicación se lleva a cabo en tiempo real, requiriendo la participación simultánea de los afectados y los profesionales en el envío de la información, involucrando en ocasiones sofisticadas tecnologías en telecomunicación. La telemetría permite la transmisión de datos entre los cuales destacan la valoración fisiológica —incluida la presión sanguínea, el pulso o la saturación de oxígeno— y los exámenes clínicos con la electroencefalografía. Este tipo de teleconsulta se emplea habitualmente en psiquiatría y cirugía, mientras en otras especialidades como dermatología u ortopedia existe un desarrollo significativo de aplicaciones tanto en tiempo real como de almacenamiento y envío. Como ventaja principal cabe destacar que el mayor contacto visual y auditivo con el paciente facilita el reconocimiento de patrones, un diagnóstico temprano, más compenetración, y una mayor recepción a la integración de técnicas adicionales que reforzarían la confianza de la información clínica —auscultación digital—, aun cuando su ejecución demanda de tiempo y una previa comparación de los resultados en tiempo real y asincrónicos¹¹.

Por su parte, los servicios de gestión administrativa de pacientes abarcan la solicitud de analíticas, así como aspectos relacionados con la facturación por la prestación de servicios. La formación a distancia suministra pautas y evidencias que faciliten la educación y reciclaje de los sanitarios. La evaluación y la investigación colaborativa en red sirven para compartir y difundir buenas prácticas, así como para crear conocimiento a través de sus miembros.

La forma de telemedicina más frecuente en los hospitales y centros de salud es la teleconsulta, pero existen otros ejemplos. El territorio de la Cataluña central se ha caracterizado por la implantación de programas de telemedicina asincrónicos desde 2007, garantizando la autonomía del paciente, el secreto profesional y la protección de datos¹². Estos programas de teledermatología, teleaudiometrías, teleúlceras o telepárpados han de ser entendidos como un complemento a las visitas presenciales, mejorando la accesibilidad, especialmente, en las zonas rurales y favoreciendo la longitudinalidad característica de la atención primaria. A título de ejemplo, en dermatología los especialistas acceden a la historia clínica electrónica, revisan las imágenes y proponen un tratamiento o plan de acción. Desde la atención primaria revisan las instrucciones y hacen una llamada telefónica al paciente para comunicarle los resultados, generalmente, en menos de 5-7 días hábiles. Han obtenido muy buenos resultados y, por ello, el futuro de la telemedicina entre proveedores del sistema sanitario público de Cataluña pasa por el proyecto IS3 en aras de asegurar la interoperabilidad. De esta forma, se lograría mejorar la continuidad asistencial y la gestión integrada de procesos. Se han desarrollado diferentes líneas y componentes, incluyendo una plataforma de interoperabilidad que permite a los proveedores manejar un gran volumen de interacciones y peticiones entre diferentes niveles asistenciales, como las derivaciones, telemedicina y notificaciones de alertas.

La hepatitis crónica producida por el virus de la hepatitis C es uno de los problemas de salud más preocupantes en el ámbito penitenciario, si bien es cierto que durante los últimos años la prevalencia de la enfermedad ha disminuido. Aun así, la población reclusa sigue siendo un importante reservorio de la infección, pues recibe una asistencia sanitaria limitada, ya que no tiene la posibilidad de recurrir de forma habitual a servicios especializados. La telemedicina

¹⁰ EEDY, D.J y WOOTTON, R: "Teledermatology: a review", *British Journal of Dermatology*, Vol. 144, nº 4, 2001, pp. 696-699.

¹¹ PARÉ, G et alii: "Systematic review of home telemonitoring for chronic diseases: the evidence base", *cit.*, pp. 79 y 80.

¹² VIDAL-ALABALLA, J., y DESCALS SINGLA, E.: "Abordaje de la telemedicina entre proveedores: ejemplos de uso", *Atención Primaria Práctica*, Vol. 3, nº 1, 2021, p. 1, versión online.

ofrece una oportunidad para eliminar las dificultades propias del uso hospitalario y las barreras geográficas, propiciar el acceso igualitario a la atención especializada, garantizar la continuidad de los tratamientos, mejorar problemas organizativos, evitar la necesidad de medidas de seguridad en los traslados y asegurar la privacidad de los internos¹³. A la par, mejora las comunicaciones y enlaces entre hospitales y prisiones y facilita la formación continua y su uso en zonas alejadas. El centro penitenciario Madrid IV puso en marcha un nuevo programa de telemedicina para el abordaje de este tipo de pacientes con resultados prometedores al haber conseguido eliminar el VHC a un ritmo más rápido que en la gran mayoría de prisiones similares en España.

Telefónica, en colaboración con el Hospital Universitari Germans Trias i Pujol (Badalona), Abex Excelencia Robótica y mSurgery han presentado el primer piloto de cirugía robótica inmersiva 3D y de formación con el sistema quirúrgico Da Vinci. La implantación de esta solución pionera supone un enorme valor añadido tanto para el equipo médico como para los pacientes gracias a sus dos aplicaciones principales: la asistencia remota en cirugías colaborativas y la teleformación a la comunidad médica. Asimismo, esta tecnología innovadora y precisa dota al sistema robótico de adaptabilidad y versatilidad para multitud de especialidades quirúrgicas.

1.2. Áreas de aplicación

Las principales áreas de aplicación de la telemedicina tienen como objetivo el cuidado de los pacientes en su residencia, los servicios de emergencia, o los servicios de información. La telecirugía tiene como finalidad proveer servicios a quienes, por razones de inaccesibilidad (como un área rural remota), presencia en ambientes peligrosos (por ejemplo, un campo de batalla o accidente nuclear), o factores de riesgo (una enfermedad contagiosa, un paciente inmunodeficiente o contaminación radiactiva), no pueden ser atendidos dentro de los estándares normales¹⁴. La visualización y manipulación del equipo robótico es efectuada a distancia mediante dispositivos electrónicos y alta tecnología. En este sentido, se distinguen dos vías dentro de la telecirugía: de un lado, el telementoring brinda asistencia por parte de un especialista, en remoto, a un cirujano en el procedimiento quirúrgico; de otro, la cirugía telepresencial es efectuada por cirujanos, a una distancia limitada, mediante el uso de brazos robóticos, microcámaras, ecografía, láser e instrumentos ópticos de alta resolución y tecnología punta en telecomunicaciones, entre otros.

La teleradiología consiste en la transmisión electrónica de imágenes radiográficas entre dos lugares geográficos con fines de interpretación y consulta. Este último servicio se ha desarrollado en paralelo al tránsito gradual experimentado en las imágenes médicas desde el uso de la película a las tecnologías digitales. Evolución que ha sido respaldada por organizaciones profesionales bien estructuradas y una implantación temprana de normas técnicas. Puede ayudar a los centros sanitarios a afrontar los picos de carga de trabajo, ofrecer un servicio permanente, reducir las listas de espera para determinados exámenes y reducir los costes.

En la telepatología se utilizan recursos relacionados con el laboratorio clínico, la gestión de los registros y la historia clínica electrónica. Son muy comunes las aplicaciones de almacenamiento y envío, pero también se han desarrollado aplicaciones en tiempo real, de forma que el patólogo puede controlar el microscopio a distancia, examinar las imágenes o vídeo y dar un diagnóstico. Esta disciplina ha servido para detectar melanomas, cáncer de mama y leucemia, entre otras patologías, gracias al análisis de muestras de tejido, sangre y

¹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. y JIMÉNEZ GALÁN, G.: "Telemedicina y consultas especializadas en prisiones. El ejemplo de la hepatitis crónica por VHC", *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 12, nº 2, 2019, pp. 64 y 65.

¹⁴ STANBERRY, B.: "Telemedicine: barriers and opportunities in the 21st century", *Journal of Internal Medicine*, Vol. 247, nº 6, 2000, p. 623.

médula ósea. La llamada “teleanatomía patológica”, consiste en una herramienta que acelera los diagnósticos y tratamientos, evitando el desplazamiento a los especialistas. La plataforma facilita compartir y manejar imágenes anatomopatológicas y desarrollar sesiones clínicas a través de videoconferencias.

Según el índice SEIS de 2023 (Sociedad Española de Informática de la Salud) la teleoftalmología es la tercera rama de la telemedicina más utilizada en las Comunidades Autónomas en el Sistema Sanitario de Salud¹⁵. Ello favorece una medicina preventiva y posibilita la creación de un archivo de imágenes de patologías oculares, orientando acerca de su prevalencia. Con esta nueva forma de realizar consulta se pueden diagnosticar enfermedades como la retinopatía diabética, degeneración macular relacionada con la edad, glaucoma y retinopatía del prematuro.

La telecardiología busca reforzar la asistencia sanitaria a pacientes con patologías crónicas, los cuales requieren de una supervisión y seguimiento constante y periódico, e insuficiencias cardíacas. Es más, con este sistema de seguimiento y control, los afectados sufren una menor tasa de mortalidad y sus estancias hospitalarias son más cortas¹⁶. Dentro de este contexto, destaca el proyecto Telecardiochus, un nuevo sistema de atención integral desarrollado en Santiago de Compostela, en colaboración con DUEs, profesionales de atención primaria y cardiólogos a fin de garantizar una atención continuada de los pacientes.

El acceso visual a la piel para la captación y transmisión de un registro fotográfico ha permitido el desarrollo de numerosas aplicaciones dando origen a la teledermatología. Entre las dermatosis más comunes en los adultos se han detectado las condiciones eccematosas, queratosis seborreicas, enfermedades infecciosas, queratosis actínicas, vitiligo, lesiones pigmentadas o cáncer de piel; y en los pacientes pediátricos la dermatitis atópica, molusco contagioso, verruga vulgar, nevus y acné¹⁷. La teledermatología es la especialidad más frecuente en el SNS, pues está presente en 15 Comunidades Autónomas, seguida de teleictus¹⁸.

El uso de recursos de telemedicina aparece en realidad en la práctica totalidad de especialidades médicas como: teleendoscopia, utilizando diversos factores de compresión como el MPEG en sus aplicaciones; telepsiquiatría, con eficacia demostrada en trastornos como agorafobia grave, trastorno del espectro autista y fobia social, depresión, trastorno obsesivo compulsivo, TEPT, trastornos de alimentación, prevención del suicidio o consumo de sustancias¹⁹; teleotorrinolaringología, a través de aplicaciones que proveen adecuada información mediante exámenes de oído, laringe y nariz a los especialistas; telepediatría, que cuenta con gran aceptación por parte de padres y niños; teleobstetricia, donde el CTG (*nonstress cardiotocography*) para la vigilancia de la condición fetal y el monitoreo de contracciones facilitan un mejor control sobre las condiciones prenatales de los pacientes, reduciendo la morbilidad y mortalidad a causa de nacimientos prematuros y muertes fetales²⁰; teleneurofisiología, por medio de pruebas como electroencefalogramas, potenciales evocados visuales (PEV), electromiografías y estudios de conducción nerviosos, presentando sus resultados en formato

¹⁵ Sociedad Española de Informática de la Salud: “Índice Seis 2023. Situación y avances de la transformación digital en el sistema sanitario público”, marzo 2024, disponible en: <https://seis.es/indice-2023/>

¹⁶ FRIEDRICH KOEHLER, M.D. *et alii*: “Efficacy of telemedical interventional management in patients with heart failure (TIM-HF2): a randomised, controlled, parallel-group, unmasked trial”, *The Lancet*, Vol. 392, n° 10152, 2018, fragmento de sección “Discusión”, versión online.

¹⁷ SANTA VÉLEZ, C. *et alii*: “Estado del arte de la teledermatología”, *CES Medicina*, Vol. 34, n° 3, 2020, p. 199.

¹⁸ Sociedad Española de Informática de la Salud: “Índice Seis 2023. Situación y avances de la transformación digital en el sistema sanitario público”, marzo 2024, disponible en: <https://seis.es/indice-2023/>

¹⁹ URQUIZO ROMO, D.: “COVID-19 y telepsiquiatría: un reto para el tratamiento de la salud mental”, *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 2022, p. 3, versión online, disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9458707/>

²⁰ PARÉ, G *et alii*: “Systematic review of home telemonitoring for chronic diseases: the evidence base”, *cit.*, p. 89.

digital; telemonitorio de pacientes diabéticos, gracias a dispositivos de medición de glucosa en la sangre y el posterior envío de la información de forma electrónica; telemonitorio en nefrología, por un lado, mediante hemodiálisis domiciliaria, basada en máquinas que transmiten parámetros como presiones venosas y arteriales, constantes vitales, presión transmembrana, ratio y volumen de ultrafiltración, conductividad, temperatura, tiempo total de terapia completado y flujo de bomba, por otro lado, a través de diálisis peritoneal automatizada que proporciona información detallada de la terapia como constantes vitales, ultrafiltración total, configuración del programa prescrito y detalles del mismo, detalles por ciclo o gráfica de los perfiles de ciclo²¹; teleoncología, combinando información endoscópica, exámenes radiológicos y material histopatológico, así como datos extraídos de la transmisión de sonidos respiratorios y cardíacos, para controlar la evolución de pacientes críticos y el resultado de sesiones de radioterapia y mejorar el diagnóstico y tratamiento de tumores (estudios realizados hace más de veinte años ya demostraban que la telemedicina es segura para el tratamiento de los cánceres de cabeza y cuello²²); o, por no seguir, telerehabilitación, teledigestivo, telecuidados (enfermería), teleneumología, teletraumatología, teleginecología, tele-endocrinología, telealergología, teleneurología o telemedicina familiar.

2. Regulación normativa en Europa y España

Aunque la telemedicina puede resultar una opción interesante para muchos centros de asistencia sanitaria, la falta de seguridad jurídica —en particular, respecto de las licencias, la acreditación y registro de los servicios y profesionales de la telemedicina, la responsabilidad, los sistemas de reembolso y la competencia jurisdiccional— se viene citando a menudo como un obstáculo para su uso. Tiene las desventajas inherentes a la distancia e interposición de un elemento ajeno como es el sistema que la hace posible y, por ende, en su caso, se debe advertir al paciente a través de un consentimiento informado de las limitaciones del procedimiento. Existe un claro el riesgo de pérdida o vulneración de la confidencialidad, ya sea por la presencia necesaria de otros actores en la teleconsulta o por filtraciones durante la transmisión de los datos. En cualquier caso, se requiere la disponibilidad de equipos y líneas de comunicación eficientes, que en distintas zonas no están disponibles debido a problemas de infraestructura o limitaciones económicas y culturales²³.

El objetivo fundamental es asegurar que la telemedicina se desarrolla de modo que mejore la asistencia sanitaria al paciente, garantizando al mismo tiempo la privacidad y la máxima seguridad. A nivel europeo, en el Libro Blanco “Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008- 2013)” se reconocía que las nuevas tecnologías pueden revolucionar los sistemas de salud y de atención sanitaria, contribuyendo a su sostenibilidad futura²⁴. Sin embargo, advertía sobre la conveniencia de evaluar correctamente elementos como la rentabilidad y la equidad y tomar en consideración sus implicaciones en cuanto a la formación y capacidad de los profesionales. Avances poco conocidos suscitan preocupaciones de orden ético y es preciso abordar las cuestiones relativas a la confianza y la certidumbre de los ciudadanos.

Es relevante cumplir con la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes, que instauraba la red de sanidad electrónica al objeto

²¹ VEGA DÍAZ, N.: “Telemedicina y Telenefrología en la enfermedad renal crónica”, *Nefrología al día*, fecha de actualización 18 de marzo de 2023, p. 10, versión online, disponible en: <https://www.nefrologiaaldia.org/es-articulo-telemedicina-y-telenefrologia-en-la-enfermedad-renal-cronica-585>

²² STALFORS, J. et alii: “Accuracy of tele-oncology compared with face-to-face consultation in head and neck cancer case conferences”, *Journal of Telemedicine and Telecare*, Vol. 7, nº 6, 2001, p. 338.

²³ ECHEVERRÍA, C. et alii: “Una reflexión sobre las implicaciones éticas de la telemedicina”, *Revista médica de Chile*, Vol. 149, nº 6, 2021, pp. 930 y 931.

²⁴ Comisión de las Comunidades Europeas: “Libro Blanco Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)”, Bruselas, 23 de octubre de 2007, COM(2007) 630 final.

de conseguir unos beneficios económicos y sociales sostenibles merced a sistemas y servicios de sanidad electrónica y a aplicaciones interoperables que permitan alcanzar un alto grado de confianza y seguridad, mejorar la continuidad de los cuidados y garantizar el acceso a una asistencia segura y de calidad.

Dada la naturaleza sensible de los datos sanitarios, las soluciones de sanidad móvil deben contener garantías de seguridad específicas y apropiadas, como el cifrado de los datos de los pacientes y mecanismos adecuados de autenticación del paciente con el fin de mitigar los riesgos²⁵. El daño a la salud puede proceder de un dispositivo defectuoso, un diagnóstico erróneo basado en datos inadecuados, un error de un especialista en TIC, la incorrecta utilización del dispositivo por parte del paciente o el envío de datos erróneos al médico. Los desarrolladores de aplicaciones, los fabricantes de servicios de sanidad móvil y los profesionales sanitarios demandan mayor claridad jurídica sobre los riesgos de responsabilidad que les puedan afectar.

En respuesta a los desafíos comunes es importante examinar planteamientos innovadores, pasando de sistemas de cuidados hospitalarios a la asistencia sanitaria integrada, el refuerzo de la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad y la aplicación de la medicina personalizada, reconociendo el potencial de las herramientas y servicios de la sanidad electrónica. Se han observado las nuevas oportunidades derivadas de los macrodatos y la mejora de las capacidades de análisis de datos, así como de la medicina personalizada, la utilización por los profesionales de la salud de los sistemas de apoyo a la decisión clínica, y el uso de herramientas de la sanidad móvil para que las personas gestionen su propia salud y enfermedades crónicas. Ello pone de relieve que las necesidades de los ciudadanos deben estar en el centro de la innovación sanitaria basada en los datos, ofreciendo tratamientos más precisos, así como una experiencia más participativa, apoyando al mismo tiempo el papel de los profesionales de la salud y fomentando su interacción y comunicación con los pacientes.

Las nuevas tecnologías inducen a hacer hincapié en la prevención más que en el tratamiento de las enfermedades y permiten definir terapias más eficaces, menos intrusivas y más individualizadas, en función de las características genéticas y biológicas de cada persona, mientras que la disponibilidad en tiempo real de la información mejora la respuesta terapéutica. La dimensión predictiva de la descodificación del genoma aporta una nueva dimensión al enfoque de la prevención (la probabilidad de un riesgo sanitario se “conoce”) y plantea importantes retos en el ámbito del seguro de enfermedad, mientras que entre los dispositivos de salud electrónica se encuentran los objetos conectados, inscritos en el ámbito de los *self data* (automedición), facilitando a las personas conocer y mejorar su estado de salud²⁶.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación nacional y de los fundamentos jurídicos para el tratamiento de datos relativos a la salud, se necesitan sistemas que permitan a los ciudadanos acceder a sus propios datos y a la información sobre su uso, así como gestionar su consentimiento para el tratamiento y la comunicación. Esto ayudará a dar una idea más clara y un mejor control de la utilización de dicha información, promoviendo la confianza y la transparencia.

La disponibilidad de datos comparables y de calidad para la investigación y la innovación permite la creación de nuevos conocimientos para prevenir enfermedades, lograr un diagnóstico temprano y exacto y mejorar el tratamiento. La posibilidad de combinar conjuntos de datos

²⁵ Comisión Europea: “Libro verde sobre sanidad móvil”, Bruselas, 10 de abril de 2014, COM(2014) 219 final.

²⁶ Comité Económico y Social Europeo: “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre los ‘Efectos de la revolución digital en materia de salud para el seguro de enfermedad’ 2017/C 434/01”, Diario Oficial de la Unión Europea, 15 de diciembre de 2017.

procedentes de diferentes fuentes de diversos países deviene esencial en el ámbito de las enfermedades raras, complejas y de baja prevalencia²⁷.

En el diseño y aplicación de herramientas digitales en la asistencia sanitaria han de tener la debida consideración los requisitos de calidad, seguridad y protección de datos, así como los aspectos éticos y las diferencias en la alfabetización en materia digital y sanitaria a fin de evitar nuevas desigualdades. A este respecto, es necesaria una rápida aplicación del marco jurídico de la Unión Europea para la protección de datos, la seguridad de la información en la red y la seguridad de la identificación electrónica.

Los países deben proporcionar herramientas digitales apropiadas para la gestión de historiales médicos personales, de conformidad con los principios establecidos en el Reglamento General de Protección de Datos y, cuando proceda: permitir la puesta en común segura de los datos sanitarios, así como la integración de los datos generados por los usuarios con los datos médicos; aplicar medidas destinadas a mejorar la comparabilidad, exactitud y fiabilidad de los datos sanitarios, fomentar el uso de estos para posibilitar unos sistemas sanitarios basados en los resultados en materia de salud y en una política y toma de decisiones apoyadas en hechos, y promocionar la innovación; revisar los marcos jurídicos y administrativos nacionales, para eliminar los obstáculos al intercambio y la puesta en común de información entre profesionales para la seguridad y la continuidad de la asistencia, y permitir la utilización de datos sanitarios para la investigación, respetando los requisitos de protección de datos; y adoptar medidas destinadas a mejorar las competencias digitales de los ciudadanos y los profesionales de la salud.

En su objetivo por mejorar la digitalización el sector de la salud, la Comisión distinguía tres puntos clave. En primer lugar, el acceso seguro de los ciudadanos a los datos sanitarios, creando infraestructuras para el intercambio transfronterizo de resúmenes de pacientes y recetas electrónicas, con fondos procedentes del Mecanismo “Conectar Europa”, para después extender gradualmente estos dos casos de utilización y abarcar también la interoperabilidad de los sistemas de historiales médicos electrónicos de los Estados miembros, contribuyendo al desarrollo y adopción de un formato de intercambio de ámbito europeo. Segundo, en cuanto a la investigación, la prevención y la salud y asistencia personalizadas, las nuevas tecnologías permiten un uso más amplio de información genómica y de otro tipo como la creación de perfiles moleculares, los diagnósticos por la imagen, así como datos medioambientales y de estilo de vida, que ayudan a los facultativos y científicos a comprender mejor las enfermedades²⁸. Si bien ya existían varias iniciativas de alcance nacional y regional que respaldan la agrupación de datos genómicos y otros datos relativos a la salud para promover la investigación y la medicina personalizada, la Comisión Europea entendió que era preciso coordinar mejor estas acciones unificando los recursos fragmentados a través de infraestructuras digitales seguras transfronterizas. Una acción coordinada en este campo aporta ventajas tangibles a los ciudadanos y a los sistemas sanitarios al atajar retos de salud relevantes como el cáncer o los trastornos del cerebro, epidemias de enfermedades infecciosas o enfermedades raras. Tercero, en materia de herramientas digitales para la capacitación de los ciudadanos y la asistencia centrada en las personas, se promueve el intercambio de buenas prácticas innovadoras, la creación de capacidades y la asistencia técnica entre las autoridades sanitarias, la concienciación sobre las posibilidades de contratación pública e inversión innovadoras para conseguir la transformación

²⁷ Consejo de la Unión Europea: “Conclusiones del Consejo sobre la salud en la sociedad digital: avanzar en la innovación basada en los datos en el ámbito de la salud (2017/C 440/05)”, Diario Oficial de la Unión Europea, 21 de diciembre de 2017.

²⁸ Comisión Europea: “Comunicación de la Comisión relativa a la consecución de la transformación digital de la sanidad y los servicios asistenciales en el Mercado Único Digital, la capacitación de los ciudadanos y la creación de una sociedad más saludable”, Bruselas, 25 de abril de 2018, COM(2018) 233 final.

digital de la salud y la atención sanitaria, y el impulso del conocimiento y las aptitudes de los ciudadanos, pacientes y profesionales sanitarios en el empleo de soluciones digitales.

La Estrategia Europea de Datos propugna la creación de un espacio de datos de salud europeo, idea que está presente también en la Comunicación “Shaping Europe digital future”²⁹. La Nueva Agenda Europea 2019-2024 asume que la transformación tecnológica seguirá acelerando y tendrá repercusiones de gran alcance y busca garantizar que Europa sea soberana desde el punto de vista digital³⁰. Por tanto, debe trabajar en todos los aspectos de la revolución digital y la Inteligencia Artificial (infraestructuras, conectividad, servicios, datos, reglamentación e inversión), impulsando iniciativas integradoras y multidisciplinarias. Es coherente que el Consejo de la Unión Europea haya exhortado a los Estados miembros y a la Comisión a que aprovechen las oportunidades de financiación relacionadas con la pandemia de COVID-19, como el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Fondo Social Europeo Plus e InvestEU, así como programas específicos (EU4Health, Europa Digital y Horizonte Europa) para apoyar la necesaria transformación de la sanidad y la asistencia, incluida la sanidad digital³¹.

Las prioridades de la Unión Europea encuentran acomodo en planes y programas como: el Programa Europa Digital, centrado en llevar la tecnología a las empresas, los ciudadanos y las administraciones públicas, proporcionando financiación estratégica y apoyando proyectos en ámbitos de capacidad clave como supercomputación, Inteligencia Artificial, ciberseguridad, y capacidades digitales avanzadas; el Programa UEproSalud 2021-2027 establecido por el Reglamento (UE) 2021/522, de 24 de marzo de 2021, pretende contribuir a los retos en salud a largo plazo mediante la creación de sistemas sanitarios más sólidos, resilientes y accesibles; el Programa Horizonte Europa de investigación e innovación (I+D) para el periodo 2021-2027; o el Mecanismo Conectar Europa, centrado en promover la infraestructura digital.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ha elaborado un informe al objeto de evaluar la situación económica y laboral de España tras la pandemia de COVID-19. Este organismo pide al Gobierno español un mayor desarrollo de la e-salud, pues fortalecer la medicina 4.0 se erige como una herramienta importante para abordar las necesidades de crecimiento, especialmente en áreas donde los recursos son más escasos. La OCDE destaca que España ocupa un lugar relativamente bueno en la prestación de servicios de salud en línea, pero hace mención a la necesidad de que exista una sólida legislación nacional al respecto como ocurre ya en otros países. Una estrategia que brinde claridad sobre los muchos aspectos — clínico, legal, financiero o tributario— relacionados con la telemedicina podría ser un motor para su uso posterior³².

La protección de la salud en el ámbito de la Seguridad Social se realiza a través de la prestación de asistencia sanitaria, cuyo contenido abarca todas las atenciones y cuidados dispensados por el personal sanitario, tanto con finalidad preventiva como recuperadora, para cubrir todas aquellas contingencias que repercuten sobre la salud física o psíquica. La prestación de asistencia sanitaria garantiza el acceso a los servicios médicos y farmacéuticos del Sistema Nacional de Salud necesarios para conservar y restablecer la salud. El marco normativo está orientado a

²⁹ Comisión Europea: “Comunicación ‘Shaping Europe digital future’”, Luxemburgo, 19 de febrero de 2020, disponible en: https://commission.europa.eu/publications/communication-shaping-europes-digital-future_en

³⁰ Consejo Europeo: “Una nueva agenda estratégica 2019-2024”, Bruselas, junio de 2019, disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/en/eu-strategic-agenda-2019-2024/>

³¹ Consejo de la Unión Europea: “Conclusiones del Consejo sobre la experiencia adquirida en materia de sanidad en relación con la COVID-19, 2020/C 450/01”, Diario Oficial de la Unión Europea, 28 de diciembre de 2020.

³² OCDE: “OECD Economic Surveys: Spain 2021”, París, OECD publishing, mayo 2021, disponible en: <https://doi.org/10.1787/79e92d88-es>

asegurar la equidad y la accesibilidad a una adecuada atención sanitaria, haciendo efectivas las prestaciones a través de la cartera de servicios comunes, que recoge las técnicas, tecnologías o procedimientos cubiertos por el SNS.

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, a través de su objetivo VI “Pacto por la Ciencia y la Innovación. Refuerzo a las capacidades del SNS” recoge la necesidad de adoptar medidas para atender a los retos y dificultades del sistema sanitario que la pandemia ha puesto de manifiesto. Uno de sus proyectos consiste en rediseñar el Sistema Nacional de Salud para responder a las necesidades y anticipar retos futuros mediante el refuerzo de las capacidades estratégicas de análisis y prevención; la preservación y el impulso del talento profesional, la mejora de la co-gobernanza, la cohesión y la eficiencia; la modernización tecnológica, la renovación de equipamientos y transformación digital; la reserva estratégica de productos sanitarios y farmacéuticos; la digitalización y accesibilidad por parte de los pacientes a sus propios datos médicos; y el impulso de un sector industrial acompasado con las necesidades sanitarias³³.

En la Estrategia España digital 2025, el ámbito de la salud está presente de manera directa en el área de ciberseguridad (servicios para el Sistema Nacional de Salud) y en el de competencias digitales (capacitación de los profesionales sanitarios) y, de forma indirecta, se beneficia de las medidas de impulso a la conectividad digital y a la tecnología 5G³⁴. El eje número 7, orientado a “acelerar la digitalización del modelo productivo”, identifica la salud digital como una de las áreas con capacidad de generar proyectos tractores que aviven un cambio sectorial con efectos estructurales. Ello contribuirá a la transformación del SNS hacia un desarrollo coordinado, interoperable, integrado, multidimensional, y que desarrolle aplicaciones para todo el ecosistema biosanitario, incluidas la salud pública y la epidemiología, la práctica clínica, la gestión sanitaria, las Universidades, los centros de investigación y un pujante sector de empresas emergentes e innovadoras alrededor de la salud y los estilos de vida, con claras sinergias entre todos. Por su parte, la agenda España Digital 2026 reconoce que los avances conseguidos hasta la fecha están teniendo un impacto muy positivo, y el reto es acelerar la doble transición verde y digital a través de los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE)³⁵.

La Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación 2021-2027 enmarca la salud como una de las líneas estratégicas de I+D+I, e incluye la medicina de precisión, las enfermedades infecciosas, las nuevas técnicas diagnósticas y terapéuticas y el abordaje del cáncer y la gerociencia³⁶. La EECTI 2021-2027, se estructura en el Plan Estatal 2021-2023 y el Plan Estatal 2024-2027: el primero incorpora como novedad fundamental la elaboración de una Estrategia Nacional de Medicina de Precisión para mejorar el diagnóstico, tratamiento y capacidad de predicción de enfermedades mediante el análisis e integración de datos moleculares, clínicos y factores sociales, ambientales y de conducta, incluyendo el desarrollo de la medicina genómica, las terapias avanzadas, la ciencia de datos en salud y la medicina predictiva; el segundo, recoge los proyectos de I+D+I en salud, desarrollo tecnológico en salud, o de I+D+I en medicina personalizada y terapias avanzadas.

³³ Presidencia del Gobierno: “Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia”, Madrid, 2020, disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/07102020_PlanRecuperacion.pdf

³⁴ Ministerio de Economía, Comercio y Empresa: “España Digital 2025”, Programas para el avance digital, 2020, disponible en: <https://advancedigital.mineco.gob.es/programas-avance-digital/Paginas/espana-digital-2025.aspx>

³⁵ Ministerio de Economía, Comercio y Empresa: “España Digital 2026”, actualización de 2022, disponible en: https://portal.mineco.gob.es/en-us/ministerio/estrategias/Pages/00_Espana_Digital.aspx

³⁶ Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades: “Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación 2021-2027”, 2020, disponible en: <https://www.ciencia.gob.es/Estrategias-y-Planes/Estrategias/Estrategia-Espanola-de-Ciencia-Tecnologia-e-Innovacion-2021-2027.html?jsessionid=94203D0C48B6705CB53D973FE30741EE.1>

La Estrategia de Inteligencia Artificial dentro del eje estratégico 3 “Desarrollar plataformas de datos e infraestructuras tecnológicas que den soporte a la IA”, en línea con las iniciativas europeas, prevé el desarrollo del marco regulatorio de Open Data y el impulso al Plan Nacional de Tecnologías del Lenguaje, de aplicación en el intercambio de información sanitaria³⁷. De la misma forma, dentro del eje 5 “Potenciar el uso de la IA en la Administración Pública y en las misiones estratégicas nacionales” se contempla la creación de misiones estratégicas en el área de salud. Por último, en el eje 6 “Establecer un marco ético y normativo que refuerce la protección de los derechos individuales y colectivos, a efectos de garantizar la inclusión y el bienestar social” resulta evidente la importancia de evaluar si las normas de convivencia están adaptadas a las necesidades del momento, si es suficiente con el marco ético y jurídico existente o qué ajustes y revisiones necesita para preservar los derechos de la ciudadanía en un mundo digital. Esta estrategia, además, es instrumental a la hora de afrontar grandes desafíos sociales para una IA inclusiva y sostenible (por ejemplo, la reducción de las brechas de género).

Como último botón de muestra, la Estrategia de Salud Digital del Sistema Nacional de Salud 2021-2026 está vinculada con la ejecución de los fondos asociados al mecanismo de “Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-EU)” y al “Mecanismo de Recuperación y Resiliencia”. Se estructura en tres grandes líneas de actuación: el desarrollo de servicios sanitarios digitales orientados a las personas, a las organizaciones y a los procesos que integran el sistema de protección de la salud, con un enfoque de equidad; la generalización de la interoperabilidad de la información sanitaria; el impulso a la analítica de datos relacionados con la salud, sus determinantes y el sistema sanitario. Persigue cuatro objetivos estratégicos: en primer lugar, capacitar e implicar a las personas en el cuidado de su salud y en el control de la enfermedad y facilitar su relación con los servicios sanitarios promoviendo su participación en todos los niveles y fomentando su corresponsabilidad; segundo, maximizar el valor de los procesos para un mejor desempeño y rendimiento del sistema sanitario, apoyando el trabajo de los sanitarios y allanando la comunicación entre ellos, y asegurando la continuidad asistencial y la gobernanza de las organizaciones; tercero, adoptar políticas de gestión y gobierno de los datos que permitan disponer de una información interoperable y de calidad y crear un Espacio Nacional de Datos de Salud; cuarto, adecuar la evolución del SNS a las exigencias de la sociedad actual, aplicando políticas de innovación orientadas a la bautizada como medicina 5P (Poblacional, Preventiva, Predictiva, Personalizada y Participativa)³⁸.

Asimismo, identifica diez áreas de intervención: 1. Vigilancia de los riesgos y amenazas para la salud. 2. Promoción de la salud y prevención de la enfermedad y de la discapacidad. 3. Atención sanitaria, incluida la accesibilidad a los servicios, la capacidad resolutive, la personalización, la continuidad de la atención y la seguridad del paciente, así como la historia clínica digital y la potenciación de la imagen en salud para diagnóstico, pronóstico y tratamiento. 4. Procesos de gestión que apoyan la realización de las funciones sanitarias y su uso eficiente. 5. Interoperabilidad de la información a nivel nacional e internacional. 6. Refuerzo de los servicios digitales del SNS. 7. Desarrollo de la cartera de servicios del SNS bajo criterios de evidencia científica y de la relación coste/efectividad. 8. Ordenación profesional, la formación sanitaria especializada y la formación de postgrado. 9. Creación de un Espacio Nacional de Datos Sanitarios para su tratamiento y análisis masivo y el establecimiento de condiciones habilitantes y recursos facilitadores para la generación y extracción de conocimiento. 10. Sistema

³⁷ Ministerio de Economía, Comercio y Empresa: “Estrategia de Inteligencia Artificial”, noviembre de 2020, disponible en: <https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/areas-prioritarias/Paginas/inteligencia-artificial.aspx>

³⁸ Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación para el SNS: “Estrategia de Salud Digital del Sistema Nacional de Salud 2021-2026”, 2 de diciembre de 2021, disponible en: https://www.sanidad.gob.es/areas/saludDigital/doc/Estrategia_de_Salud_Digital_del_SNS.pdf

de información sanitaria para la evaluación de la actividad, calidad, efectividad, eficiencia y equidad del SNS.

3. La desigualdad de género en la Telemedicina

La desigualdad de género en la telemedicina hace referencia a la disparidad en el acceso y la participación de hombres y mujeres en los servicios de atención médica a distancia. Esta brecha puede derivar de una serie de factores como son no disponer de dispositivos digitales, no prestar atención a las necesidades específicas de las mujeres, la falta de habilidades y conocimientos digitales, la ausencia de confianza en el uso de la tecnología o que los servicios de e-salud estén diseñados y dirigidos principalmente hacia los hombres. Se requiere un enfoque integral capaz de proporcionar alfabetización digital, eliminar las barreras económicas y culturales en el ámbito de las TIC, incluir a las mujeres en la toma de decisiones, diseño y desarrollo de los avances digitales en medicina 4.0, o atender a los distintos recovecos de la salud femenina. El concepto de “salud integral” permite contemplar la influencia del contexto social y de la experiencia subjetiva en las formas de enfermar y, por tanto, no solo lo biológico, sino también los factores psicosociales y de género determinantes de la vulnerabilidad.

3.1. Diagnóstico erróneo a mujeres y diferencias en el esfuerzo terapéutico

Muchos ensayos clínicos se han realizado solo entre hombres suponiendo que los resultados se podían aplicar automáticamente a las mujeres, como el estudio de fármacos antilipidémicos, los efectos secundarios del tabaco, la mortalidad y morbilidad después de un infarto de miocardio o el estudio de los factores de riesgo para la cardiopatía isquémica. Décadas de investigación en prevención, métodos de diagnóstico y programas de intervención han incluido solo hombres como sujetos de la investigación. En algunos casos, la ausencia de investigación diferencial ha excluido a las mujeres, también de los ensayos clínicos, alegando riesgo fetal durante el embarazo y también potenciales interacciones hormonales. Sin embargo, estas mismas razones hacen necesario que las mujeres sean incluidas en los ensayos y que los análisis se realicen desagregados por sexo.

A lo largo de la historia no se ha investigado sobre las diferencias, de forma que una mayor proporción de mujeres que de hombres presentan diagnósticos de “síntomas y signos no específicos” tanto en las historias clínicas como en los certificados de defunción. En este sentido, las descripciones de síntomas clásicos de arteria coronaria están enfocadas en los hombres, lo que dificulta identificar las enfermedades coronarias de mujeres que presentan dolor irradiado en la cara o problemas de dolor abdominal. Una consecuencia de ello es que las mujeres son mayores y están más enfermas cuando se someten a una angioplastia o cirugía de derivación, y reciben menos desfibriladores implantables y trasplantes de corazón que los hombres. En las enfermedades infecciosas hay diferencias por sexo, tanto en la susceptibilidad como en la respuesta a las diferentes infecciones pues, a título de ejemplo, la mortalidad por hepatitis B, por gripe y por tuberculosis es mayor en las mujeres jóvenes³⁹. Una revisión sistemática muestra indicios de un mayor retraso en el diagnóstico de la tuberculosis en las mujeres, así como de un mayor retraso terapéutico. Las mujeres son sometidas a menos exploraciones diagnósticas en la fase aguda del ictus y son tratadas con menos periodicidad que los hombres con activador tisular del plasminógeno, antiagregantes y anticoagulantes; si bien, la estricta adherencia a las guías de práctica clínica está revirtiendo esta situación⁴⁰.

³⁹ RUIZ-CANTERO, M.T.: “Perspectiva de género y derechos humanos en las enfermedades infecciosas”, en VV.AA. *Perspectiva de género en medicina*, RUIZ-CANTERO, M.T. (Coord.), Barcelona, Antoni Esteve, 2019, p. 21.

⁴⁰ PEREA, M. y MONTANER, J.: “Diferencias de género en el ictus isquémico”, en VV.AA. *Perspectiva de género en medicina*, RUIZ-CANTERO, M.T. (Coord.), Barcelona, Antoni Esteve, 2019, p. 121.

En cuanto a las enfermedades respiratorias, el tabaco como riesgo de enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) era la razón de un diagnóstico menos frecuente en las mujeres al relacionar su consumo con los varones. El enfoque reduccionista sigue en el imaginario profesional y se relaciona con un esquema de diagnóstico influido por lo esperado en cada sexo. A menudo coinciden con enfermedades cuya manifestación es eminentemente sintomática y sin signos clínicos objetivos, pero no dejan de sorprender los errores diagnósticos en perjuicio de las mujeres en enfermedades con signos clínicos objetivos. También, a pesar de la alta prevalencia de la enfermedad renal crónica en las mujeres, los hombres tienen más probabilidad de acceder al tratamiento renal sustitutivo⁴¹.

Igualmente puede haber infradiagnósticos en los hombres cuando se presuponen patrones en las enfermedades que son erróneos. La falta de reconocimiento de la osteoporosis como una enfermedad también masculina (al haber sido considerada una enfermedad de mujeres) retrasa su diagnóstico y tratamiento en los hombres. De igual modo, considerar que los desórdenes alimenticios afectan exclusivamente a mujeres y no atañen a los hombres dificulta la búsqueda de ayuda psicológica entre quienes los padecen⁴². Las mujeres son etiquetadas con mayor asiduidad de problemas de salud mental, pero si a la depresión y la ansiedad se añade el alcoholismo y el suicidio, la prevalencia es similar en ambos sexos. Estudiar con perspectiva de género las patologías también facilitaría la visibilidad de los problemas masculinos.

El proceso de asistencia también está sesgado habida cuenta de la existencia de prácticas diferentes en los protocolos y tratamientos, por ejemplo, para enfermedades cardiovasculares que, siendo comunes en los dos sexos, son percibidas como más prevalentes entre hombres. A igual necesidad sanitaria algunos de los sesgos de género más relevante en el esfuerzo terapéutico se producen en la utilización y readmisión hospitalaria, la aplicación de procedimientos terapéuticos (superior en hombres que en mujeres), la menor demora y espera en el caso de los hombres, o en la mayor prescripción de medicamentos psicotrópicos a mujeres⁴³. Los profesionales sanitarios atribuyen a factores psicológicos, más fácilmente en mujeres, lo que son síntomas físicos, muestran una tendencia a prescribir fármacos para síntomas depresivos de baja intensidad a más mujeres que a hombres, o recetan con mayor frecuencia fármacos ansiolíticos y somníferos a las mujeres. Las diferentes respuestas a medicamentos, según el sexo del paciente, han sido sistemáticamente obviadas, aun cuando los hombres pesan más y esto puede afectar al volumen de distribución, al aclaramiento y a la concentración plasmática de los medicamentos. Pocos medicamentos se dosifican según el peso corporal e incluso en fármacos pensados para el público femenino como el Flibanserin la ausencia de mujeres en los ensayos clínicos resulta desconcertante (23 hombres y solo 2 mujeres).

El hecho de que las mujeres sean invisibles para la atención sanitaria, para el diagnóstico y tratamiento de muchas enfermedades, que sus síntomas sean confundidos, minimizados, o mal diagnosticados, implicar replantear las bases asentadas en la ciencia para conocer las patologías⁴⁴. Resulta obligado acometer ciertos retos, entre los cuales destacan la democratización en la producción de conocimiento; tomar en consideración las diferencias entre hombres y mujeres,

⁴¹ ARENAS JIMÉNEZ, M.D.: "La nefrología desde una perspectiva de género", en VV.AA. *Perspectiva de género en medicina*, RUIZ-CANTERO, M.T. (Coord.), Barcelona, Antoni Esteve, 2019, p. 51.

⁴² RÄISÄNEN, U. y HUNT, K.: "The Role of Gendered Constructions of Eating Disorders in Delayed Help-Seeking in Men: A Qualitative Interview Study", *BMJ Open*, Vol. 4, nº 4, 2014, sección resultados, versión online, disponible en: <https://bmjopen.bmj.com/content/4/4/e004342>

⁴³ RUIZ-CANTERO, M.T. et alii: "Sesgos de género en el esfuerzo terapéutico: de la investigación a la atención sanitaria", *Farmacia Hospitalaria*, Vol. 44, nº 3, 2020, p. 110.

⁴⁴ VALLS-LLOBET, C.: "La salud de las mujeres en la medicina: ¿qué ha cambiado en los últimos diez años? De la invisibilidad al estudio de las diferencias y desigualdades", en VV.AA. *Género y Salud. X y XI Jornadas de la Red de Mujeres Profesionales de la Salud*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2010, p. 11.

así como los roles asociados; evaluar cuidadosamente los sesgos a la hora de clasificar las enfermedades; contar con diseños innovadores para descubrir las características precisas de la forma de manifestarse o para desvelar las actitudes de los médicos que conducen a desigualdades en el acceso y en la administración de tratamientos.

Los sesgos a través de la IA están presentes en los algoritmos de diferentes formas, desde el diseño del experimento y los datos recopilados o utilizados para entrenar el algoritmo hasta, finalmente, la interpretación de los resultados. No detectar o pasar por alto los posibles sesgos al construir o implementar un determinado modelo de IA podría derivar en el “sesgo de confirmación”, lo que llevaría al profesional sanitario a estar de acuerdo con los falsos negativos de un algoritmo, pasando por alto una determinada lesión o diagnóstico, además de replicar, agravar y perpetuar disparidades e inequidades en la atención a los pacientes. Entre los casos de sesgos de género trasladados a la medicina 4.0 destacan el diagnóstico erróneo de enfermedades cardíacas, cáncer de mama o enfermedades autoinmunitarias, pues los algoritmos eran entrenados con datos de pacientes masculinos. En idéntico sentido, si un modelo de diagnóstico asistido por computadora basado en aprendizaje automático sobre imágenes de rayos X es entrenado con datos desequilibrados de hombres y mujeres (es decir, pocos datos de alguno de ellos), el modelo puede presentar un rendimiento más bajo en el grupo subrepresentado. En estos casos, algunas de las medidas adoptadas más importantes son la recopilación y uso de datos desagregados por género; contar con datos que sean representativos y equilibrados por género, así como el monitoreo y la evaluación continua del desempeño de la IA; la asignación de responsabilidades y transparencia; la creación de regulaciones y estándares con criterios de equidad de género; o la inclusión de diversidad en el diseño.

En efecto, dada la opacidad de los sistemas, estos han de practicar la transparencia, registrar y notificar dónde se utilizar y para qué finalidad. Es preciso efectuar una comprobación rigurosa con el objetivo de detectar sesgos, discriminación o cualquier otro daño. Se necesitan comprobaciones previas a su aplicación, así como auditorías independientes y un continuo monitoreo a lo largo de su periodo de vigencia. La investigación sobre brechas por razón de género precisa ir un paso más allá de eliminar los sesgos en el diseño de las tecnologías para así proporcionar un análisis amplio sobre cómo se utiliza la IA en el entorno sanitario, lo cual requiere de experiencia, pericia y colaboración entre distintas disciplinas.

3.2. La incidencia de la brecha digital en la población femenina

La transformación digital en el ámbito de la salud requiere ampliar el modelo de determinantes sociales de la salud con los llamados determinantes digitales en salud. De esta forma, se ha de incluir la brecha digital como eje de desigualdad, junto con la clase social, el género, la edad, la etnia y el territorio, y se ha de considerar al proponer actividades comunitarias y políticas de intervención internas en el ámbito de la salud⁴⁵. La importancia de avanzar hacia un futuro digital equitativo para asegurar la presencia significativa de las mujeres en el sector tecnológico requiere abordar aspectos como la disponibilidad, el acceso a la electricidad, la privacidad y la seguridad en línea, la alfabetización y las competencias digitales.

En muchas partes del mundo, la mujer enfrenta barreras culturales y sociales que limitan su capacidad para usar la tecnología lo que redunda en menos oportunidades de recibir asistencia sanitaria. Asimismo, las mujeres suelen tener menos experiencia en el uso de tecnología, lo que dificulta su capacidad para utilizar plataformas de telemedicina. Al igual que en otros sectores y ámbitos de trabajo, el sector digital mantiene una fuerte brecha de género a nivel vertical, pues

⁴⁵ VIDAL-ALABALL, J. *et alii*: “Abordaje de la transformación digital en salud para reducir la brecha digital”, *Atención Primaria*, Vol. 55, nº 9, 2023, p. 3, versión online.

muy pocas mujeres lideran equipos y ocupan puestos de alta dirección⁴⁶. Las competencias digitales empoderan a las mujeres para que participen en el diseño de las tecnologías, pues la constitución de equipos con diversidad de género, trabajando en el desarrollo de las innovaciones, ayudan a identificar y prevenir sesgos. En los últimos años la brecha de acceso a las tecnologías se ha reducido y cada vez más mujeres están usando las TIC en su vida diaria; no obstante, la mera disposición de los dispositivos digitales resulta insuficiente.

Las brechas digitales de género aumentan a medida que las tecnologías se hacen más sofisticadas y encarecen su precio, a la vez que van adquiriendo un mayor potencial de uso e impacto transformador. La necesidad de actualización permanente y de la conectividad pone de manifiesto que no solo se trata de tener en cuenta el acceso físico a Internet, sino de considerar nuevas aplicaciones y programas avanzados. Las condiciones orográficas y geográficas en muchos entornos rurales y de montaña dificultan la instalación y la accesibilidad a infraestructuras de calidad en las zonas rurales. Estos problemas afectan a todas las personas, pero inciden particularmente en las mujeres, sobre todo las de mayor edad y aquellas con menores recursos socioeconómicos. Con todo, la adopción masiva del smartphone está universalizando el acceso material a Internet, aun cuando no todas las personas pueden pagar dispositivos electrónicos con acceso móvil 4G o 5G. La formación recibida por mujeres de algunas zonas rurales gracias a políticas de inclusión digital se ha mostrado como una variable con efecto positivo en lo referente al fomento en la habilidad de uso de dispositivos de conexión y lugares desde donde acceder a Internet⁴⁷. El acceso a las TIC por sí solo no conlleva inclusión y, por consiguiente, es crucial adquirir un nivel de competencias digitales y de usos suficientemente elevado para que las mujeres puedan apropiarse de las tecnologías de manera autónoma.

Destaca la existencia de un riesgo de desigualdad en el manejo de las tecnologías digitales e incluso en la igualdad de condiciones de acceso a Internet a causa de las diferencias en competencias y habilidades⁴⁸. Los estudios subrayan la interrelación entre el nivel de competencias y tipos de usos a la hora de determinar la posición que ocupan las personas en el ejercicio de sus derechos. Las oportunidades que ofrecen los avances digitales están estratificadas, de modo que un mayor nivel de competencias TIC y usos más avanzados conlleva más igualdad en la participación digital. La brecha de género se acrecienta en los niveles más avanzados de habilidades y cuando se consideran competencias informáticas que implican el conocimiento a fondo del uso del ordenador y la programación; por el contrario, es menor en competencias de navegación en Internet⁴⁹. La magnitud de las diferencias de género en las competencias más sofisticadas, como la programación, está relacionada también con el porcentaje más bajo de mujeres investigadoras en el sector de servicios TIC. Ahora bien, los avances digitales están transformando la relación mujer-máquina, a favor de una alianza positiva, si bien es necesario que las tecnologías no sean diseñadas exclusivamente por hombres, pues entonces sus posibles usos y las motivaciones para utilizarlas estarán más cercanos a los intereses de la masculinidad.

Toda recomendación práctica debe partir de garantizar que ninguna persona pueda quedar excluida o perjudicada respecto a sus derechos, incluida la atención sanitaria, por el hecho de no utilizar TIC. Es importante continuar con las políticas públicas de inclusión digital pero también

⁴⁶ OCDE: "Bridging the Digital Gender Divide: Include, Upskill, Innovate", París, OECD Publishing, 2018, disponible en: <https://www.enterprise-development.org/bridging-the-digital-gender-divide-include-upskill-innovate-oecd-2018/>

⁴⁷ VICO-BOSCH, A., y REBOLLO-CATALÁN, A.: "Incidencia de las políticas de inclusión digital en el uso de las redes sociales de mujeres de entorno rural", *Prisma Social*, n° 21, 2018, p. 277.

⁴⁸ OCDE: "How's Life in the Digital Age? Opportunities and risks of the digital transformation for people's well-being", París, OECD Publishing, 2019, disponible en: https://www.oecd.org/en/publications/how-s-life-in-the-digital-age_9789264311800-en.html

⁴⁹ SÁINZ, M.; ARROYO, L. y CASTAÑO, C.: "Informe: Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos", Madrid, Instituto de la Mujer, 2020, p. 35.

es imperativo diseñar programas a través de los cuales desarrollar aquellas competencias y usos de Internet consideradas estratégicas. En la misma línea, es necesario crear mecanismos capaces de garantizar un acceso de calidad tanto a los dispositivos como a la conectividad, dado que las desigualdades materiales afectan de forma negativa a los beneficios esperables de las tecnologías. Las políticas públicas han de tener en cuenta la intersección entre el género y otros ejes de divergencia, pues las mujeres no conforman un colectivo homogéneo, sino que las intervenciones deben sopesar las diferentes realidades que viven en relación con la brecha digital.

Si las mujeres ocupan espacios digitales y utilizan las innovaciones digitales desde las primeras etapas de la vida, lograrán ser agentes claves en la regulación del diseño, la producción y el uso de tecnologías. Para ello, sería deseable incorporar el aprendizaje de las competencias informáticas y en navegación desde los primeros niveles de educación, con métodos adecuados a cada edad y momento del ciclo vital. Remodelar la enseñanza y aprendizaje de estos contenidos, haciéndolos más cercanos a los intereses de las mujeres requiere insistir en que el dominio de las herramientas digitales y la programación son claves a la hora de diseñar y poner en práctica soluciones a grandes problemas de las comunidades.

Una de las perspectivas más esperanzadoras respecto a la Inteligencia Artificial y el Big Data es la realización de predicciones orientadas a mejorar la calidad de vida de las personas, mejorar el diagnóstico y el tratamiento de enfermedades y optimizar la eficiencia de los servicios sanitarios públicos. Supone una gran oportunidad para que las mujeres encuentren atractivas sus numerosas aplicaciones y participen en su concepción y desarrollo en orden a garantizar un diseño que tenga en cuenta sus necesidades. A pesar de las medidas desplegadas para superar la escasa diversidad en los entornos ligados a la Inteligencia Artificial, los sesgos en la creación de tecnologías son un reflejo de los sesgos de género existentes en la sociedad⁵⁰. Resulta obligado cuestionar la calidad de los datos tomados como referencia para el entrenamiento de los algoritmos y otras herramientas de IA al objeto de asegurar que la toma de decisiones en el contexto sanitario se lleva a cabo con información de máxima calidad y en ausencia de diferencias de trato. A pesar del aumento positivo en el número de mujeres, en el sector tecnológico continua el problema que radica en un estereotipo por el que los hombres se concentran en el desarrollo de interfaz (*front end*), y las mujeres son relegadas a tareas subordinadas (*back end*)⁵¹.

Los macrodatos desempeñan un papel esencial y vital en la consecución del ODS 5 “Lograr la igualdad y empoderar a todas las mujeres y niñas”; sin embargo, se debe obrar con cautela dadas sus limitaciones. En materia de Big Data aumenta la preocupación por la concurrencia de déficits en la calidad de los datos masivos extraídos de la red como consecuencia de la baja representación de mujeres en dichas bases de datos, lo que conduce a conclusiones sesgadas y erróneas. El acceso a los macrodatos también es un reto, ya que puede ser caro y requiere conocimientos técnicos para su recuperación, manejo y almacenamiento. Es crucial que analistas, técnicas de tratamiento y análisis de Big Data y de datos a gran escala no generen resultados discriminatorios. En este sentido, destaca el uso de datos agregados como una de las técnicas más habituales para garantizar tanto la privacidad individual como la presentación de conclusiones útiles a los órganos decisores. El nivel de agregación de los datos no ha de menoscabar su calidad, de manera que los datos han de representar adecuadamente a todos los sectores objeto de estudio, como las mujeres, logrando una proporción representativa de sus realidades. El uso de los datos también requiere marcos normativos y una aplicación más

⁵⁰ WEST, M.; KRAUT, R. y CHEW, H. E.: “I’d blush if I could. Closing gender divides in digital skills through education”, UNESCO, United Nations Education, Scientific and Cultural Organization, 2019, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367416>

⁵¹ SÁINZ, M.; ARROYO, L. y CASTAÑO, C.: “Informe: Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos”, cit. p. 60.

rigurosa de los mecanismos de protección de la intimidad para mitigar los riesgos no solo a individuos sino también a grupos⁵².

Los sesgos de género también están presentes en los sistemas de reconocimiento de imagen y voz, en buscadores de internet, en el ámbito de la ciberseguridad, en la creación de contenidos digitales o en el diseño de herramientas digitales. Es esencial incorporar la dimensión de género en las diferentes etapas de la creación y producción de aplicaciones y servicios digitales, para así sumar las necesidades de las mujeres en los nuevos estándares tecnológicos dentro del ámbito de la salud. El papel de las mujeres que participan en el desarrollo de avances digitales provenientes de otros campos del saber no estrictamente tecnológicos produce sinergias cruciales para el desarrollo de innovaciones, como dispositivos capaces de emular sistemas de procesamiento de la información a través de la lingüística para producir tecnologías con múltiples finalidades, como la cura de personas con problemas graves vinculados al habla⁵³.

4. Conclusiones

La revolución tecnológica acontecida en las últimas décadas y que ha derivado en la incorporación de las TIC en el sector sanitario brinda la oportunidad de mejorar la atención integral, monitorear no solo a pacientes con enfermedades crónicas sino también a quienes sufren patologías con baja prevalencia, y facilitar la educación en la llamada medicina 5P. La telemedicina facilita el acceso a los servicios asistenciales con independencia de la localización geográfica; disminuye los tiempos de espera tanto en la realización del diagnóstico como en el tratamiento; posibilita realizar consultas remotas desde atención primaria al hospital de referencia, reduciendo el número de derivaciones; e incide en términos de formación y competencia del personal sanitario. Además, favorece la viabilidad de modelos organizativos como la continuidad asistencial y la atención centrada en el paciente, aplicando conceptos de globalidad e interoperabilidad a las organizaciones sanitarias.

Analizar la normativa legal en el momento de implementar y desarrollar el servicio de telemedicina es una cuestión clave, dada la importancia de aspectos como la protección de los datos, la privacidad y confidencialidad de la información transmitida, y la responsabilidad. La seguridad de los datos relaciones con la salud constituye uno de los mayores desafíos a abordar, pues la divulgación no autorizada de una determinada condición clínica puede tener efectos muy negativos en la vida de las personas afectadas.

En este sentido, en un contexto cada vez más sensible a dichas cuestiones deviene esencial: establecer claramente los criterios de almacenamiento responsable de los datos y de los diferentes registros electrónicos de forma descentralizada, tanto para la documentación clínica o médica de un episodio específico de cuidado sanitario, como para la historia clínica del paciente; determinar quiénes son los usuarios del sistema vinculado al servicio de telemedicina con autorización para acceder a la información; en su caso, incluir diferente niveles de acceso a los datos por parte de los profesionales; proporcionar formación al objeto de asegurar el pleno conocimiento por parte del personal involucrado de los estándares clínicos en cuestión; determinar un plan de seguridad de los datos en torno al almacenamiento, transferencia y procesamiento de esta información sensible; asegurar que los afectados sean conscientes de sus derechos y responsabilidades; identificar claramente la responsabilidad por parte de todos los actores implicados; determinar la propiedad de los registros clínicos; e instaurar un procedimiento de consentimiento informado en la cesión de los datos clínicos derivados del uso del servicio de telemedicina.

⁵² United Nations Women: "Gender equality and women. Making gender data visible", 2018, disponible en: <https://unsdg.un.org/resources/gender-equality-and-big-data-making-gender-data-visible>

⁵³ SÁINZ, M.; ARROYO, L. y CASTAÑO, C.: "Informe: Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos", cit, p. 73.

La perspectiva de género en la e-salud permite repensar cómo los sesgos pueden llevar a un concepto erróneo de ciertas enfermedades, sobre todo en las mujeres, e influir en el proceso asistencial. En el diagnóstico se aprecian barreras en aspectos tales como el acceso, la demora y espera desigual a la atención sanitaria desde el comienzo de los síntomas, y los errores en la detección de las patologías; mientras en el esfuerzo terapéutico destacan las diferencias en la terapia farmacológica, resultando especialmente llamativo que ni siquiera en medicamentos donde las principales consumidoras son mujeres (analgésicos y ciertos psicotrópicos) se hubiera analizado la influencia de las fluctuaciones hormonales femeninas. Visibilizar a las mujeres implica tener en cuenta las particularidades de atención y la morbilidad femenina diferencial, averiguando si se omite la diferente prevalencia y presentación clínica de enfermedades comunes en la población femenina. En la misma línea, sería deseable identificar sesgos de género en la demanda de servicios sanitarios, en el esfuerzo diagnóstico, en el esfuerzo terapéutico y en la investigación. Por lo general, una atención desigual y errónea, ante igual sintomatología, perjudica a las mujeres.

Ello encuentra reflejo en la medicina digital, pues los algoritmos que eran entrenados con datos de pacientes masculinos diagnosticaban erróneamente enfermedades cardíacas, cáncer de mama o enfermedades autoinmunitarias, pues partían de signos o síntomas no extrapolables a las mujeres. A las particularidades hormonales, anatómicas y metabólicas, se unen los determinados estilos de vida asignados a los diferentes roles de género, lo cual se traduce en heterogéneos riesgos para la salud y distintos grados de atención sanitaria o efectos secundarios de los fármacos. Por consiguiente, paso previo imprescindible es contar con datos desagregados por sexos, realizar un análisis estratificado de género, y emprender acciones capaces de superar definitivamente el androcentrismo que tradicionalmente ha caracterizado a la biomedicina.

Un ejemplo positivo viene dado por un grupo de investigadores que sí ha logrado detectar del cáncer de mama hasta cinco años antes de su desarrollo gracias a un modelo de predicción basado en Inteligencia Artificial. El sistema compara datos de los análisis para estudiar con mayor amplitud los cambios en el tejido mamario que puedan ser precursores del cáncer y así evitar confusiones con factores hormonales y biológicos. La telemedicina bien aplicada se erige como una herramienta capaz de ayudar a los especialistas en el proceso de prevención y tratamiento temprano de diversos padecimientos, así como de mejorar los tratamientos individuales. Para ello, la elaboración de protocolos de detección y eliminación de sesgos de género en las innovaciones digitales, así como de códigos de conducta en el diseño y creación de tecnologías, ilustran cómo proceder al respecto. Las mujeres y sus necesidades han de ser tomadas en consideración desde el diseño mismo de las tecnologías, pues en caso contrario la generación, tratamiento y análisis de datos masivos tomados como referencia para el diseño de políticas de salud digital presentaría deficiencias en la calidad.

5. Bibliografía

- VV.AA. *Perspectiva de género en medicina*, RUIZ-CANTERO, M.T. (Coord.), Barcelona, Antoni Esteve, 2019.
- VV.AA. *Género y Salud. X y XI Jornadas de la Red de Mujeres Profesionales de la Salud*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2010.
- ARENAS JIMÉNEZ, M.D.: "La nefrología desde una perspectiva de género", en VV.AA. *Perspectiva de género en medicina*, RUIZ-CANTERO, M.T. (Coord.), Barcelona, Antoni Esteve, 2019.

- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: “Libro Blanco Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)”, Bruselas, 23 de octubre de 2007, COM(2007) 630 final.
- “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. La telemedicina en beneficio de los pacientes, los sistemas sanitarios y la sociedad”, Bruselas, 4 de noviembre de 2008, COM(2008)689 final.
- COMISIÓN EUROPEA: “Libro verde sobre sanidad móvil”, Bruselas, 10 de abril de 2014, COM(2014) 219 final.
- “Comunicación de la Comisión relativa a la consecución de la transformación digital de la sanidad y los servicios asistenciales en el Mercado Único Digital, la capacitación de los ciudadanos y la creación de una sociedad más saludable”, Bruselas, 25 de abril de 2018, COM(2018) 233 final.
- “Comunicación ‘Shaping Europe digital future’”, Luxemburgo, 19 de febrero de 2020, disponible en: https://commission.europa.eu/publications/communication-shaping-europes-digital-future_en
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre los ‘Efectos de la revolución digital en materia de salud para el seguro de enfermedad’ 2017/C 434/01”, Diario Oficial de la Unión Europea, 15 de diciembre de 2017.
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: “Conclusiones del Consejo sobre la salud en la sociedad digital: avanzar en la innovación basada en los datos en el ámbito de la salud (2017/C 440/05)”, Diario Oficial de la Unión Europea, 21 de diciembre de 2017.
- “Conclusiones del Consejo sobre la experiencia adquirida en materia de sanidad en relación con la COVID-19, 2020/C 450/01”, Diario Oficial de la Unión Europea, 28 de diciembre de 2020.
- CONSEJO EUROPEO: “Una nueva agenda estratégica 2019-2024”, Bruselas, junio de 2019, disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/en/eu-strategic-agenda-2019-2024/>
- ECHEVERRÍA, C. *et alii*: “Una reflexión sobre las implicaciones éticas de la telemedicina”, *Revista médica de Chile*, Vol. 149, nº 6, 2021.
- EEDY, D.J y WOOTTON, R: “Teledermatology: a review”, *British Journal of Dermatology*, Vol. 144, nº 4, 2001.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. y JIMÉNEZ GALÁN, G.: “Telemedicina y consultas especializadas en prisiones. El ejemplo de la hepatitis crónica por VHC”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, Vol. 12, nº 2, 2019.
- FRIEDRICH KOEHLER, M.D. *et alii*: “Efficacy of telemedical interventional management in patients with heart failure (TIM-HF2): a randomised, controlled, parallel-group, unmasked trial”, *The Lancet*, Vol. 392, nº 10152, 2018.
- HERSH, W.R. *et alii*: “Telemedicine for the medicare population: update”, Evidence Report/Technology Assessment, nº 131, AHRQ Publication nº 06-E007, Rockville, MD, febrero de 2006.

- MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES: “Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación 2021-2027”, 2020, disponible en: <https://www.ciencia.gob.es/Estrategias-y-Planes/Estrategias/Estrategia-Espanola-de-Ciencia-Tecnologia-e-Innovacion-2021-2027.html;jsessionid=94203D0C48B6705CB53D973FE30741EE.1>
- MINISTERIO DE ECONOMÍA, COMERCIO Y EMPRESA: “España Digital 2025”, Programas para el avance digital, 2020, disponible en: <https://avancedigital.mineco.gob.es/programas-avance-digital/Paginas/espana-digital-2025.aspx>
- “Estrategia de Inteligencia Artificial”, noviembre de 2020, disponible en: <https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/areas-prioritarias/Paginas/inteligencia-artificial.aspx>
 - “España Digital 2026”, actualización de 2022, disponible en: https://portal.mineco.gob.es/en-us/ministerio/estrategias/Pages/00_Espana_Digital.aspx
- MONEREO MORENO, I. y MORENO VIDA, M.N.: “La e-salud. Hacia la medicina 5P: medicina personalizada, precisa, preventiva, predictiva y participativa”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº Extraordinario 4, 2022.
- MORENO VIDA, M.N.: “Impacto de la medicina 4.0 en el sistema de salud”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº Extraordinario 6, 2024.
- OCDE: “Bridging the Digital Gender Divide: Include, Upskill, Innovate”, París, OECD Publishing, 2018, disponible en: <https://www.enterprise-development.org/bridging-the-digital-gender-divide-include-upskill-innovate-oecd-2018/>
- “How’s Life in the Digital Age? Opportunities and risks of the digital transformation for people’s well-being”, París, OECD Publishing, 2019, disponible en: https://www.oecd.org/en/publications/how-s-life-in-the-digital-age_9789264311800-en.html
 - “OECD Economic Surveys: Spain 2021”, París, OECD publishing, mayo 2021, disponible en: <https://doi.org/10.1787/79e92d88-es>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: “Fifty-Eighth World Health Assembly”, Resolución WHA58.28, Ginebra, 2005, disponible en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA58-REC1/english/A58_2005_REC1-en.pdf
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: “Marco de Implementación de un Servicio de Telemedicina”, Washington, D.C. 2016, disponible en: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/28413/9789275319031_spa.pdf?sequence=6&isAllowed=y
- PARÉ, G *et alii*: “Systematic review of home telemonitoring for chronic diseases: the evidence base”, *Journal of the American Medical Informatics Association*, Vol. 14, nº 3, 2007.
- PEREA, M. y MONTANER, J.: “Diferencias de género en el ictus isquémico”, en VV.AA. *Perspectiva de género en medicina*, RUIZ-CANTERO, M.T. (Coord.), Barcelona, Antoni Esteve, 2019.
- PRESIDENCIA DEL GOBIERNO: “Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia”, Madrid, 2020, disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/07102020_PlanRecuperacion.pdf
- RÄISÄNEN, U. y HUNT, K.: “The Role of Gendered Constructions of Eating Disorders in Delayed Help-Seeking in Men: A Qualitative Interview Study”, *BMJ Open*, Vol. 4, nº 4, 2014.
- RUIZ IBÁÑEZ, C. *et alii*: “Telemedicina: Introducción, aplicación y principios de desarrollo”, *CES Medicina*, Vol. 21, nº 1, 2007.

- RUIZ-CANTERO, M.T.: “Perspectiva de género y derechos humanos en las enfermedades infecciosas”, en VV.AA. *Perspectiva de género en medicina*, RUIZ-CANTERO, M.T. (Coord.), Barcelona, Antoni Esteve, 2019.
- RUIZ-CANTERO, M.T. *et alii*: “Sesgos de género en el esfuerzo terapéutico: de la investigación a la atención sanitaria”, *Farmacia Hospitalaria*, Vol. 44, nº 3, 2020.
- SÁINZ, M.; ARROYO, L. y CASTAÑO, C.: “Informe: Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos”, Madrid, Instituto de la Mujer, 2020.
- SANTA VÉLEZ, C. *et alii*: “Estado del arte de la tele dermatología”, *CES Medicina*, Vol. 34, nº 3, 2020.
- SECRETARÍA GENERAL DE SALUD DIGITAL, INFORMACIÓN E INNOVACIÓN PARA EL SNS: “Estrategia de Salud Digital del Sistema Nacional de Salud 2021-2026”, 2 de diciembre de 2021, disponible en: https://www.sanidad.gob.es/areas/saludDigital/doc/Estrategia_de_Salud_Digital_del_SNS.pdf
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE INFORMÁTICA DE LA SALUD: “Índice Seis 2023. Situación y avances de la transformación digital en el sistema sanitario público”, marzo 2024, disponible en: <https://seis.es/indice-2023/>
- STALFORS, J. *et alii*: “Accuracy of tele-oncology compared with face-to-face consultation in head and neck cancer case conferences”, *Journal of Telemedicine and Telecare*, Vol. 7, nº 6, 2001.
- STANBERRY, B.: “Telemedicine: barriers and opportunities in the 21st century”, *Journal of Internal Medicine*, Vol. 247, nº 6, 2000.
- UNITED NATIONS WOMEN: “Gender equality and women. Making gender data visible”, 2018, disponible en: <https://unsdg.un.org/resources/gender-equality-and-big-data-making-gender-data-visible>
- URQUIZO ROMO, D.: “COVID-19 y telepsiquiatría: un reto para el tratamiento de la salud mental”, *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 2022, disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9458707/>
- VALLS-LLOBET, C.: “La salud de las mujeres en la medicina: ¿qué ha cambiado en los últimos diez años? De la invisibilidad al estudio de las diferencias y desigualdades”, en VV.AA. *Género y Salud. X y XI Jornadas de la Red de Mujeres Profesionales de la Salud*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2010.
- VEGA DÍAZ, N.: “Telemedicina y Telenefrología en la enfermedad renal crónica”, *Nefrología al día*, fecha de actualización 18 de marzo de 2023, versión online, disponible en: <https://www.nefrologiaaldia.org/es-articulo-telemedicina-y-telenefrologia-en-la-enfermedad-renal-cronica-585>
- VICO-BOSCH, A., y REBOLLO-CATALÁN, A.: “Incidencia de las políticas de inclusión digital en el uso de las redes sociales de mujeres de entorno rural”, *Prisma Social*, nº 21, 2018.
- VIDAL-ALABALL, J. *et alii*: “Abordaje de la transformación digital en salud para reducir la brecha digital”, *Atención Primaria*, Vol. 55, nº 9, 2023.
- VIDAL-ALABALLA, J., y DESCALS SINGLA, E.: “Abordaje de la telemedicina entre proveedores: ejemplos de uso”, *Atención Primaria Práctica*, Vol. 3, nº 1, 2021.

WEST, M.; KRAUT, R. y CHEW, H. E.: "I'd blush if I could. Closing gender divides in digital skills through education", UNESCO, United Nations Education, Scientific and Cultural Organization, 2019, disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367416>

BALANCE A LOS DIEZ AÑOS DEL RD-LEGISLATIVO 1/2013 EN LOS ÁMBITOS DE LA PROTECCIÓN Y DE LA ACCESIBILIDAD DIGITAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SIN SUFRIR DISCRIMINACIÓN

FRANCISCO JAVIER POZO MOREIRA¹
Abogado y Prof. Asociado Doctor UIB
ORCID: 0001-5062-9294.

1. Referencia doctrinal introductoria del enfoque del balance normativo decenal

Permítame estudioso de Derecho, comenzar esta comunicación con una referencia a lo que el profesor M. Atienza en su libro *Tras la justicia* (1993) abordó en el capítulo III (¿Qué significa igualdad de oportunidades?). Allí realizó una serie de objeciones la anulación por los tribunales administrativos de una Orden de la Conselleria de Educación que valoraba como criterio la antigüedad de los candidatos. Y ello porque, en extralimitación en su función jurisdiccional, estableció otro valor al criterio de la experiencia, diverso al que fijaba en la Orden recurrida. Se reflexionaba así sobre la garantía de la igualdad de oportunidades y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos (artículos. 23.3, 10.3 de la Constitución Española

¹ Fecha de finalización: 14.07.2024 comunicación a la ponencia Promoción de la igualdad de trato y no discriminación” Dra. D. ^a Nieto Rojas en el panel Promoción de la igualdad de trato, no discriminación y acciones positivas en el XXI CONGRESO NACIONAL DE LA AESSS IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL EN LA ERA DE LA DISRUPCIÓN DIGITAL (Madrid 17 de octubre 2024).

de 1978 –CE-)². Previsiones constitucionales compatibles con la reserva porcentual de plazas a personas afectadas de discapacidad en acción positiva de los poderes públicos para lograr la igualdad real (art. 9.2 CE, Sentencia del Tribunal Constitucional nº 269, 1994, de 3 de octubre), y materializado para el ámbito estatal,³ en el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre por el que se regula el acceso al empleo público de las personas con discapacidad; y para el ámbito privado y público mercantil, en empresas de más de 50 trabajadores⁴.

Similares argumentos y contraargumentos utilizados allí nos sirven ahora en 2024, para realizar este balance decenal, en relación con la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y del derecho a no padecer discriminación por razón de discapacidad (art. 14 CE) en materia de gestión y prestaciones de la Seguridad social. Ahora dejamos los inicios constitucionales y vamos diez años atrás, con otro hito normativo: la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RD-Ley 1/2013) realizando un balance al respecto. Y ello a fin de conocer si hemos caminado en esa dirección de la integración en estos últimos diez años de actividad normativa para con las personas con discapacidad en el ámbito de la Seguridad Social, y así recuperando la fe en el Derecho como herramienta normativa social para hacer una sociedad más inclusiva, si bien centrado el objetivo en el sistema de prestaciones dispensadas por la Seguridad Social y en su gestión.

2. El contexto de la aprobación de una “Ley General” sobre discapacidad en el RD-Ley 1/2013 y su contenido en materia de derechos de Seguridad Social

2.1. El alcance subjetivo y determinación del colectivo de personas protegidas en el RD-Legislativo 1/2013

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [LACPEDI], en la redacción dada por la D.F. 5ª de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, establecía como finales de diciembre 2013 el plazo de la delegación legislativa, viendo finalmente su publicación en el *Real Decreto-legislativo 1/2013 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social*

Frente a lo que hace pensar el título del RD-Legislativo con el término equívoco de “general”, que sólo viene referido a su especial trascendencia, pero no a su aplicación generalizada al conjunto de un colectivo, pues el RD-Legislativo no refunde todas las normas sobre discapacidad

² Análogo a lo que sucede ahora en el año 2024, treinta y un años después, con la anulación por el Tribunal Supremo (TS) el Real Decreto (RD) que aprobaba la estabilización por mero concurso (criterio único de experiencia) de los Letrados sustitutos de la Administración de Justicia, por un defecto de amparo en la norma especial respecto de la general, en pro de potenciar el principio de igualdad de oportunidades en el acceso a la Administración de Justicia.

³ Para el ámbito de empleo autonómico de sus empleados en sus respectivas Consejerías y Administración pública, véase la normativa autonómica al respecto en cada Comunidad Autónoma, por todas, una de las iniciales, Decreto 54/2006, de 22 de junio por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad a la Administración de la Comunidad de Madrid

⁴ Real Decreto 364/2005, de 8 de abril por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, reserva del 2% en empresas públicas o privadas de más de 50 trabajadores, y, dentro del programa nacional de empleo, Real Decreto 870/2007, de 2 de julio por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo

(no incluye la Ley 26/2011, de 1 de agosto LACPEDI⁵) ni tiene tal alcance totalizador o trascendente ni de transversalidad, limitándose a refundir tres leyes sobre la materia⁶.

Si bien con la habilitación dada por la Ley 26/2011 hay una articulación del RD-Legislativo 1/2013 siguiendo el orden y esquema de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷, en nuestro ordenamiento jurídico, con un Título preliminar (disposiciones generales) Título I (derechos y obligaciones), Título II (Igualdad de oportunidades y no discriminación) y Título III (Infracciones y sanciones)⁸.

En cuanto al alcance subjetivo del Título I, esto es, los titulares del derecho de acceso a la gestión de Administración de la Seguridad social y las prestaciones del Sistema, son las personas con discapacidad: aquellas comprendidas en los artículos 4.1 y 4.2 Real Decreto Legislativo 1/2013.

El concepto de personas con discapacidad se encuentra en la Convención, según la cual, se incluyen a “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Si bien, como novedades se introdujeron en el RD-Legislativo 1/2013, las siguientes

- En (el título I) su art. 4.2, el alcance de la equivalencia incapacidad total con un grado de dependencia del art. 33%, estableciendo que ese reconocimiento automático como “a todos los efectos”. Ahora bien, al sustituir la frase “Ello no obstante, a los efectos de esta ley (del art. 1.2 de la Ley 51/2003 LIONDAU)”⁹ por la de “a todos los efectos”, se ha considerado que se ha incurrido en una evidente alteración esencial del texto que debía refundir el RD-Legislativo 1/2013 (Sentencias TS números 992/2018 de 29.11 y nº 753, 2024 de 29.05), considerando actuación legislativa ultra vires y anulándolo.
- La noción de colectivo vulnerable se entiende relacionado con la doble exclusión social de atención por los poderes públicos. Se refiere al grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple (como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia

⁵ Ni su norma de desarrollo, el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁶ La Ley 13/1983, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos [LISMI]; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad [LIONDAU] y la Ley 47/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad [LISMID].

⁷ En lo referido a los principios, y en consonancia con la Convención (de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, -publicación en el BOE en fecha 21 de abril de 2008-), se reconoce a las personas discapacitadas como titulares de derechos y el consiguiente deber de garantía de los mismos por los poderes públicos. Se supera, así, el concepto asistencial de décadas pasadas: las personas con discapacidad pasan de ser objeto de tratamiento y protección social a ser considerados ciudadanos libres y titulares de derechos.

De importancia al respecto, la reunión del año 2008 de un grupo de expertos de las Naciones Unidas titulada “Haciendo funcionar: La participación de la Sociedad Civil en la aplicación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad”. Así como la Circular 1/2020 de la Abogacía del Estado, sobre la Naturaleza jurídica de las resoluciones dictadas por los Comités encargados del seguimiento de los Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la interpretación por parte de la jurisprudencia española, de Naciones Unidas y del TJUE sobre el carácter de los Dictámenes de los Comités.

⁸ Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

⁹ Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez.

de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías.

- En (el título II) su art. 35.6 dos previsiones de clarificación de las situaciones contenidas en el Directiva 2000/78 CE -que no fueron traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 62/2003-, como son el acoso por razón de la discapacidad y la tipificación como acto discriminatorio la orden genérica de discriminar por razón de la discapacidad, y ello con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad (art. 4 del RD-Legislativo 1/2013), requiriendo únicamente acreditar una discapacidad relevante que sea la base irrazonable para aplicar una medida con desigualdad (STC 62/2008); ahora bien, en los casos de discriminación directa ejemplificativa de un real *trato peyorativo* va más allá de los meros actos puntuales de diferenciación desfavorable, sin repercusión global en la posición que el individuo ocupaba en la sociedad (STC 13/2001), pues, de generalizarse –por ejemplo a todos los que tienen gafas correctoras de su miopía o astigmatismo-, sería inaplicable (la mitad de la población tiene discapacidad visual, siendo corregido con lentes correctoras sin mayor dificultad de integración ni discriminación que las propias derivadas de su utilización)¹⁰.

2.2. La regulación de los derechos de Seguridad Social de las personas con discapacidad, en el periodo 2013 a 2024

En una perspectiva de futuro igualmente decenal, a fin de la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) contenidos en la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, y en particular, los objetivos la reducción de las desigualdades y el fin de la pobreza. El Consejo de Ministros, de 3.05.2022, se aprobó el informe de seguimiento de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030¹¹, con el objetivo de contribuir a la inclusión de las personas con discapacidad en la vida política, económica y social, a través de políticas que garanticen el pleno goce y ejercicio de sus derechos de conformidad con la Convención. Y ello a través de un eje motor y cuatro ejes específicos, más un eje transversal, involucrando a los distintos Ministerios responsables de su implementación¹², y con meras recomendaciones a las Comunidades Autónomas.

Si bien, en una perspectiva prospectiva más genérica, no nos consta un estudio de valoración de la normativa en el decenio anterior. Esto es, tras las Ley General en este último decenio, que ponga en relación las medidas adoptadas, y bajo cuyas bases normativas se desarrollará esta Estrategia sobre Discapacidad del próximo decenio.

Es claro que los 10 años de la entrada en vigor del RD-Legislativo 1/2013 es una ocasión excelente para detenerse y valorar los distintos aspectos relacionados con su efectiva vigencia y aplicación en el ámbito de la Seguridad social y el acceso a la gestión por las personas con discapacidad; como digo, por el último decenio objeto de estudio son los siguientes: en la relación jurídica de *aseguramiento*, la contribución obligatoria a través de las cuotas. Y en la *acción protectora* y la discapacidad.

¹⁰ POZO MOREIRA, F.J., *La Tutela Judicial de las nuevas causas de discriminación: La cláusula abierta de no discriminación del art. 14 de la Constitución en las relaciones laborales*, Ed. Andavira, 2012.

¹¹ CABEZA PEREIRO, J., Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía social*, nº 158, 2024, Véase, el texto del informe <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/estrategia-espanola-discapacidad-2022-2030-def.pdf>

¹² En lo que aquí nos interesa, del sistema protector de la Seguridad social (en el modelo no contributivo), como herramienta de la mejora de la protección social al colectivo de las personas con discapacidad para prevenir y evitar situaciones de pobreza y exclusión social en este colectivo; y que las prestaciones (en el modelo contributivo) tengan en consideración el sobrecoste de la discapacidad y estudiando la compatibilidad entre pensiones y empleo para favorecer la inclusión laboral.

En un sentido más concreto una valoración de la aplicación en el ejercicio pleno de los derechos de Seguridad social en situaciones de necesidad y previamente en el aseguramiento y encuadramiento en el sistema de las personas con discapacidad. Pero también por hechos impensables hace diez años, en cuanto a la accesibilidad digital, para una tutela judicial eficiente y digitalizada en el orden social, tras la entrada en vigor del RD-ley 6/2023; y en cuanto a la brecha digital, esto es, en el ámbito de la gestión prestacional de la Administración de la Seguridad social digital, con el cumplimiento de la regla de accesibilidad digital y discapacidad. Y todo ello, tomando sólo como referencia, las referencias legislativas del Repertorio del BOE de 2024, que pueden ejemplificar algunos hitos normativos recientes, así como desde los diversos puntos de análisis que ahora detallamos.

2.3. La reforma del art. 49 CE de 2024, los poderes públicos encargados de la inclusión, los entornos universalmente accesibles y la necesidad específica de las mujeres y menores con discapacidad, en el periodo 2013 a 2024

En lo que supone una preocupación por la persona con discapacidad, en nuestro ordenamiento, desde la última parte del siglo xx hasta nuestros días, se ha producido una evolución terminológica para el tipo de personas con limitación psíquica o física, pasando a ser personas que tienen permanente o temporalmente una discapacidad, en su capacidad intelectual/física y/o de movilidad reducida, por otros motivos no relacionados con el envejecimiento o lesión temporal; en lo que se entiende como un esfuerzo por encontrar el verdadero lugar de estas personas, en la sociedad a la que pertenecen¹³, y por tanto en la necesidad de converger hacia el concepto de “ciudadanía”, que aúna cohesión social y ciudadanía en torno a los mismos.

La reforma de la CE por la norma reformadora de 15.02.2024 (BOE de 17.02.2024) ha supuesto un nuevo y ambicioso objetivo, por una parte la adecuación en cuanto al lenguaje del art. 49 CE; y por otra parte, ampliar el contenido del precepto, para reflejar los valores que inspiran la protección del colectivo de personas con discapacidad

En 2024 las personas con discapacidad han visto como se eliminaban las connotaciones peyorativas (disminuido físico/psíquico) insertas inicialmente en el art. 49 CE, pero no sólo ello, sino que se dice ahora en el texto Constitucional, entre los principios rectores de la política social, que las personas con discapacidad son titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar su ejercicio pleno, los mismos poderes que están obligados a garantizar un sistema público de Seguridad Social, impulsando políticas. Del precepto debemos destacar tres facetas de encomienda constitucional:

2.3.1. Los poderes públicos impulsores de políticas inclusivas (para desplegar el mandato del art. 49 CE)

Diversos han sido los agentes que han intervenido en el diseño, aprobación e implementación de las políticas inclusivas en la sociedad a través de una normativa dirigida a hacer frente a la discriminación por discapacidad y en garantizar los derechos a las personas con discapacidad. Debiendo distinguir dos ámbitos territoriales y competenciales distintos.

¹³ SAINZ DE ROBLES en “Una perspectiva histórica”, en VV.AA. (coord. por I. SERRANO GARCÍA), *La protección jurídica del discapacitado*, I Congreso Regional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 25 y 26, Así, para las personas con locura, quienes fueron consideradas inicialmente como anormales para pasar luego a ser denominadas subnormales, deficientes mentales, minusválidos psíquicos, y ahora personas con minusvalía o discapacidad psíquica. Y en el plano constitucional, la protección jurisdiccional del derecho al honor y propia imagen, cuando en entrevista carente de interés informativo, fue realizada con el propósito de ridiculizar al entrevistado, persona con evidente discapacidad (STC 208/2013, de 16 de diciembre).

a) *A nivel estatal en el desarrollo de la política de lucha contra la discriminación y la igualdad de oportunidades (art. 149.1 CE).*¹⁴

Desde la aprobación de la constitución en 1978, los impulsos normativos y políticos, en estos diez años, han sido efectuados por diversos Ministerios. Los cuales estaban del impulso de la política de atención a la discapacidad, y por tanto con una determinada faceta de las políticas para las personas con discapacidad, que se realiza en cada momento en cada Ministerio por sus Direcciones Generales al respecto. Pues bien, pareciera que en esta XIV y XV Legislatura (años 2019-2023 y 2023-2024), en el Ministerio de INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, incluyera las políticas para las personas con discapacidad, pero se trata de una terminología engañosa en su denominación, pues la referencia a “inclusión” es para las políticas para las personas en situación de *vulnerabilidad económica o social*, en la lucha contra la pluriexclusión¹⁵, a cuya reducción o eliminación debe atender un estado social y derecho, pero sin necesaria vinculación con unas limitaciones física o psíquicas o incapacidad. Así los programas para la atención específica a las personas con discapacidad (asistencia social y ayudas) se establecieron desde los siguientes ministerios¹⁶, ordenados de forma cronológica por legislatura: -En la X y XI Legislatura parlamentaria (años 2011-2016 y 2016), en el Ministerio de SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD; -En la XII y XIII Legislatura (años 2016-2019 y 2019), en el Ministerio En el año 2018, el Ministerio de SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL; -y en la XIV y XV Legislatura (años 2019-2023 y 2023-2024), en el Ministerio de DERECHOS SOCIALES Y AGENDA 2030.

Lo que se ha traducido, en la última década, en la publicación de la siguiente normativa, tanto de ayudas económicas estatales previstas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE): —Real Decreto 574/2023, de 4 de julio por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la Talidomida en España durante el período 1950-1985, tras su acreditación por el acreditada mediante diagnóstico realizado por el Instituto de Salud Carlos III¹⁷; Real Decreto 2018 por el que se establecen medidas transitorias de apoyo económico para las personas con discapacidad, que hubieran perdido en la LPGE el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte por no actualizarse el IPREM; y la Ley 21/2022, de 19 de octubre, de creación de un fondo de compensación para las víctimas del amianto, con la finalidad de la reparación íntegra de los daños y perjuicios sobre la salud resultantes de una exposición al amianto padecidos por toda persona con esa discapacidad.

Y en el establecimiento a nivel estatal del reconocimiento del grado de la dependencia: —El Real Decreto 675/2023, de 18 de julio (BOE del 19), por el que se modifica el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, que desarrolla el art. 10 y 20 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, regulando las prestaciones del sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia. —Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre por el que se establece el procedimiento para el

¹⁴ El artículo 149.1.1.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

¹⁵ Así, se han ido dictando un conjunto de Reales Decretos-ley (hasta 17 en la actualidad) algunos reformando otros, a fin de “hacer efectivo el principio de socialización de los daños que irradia (este valor positivo no se le puede regatear) toda la legislación de excepción para otras materias y grupos vulnerables”, cit. MOLINA NAVARRETE, C.: La COVID-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, nº 446, 2020, p. 8.

¹⁶ En comunicación de las iniciativas legislativas y acciones con en el Consejo Nacional de la Discapacidad (Regulado en por Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre), en relación con las políticas públicas de discapacidad.

¹⁷ Ampliando el periodo temporal de los afectados antes protegido, por el Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960-1965.

reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y su Orden de desarrollo, — Orden DSA/934/2023, de 19 de julio -BOE del 04 de agosto-, por la que se modifican los baremos que figuran como Anexos I, II, III, IV, V y VI del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad; que concreta, por ejemplo, el supuesto habilitante para el reconocimiento de la movilidad reducida ; y más recientemente, se establecen las condiciones específicas de acceso a la asistencia personal en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia: Resolución de 24 de mayo de 2023

- b) *A nivel de la Comunidad Autónoma en el desarrollo de la política asistencia social e igualdad de oportunidades (art. 148.20 CE).*

Si la CCAA asume la competencia de la Asistencia social puede crear una renta mínima de inserción o renta mínima garantizada para las personas vulnerables —que será complementaria y coordinada con el ingreso mínimo vital estatal—, así como otras prestaciones económicas de apoyo familiar y la de apoyo a los procesos de inserción social, en este caso además las prestaciones del sistema de Autonomía y Atención a la dependencia para personas con discapacidad. Existe una descentralización en la competencia autonómica de gestión para determinar el reconocimiento de la situación de dependencia o bien la creación de organismos propios tuteladores del colectivo de personas con discapacidad¹⁸.

Ahora bien, en ese ámbito de gestión de la dependencia, los órganos reguladores y administrativos no podrán efectuar discriminación en el acceso a las ayudas y los programas de atención, sin discriminación en la resolución de reconocimiento¹⁹; únicamente dentro de la clara asistencia social a ese colectivo de personas con discapacidad, sin constituir una mejor pensión en su territorio (STC 239/2002), sino como mejora a todo el colectivo en su territorio y en su ámbito de ejecución material.

2.3.2. Los entornos universalmente accesibles a las personas con discapacidad (art.49 CE)

Es el eje estratégico 4 de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, las personas con discapacidad intelectual a menudo enfrentan obstáculos significativos cuando se ven involucradas en la gestión de las prestaciones y ayudas del Sistema de Seguridad social, así como posteriormente en las vías jurisdiccionales de tutela de sus derechos relacionados con aquellas. Estas barreras son múltiples, desde las materiales relativas a una falta de información comprensible, tecnologías de comunicación inadecuadas y ausencia de asistencia legal cualificada, a las personales por la ausencia de concienciación por los profesionales del sistema de la Administración de la Seguridad social o en el ámbito judicial, agravando aún más esta situación limitativa.

Y para minimizar esa barrera en el acceso a la justicia encontramos, dos recientes previsiones:

- La Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, ha añadido el artículo 7.bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) de aplicación supletoria al Orden jurisdiccional social (D.F. cuarta de la Ley 36/2011 de

¹⁸ Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad

¹⁹ Sentencia 3/2018, de 22 de enero, reconoce el amparo constitucional, al vulnerarse el art. 14 CE al ser discriminatorio el rechazo de la solicitud del recurrente de reconocimiento de la situación de dependencia, al aplicar indebidamente una regla de exclusión por edad de la persona con discapacidad instante de la ayuda

10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social, y con los añadidos dados por el RD-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, donde se prevé que en todas las fases y actuaciones de los procesos en los que participen personas con discapacidad²⁰, incluidos los actos de comunicación, se realizarán a petición de parte, del ministerio fiscal o de oficio por el juez, las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios.

En particular, dentro de este ámbito personal en la Administración de justicia (y para aquellas Comunidades Autónomas con competencias de Administración de Justicia²¹), se ha constituido la figura de un facilitador procesal/judicial con tareas de ayuda a las personas con discapacidad intelectual, y de concienciación a los profesionales del sistema judicial sobre las necesidades específicas de las personas con discapacidad intelectual, dando herramientas de capacitación al personal sobre cómo comunicarse de manera efectiva, adaptar los procedimientos (dando más tiempo) y garantizar un entorno accesible a las personas usuarias con discapacidad. Este facilitador procesal, no está aún previsto en el ámbito de la Gestión de la Administración de la Seguridad social.

- El Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público, y que transpone, después del 28 de junio de 2022, la Directiva (UE) 2019/882, de 17 de abril de 2019, el Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios, en especial lo relativo al acceso a la información y equipos informáticos de comunicación con la Administración.

c) *La atención particular de la necesidad específica de las mujeres y menores con discapacidad (art.49 CE)*

Se incluye dentro del eje estratégico transversal de la Estrategia 2020-2023 antes vista. Y se materializa en que en las resoluciones por los poderes públicos (La Entidades Gestoras, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) deberá observarse la aplicación de las normas de Seguridad social *con perspectiva de género* en los requisitos y en el acceso a las prestaciones en situaciones de necesidad específica de la mujer discapacitada; esto es, integrando el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y la interpretación con perspectiva de género de las normas vigentes (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres), así como para adoptar medidas de acción positivas para lograr la igualdad real (art. 15 de la Ley Orgánica 3/2007), para no perpetuar roles tradicionales, y contrarios a los objetivos de equiparación entre hombres y mujeres (STS 12.07.2022); fundada en esa perspectiva de igualdad efectiva en la sociedad con prestaciones que atiendan a las situaciones de necesidad, o bien, con prestaciones que suplan el periodo de jornada de trabajo reducido, y todo ello sin sufrir merma en su carrera profesional de cotización por las suspensiones del trabajo o reducción de jornadas para el cuidado hijos enfermos (Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas, y transposición de Directivas de la Unión Europea).

Conjuntamente con los poderes públicos, es igualmente una exigencia del art. 4 de la LO 3/2007 que los Juzgados y Tribunales realicen una interpretación de la normativa de Seguridad

²⁰ Transponiendo y recepcionando en España en el año 2015, del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, hecho en Marrakech el 27 de junio de 2013

²¹ Decreto 52/2024, de 8 de mayo (BOCAM del 10), del Consejo de Gobierno, por el que se establece el servicio y se regula la figura del personal *experto facilitador* para prestar apoyo a las personas con discapacidad en las sedes judiciales de la Comunidad de Madrid.

social desde la perspectiva de género (en pro de los beneficios del menor) y la discapacidad (art. 49 CE). Y ello se ha materializado en las siguientes resoluciones del Tribunal Supremo:

- En la Incapacidad permanente absoluta por accidente “no laboral” como consecuencia de complicaciones y lesiones sufridas en el parto, siendo una acción súbita, violenta y externa sobre la mujer, sin parangón con ningún otro tipo de circunstancia (de enfermedad común) en que la se acuda a la atención sanitaria (STS nº 580, 2020 de 2 julio)
- Respecto a los menores con discapacidad huérfanos, y dentro de lo dispuesto en el art. 38 del Reglamento General de Prestaciones Económicas de la Seguridad Social, cabe destacar una mención a la sentencia del TS de 30.05.2024 que analizó en un supuesto donde la menor con discapacidad solicitó el incremento de la pensión de orfandad (como orfandad absoluta) con el porcentaje de la pensión de viudedad, lo que se desestimó en la instancia. El TS considera que procede incrementar el porcentaje de la prestación de orfandad a una beneficiaria, huérfana de madre, cuyo padre, no era beneficiario de la pensión de viudedad con relación a la causante y no cubría las necesidades económicas de su hija -discapacitada- pues la existencia de un progenitor vivo -que ha desatendido las necesidades de su hija discapacitada a quien ha sido reconocida la pertenencia a familia monoparental-, puede constituir una “*situación o circunstancia análoga*” a la orfandad absoluta, ya que, el estado de necesidad deriva de la prolongada y acreditada desatención del padre (FJ 3).

En esas sentencias, se invoca la perspectiva de género (vinculada a discapacidad o menor discapacitado) para concluir que, siempre que cumpla los restantes requisitos legalmente exigidos, se puede obviar la literalidad de algún requisito de la norma (por ejemplo, admitir otra documentación diversa de la exigida), al objeto de alcanzar los fines perseguidos por el legislador y armonizarlos con los generales de la interdicción de la discriminación por discapacidad de la mujer o el menor por los poderes públicos (art. 49 CE)

2.4. La inclusión a través de prestaciones adecuadas del sistema de Seguridad social para las personas con discapacidad, en el periodo 2013 a 2024

En cuanto al ámbito subjetivo de protección por el Sistema de Seguridad Social, superado el modelo de los Seguros sociales, que contemplaba la discapacidad en un modelo rehabilitador para la vuelta a la actividad, bajo el paraguas de la Seguridad Social y de leyes puramente asistencialistas, ante la fatalidad de la pérdida de empleo por su carácter crónico, estamos en un modelo y sistema de Seguridad social enfocado a una prestación en atención a la situación de necesidad social, más allá de la cobertura contributiva de los seguros sociales, asegurando a todos los ciudadanos un nivel mínimo de rentas, y a los ciudadanos con discapacidad.

2.4.1. Las personas con discapacidad en el modelo organizativo de la gestión del Sistema de la Seguridad Social

Conforme el art. 41 CE a los poderes públicos les compete “*mantener*” una Seguridad social pública, lo que parece suponer un papel activo en su financiación y en su gestión. Respecto al modelo organizativo de la gestión, se plasma en el art. 149.1.17 CE, siendo el Estado la única instancia con competencia exclusiva sobre la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social.

- Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público, en cuanto al diseño accesible a la sede electrónica de la Seguridad social y sus requisitos

- Res. INSS de 23 febrero 2016 (BOE 1 marzo) para la utilización de las aplicaciones que permiten la tramitación electrónica de los procedimientos en materia de prestaciones (art. 130 LGSS-2015), sin que pueda ser la vía electrónica la única vía de solicitud.

Resolución de 14 de diciembre de 2015, determina las oficinas de atención al ciudadano que han de ajustarse a las condiciones de accesibilidad, desarrollando el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo por el que se establecen las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.

Íntimamente conectado con la aplicación administrativa en la gestión de las prestaciones del principio de no discriminación en la gestión de las prestaciones, se encuentra las exigencias de los arts. 4.4 y 7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio (BOE del 13), integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en vigor desde el día 14 de julio 2022, y en particular, la modificación del art. 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; de aplicación al expediente administrativo ante el INSS para el reconocimiento de una prestación, y por el cual, cuando el interesado (o beneficiario de la Seguridad social) alegue discriminación por discapacidad y aporte indicios fundados sobre su existencia, la Administración de la Seguridad social deberá aportar una probada justificación objetiva y razonable de esa medida denunciada que en todo será proporcional. En consecuencia con ello, la resolución de la Entidad Gestora deberá aportar una probada justificación objetiva y razonable de esa medida limitativa de la prestación que no ha reconocido, así como también deberá justificar que la limitación del acceso a la prestación es una decisión proporcional a la situación de necesidad del riesgo actualizado, conforme los principio en juego (art. 41 y 49 CE)

2.4.2. Las personas con discapacidad en el ámbito de la afiliación e inscripción en el Sistema

- El Real Decreto 1057/2021, de 30 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia. La inscripción en el Sistema de los Cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia que van al régimen general en situación asimilada al alta, conforme certificado de la Consellería/Consejería de servicios sociales de cada Comunidad Autónoma que acredite el nivel de dependencia y la necesidad de cuidados por tercera persona y firme el compromiso de cuidados del familiar al dependiente; certificado que tiene un carácter declarativo, no constitutivo (STS III 8.03.2023)
- El Real Decreto 156/2013, de 1 de marzo por el que se regula la suscripción de convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral, permitiendo con ese convenio el acceso a las prestaciones por jubilación, muerte y supervivencia del Sistema de Seguridad Social.

2.4.3. Las personas con discapacidad en el ámbito de las prestaciones no contributivas y contributivas

- Ley 31/2022 LPGE para el 2023 y a falta de LPGE para el año 2024, por RD-ley 8/2023, de 27 de diciembre, de forma provisional, establece que para el año 2024 un incremento superior de revalorización de las pensiones no contributivas respecto a las contributivas de incapacidad, por el sobre coste de la discapacidad.

En cuanto a las prestaciones por hijo a cargo, la modificación de la prestación por hijo o menor a cargo ampliándose su ámbito subjetivo a los mayores de 18 años con una discapacidad igual o superior al 45 %; en cuanto a la prestación de jubilación.

En cuanto a la jubilación anticipada, —Real Decreto 370/2023, de 16 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161.bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento, sobre jubilación anticipada de los trabajadores afectados por una discapacidad que determine de forma generalizada y apreciable una reducción de su esperanza de vida

En cuanto a las prestación de Incapacidad permanente, compatibilidad con el empleo y con un determinado grado de discapacidad. (33%) En particular, en el caso de personas con grandes necesidades de apoyo con limitación física o psíquica, de origen profesional o común, que impide trabajar a quienes las sufre²².

En cuanto a la prestación por desempleo, —Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, con entrada en vigor en noviembre 2024, permitiendo a ese colectivo el acceso a las prestaciones del subsidio por desempleo

2.4.4. La aplicación jurisdiccional y las sanciones administrativas para la eficacia de la normativa de Seguridad social para las personas con discapacidad

Las resoluciones de actualidad del Tribunal Supremo más destacables son las siguientes:

- Dentro de su régimen jurídico prestacional, se permite la compatibilidad con el trabajo de la pensión correspondiente a los grados de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez (artículo 198 del texto refundido de la LGSS/2015, LGSS-2015); si bien, con la mejora de las tecnologías en la actividad, tal compatibilidad del trabajo con la prestación de incapacidad permanente en sus grados de absoluta o gran invalidez se refiere exclusivamente a trabajos esporádicos o marginales que no den lugar a inclusión del pensionista en la Seguridad Social (STS nº 544, 2024, de 11.04, rectificando criterio anterior STS 30.01.2008 y STS nº 992, 2018 de 29.11). La posición que mantiene el tribunal es una vuelta a la interpretación primigenia del anterior art. 194 de la LGSS de 1994, con interpretación estricta de lo que se entienda por desempeño de profesión de actividad, sólo aquella que sea liviana, sedentaria y marginal en términos de inclusión en el sistema de Seguridad social²³.
- Dentro del grado de total de la Incapacidad permanente, respecto al Porcentaje de discapacidad equivalente por tal reconocimiento de la prestación. El TS, en su sentencia de fecha 29.05.2024, considera que en los casos en que un beneficiario de Seguridad Social tiene reconocido el grado de incapacidad permanente no se le ha de reconocer, a todos los efectos, el 33% de discapacidad. La Sala entiende que incurre en ultra vires la modificación legislativa al sustituir la frase “a los efectos de esta ley” por la de “a todos los efectos”, en una evidente alteración esencial en el art. 4.2 del RD-Legislativo 1/2013 del texto que debía refundir, incurriendo en una ultra vires (exceso del mandato legal), que rectifica, implicándolo, el Tribunal Supremo.

²² Véase en AA.VV.: *Manual de Seguridad Social*, MONEREO PEREZ, J.L. (Dir.), Ed. Tecnos, 18ªed., 2022.

²³ Para un comentario crítico de la sentencia, véase, CAVAS MARTÍNEZ, F., “Incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con el trabajo, salvo que sea esporádico o marginal: nuevo revés jurisprudencial para los grandes inválidos”, en *Revista de Jurisprudencia laboral*, nº 5, 2024, BOE.

3. Conclusión del balance de la aplicación y eficacia del RD-Legislativo 1/2013 en Seguridad Social

Después de realizar una exposición de manera sintética del RD-Legislativo 1/2013 relativa a Ley General para la personas con discapacidad, con influencia en materia de Seguridad social, ayuda social y accesibilidad. Contamos ya con un recorrido normativo y jurisprudencial de los hitos más destacados, en el último decenio, en pro de la integración de las personas con discapacidad en el marco de la Seguridad social sin sufrir discriminación, que si bien no exhaustivo, si se ha podido realizar un informe detallado de las normas más destacadas; habiéndonos centrado en lo verdaderamente importante de las mismas, tratando de ser lo más incisivo posible en cada una de las referencias.

Tras ello, podemos concluir que han existido avances en la política de promoción de la igualdad real y sin discriminación de las personas con discapacidad en los campos estudiados, si bien queda aún camino por desarrollar en esos ejes fijados en el año 2022 en el Acuerdo del Consejo de Ministros de Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030; y en particular en la compatibilidad de las prestación de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez y empleo para favorecer la inclusión laboral y reducir el sobre coste de padecer tal alto grado de incapacidad (modificado por la reciente STS 11.04.2024) o en el grado de total, su equiparación, con una reconocimiento del 33% de dependencia, para reducir el sobre coste de padecer tal grado de incapacidad (no reconocido por la reciente STS 29.05.2024).

Y es que, efectivamente, antes de 1978 veníamos de una situación claramente insatisfactoria para llegar a otra donde podamos afirmar que, tras la actual regulación legal y su aplicación de los tribunales, recuperamos por la vía del Derecho -como técnica de soluciones justas- una igualdad de oportunidades e integración de las personas con discapacidad más plena. Pues ante unas desigualdades sociales a las personas con discapacidad, —siguiendo a Rawls, J., (1979)—, se debería establecer acciones legislativas que den un mayor beneficio a los menos aventajados, con prestaciones adaptadas a la situación de desventaja, en una gestión accesible a todos y bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.

VIOLENCIA DE GÉNERO E IGUALDAD EN EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. ANÁLISIS DE LAS CONTROVERSIAS MÁS RECIENTES¹

JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA

*Contratado Predoctoral-FPU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia*

1. Introducción: Igualdad real y perspectiva de género

Como es sabido, la Constitución Española de 1978 proclama de forma explícita el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en su art. 14. Así mismo, el art. 9.2 de la carta magna recalca el deber de los poderes públicos para hacer frente a las dificultades que no permitan u obstaculicen la libertad e igualdad del individuo y de los grupos.

En estrecha relación con ello, el legislador determinó por medio del art. 4 LO 3/2007² la obligación de juezas y jueces de dictar sus resoluciones judiciales desde un prisma integrador del referido principio de igualdad de forma real y efectiva. Para llevarlo a cabo, POYATOS MATAS plantea que juzgar con perspectiva de género es:

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “LA ACTIVIDAD SINDICAL Y LOS DERECHOS COLECTIVOS EN LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI”, realizado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia con la financiación del Ministerio de Universidades (FPU 19/02487).

² Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

“una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género”³.

Además, la dimensión de género no solo debe ser incorporada por jueces y tribunales, sino que también ha de ser asumida por el poder legislativo. Y uno de los ámbitos en los cuales la dimensión de género debe ser ineludiblemente aplicable es el de la violencia machista y la cobertura social de sus víctimas. Muestra de ello es que la LO 1/2004⁴ recoge en su Título II un capítulo denominado “Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social”.

En este sentido, contamos con varios ejemplos destacables en el derecho de la Seguridad Social. Concretamente, en lo referente al reconocimiento de prestaciones, especialmente, la pensión de viudedad. Sin ir más lejos, como señala GARCÍA TESTAL⁵, se ha tratado de poner en marcha una serie de reformas normativas tendentes a reconocer un conjunto de derechos sociales a las mujeres que han sufrido la violencia machista, intentando así reducir las situaciones de desamparo y hacer frente en la medida de lo posible a los problemas de carácter económico y laboral que han venido soportando en numerosas ocasiones.

En los siguientes apartados, podrá ahondarse en el alcance de la labor del legislador y de los operadores jurídicos en esta materia.

2. La importancia de la protección social frente a la violencia económica

Autores como YUGUEROS GARCÍA han diferenciado tres tipos de violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja: la violencia física, la violencia sexual y la violencia psicológica. Esta última, se da cuando se controla, aísla y/o humilla a la víctima recurriendo a diversos medios, entre los cuales se incluye a la violencia económica⁶.

Así mismo, se entiende como violencia económica la basada generalmente en el control del acceso de las mujeres a los recursos económicos por parte de sus parejas, obligándolas a depender económicamente de su agresor para poder subsistir tanto ella como sus hijos o allegados y mermando así la posibilidad de huir de ese círculo de abuso. Además, se trata de una violencia que no sólo es ejercida dentro de la pareja, sino que se perpetúa e incluso aparece una vez rota la convivencia⁷.

En el ordenamiento jurídico español, este tipo de violencia solo es expresamente tenida en cuenta en algunas leyes de ámbito autonómico, *v.gr.*, la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁸, cuyo art. 3.3.d la delimita indicando que contiene las siguientes manifestaciones:

³ POYATOS MATAS, G., “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *IQUAL. Revista de Género e Igualdad*, Núm. 2, 2019, págs. 7-8.

⁴ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

⁵ GARCÍA TESTAL, E., “Violencia de género y pensión de viudedad: la acreditación de las situaciones de violencia de género”, *Lex Social*, Vol. 8, Núm. 2, 2018, págs. 132-133.

⁶ YUGUEROS GARCÍA, A.J., “La violencia contra las mujeres: concepto y causas”, *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Núm. 18, 2014, págs. 151-152.

⁷ PERAL LÓPEZ, M.C., “La pensión de viudedad en los supuestos de violencia de género y la protección del derecho a la igualdad: necesaria y urgente formación en perspectiva de género”, *Diario La Ley*, Núm. 10151, 2022, pág. 11.

⁸ BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008.

“(…) incluye la privación intencionada y no justificada legalmente de recursos, incluidos los patrimoniales, para el bienestar físico o psicológico de la víctima, de sus hijos o hijas o de las personas de ella dependientes, o la discriminación en la disposición de los recursos que le correspondan legalmente o el imposibilitar el acceso de la mujer al mercado laboral con el fin de generar dependencia económica”

Otro ejemplo más cercano en el tiempo es la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha⁹, la cual define a la violencia económica en su art. 5.c bajo el siguiente tenor literal:

“la privación intencionada y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos, ya se produzca durante la convivencia o tras la ruptura, o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de pareja”.

Así mismo, es destacable que el Estudio sobre la aplicación de la ley integral contra la Violencia de Género por las Audiencia Provinciales, editado por el Consejo General del Poder Judicial en marzo de 2016¹⁰, señala a la violencia económica como “el abuso económico o la privación o discriminación intencionada y no justificada de recursos” y la inserta dentro de la violencia psicológica.

Basándose en lo anterior, encontramos resoluciones judiciales como la STSJ de Madrid 860/2019, de 20 de septiembre¹¹, que han determinado la condición de víctima de violencia de género de una mujer que, a raíz de que su esposo fallecido hubiera transferido “todo el dinero que era de la familia a las cuentas bancarias de su madre y de un hermano”, hubo de someterse a tratamiento médico por depresión. Es reseñable también en este caso que el personal médico que atendió a la víctima puso objetivó un riesgo vital importante para la misma derivado de la conducta mantenida por su esposo, el cual se considera que la empujó a una situación angustiosa al lograr que se encontrara sin recursos económicos para su subsistencia. Consecuentemente, en lo tocante al acceso a la pensión de viudedad, el tribunal consideró demostrado que la mujer solicitante tenía la condición de víctima de violencia de género en el momento de la separación del sujeto causante, con la particularidad de que esta violencia era de carácter psicológico.

Posteriormente, el TSJ de Madrid en su sentencia 601/2022, de 24 de junio¹², volvió a apreciar que la mujer solicitante de una pensión de viudedad había sido víctima de violencia económica, para lo cual tuvo en cuenta la condena de su cónyuge por delito contra las relaciones familiares. Concretamente, por impago de la pensión de alimentos, según lo dispuesto en sentencia de 16 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Ocaña (Toledo).

3. La violencia de género y su incidencia en el acceso a la pensión de viudedad

La condición de víctima de violencia de género pasó a tener una importancia decisiva para el acceso a la pensión de viudedad, entre otros momentos, cuando fue aprobada la Ley 26/2009¹³. No en vano, esta norma añadió un nuevo párrafo al art. 174.2 LGSS que suavizó los requisitos para el reconocimiento de esta prestación ante supuestos de violencia machista.

⁹ BOE núm. 301, de 14 de diciembre de 2018.

¹⁰ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Estudio-sobre-la-aplicacion-de-la-Ley-integral-contra-la-violencia-de-genero-por-las-Audiencias-Provinciales--Marzo-2016-> (última revisión en fecha de 22 de julio de 2024).

¹¹ Rec. 308/2019.

¹² Rec. 124/2022.

¹³ Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales para 2010 (BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2009).

Cabe recordar que, anteriormente, la Ley 40/2007¹⁴ condicionó el derecho de las personas separadas y divorciadas a la pensión de viudedad, ya que introdujo con carácter general la exigencia de cumplir el requisito de la pensión compensatoria para poder ver reconocida dicha prestación, otorgándole así la cualidad de renta de sustitución a la pensión de viudedad.

Pues bien, la reseñada Ley 26/2009 suprimió esa exigencia para las víctimas de violencia de género con la finalidad de reforzar su protección. Concretamente, se trata de un cambio normativo que tiene su razón de ser en aquellas situaciones de urgencia que llevan a las víctimas a romper la convivencia con su agresor. Frente a ello, la ley se modifica estableciendo la presunción de que, si no fue acordada pensión compensatoria en el momento de la ruptura conyugal y queda acreditada la existencia de violencia sobre la mujer por parte del esposo, se presume que la víctima había renunciado a la pensión compensatoria empujada por la necesidad de poner fin a la convivencia conyugal con su agresor en el menor tiempo posible.

Así mismo, el tratamiento normativo específico a la mujer víctima de violencia de género no consiste únicamente en eliminar el requisito de que sean acreedoras de la pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del sujeto causante, sino que también se establecen distintos medios para demostrar la situación de violencia de género. No obstante, esta cuestión se desarrollará con más detalle en el siguiente apartado.

3.1. La necesaria flexibilización de los medios probatorios de la violencia de género

Para que la legislación despliegue sus mecanismos de protección y cobertura social a la víctima de violencia machista, se requiere ineludiblemente la previa constatación de que la persona solicitante tiene dicha condición. Por tanto, esta cobertura social reforzada no se activa automáticamente, sino a raíz de la acreditación de cada caso concreto de violencia de género y únicamente a través de los medios previstos en la LO 1/2004.

En este sentido, la LO 1/2004 trata de afrontar las dificultades existentes con anterioridad a su aprobación para que las víctimas pudieran demostrar que habían sufrido esta violencia. Y es que, hasta ese momento, esta lacra social no solía tener reflejo en las resoluciones judiciales debido al tratamiento jurídico diferente que ha recibido en España hasta comienzos del presente siglo con la apertura del debate parlamentario y la posterior aprobación de la ley.

Por ello, la referida norma ha dotado de mayor flexibilidad los tipos de pruebas admisibles para acreditar aquellas situaciones de violencia machista que se hubieran producido muchos años atrás. Así mismo, se propugna que dichos elementos probatorios sean valorados por parte del juzgador de forma tuitiva con la víctima.

De hecho, la ley admite que, además de la existencia de una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, de una orden de protección, de una resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o de un informe del Ministerio Fiscal, también se pueda demostrar la existencia de la violencia de género mediante cualquier medio de prueba válido en derecho. Incluso, el RDL 9/2018¹⁵ modificó el art. 23 LO 1/2004, de tal forma que también adquirió validez dotarse de elementos probatorios como, *v.gr.*, informes de los servicios sociales, de los servicios especializados o de las entidades públicas asistenciales que dan acogida a mujeres víctimas de violencia de género.

¹⁴ Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Reforma del Sistema de Seguridad Social (BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 2007).

¹⁵ Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género (BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2018).

Como consecuencia de este cambio normativo, la experiencia de las últimas décadas arroja que los tribunales han admitido como medios válidos para demostrar la violencia de género, entre otros, los siguientes: informes médicos que recojan alteraciones psíquicas de la víctima y que guarden relación con la violencia sufrida; un certificado del Servicio Territorial de Sanidad; resoluciones administrativas dictadas a propósito de la solicitud de incorporación al Programa de Renta Activa de Inserción y convocatoria a empresas; testimonios de vecinos o de allegados sobre la existencia de violencia verbal; denuncias antes los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado; la declaración en documento privado del exmarido fallecido, reconociendo su carácter violento y la existencia de agresiones junto con ficha de asistencia en el Centro asesor de la mujer del Ayuntamiento de Alcobendas (Madrid); una sentencia condenatoria al sujeto causante por violencia ejercida contra el hijo de la mujer víctima, la denuncia presentada contra el agresor por parte de su esposa dos años antes de la separación por maltrato tanto de palabra (soportando la víctima insultos y amenazas) como de hecho (mediante cortes de luz), etc.^{16, 17}.

Inicialmente, este criterio fue plasmado en sentencias como la del TSJ de Cantabria 80/2009, de 4 de febrero¹⁸, la del TSJ de Extremadura 489/2009, de 22 de octubre de 2009¹⁹, la del TSJ de Castilla y León (sede de Valladolid) 1532/2009, de 9 de diciembre²⁰, la del TSJ de Galicia 4640/2013, de 15 de octubre²¹, la del TSJ de Castilla y León (sede de Valladolid) 1196/2014, de 30 de julio²², la del TSJ de Castilla y León (sede de Burgos) 264/2015, de 22 de abril²³ o la del TSJ de la Comunidad Valenciana 618/2017, de 8 de marzo²⁴. Así mismo, la STS 499/2011, de 26 de enero²⁵, la sentencia 5324/2011, de 30 de mayo²⁶, y la sentencia 178/2016, de 20 de enero²⁷ también se hicieron eco de esta doctrina.

Es reseñable que, en la última de estas tres resoluciones, además, el TS invalidó el criterio expuesto por el TSJ de Cataluña en su sentencia 5689/2015, de 2 de octubre²⁸, la cual denegó la pensión de viudedad a una mujer que había presentado hasta tres denuncias por maltrato contra su entonces cónyuge.

En este caso, el TSJ de Cataluña consideró que la violencia de género no había quedado probada por el hecho de que, debido a la posterior inasistencia a los juicios de la denunciante, el sujeto causante de la pensión de viudedad quedó absuelto en todos los procesos penales abiertos contra él tras cada una de las denuncias que interpuso. Sin embargo, el TS incidió en que la incomparecencia de la víctima a uno o varios actos de juicio, pese a llevar aparejada el fallo absolutorio del denunciado, no implica la falsedad de los hechos reflejados en sus denuncias. De modo que la denuncia puede continuar siendo un elemento válido para aportar indicios

¹⁶ RUIZ SAURA, J.E., “Perspectiva de género en la cobertura de la Seguridad Social”, en IGLESIAS ONOFRIO, M. y PÉREZ DE GUZMÁN PADRÓN, E.S. (Coords.), *Corresponsabilidad, espacios de cuidados y políticas públicas de igualdad de género en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 2024, pág. 374.

¹⁷ GARCÍA TESTAL, E., “Violencia de género y pensión de viudedad: la acreditación de las situaciones de violencia de género”, *Lex Social*, Vol. 8, Núm. 2, 2018, pág. 143.

¹⁸ Rec. 1193/2008.

¹⁹ Rec. 462/2009.

²⁰ Rec. 1532/2009.

²¹ Rec. 4439/2011.

²² Rec. 946/2014.

²³ Rec. 194/2015.

²⁴ Rec. 1169/2016.

²⁵ Rec. 4587/2009.

²⁶ Rec. 2598/2010.

²⁷ Rec. 3106/2014.

²⁸ Rec. 3662/2015.

de violencia machista con independencia de dictarse o no una sentencia absolutoria con posterioridad. Concretamente, esta resolución puntualizó su criterio de la siguiente forma:

“En supuestos de separación o divorcio anteriores a la LO 1/2004, la existencia de denuncias por actos constitutivos de violencia de género constituye un serio indicio de que la misma ha existido, sin que ello suponga que estamos ante un medio de prueba plena, sino que ha de contextualizarse con el resto de la crónica judicial de lo acaecido”.

3.2. El surgimiento y la consolidación de una doctrina jurisprudencial con perspectiva de género

En los años precedentes, han aparecido sentencias de distintos tribunales superiores de justicia que han ampliado la extensión de la perspectiva de género para poder valorar la prueba de forma contextualizada, haciendo posible el reconocimiento de la pensión de viudedad a víctimas de violencia machista en un mayor volumen de casos.

En primer lugar, la STSJ de Canarias (sede de Las Palmas de Gran Canaria) de 7 de marzo de 2017²⁹ destaca por ser la pionera en aplicar de manera formal la perspectiva de género como metodología en España. Además, lo hizo fundamentando la misma jurídicamente y aplicándola al supuesto de hecho enjuiciado a través de la valoración de la prueba, concluyendo con el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de una víctima de violencia de género divorciada. Su importancia radica en ofrecer una definición teórica y metodológica de lo que es juzgar con perspectiva de género.

Más recientemente, cabe resaltar la STSJ de Castilla-La Mancha 75/2022, de 14 de enero³⁰, que apuntaló el criterio señalado en el apartado anterior sobre la base de la fundamentación siguiente:

“Para poder acceder a la pensión de viudedad por causa de violencia de género es necesario que la beneficiaria pueda acreditar que era víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho”.

Posteriormente, el TSJ de Galicia hizo lo propio por medio de su sentencia 892/2023, de 15 de febrero³¹, señalando que podía considerarse demostrada la condición de víctima de violencia de género de una mujer que aportó una sentencia de separación correspondiente al año 1986 en la cual solo se habla de “graves y reiteradas desavenencias conyugales”. Y este razonamiento se basó en que el contenido de los autos permitió constatar que la mujer demandante sufrió injurias, humillaciones y malos tratos físicos durante su convivencia conyugal. De hecho, de las pruebas testificales practicadas 38 años atrás se desprende malos tratos físicos a la víctima, hasta el punto de haber sido vista con los “labios rotos” y la “cara amoratada”.

Así mismo, es destacable que el TSJ de Galicia dictó esta resolución invalidando el criterio previo del Juzgado de lo Social núm. 3 de Ourense en su sentencia 826/2021, de 2 de diciembre,

²⁹ Rec. 1027/2016.

³⁰ Rec. 40/2021.

³¹ Rec. 981/2022.

el cual no había considerado válidas las referidas pruebas testificales por tratarse de declaraciones prestadas hace casi cuatro décadas y no ser posible la ratificación de esos testimonios en la actualidad. No en vano, de los cinco testigos que intervinieron en el procedimiento judicial desarrollado en el año 1986, cuatro habían fallecido al iniciarse la solicitud de viudedad y el quinto no se encontraba apto por su estado de salud y su avanzada edad de 89 años.

4. Análisis de algunas de las controversias jurídicas más relevantes de los últimos años

4.1. Cuando la mujer solicitante había finalizado su derecho a percibir la pensión compensatoria de su maltratador

Como se ha señalado *ut supra*, el tercer párrafo del art. 220.1 LGSS (anteriormente, art. 174.2) admite un supuesto concreto en el que una mujer divorciada o separada del sujeto causante podría acceder a la pensión de viudedad a pesar de no venir percibiendo pensión compensatoria. Concretamente, esto ocurre cuando la solicitante de la prestación acredite su condición de víctima de violencia de género.

Pues bien, ha sido objeto de discusión doctrinal la cuestión referida al acceso a la pensión de viudedad en aquellos casos en que la pensión compensatoria fuera percibida inicialmente por la víctima de violencia de género y, en un momento posterior a la finalización de su vínculo conyugal con su maltratador, la referida pensión compensatoria se extinguiese, ya fuera por motivos ajenos o no a la voluntad de la víctima de violencia machista.

En un primer momento, sentencias como la del TSJ de Madrid 920/2009, de 17 de diciembre³² o la del TSJ de Asturias 388/2011, de 11 de febrero³³ adoptaron una posición restrictiva del derecho a la pensión de viudedad. En esencia, en estas resoluciones se consideró que el art. 174.2 LGSS se aplica para el caso de coincidir, en el momento de la separación o divorcio, la violencia machista y la no fijación de pensión compensatoria. De modo que no procedería su aplicación cuando dicha pensión hubiera sido fijada, se viniera disfrutando y, en fecha posterior, desapareciera por razones ajenas a aquella violencia.

Posteriormente, el TS se desmarcó del criterio anterior para resolver esta cuestión en su sentencia de 821/2013, de 5 de febrero de 2013³⁴. En ella, dispuso que las mujeres víctimas de violencia machista están exentas en todos los casos de cumplir con el requisito del art. 174.2 LGSS, es decir, exentas sin excepción de percibir pensión compensatoria³⁵. Por tanto, la víctima tendrá derecho a la pensión de viudedad tanto si no se le ha concedido previamente una pensión compensatoria, como en aquellos casos en los que se le hubiera reconocido una pensión compensatoria temporal o de mayor duración y posteriormente esta hubiera quedado extinguida por causa legal.

La fundamentación del TS radica en que, basándose en el principio *ubi lex no distinguit, nec nos distinguere debemus*, interpretó que la literalidad de la norma es suficientemente clara para no albergar interrogantes acerca de admitir o no criterios diferentes. De esta manera, se descartó

³² Rec. 5109/2009.

³³ Rec. 2316/2010.

³⁴ Rec. 929/2012.

³⁵ “(...) la expresión “en todo caso” utilizada por la norma inclina a pensar que la exención del requisito de pensión compensatoria actúa siempre y en toda hipótesis a favor de las víctimas de violencia de género, de manera tal que las pensiones -compensatorias- reconocidas sólo con carácter temporal (como en la decisión de autos) o las que en su día lo fueron con carácter indefinido pero se extinguieron por causa legal (como en la sentencia de contraste), no impiden el reconocimiento de la pensión de la pensión de viudedad, porque -así lo razona la sentencia recurrida- el legislador ha querido otorgar una especial protección a las citadas víctimas y dispensarles siempre de la exigencia de pensión compensatoria, tanto si nunca la tuvieron reconocido como si simplemente se les hubiera extinguido”.

la posibilidad de que motivos no recogidos expresamente en la LGSS permitieran excluir lo dispuesto en la propia norma para facilitar el acceso a la pensión de viudedad a mujeres víctimas de violencia de género.

4.2. Cuando la violencia de género solo ha tenido lugar después de la separación o divorcio

En otras ocasiones, se dan supuestos en los que la violencia machista tiene lugar entre agresor y excónyuge con posterioridad a producirse la separación o el divorcio de la pareja. Entonces, surge la discusión de si la voluntad del legislador con el precepto señalado era la de abarcar también estos casos o ceñirse únicamente a la violencia ejercida antes de la separación

La respuesta a esta controversia puede encontrarse en la STS 178/2016, de 20 de enero³⁶, la cual indica que deben concurrir tres elementos en la aplicación del antedicho precepto. Concretamente, además de un elemento material que no puede ser otro que el de tener la condición de víctima de violencia de género, y de un elemento instrumental consistente en que la solicitante de la pensión demuestre válidamente dicha realidad, el TS habla de un tercer elemento de naturaleza cronológica que exige que haya existido violencia de género en el momento de producirse la separación o divorcio, no después. La referida sentencia del Alto Tribunal plantea este elemento cronológico como una condición indispensable.

Posteriormente, este criterio fue acogido por el TSJ de Cataluña en su sentencia 6834/2014, de 15 de octubre³⁷, en su sentencia 7624/2014, de 17 de noviembre³⁸ y, finalmente, en su sentencia 1241/2015, de 19 de febrero³⁹. En base a ello, fue denegado el derecho a pensión de viudedad ante situaciones de violencia de género posteriores al momento del divorcio de la solicitante.

Respecto al requisito de que la violencia ejercida sobre la mujer tenga lugar en el momento de la separación, la STS 524/2021, de 12 de mayo⁴⁰ recuerda que, en el momento de la separación judicial o divorcio, debe haber una razonable conexión de funcionalidad temporal entre la violencia machista ocurrida y el fin del vínculo conyugal. Concretamente, habla de “una proximidad que ponga de relieve la probabilidad de que la ruptura del matrimonio viene condicionada por cualquier acto de violencia física y psicológica”⁴¹. Por tanto, una interpretación *a sensu contrario* de esta doctrina conduciría a descartar que la violencia de género que hubiera tenido lugar cuando la pareja está extinguida sirviera para habilitar la aplicación del art. 220.3 LGSS.

Sin embargo, se ha distinguido un supuesto en el cual la violencia machista ejercida tras haberse materializado la separación conyugal sí permitiría acceder a la pensión de viudedad sin necesidad de que la víctima fuera acreedora de la pensión compensatoria. Se trata de aquellos casos en que, tras la separación, la convivencia se reanuda *de facto*, es decir, sin comunicarlo al juzgado ni formalizar su situación como pareja de hecho, siendo en esta segunda etapa cuando la mujer sufra los episodios de violencia de género.

Concretamente, la STSJ de Madrid 596/2014, de 24 de junio⁴², considera que este escenario debe ser entendido como “una nueva vida en común” y “una reconciliación a la que debe darse

³⁶ Rec. 3106/2014.

³⁷ Rec. 4732/2014.

³⁸ Rec. 5048/2014.

³⁹ Rec. 6821/2014.

⁴⁰ Rec. 4697/2018.

⁴¹ PERAL LÓPEZ, M.C., “La pensión de viudedad en los supuestos de violencia de género y la protección del derecho a la igualdad: necesaria y urgente formación en perspectiva de género”, *Diario La Ley*, cit., pág. 8.

⁴² Rec. 37/2014.

relevancia jurídica”. Y consecuentemente, “no es razonable que se haga de peor condición a los matrimonios separados y luego reconciliados que a las parejas de hecho siendo además posible acreditar la convivencia *more uxorio* mediante los medios de prueba admisibles en derecho”.

Así mismo, también es destacable que, cuando los episodios de violencia machista tienen lugar tanto antes como después de la separación, ambos pueden valorarse conjuntamente por el juzgador. Así se desprende de la STS 709/2017, de 26 de septiembre⁴³, que estima el recurso de la recurrente al haberse acreditado que “ha venido sufriendo amenazas e insultos (...) mientras estuvo vigente la relación marital, así como tras el cese de la convivencia conyugal”.

4.3. La violencia de género en una pareja de hecho

Inicialmente, la legislación aplicable disponía sin distinciones que el acceso a la pensión de viudedad por parte de una mujer que anteriormente hubiera integrado una pareja de hecho estaba vinculado en todo caso al requisito general de haber tenido lugar una “convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante”. Esto supone que, en el momento de fallecer el sujeto causante, debía continuar existiendo la pareja de hecho y que la misma debía haberse extendido durante al menos cinco años ininterrumpidamente.

No obstante, fue objeto de crítica doctrinal que la norma fuera aplicada con esa rigidez también a los casos de parejas de hecho en las cuales se hubiera producido violencia de género. No en vano, requerir el mantenimiento de la pareja de hecho y de su correspondiente convivencia estable era considerada una exigencia legal excesiva en un contexto de violencia machista. Y ello por el riesgo grave para la integridad física y moral de la víctima que supondría alargar la cercanía física con su agresor hasta el punto de convivir junto a él en un domicilio común.

Incluso, se puso el foco en que esto suponía un incentivo perverso para que aquellas víctimas en situación económica vulnerable continuaran estando próximas a sus agresores con miras a no perder el derecho a una futura pensión de viudedad⁴⁴.

Además, ni siquiera sería un requisito cuyo cumplimiento estuviese al alcance de la víctima en casos tales como cuando el agresor debe cumplir una orden de alejamiento de la víctima o quedar recluso en prisión por haber sido condenado a una pena privativa de libertad⁴⁵.

Sin embargo, también surgió otra doctrina jurisprudencial que se basó de forma inflexible en la literalidad de la norma vigente en su momento y, por ende, rechazaba la licitud de cualquier pensión de viudedad que fuera reconocida sin el previo cumplimiento y mantenimiento del requisito de la convivencia estable y notoria de al menos cinco años ininterrumpidos en el seno de la pareja de hecho, sin que la condición de víctima de violencia machista de la beneficiaria influyera en ello.

A continuación, se hará un repaso de las corrientes jurisprudenciales surgidas en torno a este debate doctrinal, hasta llegar a las resoluciones del TS que han sustentado la actual redacción de la LGSS, la cual ha favorecido el acceso a la pensión de viudedad de las mujeres víctimas de violencia de género en el seno de una pareja de hecho extinguida antes de producirse el hecho causante.

⁴³ Rec. 2445/2015.

⁴⁴ MORENO GENÉ, J., “El derecho a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género no conviviente con el causante. Comentario a la STS de 14 de octubre de 2020”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Núm. 29, 2021, pág. 146.

⁴⁵ MORENO GENÉ, J., “El derecho a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género no conviviente con el causante. Comentario a la STS de 14 de octubre de 2020”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, cit., pág. 144.

4.3.1. Antecedentes jurisprudenciales

Como ha podido verse en los apartados anteriores, en la última década se ha desarrollado un extenso debate doctrinal en torno a si la persistencia de la pareja de hecho en el momento de producirse el fallecimiento del sujeto causante debe ser o no un requisito para que la víctima de violencia de género acceda a la pensión de viudedad.

En lo concerniente a la doctrina más destacada de los tribunales superiores de justicia para fundamentar el reconocimiento de la pensión de viudedad a mujeres víctimas de violencia de género, incluso a pesar de haberse dado una ruptura de su pareja de hecho con carácter previo al hecho causante, cabe señalar la recogida en la STSJ de Castilla-La Mancha 1175/2010, de 14 de julio⁴⁶.

Esta sentencia inició la aplicación de la perspectiva de género para resolver esta controversia. De forma que estableció que “no se puede utilizar la protección derivada de la existencia de una agresión de género, en contra de la persona protegida, para la que la propia Ley de Violencia de Género refiere una necesidad de especial protección económica”. Además, apelando a una interpretación teleológica de la norma, añadió la siguiente reflexión:

“El ordenamiento jurídico debe de ser analizado como un todo armónico, de tal manera que no se produzca un perjuicio a la persona que se quiere proteger, precisamente como consecuencia de las medidas de protección legalmente establecidas, pues se conseguiría entonces con ello una solución irrazonable y contraria a la finalidad de la norma”.

Posteriormente, fue el TSJ de Madrid quien se pronunció en términos coincidentes en su sentencia 846/2013, de 30 de septiembre⁴⁷, aludiendo tajantemente a que, si “la ruptura de la convivencia *more uxorio* se produjo por la concurrencia de violencia de género”, el mantenimiento de la pareja de hecho no puede ser un requisito para el acceso a la pensión de viudedad por parte de la mujer víctima.

A continuación, la STSJ de Cataluña 6385/2015, de 27 de octubre⁴⁸ añadió que continuar exigiendo este requisito en el caso señalado iría en contra de la finalidad perseguida por la LO 1/2004, puesto que la norma insta a los poderes públicos a actuar contra todas las situaciones de violencia de género, con independencia de que se produzcan en el matrimonio o en parejas de hecho.

De otro lado, con anterioridad a la entrada en vigor de la actual redacción del art. 221.3 LGSS, también puede encontrarse sentencias de distintos tribunales de justicia que se posicionaron en contra de reconocer la pensión de viudedad solicitada por una mujer víctima de violencia de género cuya pareja de hecho finalizó antes del hecho causante.

En primer lugar, es reseñable la STSJ de la Comunidad Valenciana 218/2016, de 2 de febrero⁴⁹, que hizo una interpretación rígida de la literalidad de la norma para denegar la pensión de viudedad en base a lo siguiente:

“(...) la propia dicción del precepto ya conduce a que deba ser desestimada la demanda por la sencilla razón de que la pensión de viudedad desde la situación de pareja de hecho, y a diferencia de la que deriva del vínculo matrimonial, exige que en el momento del fallecimiento los componentes

⁴⁶ Rec. 539/2010.

⁴⁷ Rec. 4988/2012.

⁴⁸ Rec. 4238/2015.

⁴⁹ Rec. 963/2015.

de la pareja se encuentren unidos con análoga relación de afectividad a la conyugal, lo que aquí no acontece”.

De igual manera, la STSJ de Canarias (sede de Tenerife) 1161/2017, de 18 de diciembre⁵⁰ determinó que no habría base legal para extender la cobertura prestacional ampliada prevista para las mujeres solicitantes de la pensión de viudedad cuyo matrimonio hubiera sido interrumpido en un contexto de violencia machista.

Finalmente, la fundamentación favorable a reconocer la pensión de viudedad fue corroborada por el TSJ de Asturias en su sentencia 1379/2017, de 7 de junio⁵¹ y, nuevamente, por el TSJ de Cataluña en su sentencia 1936/2018, de 26 de marzo⁵².

Además, esta última resolución fue también confirmada después por el TS mediante su sentencia 908/2020, de 14 de octubre⁵³. De hecho, actualmente el TS ha sentado un criterio claro a partir de esta sentencia, por un lado, y de la 272/2023, de 13 de abril⁵⁴, posteriormente.

En la primera de las dos resoluciones referidas, el Alto Tribunal se remite a la LO 1/2004 para recordar que el legislador exige una protección integral y transversal de las mujeres víctimas de violencia machista, de tal forma que las lagunas y déficits en dicha protección deben irse mejorando y adaptando a cada caso particular⁵⁵. Además, como ejemplo de ello, alude a “la entronización de la violencia de género en la regulación de la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio (art. 174.2 LGSS de 1994 y actual art. 220.1 y 2 LGSS de 2015)”.

Así mismo, en base a ello, una hace una interpretación con perspectiva de género del art. 174.3 LGSS (actual art. 220 LGSS), reconociendo el derecho a la pensión de viudedad en base a lo siguiente:

“(...) esta lógica necesidad de que exista, con carácter general, una convivencia entre los componentes de la unión de hecho no es razonable que se exija en los casos de violencia de género sufrida por la mujer integrante de esa unión de hecho. En efecto, en estos supuestos en que el otro integrante de la pareja de hecho ejerce la violencia de género contra la mujer con la que convive, la protección de esta mujer lo que exige es que, entre otras muchas cosas, cese la convivencia para impedir que siga sufriendo una situación de violencia. En estos casos, la convivencia no solo es imposible e indeseable, sino que ha de evitarse a toda costa, por lo que, si se exige y se impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género. Y ha de recordarse que la convivencia se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia”.

⁵⁰ Rec. 1250/2016.

⁵¹ Rec. 1172/2017.

⁵² Rec. 379/2018.

⁵³ Rec. 2753/2018.

⁵⁴ Rec. 793/2020.

⁵⁵ GARCÍA ROMERO, B., “La pensión de viudedad en España: análisis de su actual regulación y propuestas de reforma con perspectiva de género”, en LÓPEZ ANIORTE, M.C. y GARCÍA ROMERO, B. (Coords.), *La protección social de las personas mayores, menores y dependientes: estudios con perspectiva de género*, Aranzadi, Navarra, 2023, pág. 142.

4.3.2. Cambio normativo

Tras lo dispuesto en la referida STS 908/2020, de 14 de octubre, el INSS dictó en fecha de 12 de noviembre su criterio de gestión 21/2020, mediante el cual dio acogida a la referida doctrina del TS⁵⁶. Esencialmente, el INSS resaltó que “el Alto Tribunal realiza la aplicación analógica (art. 4.1 del Código Civil) de dicha previsión al supuesto de la pensión de viudedad de parejas de hecho”, considerando que “si las mujeres separadas y divorciadas víctimas de violencia de género pueden acceder a la pensión de viudedad, lo mismo debe poder suceder con las mujeres que forman uniones de hecho”.

Posteriormente, por medio de la Ley 21/2021⁵⁷, se produjo la modificación de la LGSS para equiparar el acceso a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género y matrimonios. Concretamente, su art. 1.10 añadió un último párrafo al art. 221.3 LGSS para establecer que “tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho”.

A *posteriori*, una vez ya vigente este cambio legislativo, fue dictada la antedicha STS 272/2023, de 13 de abril. No obstante, el supuesto de hecho se había producido con anterioridad a la redacción dada por la Ley 21/2021 al art. 221.3 LGSS.

Pues bien, en este caso nuevamente se reafirmó el anterior criterio señalando lo siguiente:

“La interpretación con perspectiva de género conduce a interpretar el art. 221 LGSS de 2015 (anterior art. 174.3 LGSS de 1994) en el sentido de que, si se cumplen el resto de los requisitos, esa ausencia de convivencia no puede ser un obstáculo infranqueable para que la mujer víctima de esa violencia pueda acceder a la pensión de viudedad de parejas de hecho”.

No en vano, si bien el TS indica que la “convivencia estable y notoria de al menos cinco años” en los casos de parejas de hecho responde a la necesidad de demostrar la existencia de la misma, se determina que esto es algo que no debe ser exigible en situaciones de violencia de género sufrida por la mujer que solicita la pensión tras haber mantenido una unión de hecho, puesto que es su propia protección lo que hace necesario que se produzca el cese en la convivencia.

4.4. Violencia de género y nulidad matrimonial

Los supuestos de nulidad matrimonial en los cuales se ha producido violencia de género durante la convivencia marital han sido omitidos por el art. 220.2 LGSS. Esta omisión del legislador es considerada por VILLAR CAÑADA como una “laguna axiológica” del valor de la igualdad en dicho precepto⁵⁸.

⁵⁶ Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/a123c8d3-ec36-44ee-8bdd-c9c014e70495/CRITERIO+DE+GESTION+21-2020.pdf?MOD=AJPERES> (última revisión en fecha de 15 de julio de 2024).

⁵⁷ Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021).

⁵⁸ VILLAR CAÑADA, I. M., “Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: puntos críticos de la jurisprudencia más reciente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, Núm. 400, 2016, pág. 64.

En este caso, la STSJ de Galicia 2035/2015, de 14 de abril⁵⁹ resolvió que la excepción prevista para los supuestos de separación o divorcio también ha de ser extensiva a los casos de nulidad⁶⁰. Y ello atendiendo a que se daría una *analogía legis*⁶¹, esto es, que cabe una consecuencia jurídica similar por ser la nulidad matrimonial y el divorcio o la separación dos supuestos con identidad de razón.

Además, podría considerarse que este criterio concuerda con lo señalado en el art. 4 LO 3/2007, que determina que la interpretación y aplicación de las normas debe estar guiada por el principio de igualdad. En este caso, dicho principio conduciría a posibilitar el acceso a los mismos niveles de cobertura social con independencia del motivo de la extinción del matrimonio.

Por tanto, la consecuencia de todo ello es que, cuando un matrimonio deviene posteriormente en nulo, la violencia machista sucedida durante la convivencia marital debe tener los mismos efectos que la LGSS prevé para los casos de separación o divorcio.

5. Conclusiones

La protección eficaz a las mujeres víctimas de violencia machista y a sus familias es actualmente una cuestión sensible en nuestra sociedad, correspondiendo a los poderes públicos abordarla de una forma transversal. Consecuentemente, se debe actuar desde diferentes ámbitos entre los cuales juega un papel destacado el de la protección social.

En consonancia con ello, el legislador ha llevado a cabo en los últimos años actuaciones tendentes a eliminar barreras normativas para ampliar la cobertura de la acción protectora de la Seguridad Social a aquellas de las mujeres que sufrieron violencia machista antes de la entrada en vigor de la LO 1/2004. Esto se debe a que la ausencia de una ley integral como esta para la violencia de género dio lugar en muchas ocasiones a que las víctimas se vieran desprotegidas y muy limitadas para recurrir a la vía legal como medio de defensa contra su agresor. De hecho, hasta la aprobación de la referida ley, las víctimas no pudieron acceder a muchos de los instrumentos que el Estado sí pone ahora a su disposición para hacer frente a la violencia machista, lo cual supone en cierto modo el reconocimiento de la actuación insuficiente de los poderes públicos en el pasado frente a este problema.

Concretamente, entre las novedades legislativas puestas en marcha en los últimos años, es destacable que la actual normativa sobre el acceso a la pensión de viudedad, al margen de las mejoras que pueda y deba seguir incorporando, trata de allanar el camino a la víctima para demostrar que sufrió violencia machista durante la época previa a la entrada en vigor de la LO 1/2004. Tanto es así que ahora puede hacerlo a través de “cualquier medio de prueba admitido en Derecho”, como indica el art. 220.1 LGSS en un ejemplo claro de lo que supone legislar con perspectiva de género.

Además, en línea con lo anterior, se ha consolidado la doctrina judicial que aboga por aplicar esta regulación desde un enfoque plenamente garantista con el derecho a la protección social de la mujer que ha sufrido violencia machista, abriéndose todo lo posible a que se pueda acreditar de diversas maneras la violencia de género previa a la separación conyugal.

⁵⁹ Rec. 4672/2013.

⁶⁰ “aunque en (...) la Ley General de la Seguridad Social la excepción de la violencia de género directamente se proyecta en relación con la exigencia, en los supuestos de separación o divorcio, de ser deudor de pensión compensatoria, analógicamente también se debe proyectar en relación con la exigencia, en el supuesto de nulidad matrimonial, de indemnización del artículo 98 del Código Civil”.

⁶¹ Vid. Art. 4.1 del Código Civil: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

Así mismo, para el caso de las parejas de hecho, si bien la doctrina no sostiene que la regulación legal en materia de pensiones de viudedad deba ser idéntica en los casos de matrimonios y de uniones no matrimoniales, sí considera que una vez reconocido el derecho a la pensión de viudedad para las parejas de hecho, no es razonable que en los casos de violencia de género persista el requisito de mantener la convivencia conyugal hasta el momento del fallecimiento del agresor, al tiempo que no se exige dicha convivencia en los supuestos de separación y divorcio.

Todo lo anterior ha contribuido a que muchas mujeres se sientan más protegidas para romper el silencio sobre la violencia sufrida en el ámbito conyugal, dejando de ser ya a menudo una problemática sin transcendencia fuera del entorno familiar. De esta forma, se superan los obstáculos legales y sociales propios de un contexto histórico en el cual las instituciones y la sociedad carecían de una sensibilización suficiente sobre la gravedad del problema de la violencia de género.

No obstante, esta cobertura social aún presenta déficits en casos como los de los matrimonios nulos. Para hacer frente a ello, los órganos judiciales del orden social han intervenido haciendo una interpretación legal que ha permitido reducir las deficiencias normativas, lo cual ha redundado en una mayor protección social de las víctimas de violencia de género⁶².

6. Bibliografía

- GARCÍA ROMERO, B., “Denegación del derecho a pensión de viudedad a víctima de violencia de género tras el fallecimiento de su ex pareja de hecho: diferencias en las condiciones de acceso para matrimonios y para las uniones de hecho”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Núm. 5, 2020.
- GARCÍA ROMERO, B., “La pensión de viudedad en España: análisis de su actual regulación y propuestas de reforma con perspectiva de género”, en LÓPEZ ANIORTE, M.C. y GARCÍA ROMERO, B. (Coords.), *La protección social de las personas mayores, menores y dependientes: estudios con perspectiva de género*, Aranzadi, Navarra, 2023.
- GARCÍA TESTAL, E., “Violencia de género y pensión de viudedad: la acreditación de las situaciones de violencia de género”, *Lex Social*, Vol. 8, Núm. 2, 2018.
- MARCO FRANCIA, M. P. y GONZÁLEZ SORIA, J. C., “Violencia de género y pensión de viudedad de la Seguridad Social en España. La perspectiva de género y el género en perspectiva para la consecución de la justicia material y avanzar en igualdad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Núm. Extraordinario, 2019.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Pensión de viudedad y violencia machista: El enfoque de género desde la interpretación (Comentario a la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 7 de marzo de 2017, rec. núm. 1027/2016)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2017, Núm. 410, 2017.
- MORENO GENÉ, J., “El derecho a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género no conviviente con el causante. Comentario a la STS de 14 de octubre de 2020”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Núm. 29, 2021.
- PERAL LÓPEZ, M.C., “La pensión de viudedad en los supuestos de violencia de género y la protección del derecho a la igualdad: necesaria y urgente formación en perspectiva de género”, *Diario La Ley*, Núm. 10151, 2022.

⁶² PERAL LÓPEZ, M.C., “La pensión de viudedad en los supuestos de violencia de género y la protección del derecho a la igualdad: necesaria y urgente formación en perspectiva de género”, *Diario La Ley*, cit., pág. 17.

- POYATOS MATAS, G., “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *IQUAL. Revista de Género e Igualdad*, Núm. 2, 2019.
- RUIZ SAURA, J.E., “Perspectiva de género en la cobertura de la Seguridad Social”, en IGLESIAS ONOFRIO, M. y PÉREZ DE GUZMÁN PADRÓN, E.S. (Coords.), *Corresponsabilidad, espacios de cuidados y políticas públicas de igualdad de género en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 2024.
- SANZ SÁEZ, C., “Medidas de protección laboral y de Seguridad Social para víctimas de violencia de género”, *FEMERIS Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol. 4, Núm. 2, 2019.
- VILLAR CAÑADA, I. M., “Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: puntos críticos de la jurisprudencia más reciente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, Núm. 400, 2016.
- YUGUEROS GARCÍA, A.J., “La violencia contra las mujeres: concepto y causas”, *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Núm. 18, 2014.

TRABAJADORES MAYORES Y DIGITALIZACIÓN: LA NECESIDAD DE REMONTAR LA BRECHA

RUBÉN LÓPEZ FERNÁNDEZ

*Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Extremadura
Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales*

1. Introducción

En medio del vendaval tecnológico que caracteriza a la denominada “Cuarta Revolución Industrial”, cabe preguntarse si esta —al igual que las tres anteriores— tendrá un principio y un final o, por el contrario, se está ante un progreso de las TIC que va a continuar acelerando sin solución de continuidad. Dos datos cabe referir por el momento: La cuarta revolución ha comenzado cuando a la tercera aún no se la había dado por concluida¹. Y su velocidad e impacto sobre los sistemas de producción y la economía mundial son mayores que los acontecidos durante las tres primeras juntas².

Esta digitalización del mundo del trabajo está teniendo repercusión en todos los segmentos del sistema de protección social: pensiones de jubilación, prestaciones por incapacidad, asistencia sanitaria... también, cómo no, sobre la atención a las personas mayores. Y en el mercado laboral de hoy, especialmente en lo que atiene a las nuevas tecnologías, hay que poner de relieve el fenómeno de la brecha digital, el cual viene influido por distintos factores, entre los que destaca la edad.

¹ La tercera revolución industrial se identifica con la tecnología de la computación, la telefonía móvil, Internet o las energías renovables.

² Sobre el tema, léase a MERCADER UGUINA, J. F.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

En una cosa sí tenemos certidumbre: las transformaciones se van a seguir sucediendo, con lo que no hay más alternativa que adaptarse a ellas para sobrevivir. Los cambios van a ser profundos y van a afectar a todas las generaciones, pues las más jóvenes —las que han mamado dispositivos digitales a la par que el biberón— tendrán que afrontar el riesgo de que la tecnología les acabe dominando a ellas.

Charles Darwin decía que “no es la especie más fuerte la que sobrevive, ni la más inteligente, sino la que mejor se adapta a los cambios del entorno”. Intentando extrapolar su Teoría de la Evolución al tema que aquí nos ocupa, se puede vaticinar que los trabajadores y las empresas que mejor se adapten a este maremágnum de avances tecnológicos serán quienes sobrevivan, saquen provecho y progresen en esta perpetua transición digital. Esta Cuarta Revolución Industrial viene impulsada por el efecto combinado de múltiples tecnologías: robots, algoritmos, inteligencia artificial, biotecnología, impresión 3D, junto con otras que o están empezando a andar ahora o pronto llegarán³.

Al hilo de lo anterior, la brecha digital fue definida por la OCDE en 2001 como “el desfase o división entre individuos, hogares, áreas económicas y geográficas con diferentes niveles socioeconómicos en relación tanto a sus oportunidades de acceso a las tecnologías como al uso de Internet para una amplia variedad de actividades”⁴. Esta definición es indicativo de que, en un primer momento, el acento se puso sobre el factor económico como único o preponderante en esta disfuncionalidad. Posteriormente, el análisis se ha venido ampliando a distintos aspectos como la locación geográfica, el desarrollo tecnológico del país en cuestión, el manejo de idiomas y, por supuesto, la edad, en tanto que no es igual nacer en una época en la que las TIC lo envuelven todo que en otra pretérita en la que estas eran inexistentes⁵.

Intentando aterrizar todo lo anterior, se hace obvio que el mercado de trabajo está cada vez más tecnificado —especialmente el sector terciario— y suele prejuizarse que los aspirantes a cierto puesto ya poseen o dejan de poseer determinados conocimientos digitales, lo cual puede generar situaciones de discriminación en candidatos de más edad. De la misma manera, y con base en el mismo criterio, los trabajadores maduros podrían verse en el disparadero en situaciones de reestructuración empresarial o despido colectivo. El desconocimiento o la ausencia de competencias digitales altas sitúa a las personas mayores en dificultades extra para mantener o conseguir un hueco en un mercado laboral que se transforma casi a la misma velocidad que el progreso de la técnica, quedando muchas veces abocadas a la precarización o al desempleo⁶. Así las cosas, se requieren políticas de empleo que vayan más allá, que revisen y potencien algunos puntos de las actuales, en orden a conciliar dos elementos que van a ser la tónica de las relaciones laborales en las próximas décadas: la transformación digital y el envejecimiento de la masa trabajadora. Al análisis de estas políticas de empleo, y a la propuesta legislativa respecto de ellas, se van a dedicar algunas de las páginas siguientes.

Entrando en materia, la primera pregunta que nos aborda es la que sigue: ¿la tecnología es causa de discriminación?, ¿o es simplemente un criterio más, un elemento objetivo para elegir, en positivo o en negativo, quién entra, quién sale o quién permanece? Desde aquí sólo podemos

³ Klaus Schwab, pionero del concepto, afirma que la “cuarta revolución industrial genera un mundo en el que los sistemas de fabricación virtuales y físicos cooperan entre sí de una manera flexible a nivel global. [...] Su alcance es más amplio y va desde la secuenciación genética hasta la nanotecnología, y de las energías renovables hasta la computación cuántica. Es la fusión de estas tecnologías y su interacción a través de los dominios físicos, digitales y biológicos lo que hace que la Cuarta Revolución Industrial sea diferente a las anteriores”.

⁴ SCHWAB, K.: *The Fourth Industrial Revolution*, Londres, Penguin Books, 2017.

⁵ MARTÍN ROMERO, A. M.: “La brecha digital intergeneracional”, en *Temas Laborales*, n° 151, 2020, pp. 77-93.

⁶ ORTEGA LOZANO, P. G.: “Transición digital y trabajadores en edad próxima a la jubilación: brecha y desigualdades tecnológicas”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, n° extraordinario 6, 2024, p. 176.

responder que no hay discriminación o que, de haberla, es legítima desde la perspectiva del poder de dirección del empresario⁷. No obstante, tanto las mismas empresas como los Servicios de Empleo y Formación tienen la obligación de proporcionar a trabajadores y parados una formación continuada en una materia tan crucial como las competencias digitales, que conforman y van a seguir conformando al mercado laboral.

Que la transición digital debe ser inclusiva vino a ponerlo de manifiesto la crisis sanitaria del COVID-19, durante la cual se vieron excluidos los grupos más vulnerables. Recuérdese que la pandemia agudizó las desigualdades y dejó en un mayor aislamiento social a las personas que no disponían de elementos y/o competencias tecnológicas, especialmente en lo relativo a educación, sanidad o desempeño profesional. Por ello es imperativo destinar esfuerzos y recursos a la capacitación tecnológica de determinados colectivos —acciones formativas a trabajadores, capacitación básica a grupos vulnerables, conectividad de banda ancha en residencias—, siempre en aras de brindar una verdadera igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, su mantenimiento y su desarrollo.

Dado lo anterior, el tema abordado es de una trascendencia incuestionable en tanto que afecta a un amplio segmento de la sociedad, y que además está en crecimiento. El paradigma demográfico no sólo plantea desafíos en el plano de las pensiones o de la atención sanitaria, sino también en lo respectivo a reconfigurar nuestros centros de trabajo para amoldarlos a una masa laboral cada vez más envejecida⁸, a las políticas activas de empleo o a la misma actitud social hacia el colectivo. Y no hay que perder de vista los beneficios que podrían reportar las experiencias y habilidades acumuladas por los trabajadores más veteranos, quienes podrían adoptar un rol de cuasi enseñantes ante un entorno empresarial en constante cambio.

No es que convenga, es que es imperativo prolongar las vidas cotizatorias en aras de garantizar el bienestar de las personas mayores y la sostenibilidad del sistema: más tiempo contribuyendo y generando riqueza es menos tiempo pensionado⁹. Pero los veteranos tienen que querer y por ahora no están queriendo; y el cambio de dinámica pasa por la acción del legislador y, además, por la voluntad de las empresas. En este contexto, las empresas deben asumir que son agentes del cambio social, creando un entorno que respete y acoja la diversidad generacional, y adoptando un enfoque basado en el conocimiento y la experiencia para enriquecer su fuerza laboral¹⁰. Hay que terminar de romper con la consideración que se dio a los trabajadores de más edad desde el principio de la crisis económica de 2008, en la que se vieron atrapados en un mercado precario, o despojados de su empleo y de toda posibilidad de reconducir sus vidas profesionales. La concepción de las personas mayores como incapaces de adquirir competencias digitales y subirse a lomos del constante y creciente cambio tecnológico ahonda en la brecha y les coloca en una posición de marginalidad. Además, es un prejuicio que las sociedades occidentales no se pueden permitir.

⁷ La STS 62/2023, de 24 de enero de 2023, descartó que hubiera discriminación por razón de edad en un despido colectivo acordado en sede judicial, entre una empresa y los representantes de sus trabajadores, determinando una indemnización menor para aquellos que tuvieran más de 60 años. Ello por considerar que el argumento de que estos profesionales se encontraban más próximos a la edad de acceso a la jubilación que los jóvenes era justificación objetiva, razonable y proporcionada.

⁸ Sirva como base legal el principio de la acción preventiva contenido en la letra d) del art. 15.1 LPRL: “adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo”.

⁹ O percibiendo el subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

¹⁰ CASTRO MEDINA, R.: *Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales: la importancia de un cambio de paradigma respecto al proceso de envejecimiento, la jubilación y la adecuación del sistema de protección en la actual “sociedad de riesgos”*, Universidad de Málaga, 2023, p. 38.

2. La digitalización de la economía frente al reto demográfico

Como se sabe, el momento demográfico está poniendo a los modelos de protección social en una situación cada vez más dificultosa desde el punto de vista de su sostenibilidad financiera. La tasa de reemplazo entre salarios y pensión va a seguir disminuyendo, a pesar de haberse ya articulado fórmulas legales para compatibilizar trabajo y jubilación. Y ello seguirá motivando sucesivas reformas para hacer frente a una masa laboral cada vez más envejecida. Paralelamente con la coyuntura poblacional, al sistema le ha surgido otro compañero de viaje que se vio acelerado con la pandemia del COVID-19, pero que ya llevaba visos de adquirir un papel central en la actividad económica desde tiempo atrás: la digitalización del mundo del trabajo¹¹.

En 1960, los europeos tenían un promedio de vida en torno a 67 años para hombres y 73 para mujeres. En 2021, dicho indicador alcanzó los 77 años en hombres y rozó los 83 en mujeres¹². Este alargamiento de la cantidad de años por vivir, con la llegada a la edad pensionable, hace que las políticas de empleo basadas en facilitar la salida del mercado al colectivo de los trabajadores mayores ya no valga. No es viable continuar con las políticas pasivas enfocadas a garantizar el sustento de las personas próximas al acceso a la jubilación: prejubilación, modalidades anticipadas o subsidio por desempleo para mayores de 52 años; con la mira puesta en sustituir a profesionales con capacidades obsoletas o con mayores dificultades para encontrar un empleo¹³.

Con causa en la situación referida, resulta obvio que el legislador ha comenzado un cambio de estrategia en aras de prolongar las vidas cotizatorias. Baste referir las medidas de endurecimiento de los requisitos para acceder a las modalidades de jubilación anticipada o, incluso, a la jubilación activa implementadas por la Ley 21/2021¹⁴. Se trata de una nueva política legislativa enfocada a reducir el gasto, la cual va a derivar en que haya menos viejos jubilados y más viejos en activo¹⁵. Pero limitarse a retrasar o dificultar la edad de acceso no parece suficiente para que el sistema pueda digerir con solvencia la llegada de las generaciones del *baby boom*. Se requiere operar también sobre la voluntad del trabajador maduro de desempeñar funciones durante más tiempo, más allá de por pura mejora de la cuantía de su pensión. Y el medio para ello puede residir en implantar una política de empresa destinada a dar una formación continua sobre el manejo de las TIC, valorar la experiencia del colectivo como crucial para una transmisión de conocimiento inter-generacional y, de otro lado, ofrecer incentivos a las empresas que contraten a desempleados en este rango de edad.

Lo cierto es que España viene creando puestos de trabajo de manera persistente, lo cual permite afinar los objetivos y no quedarse en la mera generación de empleo, sino en procurar además que ese empleo sea inclusivo para con los trabajadores mayores y de más calidad. Asumiendo que este colectivo representa hoy un 33 % del total de la población, y que el INE

¹¹ Sobre la “digitalización forzada” puede leerse a MOLINA NAVARRETE, C.: “Personas y rendimientos en la revolución industrial 4.0 y en la sociedad (inteligente 5.0): ¿hacia una sociedad del e-trabajo con dos almas (Digital v- Humana)?”, en *De la economía digital a la sociedad del E-Work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva* (dir. MOLINA NAVARRETE, C.), Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 38 y ss.

¹² Según Eurostat.

¹³ SUÁREZ CORUJO, B.: “Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico”, en *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional* (dir. MONEREO PÉREZ, J. L.), Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 760.

¹⁴ De 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

¹⁵ MALDONADO MOLINA, J. A.: “La edad de jubilación, retiro y vejez”, en *La edad de jubilación* (dir. MONEREO PÉREZ, J. L.), Granada, Comares, 2011, p. 86.

Cabe resaltar que la tasa de desempleo de los mayores de 54 años ha descendido desde el 12,31% en el último trimestre de 2021 (esto es, inmediatamente antes de la Ley 21/2021) hasta el 10,69 % con el que se entra en 2024. No se aprecian diferencias significativas entre géneros, aunque no está de más referir que se ha reducido más en mujeres que en hombres. Consúltase en <https://www.ine.es/up/cnBb5cxiA>.

vaticina que para el año 2070 será el grupo población predominante, abordar políticas públicas de empleo que potencien las activas en detrimento de las pasivas no es una cuestión baladí¹⁶.

En otro orden de cosas, y reconduciendo al tema de la alta digitalización del mercado laboral, cabe volver a preguntarse si la disparidad en el uso de las TIC representa una discriminación por razón de edad¹⁷. Los trabajadores maduros suelen ser discriminados en los procesos selectivos por prejuizárseles con menor motivación, energía, rendimiento, capacidad intelectual y física, así como con mayores posibilidades de sufrir accidentes o dolencias, obviando aspectos como su mayor experiencia y sus conocimientos prácticos adquiridos a lo largo de una dilatada trayectoria profesional. Si además el colectivo se ve afectado por una persistente brecha digital —por la naturaleza de los nuevos empleos, la obsolescencia de ciertas maneras de producir, la presencia de algoritmos, la necesidad de capacitarse continuamente— se está ante el principal escollo sobre el que actuar de cara a conseguir los objetivos antes referidos.

Al margen del empleo, existen cada vez más evidencias de que el uso de las TIC afecta positivamente al bienestar cognitivo, social y emocional de las personas mayores¹⁸. En este sentido, la capacitación tecnológica representa un mayor acceso a la participación social y política mediante la facilitación de los servicios públicos y de salud, así como ventajas en los precios de bienes y servicios¹⁹. En este plano, la puesta a disposición de acceso a internet en lugares públicos es un elemento de inclusión, pero no una medida suficiente²⁰. Y la causa fundamental para ello es que la mayor parte de las personas maduras que aprenden a manejar una herramienta digital lo hacen de manera informal, esto es, en entornos de su vida social y familiar²¹. En efecto, este colectivo prefiere acudir a sus hijos, nietos o amistades más estrechas para que les enseñen a desenvolverse ante una dificultad tecnológica. Y con el convencimiento de que la inclusión digital de estas personas —que cada vez representan un mayor porcentaje de la masa laboral— no puede seguir en manos de la voluntad de sus allegados, sino que se trata de una obligación de los poderes públicos, se van a abordar las siguientes páginas.

¹⁶ Es más, existe base legal para ello toda vez que la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo establece a los trabajadores mayores de 45 años como colectivo prioritario, entre otros como los jóvenes, mujeres, parados de larga duración, discapacitados o personas con responsabilidades familiares.

Sobre el tema, puede leerse a ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: “Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada”, en *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos* (dir. MORALES ORTEGA, J. M.), Murcia, Laborum, 2016; o más recientemente a GONZÁLEZ AGUILAR, M. A.: “Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo”, en *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, nº 46, 2021.

¹⁷ En España, la “Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de la información y la comunicación en los hogares”, elaborada por el INE para el año 2021, aprecia una brecha notable en el uso de tecnologías a partir de los 55 años por falta de competencias y habilidades digitales.

¹⁸ CHEN, K. y CHAN, A.: “Predictors of gerontechnology acceptance by older Hong Kong chinese”, en *Technovation*, nº 34, 2014, pp. 126-135. MYRHE, J. W., MEHL, M. R. y GLISKY, E. L.: “Cognitive benefits of online social networking of healthy older adults”, en *The Journal of Gerontology Series B: Psychological Sciences and Social Sciences*, nº 72, 2017, pp. 752-760.

¹⁹ DEURSEN, A. J. y HELSPER, E. J.: “The third-level digital divide: who benefits most from being online?”, en *Communication and Information Technologies Annual*, nº 10, 2015, pp. 29-52.

²⁰ TIRADO MORUETA, R.; RODRÍGUEZ MARTÍN, A.; ÁLVAREZ ARREGUI, E. y otros: “Understanding internet appropriation among older people through institutional supports in Spain”, en *Technology in Society*, nº 64, 2021.

²¹ RASI, P.; VUOJÄRVI, H. y RIVINEN, S.: “Promoting media literacy among older people: a systematic review”, en *Adult Education Quarterly*, nº 71, 2020. En el mismo sentido, JIN, B.; KIM, J. y BAUMGARTNER, L. M.: “Informal learning of order adults in using mobile devices: A review of the literatura”, en *Adult Education Quarterly*, nº 69, 2019, pp. 120-141. Para un mayor conocimiento del tema léase a DÍAZ CATALÁN, C.; SÁDABA RODRÍGUEZ, I.; ALONSO GONZÁLEZ, D. y D'ANTONIO MACEIRAS, S.: “¿Con quién aprendo a usar el dispositivo? La adquisición de competencias digitales de los mayores”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 185, 2024, pp. 65-78; o a BASCÓN MARÍN, J.: “La política activa de empleo y los colectivos vulnerables en un contexto de escasez de oportunidades de empleo”, en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, nº 1, 2023.

3. Problemas de salud asociados a la digitalización

El progreso de la digitalización y las nuevas TIC han transformado y van a seguir transformando el mundo. Estas han traído elementos técnicos que flexibilizan el desempeño de las funciones profesionales en los aspectos temporal y locativo, y a una velocidad cada vez mayor. No obstante, también han generado nuevos riesgos y problemas de salud emergentes —*tecnoestrés*, ciberacoso, síndrome del quemado, entre otros— a los que el ordenamiento sigue sin atender adecuadamente²². Se requiere una acción normativa encaminada a dar acomodo a la nueva realidad laboral desde el punto de vista preventivo, sancionatorio y de protección social, así como la creación de una cultura empresarial que garantice un entorno digital seguro y beneficioso para las personas trabajadoras. Y todo ello debe acometerse sin obviar que también los riesgos psicosociales surgen de la interacción entre el profesional y su entorno. De ahí que sea sustancial comprender que no sólo la tarea en sí misma sino además factores personales, como la edad, influyen en la manifestación o intensificación de estos riesgos²³.

En este ámbito, los poderes públicos deben promover una prevención inclusiva que se adapte a las particularidades y necesidades específicas de cada individuo. Baste recordar que, sin ir más lejos, el art. 15.1 LPRL establece los principios generales de “adaptar el trabajo a la persona” y, dicho sea de paso, “tener en cuenta la evolución de la técnica”. No obstante, esta es una aspiración altamente compleja, dados los numerosos y variados avances científico-tecnológicos que se han desarrollado en los últimos tiempos.

Ya en 2015, la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo arrojaba que casi uno de cada tres empleados utilizaba, siempre o casi siempre, ordenadores u otro equipo informático²⁴. Huelga decir a este punto que los dos grandes cambios que ha traído la economía digital, esto es, la generalización del uso de las TIC y las formas de organización del trabajo, han venido acarreado nuevos problemas de salud, muy especialmente de carácter psicosocial y trastornos musculoesqueléticos.

Volviendo a los principios de la acción preventiva contenidos en el art. 15.1 LPRL, de ellos se desprende que, ante un cambio tecnológico, procede brindar a los integrantes de la plantilla el tiempo necesario y las acciones formativas adecuadas para su adaptación al nuevo proceso. Ello no es sólo una cuestión de bonhomía empresarial para con las personas trabajadoras con más dificultades de adaptación, sino una obligación preventiva cuya inobservancia puede, y debe, encuadrarse al menos en dos infracciones de entre las recogidas en el art. 12 LISOS como graves en materia de seguridad y salud laboral: los incumplimientos de “las obligaciones de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños”, y de “los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores” reconocidos en la normativa²⁵. Estas infracciones llevan aparejadas sanciones de 2.451 a 49.180 euros, la posibilidad de que se produzca un daño laboral que genere prestaciones

²² Para un mayor conocimiento del tema, léase a FERNÁNDEZ COSTALES-MUÑIZ, F.: “La prevención de riesgos laborales y sus nuevas exigencias y retos frente al avance de la digitalización y las nuevas tecnologías”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 452, 2020, pp. 83-115.

²³ URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: “Envejecimiento y prevención de riesgos laborales”, en *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, nº 24, 2011, pp. 17-54.

²⁴ La Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo contiene los datos que España traslada a la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, para la elaboración conjunta de la Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo. La más reciente es de 2021. Pueden consultarse todas en el siguiente enlace: <https://www.insst.es/el-observatorio/encuestas/encuestas-nacionales-de-condiciones-de-trabajo-y-gestion-preventiva#:~:text=Encuestas%20de%20%C3%A1mbito%20nacional%20que%20realiza%20peri%C3%B3dicamente%20el,organizaci%C3%B3n%20y%20actividad%20preventiva%20realizada%20en%20las%20empresas>.

²⁵ Recogidos en los puntos 8 y 11 respectivamente, y con la previsión de remisión en caso de que “se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente”.

de Seguridad Social —con su correspondiente recargo entre un 30 y un 50 %— o incluso la petición de resolución del contrato por parte del trabajador vía art. 50 ET, esto es, por causa justa o incumplimiento grave de las obligaciones empresariales²⁶.

3.1. Riesgos psicosociales

No está de más recordar que el estrés no es sólo la presión o tensión negativa que el individuo padece por el miedo a afrontar una determinada situación que pone a prueba —o incluso rebasa— sus capacidades de afrontamiento; sino también la motivación, expectativa o ambición que se pueden generar ante dosis adecuadas de exigencia. En efecto, cuando el estresor es excesivamente alto, o el sujeto es débil, se podría causar una presión extrema que la persona vive como un suplicio, llegando a bloquearse psicológicamente o verse en una situación de vulnerabilidad si la situación persiste en el tiempo²⁷.

En los últimos años, el estrés laboral se ha erigido como fenómeno global y uno de los principales problemas de salud, afectando tanto a países desarrollados como a aquellos que están en vías de industrialización. Huelga decir que se trata de una cuestión transversal, en tanto que afecta a todas las categorías profesionales y se expande fuera del centro de trabajo, contaminando en ocasiones las interacciones entre lo profesional y lo familiar. Y a este respecto, allí adonde las TIC no se utilicen como instrumento para favorecer la conciliación sino como un caballo de Troya con el que invadir la vida domiciliaria del operario, pueden acarrear distintas dolencias como el tecnoestrés, la tecnofatiga, el síndrome del quemado o incluso problemas de adicción²⁸.

La doctrina científica define al tecnoestrés como la situación estresante que experimental un profesional con motivo del uso de dispositivos tecnológicos, sea por la intensidad de las exigencias o por una carencia en las habilidades necesarias para manejarlas²⁹. Se hace obvio que, a mayor rapidez en la evolución de las nuevas tecnologías, mayores serán los niveles de ansiedad de las personas trabajadoras, en tanto en cuanto sus actividades impliquen el uso de herramientas digitales o sean vulnerables a este tipo de cuestiones. Piénsese, cómo no, y de ahí la conexión con este estudio, en la afectación que puede representar ello para los trabajadores de más edad.

En esta línea, la enorme y ascendente presencia de las TIC —mayor cuanto más arriba en el organigrama— así como la veloz obsolescencia de los conocimientos adquiridos, convierte en imperiosa la necesidad de actualizar y reciclar la formación de las plantillas, conformando una dinámica perenne de adaptación a nuevas versiones de las herramientas tecnológicas. Lo

²⁶ Esto último, como se sabe, con la indemnización prevista para el despido improcedente de 33 días de salario por año de antigüedad, con tope en 24 mensualidades.

Véase la STSJ de Madrid 796/2005, de 5 de octubre de 2005, por cuanto determina que “localizado un riesgo de estrés laboral o la aparición de un caso que merezca tal calificativo dentro de su empresa, el empresario debe acometer medidas que eviten para el futuro la materialización del riesgo o que, al menos, puedan minorarlo en lo posible y estas actuaciones se incluyen tanto en el ámbito de actuación de la LPRL, como en los arts. 4.2.d y 19.1 ET, como en la Directiva 89/391 [relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores]. Si no lo verifica así, incumple el contrato de trabajo e incurre en la causa prevista en el apartado c del art. 50 ET porque incumple de forma grave sus obligaciones (...) con lo que, conocedora la empresa de la existencia de un problema de estrés relacionado con el trabajo, con la organización y gestión por ella implantados, no ha adoptado medidas encaminadas a prevenirlo, eliminarlo o reducirlo en lo posible pues no ha existido actuación alguna para ajustar las demandas laborales del actor, aumentar su control o las fuentes de apoyo social”.

²⁷ ARRUGA SEGURA, M. C.: *Economía digital y mercado de trabajo en España. Las TIC: una nueva revolución en las relaciones laborales*, Universidad de Zaragoza, 2019, p. 287.

²⁸ Sobre la fatiga digital, y problemas adyacentes, puede leerse a MOLINA NAVARRETE, C.: “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n° extraordinario 1, 2019.

²⁹ BROD, C.: *Technostress: The human cost of the computer revolution*, Reading, Addison-Wesley Publishing Company, 1984, p. 22.

anterior ha moldeado, y va a seguir moldeando, las formas de organización empresarial mediante un tratamiento de información inmediata a través de *mails* corporativos, videoconferencias, aplicaciones o el manejo de *smartphones*.

Capítulo aparte merecería el hecho de que, hoy, el adicto al trabajo dispone de más herramientas que antes para estar constantemente conectado a su trabajo. Ello implica una reciprocidad de influencias entre dos potenciales adicciones: el trabajo y la tecnología, que se retroalimentan la una a la otra hasta el punto de que resulta extremadamente dificultoso discernir cuál es la causa y cuál el efecto³⁰. No estaría de más que el legislador promoviera la consideración e inclusión de estos menesteres en la negociación colectiva, así como en la confección de los planes de prevención de las empresas, ante la proliferación de síndromes como el FOMO o la *nomofobia*³¹.

Retomando el objeto central de este estudio, resulta innegable la trascendencia de adaptar las estrategias prevencionistas al colectivo de personas de más edad, máxime ante la creciente preocupación del legislador por estirar las vidas cotizatorias para garantizar el sustento del sistema y conseguir un equilibrio entre pensionados y población activa³². Así las cosas, se antoja crucial el rediseño de las políticas de empresa y la consideración de estos profesionales para la mejora de la productividad y el enriquecimiento del capital humano dentro de las organizaciones, para lo cual pueden servir las tres directrices que se exponen a continuación.

Primeramente, la productividad laboral no necesariamente decae con la edad, a pesar que el deterioro celular conlleve un progresivo descenso de las cualidades psicosomáticas, pues la experiencia y el conocimiento acumulado a lo largo de la trayectoria profesional pueden representar un contrapeso muy valioso³³. Desde luego, esto pasa por que la organización gestione bien el talento y lleve a cabo una adecuación de los procesos si fuera necesario. Asimismo, el legislador debe incentivar lo que ha dado en llamarse *gestión de la diversidad intergeneracional*, que consiste en implementar programas de formación continua así como de tutela y orientación, en aras de acomodar la integración de los empleados más jóvenes mediante la transmisión del conocimiento de los más veteranos.

Pero la realidad no es esa, toda vez que la última Encuesta europea sobre condiciones de trabajo arroja que el 30 % de los trabajadores mayores de 50 años afirmaba disponer de perspectivas de promoción profesional reducidas. Para los menores de 50 años el porcentaje ascendía al 36 %; lo cual no se antoja una diferencia significativa, pero hay que destinar esfuerzos para reducirla, pues el grupo etario más mayor ha crecido y va a seguir creciendo³⁴.

³⁰ SALANOVA SORIA, M.: "Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales", en *Revista Digital de Seguridad y Salud en el Trabajo*, nº 1, 2007, p. 14. Sobre el tema, y más recientemente, también MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: "Nuevas tecnologías y riesgos psicosociales", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 184, 2016, pp. 145-175.

³¹ El síndrome FOMO (Fear Of Missing Out) se define como la dolencia causada por factores de ansiedad que comprenden desde el miedo a no atender adecuadamente las responsabilidades pertinentes hasta no ser el primero en conocer de cualquier información relevante respecto de la actividad desempeñada en la organización. Respecto a la *nomofobia* (no-mobile-phone phobia), esta consiste en la ansiedad generada por la sensación de aislamiento profundo que la persona trabajadora experimenta cuando olvida o extravía su dispositivo, así como cuando se encuentra en lugares en donde no hay cobertura de internet o se queda sin batería. ARRUGA SEGURA, M. C.: *Economía digital y mercado de trabajo en España...*, op. cit., pp. 290-291.

³² Ya en 2010, la OIT manifestó, con motivo del día mundial de la seguridad y salud laboral, que es necesario "adoptar políticas y prácticas sólidas en materia (...) que inviertan en la seguridad, la salud y el bienestar de los trabajadores durante toda su vida laboral, para mantenerlos empleados más tiempo y mejorar su bienestar". Organización Internacional del Trabajo: "Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo del trabajo en transformación", Ginebra, 2010, pp. 1-17.

³³ CHABANNES, M.: "Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: Un análisis desde la negociación colectiva", en *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, nº 44, 2020, pp. 309-357.

³⁴ <https://www.insst.es/documentacion/material-tecnico/documentos-tecnicos/encuesta-europea-de-condiciones-de-trabajo-2021-datos-espana-2023>.

En segundo término, y alcanzada determinada edad, conviene atender a las condiciones de trabajo que, por ser más penosas o difíciles, puedan acarrear una salida prematura del mercado³⁵. Reducir o eliminar su presencia entre las tareas de las personas de cierta edad puede ayudar. Y, paralelamente, cabe compensar mediante acciones encaminadas a facilitar la conciliación horaria con otras responsabilidades, otorgar más autonomía personal para afrontar las demandas laborales o flexibilizar cualquier otro aspecto que contribuya al bienestar físico y mental, así como a la motivación del profesional³⁶. En la medida en que estas cuestiones sean satisfechas, aumentan las posibilidades de permanencia en el puesto de trabajo.

En tercer y último lugar, aunque no menos importante, está la necesidad de que los operarios de más edad sigan siendo capaces de cumplir con las demandas consustanciales a un medio laboral altamente digitalizado. A este punto resulta igual de relevante adoptar medidas formativas y controlar que no se haga un uso inadecuado de las TIC para evitar la aparición de las distintas dolencias asociadas a la presencia de factores de riesgo psicosocial.

3.2. Otros riesgos

Junto a las dolencias de índole psicosocial existen otro tipo de problemas de salud vinculados a la utilización de herramientas tecnológicas, entre los que cabe mencionar las lesiones musculoesqueléticas³⁷ o las visuales.

En lo atinente a los trastornos musculoesqueléticos, hay que saber que sus factores de riesgo están relacionados con una mala higiene postural, los movimientos repetitivos o la presión de ciertos grupos musculares, pero también están estrechamente asociados a la presencia de estrés continuado o a una elevada carga mental. Cada vez son más frecuentes dolencias como las tendinitis, a causa de la posición inapropiada de los teclados o el ratón, o las cervicalgias por mala colocación de la pantalla o la ausencia de una silla ergonómica. Trastornos estos que serían evitados fácilmente con el mero cambio de ubicación o posición de estos elementos de oficina³⁸.

Con menor incidencia, cabe referir otras dolencias derivadas del empleo de equipos tecnológicos como la nedritis palmar³⁹ o el síndrome del túnel carpiano, que en este entorno ha dado en llamarse “túnel del ratón”. Este último viene generado por una utilización prolongada del ratón, en forma de tensión en la muñeca y dolor intenso, que suelen desaparecer con el cambio de postura o el establecimiento de pautas de descanso y/o rotación de tareas.

Y en atención a la salud visual, una de las cuestiones principales a abordar es la disposición de una luz adecuada, tanto natural como artificial, para la prevención de problemas oftalmológicos. Una iluminación deficiente podría causar el denominado *síndrome visual informático*, por el esfuerzo permanente en la visualización de los equipos, el cual, de prolongarse sin corrección en el tiempo, podría ocasionar desde enrojecimiento de ojos hasta lesiones como visión borrosa o visión doble temporal.

³⁵ CARDONA, B., CABEZA, J. y FLORES, F.: *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Madrid, Helpage España, 2020, pp. 26-37.

³⁶ CASTRO MEDINA, R.: *Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales...*, op. cit., p. 132.

³⁷ Véase el informe del INSHT *La prevención de los efectos sobre la salud derivados del trabajo sedentario en jóvenes asociado a las nuevas tecnologías*, Madrid, 2018, que en su p. 23 advierte del incremento de estos riesgos cuando se rebasan las 7 horas diarias de sedentarismo o se permanece sentado más de 30 minutos ininterrumpidos en el puesto.

³⁸ ARRUGA SEGURA, M. C.: *Economía digital y mercado de trabajo en España...*, op. cit., p. 292.

³⁹ Caracterizada por la inflamación de las manos a causa del uso continuado de dispositivos móviles.

3.3. La desconsideración del legislador a efectos de la calificación como enfermedad profesional

Como se sabe, el cuadro de enfermedades profesionales contenido en el Anexo I RD 1299/2006⁴⁰ no recoge ninguna de las patologías de carácter psicosocial, dejando a quien las sufre en la tesitura tener que demostrar que estas son padecidas “por causa exclusiva de la ejecución” de la actividad (art. 156.2.e LGSS). Prueba diabólica, sin duda, en la medida en que toda dolencia de índole psicosocial es, por definición científica, de componente multifactorial.

Tampoco andan muy allá las lesiones musculoesqueléticas referidas en el apartado anterior. El grupo 2 de la lista de enfermedades profesionales —esto es, el que recoge las causadas por agentes físicos— al redactar el contenido de la columna “principales actividades capaces de producirlas” no incluye a las profesiones del sector servicios con un uso intensivo de las TIC. Así las cosas, sería verdaderamente positivo que la negociación colectiva se hiciera cargo de plasmar en los convenios previsiones y directrices respecto de cómo utilizar los dispositivos tecnológicos que impliquen movimientos repetitivos y/o posturas sostenidamente sedentarias o forzadas, para los trabajos de oficinas y despachos así como para cualquier actividad desempeñada en régimen de teletrabajo.

Ante esta tesitura, desde aquí nos sumamos a las voces que instan al legislador a actualizar el cuadro de enfermedades profesionales. Ello con el propósito de poner fin al destierro de las patologías psicosociales, muchas de las cuales se saben intrínsecamente vinculadas al ejercicio de determinadas profesiones con un carácter vocacional elevado, o enmarcadas en el sector terciario y sujetas a factores de riesgo como cargas de trabajo elevadas, apremio temporal o manejo de herramientas tecnológicas en constante progreso. Por extensión, ello convertiría en obligatoria (vía art. 243 LGSS) la realización de reconocimientos médicos periódicos para estas profesiones, en los que se podría —y debería— incluir test psicosociales y otras pruebas dirigidas a identificar de forma precoz dolencias mentales o situaciones de acoso u otro tipo de hostigamiento⁴¹.

3.4. La tecnología como herramienta de prevención de riesgos laborales

Quiere dedicarse al menos un subapartado a esbozar las posibilidades que ofrece el progreso de la técnica en el terreno de la prevención de accidentes. Se trata de una oportunidad que se debería considerar en el plano empresarial, y para la que no estaría de más un empujón por parte de las administraciones públicas. En estos menesteres, el recurso a la robótica o a los drones tal vez sea lo primero que se viene a la cabeza, especialmente para la ejecución de las tareas con mayor índice de siniestralidad en sectores como la construcción, la agricultura o la minería. Qué duda cabe de que esto reduciría notablemente las cifras de accidentalidad laboral. No obstante, el coste de su implementación continúa siendo un hándicap inabordable para la mayoría de nuestro tejido empresarial hoy, a la espera de que el desarrollo venidero alcance a economizar su acceso.

Más accesible se antoja la aplicación de las tecnologías al ámbito de la vigilancia de la salud. La disposición de mecanismos no intrusivos, con información de los datos biométricos de la persona, podría enfocarse a detectar con anticipación posibles problemas de salud derivados del nivel de estrés que le genera cierta tarea. Esta información permitiría monitorizar el estado de salud del operario en actividades en las que puedan verse implicadas las vidas de terceras

⁴⁰ De 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

⁴¹ LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: “El encaje del suicidio como accidente de trabajo: qué dice la jurisprudencia y cuáles son las principales causas”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 3, 2023, p. 87.

personas⁴². Ello vendría posibilitado por el análisis técnico de las señales que emite el cuerpo humano —ritmo cardíaco, respiración, tensión— a través de tecnología integrada en el equipo de trabajo, facilitando una perspectiva general sobre la aptitud y la salud física y mental del individuo⁴³. Otra cuestión será la gestión y tratamiento de los datos personales de la persona trabajadora a la que se pretenda monitorizar, tenga la edad que tenga, sobre todo en supuestos de información sensible, para un uso que no vulnere el derecho constitucional a la intimidad⁴⁴. Huelga decir que habrá de tratarse de un tratamiento que cuente con el consentimiento fehacientemente informado del profesional, y que bajo ningún concepto podrá utilizarse para discriminarle o causarle un perjuicio.

3.5. Los trabajadores mayores como colectivo especialmente sensible

El art. 25 LPRL establece que el empresario “garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido (...) sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”. Dicha consideración conlleva su valoración en las evaluaciones de riesgos; en la planificación e implementación de medidas preventivas; en la no asunción de determinados puestos, tareas o riesgos; o en la obligatoriedad de pasar reconocimientos médicos. A este respecto reciben tal etiqueta las personas trabajadoras que tengan reconocida una discapacidad física, psíquica o sensorial (art. 25.1 LPRL), las mujeres embarazadas o en período de lactancia natural (art. 26 LPRL), los menores de edad (art. 27 LPRL) y los trabajadores temporales (art. 28 LPRL). No obstante, cabe plantearse si ello constituye una lista cerrada o exhaustiva.

Cuando el art. 25 LPRL habla de “propias características personales” estaría dejando la puerta abierta a considerar a operarios cuya vulnerabilidad resida en su condición de migrante, de desconocedor del idioma o —por supuesto, y como reverso de la minoría de edad, sí atendida a este respecto— de veterano. En materia de seguridad y salud laboral cabe entender por sensibilidad una “condición personal que se exterioriza en una mayor o menor receptividad a los riesgos en el trabajo que la persona realiza”, así como la “reacción física o psíquica del trabajador a las condiciones del trabajo en el que se encuentra inmerso”⁴⁵.

A la luz de lo anterior, resulta cuando menos llamativo que los profesionales de más edad no hayan sido expresamente incluidos en esta consideración preventiva, pese a que el envejecimiento traiga aparejado el declive de las aptitudes físicas e intelectuales, la dificultad en la recuperación tras el acaecimiento de daños en la salud y, por extensión, la intensificación de los riesgos ya existentes o la generación de otros. Se echa, pues, en falta una legislación dedicada a canalizar las particularidades de este colectivo, que tal vez venga con la próxima reforma de la LPRL que el Ministerio de Trabajo ha anunciado recientemente⁴⁶.

⁴² Piénsese en accidentes de tráfico, por ejemplo, causados en transporte de mercancías por carretera, aire o mar, por el acaecimiento de un infarto, un derrame cerebral o un mero ataque de ansiedad durante el transcurso de un viaje. ARRUGA SEGURA, M. C.: *Economía digital y mercado de trabajo en España...*, op. cit., p. 295.

⁴³ Cabría analizar señales electromagnéticas, bioacústicas, bioquímicas, biomecánicas, bioópticas y/o biotérmicas.

⁴⁴ Sobre el tema, puede leerse a LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: “La vigilancia de la salud laboral y el derecho a la confidencialidad de los datos personales del trabajador”, en *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, n° 48, 2022, pp. 105-112.

⁴⁵ MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 29-31.

⁴⁶ <https://prensa.mites.gob.es/webPrensa/listado-noticia/noticia/4297>.

Véase que la Estrategia Española 2020-2023 Seguridad y Salud en el trabajo, en su objetivo 2 “gestionar los cambios derivados de las nuevas formas de organización del trabajo, la evolución demográfica y el cambio climático desde la óptica preventiva”, proyecta que se “revisarán la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el Reglamento de los Servicios de Prevención para incorporar la integración de la edad y la diversidad generacional en la gestión preventiva, y reforzar la protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos psicosociales”.

Entretanto, es política corriente entre los servicios de prevención de riesgos laborales —y desde aquí quiere instarse a que la adopten aquellos que no la tengan— el transmitir a sus empresas cliente la conveniencia de que los trabajadores mayores de 55 años pasen reconocimiento médico en todo caso, con independencia del puesto que ocupen o los riesgos a los que se expongan. Asimismo, y pese a no tratarse de un grupo calificado como especialmente sensible, se viene brindando este tratamiento a aquellos operarios mayores que:

1. Hayan manifestado una mayor sensibilidad a determinada condición de trabajo.
2. El equipo médico haya constatado mediante reconocimiento médico su especial vulnerabilidad a dicha condición.

Estas medidas —que ya eran significativas desde la perspectiva preventiva en lo atinente a la evaluación de riesgos, la planificación y aplicación de actividades preventivas o la vigilancia de la salud—, con el panorama demográfico, revisten una trascendencia absoluta de cara a evitar o minimizar conductas discriminatorias por razón de la edad, así como la opción siempre presente de que el operario busque una salida para pasar el resto de su edad activa percibiendo el subsidio para mayores de 52 años, en lugar de seguir cotizando.

4. Instrumentos normativos destinados al estiramiento de las vidas cotizatorias

En el actual estado de las relaciones laborales —en donde han cogido protagonismo el trabajo a tiempo parcial y la flexibilidad locativa y horaria derivada de la aplicación de las TIC—, los trabajadores de más edad podrían encontrar un caldo de cultivo favorable para conseguir unas condiciones con las que estirar sus vidas cotizatorias. El sistema de protección social debería articular fórmulas que hagan compatible la percepción de la pensión y el trabajo —más allá de la jubilación parcial, las anticipadas o la demorada— con un retorno o mantenimiento obligado en el mercado⁴⁷, aprovechando la digitalización para impulsar lo que ha dado en llamarse “envejecimiento activo”. Eso sí, este ha de venir respaldado y potenciado por un cambio en la cultura empresarial y la implementación de planes formativos por parte de los poderes públicos, para que la participación laboral siga siendo plena, productiva y saludable⁴⁸.

En este sentido, el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, de 27 de octubre de 2020, abogó por señalar medidas enfocadas al mantenimiento del empleo de las personas maduras, lo cual ha dejado ya su impronta en la Ley 21/2021⁴⁹. Merecen mención en estas páginas las Recomendaciones 6, que encomienda a la negociación colectiva la incentivación del mantenimiento del empleo en mayores de 55 años, y 12, que sugiere reforzar dos líneas de actuación ya exploradas, al comprobarse que las medidas legislativas aprobadas hasta ese momento no terminaban de aproximar la edad legal y la edad real de jubilación. Esas dos líneas son las que siguen:

1. Adaptación y mejora de los incentivos sociales, fiscales y laborales existentes, dentro de lo que entraría:

⁴⁷ MALDONADO MOLINA, J. A.: “La protección de las personas mayores en la Sociedad 5.0”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, n° extraordinario 6, 2024, p. 233. Léase sobre el tema a MORENO ROMERO, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Granada, Comares, 2016, pp. 231-233.

⁴⁸ KALACHE, A.: “Seguir activos para envejecer bien”, en *Boletín de la Organización Mundial de la Salud: la revista internacional de la salud pública, recopilación de artículos*, 1999. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/57495/RA_1999_1_6_spa.pdf.

⁴⁹ Las cuatro dimensiones en que se ha incardinado al envejecimiento activo son notablemente amplias: empleo, participación social, vida independiente y entorno ambiental.

2. Enfatizar en la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de acceso a la jubilación, concretamente en mejorar el régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos procedentes de la actividad profesional, sea por cuenta propia o ajena. Para ello habrían de implantarse nuevas reformas, promotoras en este sentido, sin que se cause menoscabo a los balances del sistema.
 - Combatir la discriminación etaria del mercado, restringiendo al mínimo el abandono prematuro de la carrera cotizatoria y la afectación por despidos colectivos. Y esto pasa, como ya se ha insistido, por diseñar políticas activas de empleo destinadas a reenganchar a los trabajadores maduros, o no dar lugar a que salgan de la masa ocupada.
 - Atender las situaciones de vulnerabilidad que esta tendencia a la prolongación de la vida laboral pueda generar a ciertos colectivos.
3. En un mundo perfecto, la prolongación voluntaria de la vida laboral sobre la edad ordinaria no estaría movida por una pensión insuficiente, sino por el convencimiento y la ilusión de que continuar trabajando enriquece al operario y a la sociedad en su conjunto. A esta aspiración pretende señalar el Informe.

Como se sabe, la misión de retrasar la salida del mercado viene justificada por apreturas financieras, en aras de asegurar la sostenibilidad del sistema ante el notable aumento de la esperanza de vida promedio, el descenso de las tasas de natalidad y la llegada de las generaciones del *baby boom* a la edad pensionable. Ante esto, la flexibilidad de unas relaciones laborales cada vez más digitalizadas y las mejores condiciones de salud en que se alcanzan hoy los 65 años de edad⁵⁰ son dos maderos a los que agarrarse para transitar por una travesía que se antoja larga: la de las décadas necesarias para que la pirámide poblacional vuelva a tener una forma reconocible.

Analizando en retrospectiva, cabe recordar que la Ley 21/2021 reformó la jubilación forzosa con el propósito de promover el retraso endureciendo sus requisitos, salvo que entre en escena la perspectiva de género. Se “permite pero sin permitir”, esto es, se concede pero en unos términos que conducen a la irrelevancia práctica de estas cláusulas⁵¹.

Respecto de las modalidades de jubilación anticipada, se aplicaron distintas modificaciones en el mismo sentido de estirar las vidas cotizatorias, esta vez operando sobre los coeficientes de penalización de la cuantía⁵², tanto en la no imputable al trabajador como en la voluntaria. Además, se cambió la manera de topar las cuantías en la modalidad anticipada voluntaria⁵³.

De otro lado, se proyectan futuras reformas reglamentarias para las modalidades anticipadas por razón de discapacidad y de actividad penosa, tóxica, insalubre, con altos índices de siniestralidad o reductora de la esperanza de vida. Se apunta a una revisión de los coeficientes reductores de la edad cada decenio (art. 206.5 LGSS), en las cuales se podrá atender a la mayor o menos influencia que las TIC tengan sobre la penosidad y/o peligrosidad de las industrias en cuestión, o sobre los índices de siniestralidad arrojados por los sistemas de producción.

⁵⁰ ALCOVER DE LA HERA, C. M.: *Empleo sostenible. Edad, trabajo y alternativas al retiro en la sociedad 4.0*, Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 2020, p. 3.

⁵¹ MALDONADO MOLINA, J. A.: “La protección de las personas mayores en la Sociedad...”, *op. cit.*, p. 236.

⁵² Que se disponen de manera irregular, o no lineal, castigando más a los meses de anticipación más alejados de la edad ordinaria de acceso.

⁵³ Sobre el tema, véase a MALDONADO MOLINA, J. A.: “Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 467, 2022.

En lo atinente a la prolongación de la actividad laboral, rebasada ya la edad ordinaria de acceso, la Ley 21/2021 endureció los requisitos para causar derecho al envejecimiento activo, tal vez buscando desalentar y reconducir a los trabajadores por cuenta propia a la jubilación demorada. En cuanto a la primera, además de llegar a la edad legal con el tiempo cotizado que da derecho al 100 % de la base reguladora, se empezó a exigir —y se exige— continuar trabajando un año más antes de recibir los beneficios previstos: poder combinar los salarios que reporta la actividad profesional con el 50 % de la cuantía de la pensión⁵⁴. En cuanto a la jubilación demorada —tal vez la gran apuesta de esta ley— se agregó una suerte de premio por retiro demorado, con incentivos más inmediatos, que consiste en el percibo de una cantidad en pago único multiplicada por cada año completo extra de cotización entre la fecha del cumplimiento de la edad ordinaria y la del hecho causante; cantidad esta que se incrementa en un 10 % si la vida cotizatoria del beneficiario supera los 44 años y medio, para incentivar nuevamente el alargamiento de las carreras profesionales (art. 210.2 LGSS)⁵⁵.

En otro orden de cosas, y más recientemente, el RD-Ley 2/2023⁵⁶ ahonda en el sendero marcado para fortalecer el principio de contributividad. Con la consigna de aumentar los ingresos del sistema, se elevan las bases de cotización máxima y la cuota de solidaridad en los importes que rebasen el tope de cotización máxima. Y a analizar algunas de sus medidas se dedican los subapartados siguientes.

4.1. Incremento de las bases de cotización máximas y de las cuantías máximas de la pensión de jubilación

Una medida muy original, a propósito de lo anterior, se quiere celebrar desde aquí, por cuanto aumenta los ingresos del sistema vía cuotas —cargando el sobreesfuerzo en los cotizantes más pudientes— sin que se pueda tildar del todo de confiscatoria. A saber, consiste en aliviar el balance financiero de la Seguridad Social incrementando las bases máximas de cotización en mayor medida que la pensión máxima durante los próximos 27 años. Durante ese lapso de tiempo el saldo entre estos parámetros será sustancialmente beneficioso para el sistema y, transcurrido dicho período, se compensará la brecha abierta incrementando, de manera inversa, las cuantías máximas de la pensión en mayor medida que las bases de cotización máximas.

La fórmula distingue dos tipos de incremento: uno que podría llamarse “simple” y otro “adicional”, a aplicar entre los años 2024 y 2050 a las bases de cotización máximas, y de ahí en adelante a la pensión máxima, para acabar convergiendo ya en la segunda mitad de siglo. Es decir, ambos parámetros llegarán al mismo puerto, pero con ritmos de navegación diferentes, aumentándose la ventaja de la cotización máxima sobre la pensión máxima, para luego volver a equipararse la distancia una vez se hayan superado los años más críticos para la sostenibilidad del sistema por las jubilaciones de los *babyboomers* (nacidos entre 1958 y 1977).

El incremento simple obedecerá a la evolución del IPC, aplicándose tanto a las bases máximas como a la cuantía máxima de la pensión de jubilación. Y junto a este —o, mejor dicho, sobre este— se aplicará el incremento adicional que será porcentual y operará de la siguiente manera:

- La base de cotización máxima crecerá durante el período 2024-2050 (27 años) un 32'4 %, a razón de un 1'2 % anual, sobre el denominado incremento simple.

⁵⁴ Con el 100 % de la cuantía de la pensión para el caso de tratarse de un autónomo que emplea a un trabajador por cuenta ajena.

⁵⁵ MALDONADO MOLINA, J. A.: “La protección de las personas mayores en la Sociedad...”, *op. cit.*, p. 237.

⁵⁶ 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.

- La cuantía máxima de la pensión evolucionará durante el período 2025-2050 (26 años) un 2'99 %, a razón de un 0'115 anual, también sobre el incremento simple.

Así las cosas, existirá una diferencia del 1'05 % entre ambos parámetros cada año, que acrecentará los ingresos vía cuotas sin tener un reflejo en los pensionistas del momento, y ello sin contar la cotización adicional por solidaridad aplicada a los excedentes sobre la base máxima.

Será a partir de 2051 cuando el incremento adicional suba en mayor medida para la cuantía máxima de las pensiones, ya pasado el tsunami demográfico, acumulando un total de 20 puntos porcentuales al término del año 2065. Fecha esta en la que se contemplará “en el marco del diálogo social la conveniencia de mantener el proceso de convergencia hasta alcanzar un incremento total de 30 puntos”. Para entonces ya se habrán compensado los incrementos de ambos parámetros, aunque —como intuirá el lector— no coincidirán los sujetos que soportaron el incremento de bases con los que disfrutaron de los aumentos adicionales de la pensión máxima⁵⁷.

Desde aquí, como se ha anticipado, se valora la medida como un acierto, en la medida en que permite combinar el aumento de las bases y las cuantías máximas —desalentando el recurso a la protección complementaria— a la par que se alivia al sistema de su crítica situación en lo financiero. Ello cargando el sobreesfuerzo en las espaldas de los trabajadores con cotizaciones más altas, y sin dejar de respetar el art. 31.1 CE ni obviar los principios de igualdad y progresividad⁵⁸.

4.2. Aumento flexible del cálculo de la base reguladora de la pensión

Finalmente, el siempre controvertido cálculo de la base reguladora de la pensión no alargará —al menos por ahora— su período de cómputo⁵⁹. Se mantienen, pues, los 25 años de ocupación cotizada inmediatamente anteriores al hecho causante, extendiéndose a 27 sólo en los supuestos en que ello sea más beneficioso para el solicitante. Esta no ampliación —o ampliación favorable— se aplicará hasta 2041, y en ningún caso tendrá efectos decrecientes sobre las cuantías de los beneficiarios por retrotraerse dos años más en sus biografías laborales; es más, dicha retroacción sólo se practicará de mejorar la cuantía resultante. Quiere decirse que el período a computar será de 324 meses, pero dejando fuera, de oficio, las 24 bases de cotización mensual menos beneficiosas para el solicitante.

Sí tendría lugar una ampliación de 24 meses a partir de 2041, pasándose de 324 a 348 (esto es, de 27 a 29 años de ocupación cotizada). Se trataría de un aumento flexible del período a computar, en tanto en cuanto se descartarían, igualmente de oficio, las 24 bases de cotización menos favorables para el beneficiario. El cálculo se podría resumir en las siguientes tres operaciones:

1. Se suman las 348 bases de cotización mensual inmediatamente anteriores al hecho causante, con actualización conforme a la evolución del IPC de las 324 más remotas⁶⁰.
2. Del sumatorio anterior se restan los importes correspondientes a las bases de cotización mensuales más pequeñas, quedando, pues, las 324 más beneficiosas.

⁵⁷ MALDONADO MOLINA, J. A.: “La protección de las personas mayores en la Sociedad...”, *op. cit.*, p. 239.

⁵⁸ MALDONADO MOLINA, J. A.: “El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 473, 2023, p. 37.

⁵⁹ A principios de 2022 se habló de la posibilidad de ensancharlo a 30 años, y el 28 de noviembre del mismo ejercicio se llegó a plantear por escrito una selección de los 28 años más beneficiosos dentro de los 30 anteriores al hecho causante.

⁶⁰ Dicho de otro modo, se actualizarían todas las bases de cotización mensuales salvo las 24 más recientes, que se incluirían en el sumatorio por su valor nominal.

3. Por último, se procede a dividir tal cantidad entre 378.

La entrada en vigor de esta forma de proceder vendría en 2026, de manera progresiva, culminándose su situación de derecho transitorio en 2037; momento en el cual comenzarían a tomarse 29 años de la vida cotizada de los solicitantes, descartándose 24 meses (pero quedándose en 25 años hasta 2041, si ello resulta más favorable).

En último lugar, se quiere destacar que la progresividad en la aplicación es muy suave⁶¹, a razón de 2 meses más por año transcurrido, ampliándose el período de cómputo en 2 años a lo largo de una situación transitoria de 12 años (2026-2037); lejos de los 12 meses más por año que se operaron con la Ley 27/2011⁶², aumentándose el período 10 años a lo largo de otros 10 de situación de derecho transitorio (2013-2022). A lo cual se añade una *vacatio legis* considerable, todo lo cual convierte a esta en la ampliación menos pronunciada de todas las practicadas desde 1985 hasta hoy. Con todo, ya se puede augurar, sin género de dudas, que este no será el último ensanchamiento del marco temporal para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, arribándose tal vez a la consideración de toda la vida laboral del trabajador⁶³.

5. Conclusiones

Las posibilidades de que las personas de más edad encuentren un empleo depende, evidentemente, de múltiples factores como la coyuntura económica, las políticas de empleo o los conocimientos y habilidades profesionales del individuo. Dentro de estas últimas, adquieren especial relevancia las aptitudes relacionadas con el manejo de las TIC, dado el apabullante crecimiento de los elementos digitales en el mundo del trabajo.

Es cierto que existen medidas activas enfocadas a que los trabajadores maduros mantengan su puesto o tengan oportunidades de reincorporarse a otro, si es que se han visto en situación de desempleo. Desde aquí se consideran insuficientes. De otro lado, las medidas pasivas — sin duda necesarias, en tanto que proporcionan un nivel de vida digno a quienes se han visto sin empleo en contra de su voluntad— podrían estar teniendo el efecto contraproducente de sacar del mercado a los trabajadores mayores que se conforman con subsistir por medio de la protección social hasta alcanzar su edad ordinaria de jubilación. Y, en este sentido, algún autor ha reclamado medidas activas más contundentes y eficaces que no posibiliten la pérdida subsidiada del empleo, pues el momento demográfico requiere de la continuidad laboral del grupo etario que, más temprano que tarde, se va a convertir en el principal⁶⁴.

En atención a lo anterior, el servicio de empleo debería adoptar la línea marcada por las directrices de la UE en la materia, que vienen subrayando la consigna de que una política eficaz contra el desempleo no debe basarse en demasía sobre la garantía de ingresos. Lo ideal sería una combinación de esta con medidas rigurosas de reciclaje y reinserción laboral, especialmente para con los parados de larga duración.

Como se sabe, dentro de las políticas activas de empleo existen las que buscan incentivar la contratación de jóvenes, para lograr el rejuvenecimiento de las plantillas actuando sobre la franja poblacional más desocupada, y otras cuyo colectivo de acción son los trabajadores maduros. Haciendo una comparativa, se observa que son más numerosas y cualitativa aquellas que se

⁶¹ MALDONADO MOLINA, J. A.: “La protección de las personas mayores en la Sociedad...”, *op. cit.*, p. 241.

⁶² De 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

⁶³ Véase el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001, firmado en Madrid por el Gobierno, CCOO y CEPYME. No obstante, adviértase también que esto no se ha vuelto a manifestar con tanta rotundidad desde entonces.

⁶⁴ Valga, por todos, ORTEGA LOZANO, P. G.: “Transición digital y trabajadores en edad próxima a la jubilación: brecha y desigualdades tecnológicas”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, nº extraordinario 6, 2024, p. 200.

enfocan en incluir a la juventud en el mercado, lo cual contrasta con las herramientas legislativas adoptadas en aras de estirar las vidas cotizatorias de los operarios mayores, incluso rebasada la edad pensionable. Todo lo cual, panorámicamente considerado, se antoja errático e improvisado; como si el legislador no hubiera reflexionado sobre estas acciones lo suficiente para darse cuenta de que con la coexistencia de estas medidas no está caminando hacia unos objetivos claros, uniformes y determinantes.

Así las cosas, parece obvio que el envejecimiento activo —es decir, trabajando— es una realidad inesquivable para los países europeos. E intentando limitar las extinciones contractuales de este colectivo cabría plantearse, de *lege ferenda*, suprimir la calificación de improcedencia para los despidos de personas mayores de 55 años, quedando, pues, solamente la posibilidad de que estos se declarasen procedentes o nulos. De este modo desaparecería el despido libre indemnizado para un colectivo tan vulnerable al abismo del desempleo, y que tan necesario va ser.

En el plano preventivo, a quien escribe le extraña que los profesionales de más edad no hayan sido expresamente incluidos en la etiqueta de especialmente sensibles, pese a que el envejecimiento conlleve un declive en las cualidades físicas e intelectuales, en la capacidad de recuperación tras el sufrimiento de un daño o en los reflejos frente a cualquier tipo de riesgo. Echando en falta una acción normativa enfocada a cubrir este vacío, desde aquí se quiere proponer la plasmación en texto legal de una política que ya es corriente entre los servicios de prevención de riesgos laborales, especialmente en los ajenos, y que ya ha sido explicada en el subapartado 4.5 de esta comunicación. Dicha plasmación habría lugar añadiendo un tercer párrafo al art. 25.1 LPRL, y su tenor podría ser el que sigue:

“El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

A efectos de lo dispuesto en el presente artículo, recibirán la consideración de especialmente sensibles los trabajadores mayores de 55 años que, con independencia de la actividad en que desempeñen funciones o los riesgos a los que se vean expuestos, manifiesten una mayor sensibilidad a determinada condición laboral y esta sea constatada por el equipo médico del servicio de prevención que tenga atribuida la vigilancia su salud”.

Ello tendría las implicaciones conocidas respecto de su tratamiento en la evaluación de riesgos, en la planificación e implementación de las medidas preventivas o en la obligatoriedad de los reconocimientos médicos. Además remarcaría en favor de las corrientes que claman por la no discriminación del colectivo y la conformación de un clima y una cultura de trabajo propicia para que quieran prolongar sus trayectorias profesionales.

Por último, se ha podido saber que el uso de las TIC afecta positivamente al bienestar cognitivo, social y emocional de las personas mayores. En este sentido, la capacitación tecnológica representa un mayor acceso a la participación social y política mediante la facilitación de los servicios públicos y de salud, así como ventajas en los precios de bienes y servicios. En este plano, la puesta a disposición de acceso a internet en lugares públicos es un elemento de inclusión, pero no una medida suficiente. Y la causa fundamental para ello es que la mayor parte de las personas maduras que aprenden a manejar una herramienta digital lo hacen de manera informal, esto es, en entornos de su vida social y familiar. En efecto, este colectivo prefiere acudir a sus hijos, nietos o amistades más estrechas para que les enseñen a desenvolverse ante una dificultad tecnológica.

La inclusión digital de estas personas no puede continuar dependiendo de la voluntad de sus allegados. Por ello, y retomando la idea —planteada al inicio de estas conclusiones— de las políticas activas de empleo, se propone el redoblamiento de esfuerzos desde dos puntos de acción. En primer lugar mediante la ampliación e intensificación de la oferta de cursos del SPEE sobre capacitación digital, así como el endurecimiento de los requerimientos de asistencia a estas acciones formativas, destinadas a mejorar la empleabilidad de los beneficiarios de la prestación o alguno de los subsidios por desempleo. En segundo lugar, estableciendo la obligatoriedad de que los trabajadores mayores de 55 años reciban cursos formativos en la materia. Esta obligatoriedad se circunscribiría a las empresas en las que tuvieran presencia, en mayor de menor medida, las nuevas TIC, y podrían estar bonificadas al 100 %.

6. Bibliografía

- ALCOVER DE LA HERA, C. M.: *Empleo sostenible. Edad, trabajo y alternativas al retiro en la sociedad 4.0*, Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 2020.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: “Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada”, en *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos* (dir. Morales Ortega, J. M.), Murcia, Laborum, 2016.
- ARRUGA SEGURA, M. C.: *Economía digital y mercado de trabajo en España. Las TIC: una nueva revolución en las relaciones laborales*, Universidad de Zaragoza, 2019.
- BASCÓN MARÍN, J.: “La política activa de empleo y los colectivos vulnerables en un contexto de escasez de oportunidades de empleo”, en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, nº 1, 2023.
- BROD, C.: *Technoestress: The human cost of the computer revolution*, Reading, Addison-Wesley Publishing Company, 1984.
- CARDONA, B., CABEZA, J. y FLORES, F.: *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Madrid, Helpage España, 2020.
- CASTRO MEDINA, R.: *Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales: la importancia de un cambio de paradigma respecto al proceso de envejecimiento, la jubilación y la adecuación del sistema de protección en la actual “sociedad de riesgos”*, Universidad de Málaga, 2023.
- CHABANNES, M.: “Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: Un análisis desde la negociación colectiva”, en *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, nº 44, 2020.
- CHEN, K. y CHAN, A.: “Predictors of gerontechnology acceptance by older Hong Kong chinese”, en *Technovation*, nº 34, 2014.

- DEURSEN, A. J. y HELSPER, E. J.: “The third-level digital divide: who benefits most from being online?”, en *Communication and Information Technologies Annual*, nº 10, 2015.
- DÍAZ CATALÁN, C.; SÁDABA RODRÍGUEZ, I.; ALONSO GONZÁLEZ, D. y D'ANTONIO MACEIRAS, S.: “¿Con quién aprendo a usar el dispositivo? La adquisición de competencias digitales de los mayores”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 185, 2024.
- FERNÁNDEZ COSTALES-MUÑOZ, F.: “La prevención de riesgos laborales y sus nuevas exigencias y retos frente al avance de la digitalización y las nuevas tecnologías”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 452, 2020.
- GONZÁLEZ AGUILAR, M. A.: “Desempleo de larga duración, colectivos vulnerables y la reformulación de las políticas activas de empleo”, en *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, nº 46, 2021.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO: *La prevención de los efectos sobre la salud derivados del trabajo sedentario en jóvenes asociado a las nuevas tecnologías*, Madrid, 2018.
- JIN, B.; KIM, J. y BAUMGARTNER, L. M.: “Informal learning of order adults in using mobile devices: A review of the literatura”, en *Adult Education Quarterly*, nº 69, 2019.
- KALACHE, A.: “Seguir activos para envejecer bien”, en *Boletín de la Organización Mundial de la Salud: la revista internacional de la salud pública, recopilación de artículos*, 1999.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: “El encaje del suicidio como accidente de trabajo: qué dice la jurisprudencia y cuáles son las principales causas”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 3, 2023.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, R.: “La vigilancia de la salud laboral y el derecho a la confidencialidad de los datos personales del trabajador”, en *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, nº 48, 2022.
- MALDONADO MOLINA, J. A.: “La edad de jubilación, retiro y vejez”, en *La edad de jubilación* (dir. MONEREO PÉREZ, J. L.), Granada, Comares, 2011.
- MALDONADO MOLINA, J. A.: “La protección de las personas mayores en la Sociedad 5.0”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, nº extraordinario 6, 2024.
- MALDONADO MOLINA, J. A.: “Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 467, 2022.
- MALDONADO MOLINA, J. A.: “El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 473, 2023.
- MARTÍN ROMERO, A. M.: “La brecha digital intergeneracional”, en *Temas Laborales*, nº 151, 2020.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “Nuevas tecnologías y riesgos psicosociales”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 184, 2016.
- MERCADER UGUINA, J. F.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº extraordinario 1, 2019.

- MOLINA NAVARRETE, C.: “Personas y rendimientos en la revolución industrial 4.0 y en la sociedad (inteligente 5.0): ¿hacia una sociedad del e-trabajo con dos almas (Digital v- Humana)?”, en *De la economía digital a la sociedad del E-Work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva* (dir. MOLINA NAVARRETE, C.), Aranzadi, Pamplona, 2021.
- MORENO ROMERO, F.: *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Granada, Comares, 2016.
- MORENO SOLANA, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- MYRHE, J. W., MEHL, M. R. y GLISKY, E. L.: “Cognitive benefits of online social networking of healthy older adults”, en *The Journal of Gerontology Series B: Psychological Sciences and Social Sciences*, nº 72, 2017.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: “Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo del trabajo en transformación”, Ginebra, 2010.
- ORTEGA LOZANO, P. G.: “Transición digital y trabajadores en edad próxima a la jubilación: brecha y desigualdades tecnológicas”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, nº extraordinario 6, 2024.
- RASI, P.; VUOJÄRVI, H. y RIVINEN, S.: “Promoting media literacy among older people: a systematic review”, en *Adult Education Quarterly*, nº 71, 2020.
- SALANOVA SORIA, M.: “Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales”, en *Revista Digital de Seguridad y Salud en el Trabajo*, nº 1, 2007.
- SCHWAB, K.: *The Fourth Industrial Revolution*, Londres, Penguin Books, 2017.
- SUÁREZ CORUJO, B.: “Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico”, en *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional* (dir. MONEREO PÉREZ, J. L.), Pamplona, Aranzadi, 2016.
- TIRADO MORUETA, R.; RODRÍGUEZ MARTÍN, A.; ÁLVAREZ ARREGUI, E. y otros: “Understanding internet appropriation among older people through institutional supports in Spain”, en *Technology in Society*, nº 64, 2021.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: “Envejecimiento y prevención de riesgos laborales”, en *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, nº 24, 2011.

DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA ATENCIÓN SANITARIA

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT)

1. Introducción

La Ley 15/2022, de 12 de julio¹, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (Ley 15/2022)², según su Preámbulo, representa el mínimo común normativo que contiene tanto las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio en el territorio español, como sus garantías básicas. Por consiguiente, “no es una Ley más de derechos sociales sino, sobre todo, de derecho antidiscriminatorio específico, que viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas”.

En España se ha vivido con éxito un proceso de apertura y respeto de la diversidad y pluralidad, que ha conllevado, por tanto, un reconocimiento legal de derechos de la ciudadanía. Que conlleva a disponer, por parte del Estado, de una herramienta que permita de manera efectiva que puedan disfrutar de estos todas las personas, con independencia de cualquier

¹ La publicación es parte de la ayuda PID2023-147932OB-I00: HERRAMIENTAS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS LABORALES DE MUJERES EN RIESGO DE EXCLUSIÓN, financiado por MCIU/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE+.

² BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022. El estudio incluye corrección de errores, publicada en BOE núm. 224, de 17 de septiembre de 2022.

circunstancia personal o social. La norma que se comenta pretende consolidar legislativamente la igualdad y establecer nuevas garantías para su disfrute -siguiendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)³- a través de la culminación de un proceso de iniciativas legislativas a favor de la igualdad de trato y la no discriminación que se han venido desarrollando, que han situado a España en la vanguardia de los países más avanzados en políticas de igualdad⁴. La Ley 15/2022, en definitiva, persigue “crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos”.

Dicho en otras palabras, la norma contiene un arsenal de instrumentos para abordar las graves consecuencias que se dan cuando interaccionan en una misma persona dos o más motivos de discriminación; de manera especial en las mujeres. Por tanto, otorga instrumentos efectivos para luchar contra formas de discriminación, como la discriminación por edad que, potencialmente, podrían afectar en los próximos años a un gran porcentaje de población, como consecuencia del paulatino envejecimiento de la sociedad española. Se destaca que la norma ha entrado en vigor el 14 de julio de 2022; es decir, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE), conforme lo dispuesto en la Disposición final décima de la Ley 15/2022.

El capítulo que se despliega analiza el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria, conforme a lo señalado en el artículo 15 de la Ley 15/2022. En el que se identificará, entre otras cuestiones, cuáles son los grupos más vulnerables que la norma señala para que las administraciones sanitarias puedan realizar acciones destinadas a aquellos grupos de población que presenten necesidades sanitarias específicas. Asimismo, identifica las acciones para la igualdad de trato y la prevención de la discriminación, que aquellas administraciones implantarán -que podrán consistir en el desarrollo de planes y programas de adecuación sanitarios-. En el que aquellas deberán poner especial énfasis en las necesidades en materia de salud específicas de las mujeres, como la salud sexual y reproductiva, entre otras cuestiones.

2. Objeto de la norma

La norma, conforme al artículo 1, tiene un doble objeto: Por una parte, garantizar y promover el derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Por otra, respetar la dignidad de las personas en desarrollo de los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución Española (CE)⁵. Bajo este contexto, por un lado, regula los derechos y las obligaciones de las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas. Por otro, establece los principios de actuación de los poderes públicos. Por último, prevé las medidas destinadas a prevenir, eliminar, y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, en los sectores público y privado.

Empero, el Preámbulo advierte que la norma es una ley de garantías, una ley general y una ley integral. Se considera una ley de garantías, dado que desarrolla el artículo 14 de la CE incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto⁶. Se trata de una ley general,

³ BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2007.

⁴ “La ley, por tanto, no se limita a trasponer las directivas, sino que es más ambiciosa por cuanto pretende colocar la garantía de la igualdad y la no discriminación en el lugar que le corresponde, para situar a España entre los Estados de nuestro entorno que cuentan con las instituciones, instrumentos y técnicas jurídicas de igualdad de trato y no discriminación más eficaces y avanzados”. Preámbulo de la Ley 15/2022.

⁵ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

⁶ “Tal y como han acreditado los informes de diversos organismos competentes, el gran problema en esta materia en España no es la regulación de la igualdad y no discriminación, sino la garantía del cumplimiento de las normas que la regulan”. Preámbulo de la Ley 15/2022.

que opera a modo de legislación general de protección ante cualquier discriminación⁷. Se caracteriza por ser integral respecto de los motivos de discriminación, tal y como se refleja en su Título Preliminar, que establece los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación, como se estudiará a continuación.

La proyección transversal de la norma “cobra particular sentido en el marco laboral, no en vano uno de los aspectos nucleares en la existencia vital es el acceso a un empleo, pues el trabajo presenta un significado muy superior a la mera obtención de ingresos económicos, convirtiéndose en una fuente muy importante de identidad, autoestima y realización inherentes a cualquier persona. Sin duda, la ocupación remunerada da sentido a la vida y es el punto central de la valoración individual y social, constituyendo —en opinión unánime— el epicentro de la actividad humana”⁸.

En definitiva, la igualdad en la ley o igualdad de trato (art. 14 CE), trata de evitar situaciones de desigualdad entre los ciudadanos. Ello implica la prohibición de cualquier forma de arbitrariedad normativa⁹. La igualdad de trato supone: trato igual en situaciones iguales. Sin embargo, no impide diferencias de trato en situaciones diferentes. Por tanto, “resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la CE, ni sea irrazonada”¹⁰.

Por último, se destaca que el Gobierno y el Ministerio competente en materia de igualdad, conforme la Disposición final novena de la norma, podrán dictar las normas reglamentarias necesarias para el desarrollo y aplicación de aquella.

3. Ámbito subjetivo

La norma es contundente al señalar que se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Y advierte que nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad¹¹ o condición

⁷ “Esta ley está inspirada en la accesibilidad universal, entendida, asumida y aplicada en todas sus vertientes: física, cognitiva, actitudinal y de comunicación, dado que esta ley tiene sentido si los derechos que recoge pueden ser disfrutados por todas las personas sin excepción, en todos los ámbitos que le son de aplicación”. Preámbulo de la Ley 15/2022.

⁸ MONEREO PÉREZ, J., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum, núm. 4, 2022, pág. 42.

⁹ Bajo este contexto, “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya en la propia Constitución, que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”. STC 3/2007, de 15 de enero.

¹⁰ STC 75/1983.

¹¹ ASQUERINO LAMPARERO, M., “La enfermedad como causa de discriminación tras la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 165, 2022, págs. 151-182.

de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social¹².

Como puede observarse el artículo 2 de la Ley 15/2022 desarrolla con más precisión el artículo 14 de la CE. Hay que recordar que el precepto constitucional 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”. Nótese que señala solo a los españoles y en la Ley 15/2022 indica a toda persona con independencia de su nacionalidad y si disfrutan o no de residencia legal. Para una mejor comprensión en la siguiente tabla se pueden visionar las diferencias entre el precepto constitucional y el precepto de la ley.

Art. 14 CE	Art. 2 Ley 15/2022
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.	Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

De manera genérica la CE señala “raza” y en la ley “origen racial o étnico”. Asimismo, respectivamente, “opinión” y la ley adiciona “convicción u opinión”. En definitiva, el artículo 2 desarrolla o especifica con mejor precisión los tipos de discriminación que no se pueden llevar a cabo en el territorio español. Sin embargo, como toda norma tiene su excepción, el artículo en cuestión indica que se podrán establecer “diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de disposiciones normativas o decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a las personas, o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales y garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad”.

En este mismo sentido, el apartado 2 del artículo 4 de la Ley 15/2022 dispone que no se considerará discriminación la diferencia de trato derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla. Con relación a la enfermedad no se podrá amparar diferencias de trato diferentes de las que deriven del propio proceso de tratamiento de

¹² Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los contornos de la discriminación”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2022, 187-209.

aquella, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública¹³.

La norma establece que las obligaciones establecidas serán de aplicación, por una parte, al sector público. Por otra, a las personas físicas o jurídicas de carácter privado que residan¹⁴, se encuentren o actúen en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia. En cuanto al sector público se entiende que comprenden a efectos de la norma las siguientes administraciones públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las comunidades autónomas.
- c) Las entidades que integran la Administración Local.
- d) La Administración de Justicia.
- e) El sector público institucional. Para determinar cuáles son las que se incluyen se debe acudir al artículo 2.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁵. Específicamente, se integra por: 1) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las administraciones públicas. 2) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las administraciones públicas. 3) Las Universidades públicas.
- f) Las asociaciones y fundaciones constituidas por las administraciones, entes, organismos y entidades que integran el sector público.

En definitiva, como se puede inferir, por lo que respecta al ámbito subjetivo, se tienen como referencia el artículo 14 de la CE y, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual). Asimismo, se incorpora de manera expresa los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica. El carácter integral, que se comentaba en el epígrafe anterior, se manifiesta, a su vez, en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social a los que se aplica la norma (el empleo, el trabajo, la educación, la sanidad, servicios sociales, el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, la participación social o política y la publicidad y medios de comunicación) estableciendo un conjunto de obligaciones que vinculan de forma incondicionada a todas las administraciones públicas y en la forma que se establece en el supuesto de las relaciones entre particulares.

¹³ Vid. AGUSTÍ MARAGALL, J., “La nueva ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 235, 2022.

¹⁴ La “prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista”. STS 29 enero 2001.

¹⁵ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

4. Ámbito objetivo

El artículo 3 de la Ley 15/2022 señala que la norma se aplicará en los siguientes ámbitos¹⁶:

- a) Empleo, por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo.
- b) Acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público.
- c) Afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico.
- d) Educación.
- e) Sanidad.
- f) Transporte.
- g) Cultura.
- h) Seguridad ciudadana.
- i) Administración de Justicia.
- j) La protección social, las prestaciones y los servicios sociales.
- k) Acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar.
- l) Acceso y permanencia en establecimientos o espacios abiertos al público, así como el uso de la vía pública y estancia en la misma.
- m) Publicidad, medios de comunicación y servicios de la sociedad de la información.
- n) Internet, redes sociales y aplicaciones móviles.
- o) Actividades deportivas, de acuerdo con la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte¹⁷.
- p) Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación.

De esta manera, como señala el Preámbulo de la norma, “se pretende hacer frente de manera omnicomprendensiva a todas las formas de discriminación, atendiendo de manera particular a formas históricas de discriminación como el antigitanismo objeto de preocupación en los últimos años de distintos organismos internacionales como por ejemplo el Consejo de Europa que, a través de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, en su Recomendación núm. 13 ha señalado una serie de medidas para combatir esta forma de discriminación, o la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2017, para prevenir y combatir la discriminación contra las personas gitanas y el antigitanismo [2017/2038 (INI)] y la Recomendación núm. 27 de la ONU sobre la discriminación de las personas romaníes, que para combatir eficazmente este tipo de discriminación, señalan la necesidad de defender a sus víctimas, tener datos concretos y

¹⁶ Art. 3.2 Ley 15/2022: “Lo dispuesto en la presente ley se entiende sin perjuicio de los regímenes específicos más favorables establecidos en la normativa estatal o autonómica por razón de las distintas causas de discriminación previstas en el apartado 1 del artículo 2”.

¹⁷ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007.

fiables, conocer su alcance y dimensión, y sensibilizar a la sociedad y a las autoridades con datos oficiales e información sobre el mismo”.

5. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria

El derecho protegido de la norma, como ya se ha señalado, implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas ya estudiadas, y establecidas en el artículo 2.1. Por consiguiente, como no puede ser de otra manera, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad.

El artículo 4 dispone que se considerarán vulneraciones de aquel derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

Asimismo, la norma advierte que el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas¹⁸. En las políticas contra la discriminación se deberá tener en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros.

Con relación al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria, hay que acudir al artículo 15 de la Ley 15/2022. Empero, antes de la promulgación de la norma, dicho precepto ha tenido otra redacción en su anteproyecto de ley como puede visionarse en la siguiente tabla.

¹⁸ Vid. LOUSADA AROCHENA, F., “El principio de transversalidad: origen y significado”, *Temas Laborales*, núm. 91, 2007.

Anteproyecto de la Ley 15/2022	Ley 15/2022
<p>Artículo 17. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria.</p> <p>1. Las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus competencias, garantizarán la ausencia de cualquier forma de discriminación en el acceso a los servicios y en las prestaciones sanitarias por razón de cualquiera de las causas previstas en esta Ley. Particularmente, extremarán el celo para evitar cualquier forma de discriminación por razón de nacimiento, sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico o nacionalidad, cuando, en este último supuesto, el acceso a la atención sanitaria esté amparada por la ley.</p> <p>2. Nadie podrá ser excluido de un tratamiento sanitario por la concurrencia de enfermedades preexistentes o intercurrentes salvo que razones médicas así lo justifiquen.</p> <p>3. Las Administraciones sanitarias deberán promover acciones destinadas a aquellos grupos de población que presenten necesidades sanitarias específicas, como las personas mayores, menores de edad, con discapacidad, que padezcan enfermedades mentales, crónicas, raras, degenerativas o en fase terminal, víctimas de maltrato, con problemas de drogodependencia, minorías étnicas y, en general, personas pertenecientes a grupos en riesgo de exclusión, con el fin de asegurar un efectivo acceso y disfrute de los servicios sanitarios de acuerdo con sus necesidades.</p> <p>4. Las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus competencias, desarrollarán planes y programas de adecuación sanitaria para la igualdad de trato y la prevención de la discriminación.</p>	<p>Artículo 15. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria.</p> <p>1. Las administraciones sanitarias, en el ámbito de sus competencias, garantizarán la ausencia de cualquier forma de discriminación en el acceso a los servicios y en las prestaciones sanitarias por razón de cualquiera de las causas previstas en esta ley.</p> <p>2. Nadie podrá ser excluido de un tratamiento sanitario o protocolo de actuación sanitaria por la concurrencia de una discapacidad, por encontrarse en situación de sinhogarismo, por la edad, por sexo o por enfermedades preexistentes o intercurrentes, salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen.</p> <p>3. Las administraciones sanitarias promoverán acciones destinadas a aquellos grupos de población que presenten necesidades sanitarias específicas, tales como las personas mayores, menores de edad, con discapacidad, pertenecientes al colectivo LGTBI, que padezcan enfermedades mentales, crónicas, raras, degenerativas o en fase terminal, síndromes incapacitantes, portadoras de virus, víctimas de maltrato, personas en situación de sinhogarismo, con problemas de drogodependencia, minorías étnicas, entre otros, y, en general, personas pertenecientes a grupos en riesgo de exclusión y situación de sinhogarismo con el fin de asegurar un efectivo acceso y disfrute de los servicios sanitarios de acuerdo con sus necesidades.</p> <p>4. Las administraciones sanitarias, en el ámbito de sus competencias, desarrollarán acciones para la igualdad de trato y la prevención de la discriminación, que podrán consistir en el desarrollo de planes y programas de adecuación sanitarios.</p> <p>5. En los planes y programas a los que hace referencia el apartado anterior se pondrá especial énfasis en las necesidades en materia de salud específicas de las mujeres, como la salud sexual y reproductiva, entre otras.</p> <p>6. Nadie podrá ser apartado o suspendido de su turno de atención sanitaria básica o especializada en condiciones de igualdad, ni ser excluido de un tratamiento sanitario por ausencia de acreditación documental o de tiempo mínimo de estancia demostrable.</p>

Como se puede observar, con relación a los grupos de población que presenten necesidades sanitarias específicas en el anteproyecto se señalan los siguientes:

- Personas mayores.
- Menores de edad.
- Discapacitados.
- Personas que padezcan enfermedades mentales, crónicas, raras, degenerativas o en fase terminal.
- Víctimas de maltrato.
- Personas con problemas de drogodependencia.
- Minorías étnicas.
- Personas pertenecientes a grupos en riesgo de exclusión.

Sin embargo, la actual redacción es más específica, dado que señala con más precisión a los grupos de población que presentan necesidades sanitarias con relación al anteproyecto:

- Personas mayores.
- Menores de edad.
- Discapacitados.
- Colectivo LGTBI.
- Personas que padezcan enfermedades mentales, crónicas, raras, degenerativas o en fase terminal.
- Síndromes incapacitantes.
- Portadoras de virus.
- Víctimas de maltrato.
- Personas en situación de sinhogarismo.
- Personas con problemas de drogodependencia.
- Minorías étnicas.
- Personas pertenecientes a grupos en riesgo de exclusión

Para una mejor comparativa, en la siguiente tabla se puede evidenciar la creación de nuevos grupos de población que se señala en el artículo 15 de la Ley 15/2022 en comparación con el artículo 17 del Anteproyecto de Ley.

Anteproyecto de la Ley 15/2022	Ley 15/2022
<ul style="list-style-type: none"> • Mayores. • Menores de edad. • Discapacitados. • Personas que padezcan enfermedades mentales, crónicas, raras, degenerativas o en fase terminal. • Víctimas de maltrato. • Personas con problemas de drogodependencia. • Minorías étnicas. • Personas pertenecientes a grupos en riesgo de exclusión. 	<ul style="list-style-type: none"> • Mayores. • Menores de edad. • Discapacitados. • Colectivo LGTBI. • Personas que padezcan enfermedades mentales, crónicas, raras, degenerativas o en fase terminal. • Síndromes incapacitantes. • Portadoras de virus. • Víctimas de maltrato. • Personas en situación de sinhogarismo. • Personas con problemas de drogodependencia. • Minorías étnicas. • Personas pertenecientes a grupos en riesgo de exclusión

Por lo que se puede observar se han creado 4 tipos de grupos que el Anteproyecto no lo contemplaba:

Colectivo LGTBI.

a) Síndromes incapacitantes.

b) Portadoras de virus.

c) Personas en situación de sinhogarismo.

d) Llama la atención que el legislador no haya incluido de manera más protagonista, en aquel listado de grupos de población que presenten necesidades sanitarias específicas, a las personas extranjeras en situación irregular. Ello no significa que no las proteja, dado que el apartado sexto del artículo 15, señala específicamente que ninguna persona podrá ser apartada o suspendida de su turno de atención sanitaria básica o especializada en condiciones de igualdad, ni ser excluido de un tratamiento sanitario por ausencia de acreditación documental o de tiempo mínimo de estancia demostrable.

Lo cierto es que el precepto ya indica que las administraciones sanitarias deberán garantizar la ausencia de cualquier forma de discriminación en el acceso a los servicios y en las prestaciones sanitarias por razón de cualquiera de las causas previstas en la Ley 15/2002, por lo que todas las personas encuentran cobijo en la propia normativa.

Resulta loable por parte del legislador, que se incluya a las personas extranjeras en situación irregular, y que no se tenga en cuenta el tiempo mínimo que se requiere

para que aquellas puedan solicitar el arraigo social, laboral¹⁹, familiar²⁰ o para la

¹⁹ Acreditación de la relación laboral, a través de los medios de prueba del artículo 124.1 del RD 557/2011, por el carácter no tasado de los mismos. STS 1802/2021, de 6 de mayo. “Entendemos con la parte apelante, que se ha infringido la doctrina del Tribunal Supremo STS 10-1-2007). Declara el Alto Tribunal: Antes de seguir adelante conviene en este supuesto hacer constar que el inciso de la letra b) del n. 2 del art. 46 fue también objeto de impugnación en el recurso n. 38/2005 que la desestima en la Sentencia en la dictada el 8 de enero del corriente. En principio la postura que adopta el Real Decreto al introducir esas expresiones puede resultar restrictiva, pero como lo que se impugna en primer lugar es el inciso “deberá ajustarse a las siguientes exigencias” esa expresión no contradice el art. 31.3 cuando dispone que “la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo... que se determine reglamentariamente”, por mas que después el precepto imponga esa concretas pruebas de que concurre esa situación de arraigo y no cualesquiera otras. Pero es que, además, de lo anterior, y como expusimos en la Sentencia inmediatamente citada el precepto cuestionado cuenta con el apartado o letra c) que admite la acreditación del arraigo por otros medios que completan las posibilidades que ofrece la letra b), de modo que nada obsta a que se mantenga aquella en sus términos. Y por lo que hace a la invocación de la pretendida infracción del art. 35.e) de la Ley 30/1992 la misma que habrá que entender referida no a esa letra sino a la f), es claro que sólo se produciría su vulneración en el supuesto de que los documentos de que se trate obraran en poder de la Administración actuante, lo que en estos supuestos de autorizaciones por circunstancias excepcionales es poco probable que ocurra y para el supuesto de que no fuera así nada impediría hacerlo constar, es decir manifestar que la Administración tenía en su poder los documentos necesarios. Así pues, no existe la limitación de medios a que se refiere la sentencia. Así las cosas, ha de valorarse si la prueba aportada es suficiente para acreditar el arraigo laboral. El recurrente ha aportado la certificación de vida laboral, que solicita, y que acredita una relación laboral de duración superior a la exigida en el precepto. Así las cosas, la apelación ha de ser estimada. La mera lectura de los razonamientos empleados por la Sala de instancia en su sentencia de 11 de abril de 2019 nos permite constatar que resolvió acertadamente la cuestión controvertida, efectuando una interpretación de la exigencia probatoria establecida en el artículo 124.1 del Reglamento de Extranjería que se acomoda perfectamente a la doctrina jurisprudencial sentada en nuestra STS nº. 452/2021, de 25 de marzo, reiterada después en la STS nº. 599/2021, de 29 de abril y que en este recurso hemos confirmado”.

²⁰ Posibilidad de prórroga, aun cuando ello suponga el transcurso en tal situación por más de un año. STS núm. 2175/2021, de 20 de mayo. “Se abordaba en esta sentencia la interpretación del art. 130.1 del ROEx, precepto que calificaba como “un claro ejemplo de una norma oscura”, según el cual, “En virtud de su carácter excepcional, las autorizaciones concedidas con base en los artículos precedentes, así como sus prórrogas, tendrán una vigencia de un año, sin perjuicio de lo establecido en este artículo y de la normativa sobre protección internacional”. Y se planteaba la sentencia la duda que su interpretación planteaba sobre si “la vigencia de un año constituye el plazo máximo de las autorizaciones y sus prórrogas, de modo que agotado ese plazo con la autorización inicial o con la suma del correspondiente a las sucesivas prórrogas no es viable la situación de residencia temporal por circunstancias excepcionales, o si ese plazo anual de vigencia rige individualmente para la autorización inicial y, en su caso, para las prórrogas consecutivas que puedan concederse.” Y razonaba la sentencia que “El carácter excepcional que proclama la norma respecto a las autorizaciones concedidas con base en los artículos precedentes (artículos 123 y siguientes), esto es, por razones de arraigo, protección internacional, razones comunitarias, colaboración con las autoridades, seguridad nacional o interés público, no permite por sí solo entender que el plazo de un año constituye el máximo de las autorizaciones, incluidas sus prórrogas. La excepcionalidad de esas autorizaciones se predica respecto a las concedidas conforme al régimen general de la situación de residencia, sin que en consecuencia ello deba llevar a la conclusión de que la norma que analizamos deba interpretarse restrictivamente.” Efectúa, a continuación, nuestra sentencia una indagación del sentido gramatical del precepto, así como una interpretación sistemática del mismo y aprecia, en apretada síntesis, que: “Si se procede a la lectura atenta del apartado 1 del artículo 130 observaremos, desde una perspectiva gramatical, que en ningún momento previene, al menos expresamente, que las autorizaciones, incluidas las prórrogas, no puedan superar el año de vigencia. Si el que ejerce la potestad reglamentaria hubiera querido establecer el indicado límite temporal de vigencia, fácil hubiera tenido el exteriorizarlo con la expresión de que el plazo de vigencia de un año es el máximo de las autorizaciones, incluidas sus correspondientes prórrogas. (...) Sin duda por corresponder a la propia definición de una autorización temporal, las autorizaciones de residencia temporal por razones excepcionales tienen un plazo temporal. Siendo la finalidad de éstas responder a las situaciones de excepcionalidad, su plazo de vigencia no puede ser otro que aquel en el que perdura la situación de excepcionalidad. Así se explica por qué la disposición reglamentaria establece un plazo de autorización y prórrogas de un año. Tiene por finalidad que mediante el ajuste de autorización y prórrogas a periodos de un año la situación de autorización temporal no se prolongue mucho más allá del necesario para afrontar la excepcionalidad. Si estamos al caso concreto que nos ocupa, a saber, autorización de residencia temporal por razón de arraigo familiar, prevista en el apartado 3.a) del artículo 124 del Real Decreto 557/2011, para el supuesto de padre o madre de un menor de nacionalidad española y siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo, carece de todo sentido que transcurrido el plazo del año de la autorización, permaneciendo inalterable la situación contemplada al tiempo de la autorización, pueda ser denegada la prórroga. Y por último, aborda la sentencia la incidencia de la cuestión en el ámbito de la necesaria protección jurídica que al menor dispensa nuestro derecho interno y el derecho de la Unión Europea, cuestión, la relativa a la nacionalidad española del menor hijo de la recurrente que, a pesar de los esfuerzos argumentativos de la representación del Estado, no puede quedar fuera de nuestro análisis, sino que, por el contrario, debe erigirse en piedra angular de nuestro razonamiento. Como explicábamos en nuestra sentencia: “la solución adoptada en las resoluciones impugnadas y en las sentencias recurridas suponen, aunque indirectamente, una palmaria infracción de la protección jurídica que al menor dispensa nuestro ordenamiento jurídico (artículo 39.2 de la Constitución : protección integral de los hijos; artículo 11.2 de la Ley 1/1986, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor : supremacía del interés del menor, su mantenimiento en el medio familiar y su integración social y familiar; artículos 110 y 154 del Código Civil : obligación de los padres de velar por sus hijos y prestarles alimento, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral) y el derecho de la Unión (artículo 20.2.a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , relativo al derecho de los ciudadanos de la Unión de circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros) como así se infiere de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de marzo de 2011 (caso Ruiz Zambrano), en la que se declaró que “El artículo 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la

formación²¹, y así poder regularizarse; según se dispone en el artículo 124 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RD 557/2011)²².

Bajo este contexto, por arraigo laboral; se podrá obtener una autorización a las personas extranjeras que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, con la condición de carecer de antecedentes penales en el territorio español y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años. Y, a su vez, demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses, y que se encuentren en situación de irregularidad en el momento de la solicitud²³.

Con el fin de acreditar la relación laboral y su duración, la persona extranjera presentará cualquier medio de prueba que acredite la existencia de una relación laboral previa realizada en situación legal de estancia o residencia. En el supuesto de actividad por cuenta ajena, se acreditará la realización, en los últimos 2 años, de una actividad laboral que suponga, como mínimo, una jornada de 30 horas semanales en el periodo de 6 meses o de 15 horas semanales en un periodo de 12 meses. En el caso del trabajo por cuenta propia, una actividad continuada de, al menos, seis meses.

Por arraigo social, se podrá obtener una autorización a las personas extranjeras que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años. Asimismo, deberá cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

- a) Carecer de antecedentes penales en el territorio español y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.
- b) Contar con un contrato de trabajo firmado por la persona trabajadora y la empresa o personas empleadora que garantice al menos el salario mínimo interprofesional o el salario establecido, en su caso, en el convenio colectivo aplicable, en el momento de la solicitud, y cuya suma debe representar una jornada semanal no inferior a treinta horas en el cómputo global y garantizar al menos el salario mínimo interprofesional.

manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión” y ello con apoyo esencial en su fundamento 44, del siguiente tenor: “En efecto, debe considerarse que tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concede un permiso de trabajo a tal persona, ésta corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendrá también como consecuencia que sus hijos, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de ésta. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión.” Y con sustento en los razonamientos precedentes concluimos lo siguiente: “En consecuencia con lo hasta aquí expuesto, la respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión del recurso no puede ser otra que la de afirmar que las autorizaciones de residencia temporal por razones excepcionales son susceptibles de prórroga, aun cuando ello suponga el transcurso en tal situación por más de un año, y ello con independencia de que el titular de esas autorizaciones pueda solicitar la autorización de residencia o de residencia y trabajo si concurren las circunstancias para ello.” Y no vemos, ni se ha ofrecido a esta Sala, razón alguna que nos lleve a apartarnos del criterio que acabamos de exponer ya que, aunque se alude a esta STS de 27 de mayo de 2019, en el auto de admisión y en el escrito de interposición, ni siquiera se hace mención a la misma en los razonamientos del escrito de oposición, en los que se abunda en los razonamientos de la sentencia de instancia que son sustancialmente los mismos que hemos rechazado en dicho pronunciamiento”.

²¹ Vid. QUES MENA, L., “El arraigo, social, económico y familiar en el Derecho de extranjería tratamiento legal y jurisprudencial”, *Diario La Ley*, núm. 7066-7072, 2008.

²² BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011.

²³ Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R., “El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 63, 2006 (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo), págs. 175-196.

- c) El contrato podrá tener una duración de mínimo 20 horas en los casos que se acredite tener a cargo menores o personas que precisen medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Sin embargo, se podrá presentar más de un contrato de trabajo en los supuestos siguientes:
 - 1. En el caso del sector agrario, cabrá la presentación de dos o más contratos, con distintos empleadores y concatenados, cada uno de ellos.
 - 2. En el caso de desarrollo de actividades en una misma o distinta ocupación, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un empleador, se admitirá la presentación de varios contratos.
- d) Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes; en el supuesto de no contar con ello podrá presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual. A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

Por arraigo familiar, se requiere, no obstante, lo siguiente:

- a) Cuando se trate de padre o madre, o tutor, de un menor de nacionalidad española, siempre que la persona progenitora o tutora solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo. Además, cuando se trate de persona que preste apoyo a la persona con discapacidad de nacionalidad española para el ejercicio de su capacidad jurídica, siempre que la persona solicitante que presta dicho apoyo tenga a cargo a la persona con discapacidad y conviva con ella.
- b) Cuando se trate del cónyuge o pareja de hecho acreditada de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española. De igual manera, cuando se trate de ascendientes mayores de 65 años, o menores de 65 años a cargo, descendientes menores de 21 años, o mayores de 21 años a cargo, de ciudadano o ciudadana de nacionalidad española, o de su cónyuge o pareja de hecho.
- c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

Finalmente, por arraigo para la formación. Se podrá obtener una autorización de residencia, por un periodo de doce meses, los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años. En el que deberán cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

- a) Carecer de antecedentes penales en territorio español y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.
- b) Comprometerse, por una parte, a realizar una formación reglada para el empleo o a obtener un certificado de profesionalidad, o una formación conducente a la obtención de la certificación de aptitud técnica o habilitación profesional necesaria para el ejercicio de una ocupación específica o una promovida por los Servicios Públicos de Empleo y orientada al desempeño de ocupaciones. Por otra, en su caso, en el ámbito de la formación permanente de las universidades, comprometerse a la realización de cursos de ampliación o actualización de competencias y habilidades formativas o profesionales, así como de otras enseñanzas propias de formación permanente.

Retomando el tema que nos ocupa, en el listado de aquel grupo se encuentra indirectamente incluido el sexo, dado que el apartado segundo del precepto, que se analiza, señala que

“nadie podrá ser excluido de un tratamiento sanitario o protocolo de actuación sanitaria por la concurrencia de una discapacidad, por encontrarse en situación de sinhogarismo, por la edad, por sexo o por enfermedades preexistentes o intercurrentes, salvo que razones médicas debidamente acreditadas así lo justifiquen”.

Asimismo, el legislador ha querido proteger a las personas víctimas de incidentes de odio, discriminación y actos de intolerancia. Al disponer en el artículo 53 de la Ley 15/2022 que la administración ofrecerá atención sanitaria en especial, así como las medidas sociales tendentes a facilitar su recuperación integral. Bajo este contexto, los poderes públicos deberán garantizar la información a las víctimas, mediante servicios telemáticos y presenciales, para realizar una atención integral y multidisciplinar, a las víctimas de agresiones, actos de intolerancia o incidentes de odio y de conductas discriminatorias por cualquiera de las causas previstas en aquella norma.

Queda claro, tras identificar los grupos de población que protege la norma, las administraciones sanitarias deberán desarrollar acciones para la igualdad de trato y la prevención de la discriminación, que podrán materializarse en la implantación de planes y programas de adecuación sanitarios.

No obstante, llama la atención que el legislador no haya incluido en aquel listado, y no de manera suelta, a aquellas mujeres, que se deban proteger de manera especial en la salud sexual y reproductiva; en la que sí le da su protagonismo en el apartado quinto del precepto en cuestión. Al indicar que aquellas administraciones deberán tener en cuentas a estas mujeres a la hora de elaborar los planes y programas.

Bajo este contexto, el Ministerio de Sanidad ha publicado la Estrategia de Salud Pública 2022. ESP 2022. Mejorando la salud y el bienestar de la población²⁴, que constituye la primera hoja de ruta común para el territorio español, el cual señala las acciones prioritarias a llevar a cabo para crear un marco de referencia para la coordinación de todos los agentes implicados. Por consiguiente, es el instrumento que articula y enlaza eficientemente las diferentes iniciativas en salud pública desarrolladas a nivel internacional con las políticas nacionales (generales, autonómicas y locales), en la que se tiene en consideración la configuración política y organizativa de España. Se fundamenta en 5 ejes de la salud pública:

- a) Determinantes de la salud, con una fuerte orientación al abordaje de la equidad en salud.
- b) Salud en todas las políticas.
- c) Enfoque de Una sola salud.
- d) Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030.
- e) Gobernanza para la salud.

El ESP 2022 se funda en 4 líneas estratégicas:

- 1. Fortalecer la salud pública para mejorar la salud de la población. En la que tiene como las siguientes metas:
 - a. Fortalecer el sistema de gobernanza en salud pública.
 - b. Asegurar capacidades y competencias en salud pública.

²⁴ MINISTERIO DE SANIDAD, *Estrategia de Salud Pública 2022. ESP 2022. Mejorando la salud y el bienestar de la población*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 2022.

- c. Impulsar la investigación y la innovación en salud pública.
 - d. Potenciar la comunicación y la abogacía de la salud pública.
2. Actualizar la vigilancia de la salud pública y garantizar la capacidad de respuesta ante los riesgos y las emergencias en salud. En la que tiene como las siguientes metas:
- a. Fortalecer y completar el sistema de vigilancia en salud pública.
 - b. Garantizar una respuesta rápida, oportuna y coordinada ante las amenazas que supongan un riesgo para la salud pública a nivel local, regional, nacional e internacional.
3. Mejorar la salud y el bienestar de la población a través de la prevención de enfermedades, la promoción de estilos de vida y el fomento de entornos saludables, seguros y sostenibles. En la que tiene como las siguientes metas:
- a. Mejorar las condiciones de vida, el bienestar y salud de la población.
 - b. Contribuir a crear entornos saludables, salutogénicos, seguros, sostenibles y libres de discriminación y violencia.
 - c. Promover los estilos de vida saludables, seguros y sostenibles y fomentar acciones para que las opciones más saludables sean las más fáciles de realizar para la población.
 - d. Promover las actividades de prevención de enfermedades.
4. Promover la salud y la equidad en salud de la población a lo largo de la vida. En la que tiene como las siguientes metas:
- a. Favorecer que la población tenga una vida saludable a lo largo de todas las etapas de la vida.
 - b. Favorecer la equidad en la salud de la población y en su bienestar.
 - c. Promover la participación en el desarrollo de programas de salud pública y salud comunitaria.

Asimismo, se destaca la Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud. Período 2022-2026 del Ministerio de Sanidad²⁵. Que tiene como misión “establecer objetivos y recomendaciones orientados a la mejora de la salud mental de la población, detección precoz y atender de forma efectiva a las personas con problemas de salud mental, desde el momento en que se presentan, independientemente de su edad o nivel de desarrollo, y desde el respeto a sus decisiones y sus derechos apoyar a sus familias y promover un modelo de atención integral y comunitaria que favorezca la recuperación y la inclusión social”. Esta estrategia, con relación el anterior comentado, cuanta con 10 Líneas Estratégicas:

- 1. Autonomía y derechos. Atención centrada en la persona.
- 2. Promoción de la salud mental de la población y prevención de los problemas de salud mental.
- 3. Prevención, detección precoz y atención a la conducta suicida.

²⁵ MINISTERIO DE SANIDAD, *Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud. Período 2022-2026*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 2022.

4. Atención a las personas con problemas de salud mental basada en el modelo de recuperación en el ámbito comunitario.
5. Salud mental en la infancia y en la adolescencia.
6. Atención e intervención familiar.
7. Coordinación.
8. Participación de la ciudadanía.
9. Formación.
10. Investigación, innovación y conocimiento.

6. Conclusiones

La Ley 15/2022 pretende consolidar legislativamente la igualdad y establecer nuevas garantías para su disfrute -siguiendo en la LOI- a través de la culminación de un proceso de iniciativas legislativas a favor de la igualdad de trato y la no discriminación que se han venido desarrollando, que han situado a España en la vanguardia de los países más avanzados en políticas de igualdad. Por tanto, pretende colocar la garantía de la igualdad y la no discriminación en el lugar que le corresponde, para situar a España entre los Estados de la Unión Europea que cuenta con las instituciones, instrumentos y técnicas jurídicas de igualdad de trato y no discriminación más eficaces y avanzados.

La norma no debe ser considerada como una mera intervención legislativa encaminada al reconocimiento formal de la igualdad en la prestación de servicios que tendría un efecto muy reducido, “sino que abunda en la idea de la consecución de la paridad real en el acceso y el mantenimiento de un puesto de trabajo digno, dando por superados los tiempos del igualitarismo formal y de los valores abstractos para pasar con decisión al logro de la igualdad real o sustancial de las personas trabajadoras”²⁶.

La discriminación múltiple, acumulativa o interseccional “no se puede quedar solo en el campo de la promoción de la igualdad justificando medidas de acción positiva o de igualdad de oportunidades que no son exigibles judicialmente y están al albur del legislador; sino que debe entrar de lleno en el campo de la igualdad de trato, es decir debe entrar de lleno en la prohibición de discriminaciones que sí es exigible judicialmente incluso frente a una actuación legislativa”²⁷.

El artículo 15 de la Ley 15/2002 reitera lo que ya estaba regulado con carácter general. Sin embargo, lo único que se añade es el desglose de los colectivos especialmente vulnerables, pero que de facto están integrados en el mandato del artículo 14 de la Carta Magna, teniendo en cuenta cualquier circunstancia personal y social. Por lo que se trata de una ley general de protección ante cualquier tipo de discriminación, que se inspira en la accesibilidad universal; en el que se pone de relieve el disfrute de los derechos por todas las personas sin excepción y en todos los ámbitos que la norma establece. “La cuestión es si va a ser eficaz o no en el sentido de

²⁶ MONEREO PÉREZ, J., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, Laborum, núm. 4, 2022, pág. 42.

²⁷ LOUSADA AROCHENA, J., “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2017, pág. 40. En el mismo sentido, LOUSADA AROCHENA, J., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 246.

si es necesaria, teniendo en cuenta que ya tenemos legislación concreta para llegar a la misma conclusión, y, por tanto, es una forma de reiterar lo que ya está establecido”²⁸.

Por último, no hay que olvidar que “la discriminación se vincula con la existencia de hechos diferenciales inherentes a la condición de persona (sexo, orientación o condición sexual, raza, discapacidad física, psíquica o sensorial), que ponen en peligro el respeto a la dignidad humana y ello porque esta no se atribuye a la especie humana, sino a cada uno de los seres humanos. Se trata de tratamientos diferenciales basados en rasgos que tienen una base esencialmente biológica y, por tanto, situaciones inseparables de la condición de persona”²⁹. Que a nivel jurisprudencial se ha manifestado que “no es lo mismo el concepto de desigualdad y el de discriminación y que la prohibición de discriminación está destinada a preservar las condiciones de igualdad respecto a personas físicas pertenecientes a grupos identificables y cohesionados con una historia de discriminación por razón de una circunstancia personal o social de una u otra forma estrechamente ligada a su integridad y dignidad como ser humano”³⁰.

7. Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO, R., “El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 63, 2006.
- AGUSTÍ MARAGALL, J., “La nueva ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 235, 2022.
- ASQUERINO LAMPARERO, M., “La enfermedad como causa de discriminación tras la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 165, 2022.
- GARCÍA PERROTE, I., y MERCADER UGUINA, J.: “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017.
- GIL PÉREZ, M., “El Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la educación y atención sanitaria”, en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación*, Laborum, Murcia, 2023.
- LOUSADA AROCHENA, F., “El principio de transversalidad: origen y significado”, *Temas Laborales*, núm. 91, 2007.
- LOUSADA AROCHENA, J., “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2017.
- LOUSADA AROCHENA, J., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MINISTERIO DE SANIDAD, *Estrategia de Salud Mental del Sistema Nacional de Salud. Período 2022-2026*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 2022.

²⁸ GIL PÉREZ, M., “El Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la educación y atención sanitaria”, en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *Una mirada laboralista de la igualdad de trato y la no discriminación*, Laborum, Murcia, 2023, pág. 52.

²⁹ GARCÍA PERROTE, I., y MERCADER UGUINA, J.: “Redefiniendo el concepto de discriminación: la enfermedad como discapacidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2017.

³⁰ STSJ Cataluña, de 30 de enero de 2023 (Rec. núm 6219/2022; núm. 469/2023).

MINISTERIO DE SANIDAD, *Estrategia de Salud Pública 2022. ESP 2022. Mejorando la salud y el bienestar de la población*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 2022.

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

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

QUES MENA, L., “El arraigo, social, económico y familiar en el Derecho de extranjería tratamiento legal y jurisprudencial”, *Diario La Ley*, núm. 7066-7072, 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Los contornos de la discriminación”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2022.

LOS ACCIDENTES DE TRABAJO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA ERA DIGITAL

LLUÍS FRANCO SALA y JOAN A. ALUJAS RUIZ

Universidad de Barcelona

ORCID: 0000-0003-3904-9496 y 0000-0003-3321-2926

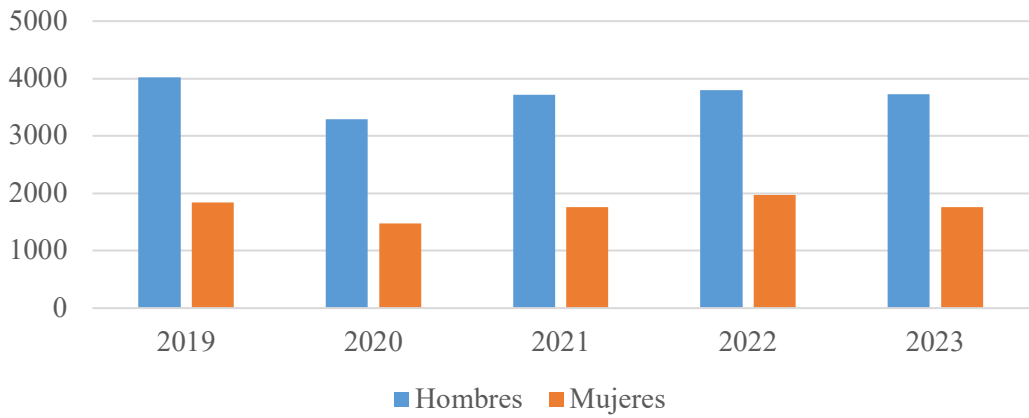
1. Evolución de la siniestralidad laboral desde una perspectiva de género

La relevancia de la perspectiva de género en el ámbito de la salud y seguridad en el trabajo se constata al ser considerada como uno de los objetivos (nº5) de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027. El análisis de la siniestralidad laboral se basa en los datos de la Estadística de accidentes de trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social y de la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística.

Los índices de incidencia de los accidentes de trabajo con baja en jornada permiten observar la evolución de la siniestralidad laboral descontando el efecto de las variaciones en el nivel de ocupación¹. La incidencia de accidentes de trabajo con baja en jornada en 2023 es más del doble en los hombres en relación a las mujeres. Durante el periodo analizado, el índice de incidencia disminuyó en términos relativos algo más en los hombres (7,7%) que en las mujeres (4,4%). En 2023, el índice de incidencia se sitúa en 3.732 y 1.761 accidentes de trabajo respectivamente por cada 100.000 personas ocupadas. Un nivel que ha repuntado desde 2020, pero que es inferior al registrado antes de la pandemia (gráfico 1).

¹ Los índices de incidencia anuales en jornada se definen como el cociente del total de accidentes de trabajo en jornada ocurridos durante el año de referencia, multiplicado por cien mil y dividido entre la media anual de personas ocupadas.

Gráfico 1. Índice de incidencia de accidentes de trabajo con baja en jornada



Fuente: Estadística de accidentes de trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Al analizar los índices de incidencia por grupo de edad, se comprueba como las trabajadoras presentan una mayor siniestralidad en edades más tempranas. Esta diferencia de tasas entre los distintos grupos etarios ha disminuido durante el periodo analizado, desde un máximo de 1,8 veces más riesgo de sufrir un accidente de trabajo en el grupo de trabajadoras menores de veinticuatro años frente a las de edad superior a cincuenta y cuatro años (registrado en 2019), hasta 1,6 veces en 2023 (tabla 1).

Respecto a los varones, se repite el patrón de sus compañeras de una forma más acusada, con índices de incidencia más elevados en los trabajadores de menor edad. La siniestralidad disminuye gradualmente presentando una tasa de incidencia casi tres veces mayor entre los trabajadores de 16 a 24 años que en aquellos con cincuenta y cinco o más años en 2019, aunque disminuye hasta las 2,5 veces en 2023 (tabla 1).

El índice de incidencia de accidentes de trabajo con baja en jornada en los hombres se mantiene por encima del doble que el de las mujeres hasta la edad de 49 años, para situarse alrededor de 1,5 veces en las edades más avanzadas. Este comportamiento se mantiene a lo largo del periodo analizado. La incidencia es en 2023 inferior a la registrada en 2019 en todas las franjas de edad excepto en las personas mayores de 60 años, tanto hombres como mujeres. La reducción del índice de incidencia es mayor en los hombres en la mayoría de franjas de edad, excepto en las menores de 19 años y entre 50 y 59 años. Las mayores diferencias se registran entre los 30 y 39 años (tabla 1).

Tabla 1. Índice de incidencia de accidentes de trabajo con baja en jornada por edad

	2019		2020		2021		2022		2023	
	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj
De 16 a 19 años	6.785	2.929	5.800	2.344	6.809	2.897	6.522	2.765	6.181	2.555
De 20 a 24 años	5.495	2.412	4.574	1.970	5.384	2.394	5.333	2.518	5.153	2.288
De 25 a 29 años	4.440	1.842	3.538	1.487	4.079	1.852	4.076	2.084	3.937	1.731
De 30 a 34 años	4.491	1.704	3.596	1.373	3.979	1.647	4.051	1.923	3.900	1.638
De 35 a 39 años	4.539	1.727	3.652	1.311	4.135	1.618	4.095	1.865	4.023	1.629
De 40 a 44 años	4.196	1.726	3.513	1.355	3.961	1.634	4.072	1.884	4.022	1.708
De 45 a 49 años	3.934	1.765	3.215	1.420	3.605	1.642	3.714	1.823	3.719	1.685
De 50 a 54 años	3.614	2.001	3.082	1.620	3.433	1.843	3.519	2.017	3.497	1.844
De 55 a 59 años	3.324	2.037	2.771	1.699	3.108	1.929	3.285	2.117	3.270	1.895
De 60 y más años	2.312	1.628	1.973	1.399	2.289	1.636	2.462	1.862	2.430	1.628

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Por otro lado, al analizar la razón de índices de incidencia mujer/varón², se evidencia que el riesgo de sufrir un accidente laboral es menor para las mujeres que para los varones³, especialmente en las franjas de edad más jóvenes. En concreto, la trabajadora presenta de media en 2023 un riesgo 0,472 veces de sufrir un accidente de trabajo que el trabajador varón. El rango oscila entre 0,405 veces en la franja de 35 a 39 años hasta 0,670 veces en las mayores de 60 años. Entre 2019 y 2023 dicha ratio de índices de incidencia ha aumentado en todas las franjas edad hasta los 49 años (excepto entre 16 y 19 años), mientras que disminuye en las tres franjas de mayor edad (tabla 2). Así pues, se constata que aumenta ligeramente el riesgo de sufrir un accidente laboral de las trabajadoras menores de 50 años. A su vez, el coeficiente de variación⁴ muestra una baja dispersión entre las diferentes franjas de edad en relación a la media del periodo analizado, es decir, que el conjunto de datos es homogéneo.

² Razón de índices mujer/varón = Índice de incidencia mujer/ Índice de incidencia varón. Dicha ratio permite analizar los grupos que presentan mayor incidencia en las categorías de cada variable (edad, nacionalidad, actividad económica, situación profesional, ocupación, tipo de contrato y tipo de jornada), con el fin de detectar los colectivos más afectados por los accidentes de trabajo.

³ Los valores de la razón de índices de incidencia pueden ser: razón=1 significa que mujeres y hombres tienen el mismo índice de incidencia y, consecuentemente, el mismo riesgo de sufrir un accidente; razón<1 significa que las mujeres tienen un índice de incidencia menor que el de los hombres y, por tanto, un menor riesgo de sufrir un accidente en relación a ellos; y, finalmente, razón>1 significa que las mujeres tienen un índice de incidencia mayor que el de los hombres y, consecuentemente, un mayor riesgo.

⁴ El coeficiente de variación es el resultado de dividir la desviación estándar por la media aritmética.

Tabla 2. Razón de índices de incidencia (M/H) de accidentes de trabajo por edad

	2019	2020	2021	2022	2023	Media
De 16 a 19 años	0,432	0,404	0,425	0,424	0,413	0,420
De 20 a 24 años	0,439	0,431	0,445	0,472	0,444	0,446
De 25 a 29 años	0,415	0,420	0,454	0,511	0,440	0,448
De 30 a 34 años	0,379	0,382	0,414	0,475	0,420	0,414
De 35 a 39 años	0,380	0,359	0,391	0,456	0,405	0,398
De 40 a 44 años	0,411	0,386	0,413	0,463	0,425	0,420
De 45 a 49 años	0,449	0,442	0,456	0,491	0,453	0,458
De 50 a 54 años	0,554	0,526	0,537	0,573	0,527	0,543
De 55 a 59 años	0,613	0,613	0,621	0,644	0,580	0,614
De 60 y más años	0,704	0,709	0,715	0,756	0,670	0,711
TOTAL	0,457	0,450	0,473	0,520	0,472	0,474
Desviación estándar	0,109	0,114	0,105	0,103	0,087	0,103
Coeficiente de variación	23,0%	24,0%	22,3%	21,7%	18,4%	21,8%

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo; Encuesta de Población Activa y elaboración propia.

El análisis de los datos revela que el índice de incidencia de los accidentes de trabajo con baja en jornada difiere notablemente según la sección de actividad⁵. Dicho índice es mayor en los hombres que en las mujeres en todas las secciones excepto en actividades financieras y de seguros (K), educación (P) y actividades sanitarias y de servicios sociales (Q). Por otra parte, la diferencia entre el mayor y el menor índice de incidencia en los hombres es de 44 veces más riesgo de sufrir un accidente, en tanto que en las mujeres dicha diferencia es de 18 veces. En 2023, los índices más elevados en los hombres se registran en las industrias extractivas (B), la construcción (F), el suministro de agua, saneamiento, gestión de residuos (E) y la industria manufacturera (C). Por el contrario, los índices de incidencia son muy inferiores a la media en actividades financieras y de seguros (K) y en información y comunicaciones (J). En el caso de las mujeres, destaca en 2023 la mayor incidencia en suministro de agua, saneamiento, gestión de residuos (E), la hostelería (I), la agricultura (A) y en transporte y almacenamiento (H), mientras

⁵ Los sectores de actividad se desagregan en las siguientes secciones de actividad según la CNAE-2009:

- A Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca
- B Industrias extractivas
- C Industria manufacturera
- D Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado
- E Suministro de agua, saneamiento, gestión de residuos
- F Construcción
- G Comercio al por mayor y menor; reparación vehículos
- H Transporte y almacenamiento
- I Hostelería
- J Información y comunicaciones
- K Actividades financieras y de seguros
- L Actividades inmobiliarias
- M Actividades profesionales, científicas y técnicas
- N Actividades administrativas y servicios auxiliares
- O Administración Pública y defensa; Seguridad Social obligatoria
- P Educación
- Q Actividades sanitarias y de servicios sociales
- R Actividades artísticas, recreativas y de entretenimiento
- S Otros servicios
- T Actividades de hogares como empleadores de personal doméstico

que la menor incidencia se registra en el mismo tipo de actividad que los hombres. Los índices de incidencia disminuyen durante el periodo analizado en todas las secciones de actividad con la única excepción de la construcción en el caso de las féminas. Las mayores caídas tienen lugar en actividades financieras y de seguros (K) para los hombres y en información y comunicaciones (J) para las mujeres (tabla 3).

Tabla 3. Índice de incidencia de accidentes de trabajo con baja en jornada por sección de actividad

	2019		2020		2021		2022		2023	
	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj
A	5.235	3.134	4.624	2.863	4.771	3.061	4.645	2.981	4.653	2.933
B	8.174	1.440	6.463	846	6.794	860	7.260	938	7.082	1.290
C	5.569	2.335	4.694	1.916	5.198	2.171	5.322	2.273	5.434	2.418
D	1.222	292	1.034	186	1.034	175	1.069	237	1.220	257
E	6.824	4.157	5.746	3.355	6.140	3.844	6.048	3.887	6.303	4.072
F	7.388	874	6.423	717	6.978	858	7.019	772	6.980	876
G	3.081	1.585	2.474	1.307	2.820	1.402	2.844	1.395	2.912	1.503
H	4.648	2.884	3.676	2.174	4.128	2.484	4.307	2.633	4.212	2.780
I	3.500	3.113	2.146	1.651	2.849	2.275	3.295	2.865	3.289	3.017
J	566	388	417	195	497	228	515	253	492	247
K	214	319	155	209	175	197	169	213	159	219
L	1.017	510	726	344	864	360	809	469	818	405
M	818	457	631	282	698	309	694	332	720	354
N	5.294	2.809	4.266	2.200	5.003	2.508	4.968	2.642	4.762	2.680
O	3.919	1.818	2.971	1.315	3.369	1.497	3.385	1.518	3.404	1.513
P	682	785	416	497	549	679	622	699	610	751
Q	2.128	2.574	2.314	2.816	2.951	3.480	3.511	4.294	2.022	2.529
R	3.355	1.876	2.296	1.088	3.030	1.488	3.235	1.699	3.323	1.781
S	1.881	896	1.424	616	1.653	725	1.756	774	1.723	786
T	1.549	322	1.268	247	1.382	269	1.313	291	1.291	293

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

La razón de índices de incidencia muestra que el riesgo de sufrir un accidente laboral es menor para las mujeres que para los varones en todas las secciones de actividad a excepción de actividades financieras y de seguros (K), educación (P) y actividades sanitarias y de servicios sociales (Q) tal como se refleja en la tabla 4. La menor ratio se registra en la construcción (F) y en las industrias extractivas (B). En 2023 el rango oscila entre 0,125 veces en (F) hasta el máximo de 1,382 veces en (K). Entre 2019 y 2023 la razón de índices de incidencia ha aumentado en más de la mitad de las secciones de actividad, especialmente en educación (P) y actividades sanitarias y de servicios sociales (Q). Por el contrario, las mayores caídas tienen lugar en información y comunicaciones (J) y en actividades financieras y de seguros (K). Por tanto, se puede afirmar que en general ha aumentado el riesgo de sufrir un accidente de trabajo para las mujeres en relación a los hombres, sobre todo en actividades con una mayor presencia femenina. En este caso, el coeficiente de

variación muestra una dispersión notable entre las diferentes secciones de actividad en relación a la media del periodo analizado, o sea, que el conjunto de datos es heterogéneo.

Tabla 4. Razón de índices de incidencia (M/H) de accidentes de trabajo por sección de actividad

	2019	2020	2021	2022	2023	Media
A	0,599	0,619	0,641	0,642	0,630	0,626
B	0,176	0,131	0,127	0,129	0,182	0,149
C	0,419	0,408	0,418	0,427	0,445	0,423
D	0,238	0,180	0,170	0,222	0,210	0,204
E	0,609	0,584	0,626	0,643	0,646	0,622
F	0,118	0,112	0,123	0,110	0,125	0,118
G	0,514	0,528	0,497	0,490	0,516	0,509
H	0,620	0,591	0,602	0,611	0,660	0,617
I	0,889	0,770	0,799	0,870	0,917	0,849
J	0,686	0,467	0,459	0,491	0,502	0,521
K	1,494	1,345	1,126	1,255	1,382	1,320
L	0,501	0,473	0,417	0,580	0,495	0,493
M	0,558	0,447	0,443	0,478	0,492	0,484
N	0,531	0,516	0,501	0,532	0,563	0,529
O	0,464	0,443	0,444	0,449	0,445	0,449
P	1,151	1,194	1,236	1,125	1,231	1,187
Q	1,209	1,217	1,179	1,223	1,251	1,216
R	0,559	0,474	0,491	0,525	0,536	0,517
S	0,476	0,433	0,438	0,441	0,457	0,449
T	0,208	0,195	0,195	0,221	0,227	0,209
Desviación estándar	0,352	0,344	0,324	0,327	0,351	0,338
Coeficiente de variación	74,3%	72,7%	68,4%	69,0%	74,1%	71,3%

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo; Encuesta de Población Activa y elaboración propia.

En cuanto a los índices de incidencia por situación profesional, se comprueba como las mujeres presentan una mayor siniestralidad en las asalariadas respecto a las trabajadoras por cuenta propia. Esta diferencia en dichos índices se ha mantenido durante el periodo analizado en alrededor de 4 veces más riesgo de sufrir un accidente de trabajo en las asalariadas frente a las autónomas. No obstante, el índice de incidencia ha disminuido más en las primeras (-4,6%) que en las segundas (-1,8%) entre 2019 y 2023 (tabla 5).

Respecto a los varones, se repite el patrón de sus compañeras de una forma menos acusada, con índices de incidencia más elevados en los asalariados. La diferencia en dichos índices disminuye durante el período analizado situándose en 2023 en 3,2 veces más riesgo de sufrir un accidente laboral en los asalariados que en los trabajadores por cuenta propia. Sin embargo, el índice de incidencia ha disminuido de forma clara en los primeros (-8,5%), mientras que aumenta levemente en los segundos (0,6%) entre 2019 y 2023 (tabla 5).

Tabla 5. Índice de incidencia de accidentes de trabajo con baja en jornada por situación profesional

	2019	2020	2021	2022	2023
<i>Asalariados</i>					
Hombres	4.716	3.838	4.334	4.412	4.315
Mujeres	2.044	1.644	1.956	2.200	1.950
<i>Trabajadores por cuenta propia</i>					
Hombres	1.337	1.215	1.346	1.357	1.345
Mujeres	517	430	478	487	481

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Al examinar la razón de índices de incidencia mujer/varón por situación profesional, se evidencia que el riesgo de sufrir un accidente laboral es menor para las mujeres que para los varones, especialmente en las trabajadoras por cuenta propia. En concreto, estas últimas tienen en 2023 un riesgo 0,358 veces de sufrir un accidente de trabajo en relación al trabajador varón. En cambio, en las asalariadas el riesgo es 0,452 veces. Entre 2019 y 2023, la ratio de índices de incidencia ha aumentado un 4,4% en las asalariadas, mientras que disminuye un 7,3% en las autónomas (tabla 6). Por tanto, se constata que el riesgo de sufrir un accidente laboral ha evolucionado de forma diferente según la situación profesional. Ahora bien, el coeficiente de variación muestra una baja dispersión en relación a la media del periodo analizado, es decir, que el conjunto de datos es bastante homogéneo.

Tabla 6. Razón de índices de incidencia (M/H) de accidentes de trabajo por situación profesional

	2019	2020	2021	2022	2023	Media
Asalariados	0,433	0,428	0,451	0,499	0,452	0,453
Trabajadores por cuenta propia	0,386	0,354	0,355	0,359	0,358	0,362
<i>Desviación estándar</i>	0,033	0,052	0,068	0,099	0,066	0,064
<i>Coeficiente de variación</i>	7,0%	11,0%	14,3%	20,9%	14,0%	13,5%

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo; Encuesta de Población Activa y elaboración propia.

Los datos analizados muestran que el índice de incidencia de los accidentes de trabajo con baja en jornada difiere también de forma notable según la ocupación del trabajador accidentado⁶. Dicho índice es mayor en los hombres que en las mujeres en todas las ocupaciones excepto en técnicos y

⁶ Las ocupaciones se agrupan en las siguientes categorías profesionales según la CNO-11:
A Directores y gerentes
B Técnicos y profesionales científicos e intelectuales de la salud y la enseñanza
C Otros técnicos y profesionales científicos e intelectuales
D Técnicos; profesionales de apoyo
E Empleados de oficina que no atienden al público
F Empleados de oficina que atienden al público
G Trabajadores de los servicios de restauración y comercio
H Trabajadores de los servicios de salud y el cuidado de personas
I Trabajadores de los servicios de protección y seguridad
J Trabajadores cualificados en el sector agrícola, ganadero, forestal y pesquero
K Trabajadores cualificados de la construcción, excepto op. de máquinas
L Trabajadores cualificados de las industrias manufactureras, excepto op.de instalaciones y máquinas
M Operadores de instalaciones y maquinaria fijas, y montadores
N Conductores y operadores de maquinaria móvil
O Trabajadores no cualificados en servicios (excepto transportes)
P Peones de la agricultura, pesca, construcción, industrias manufactureras y transportes

profesionales científicos e intelectuales de la salud y la enseñanza (B), trabajadores de los servicios de salud y el cuidado de personas (H) y en conductores y operadores de maquinaria móvil (N). Por otra parte, la diferencia entre el mayor y el menor índice de incidencia en los hombres es de 46 veces más riesgo de sufrir un accidente, en tanto que en las mujeres dicha diferencia es de 32 veces. En 2023, los índices más elevados en los hombres se registran en los trabajadores no cualificados en servicios (O), en los peones de la agricultura, pesca, construcción, industrias manufactureras y transportes (P) y en los trabajadores cualificados de la construcción, excepto operadores de máquinas (K). Por el contrario, los índices de incidencia son muy inferiores a la media en directores y gerentes (A), técnicos y profesionales científicos e intelectuales de la salud y la enseñanza (B) y en otros técnicos y profesionales científicos e intelectuales (C) tal como se refleja en la tabla 7.

En el caso de las mujeres, destaca en 2023 la mayor incidencia en peones de la agricultura, pesca, construcción, industrias manufactureras y transportes (P) y en las trabajadoras cualificadas de las industrias manufactureras, excepto operadoras de instalaciones y máquinas. La menor incidencia se registra en directores y gerentes (A) y en otros técnicos y profesionales científicos e intelectuales (C). Los índices de incidencia disminuyen durante el periodo analizado en la mayoría de las ocupaciones a excepción de trabajadores no cualificados en servicios (O), trabajadores cualificados de la construcción, excepto operadores de máquinas (K) solo en las mujeres y de técnicos y profesionales científicos e intelectuales de la salud y la enseñanza (B) para ambos sexos. Las mayores caídas tienen lugar en peones de la agricultura, pesca, construcción, industrias manufactureras y transportes (P) para los hombres y en conductores y operadores de maquinaria móvil (N) para las mujeres (tabla 7).

Tabla 7. Índice de incidencia de accidentes de trabajo con baja en jornada por ocupación

	2019		2020		2021		2022		2023	
	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj
A	557	387	482	308	503	340	477	315	445	337
B	468	695	660	988	1.028	1.418	1.377	1980	501	736
C	249	228	179	145	223	169	219	199	208	186
D	1.004	726	741	475	899	572	904	701	992	655
E	1.037	618	815	469	936	489	978	499	1.038	549
F	861	603	657	422	743	433	716	460	737	513
G	2.754	2.310	1.973	1.655	2.462	1.985	2.752	2.189	2.729	2.247
H	2.716	2.742	2.232	2.598	2.618	2.959	2.974	3.250	2.473	2.693
I	3.066	3.002	2.397	2.167	2.667	2.114	2.683	2.287	2.756	2.821
J	3.771	2.322	3.372	2.158	3.339	2.073	3.363	2.063	3.439	2.221
K	7.044	4.329	6.145	3.583	6.716	4.710	6.874	4.506	6.802	4.383
L	6.220	4.938	5.214	4.094	5.862	5.049	6.106	4.847	6.077	4.889
M	6.658	2.209	5.355	1.707	5.934	2.030	5.995	2.106	6.024	2.310
N	4.888	5.705	4.057	4.634	4.509	4.908	4.450	4.961	4.425	4.510
O	9.562	2.811	7.473	2.079	8.266	2.426	8.947	2.792	8.932	2.868
P	10.664	6.799	9.257	5.620	9.785	6.065	9.454	6.338	9.650	6.033

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

La razón de índices de incidencia muestra que el riesgo de sufrir un accidente laboral es menor para las mujeres que para los varones en todas las ocupaciones excepto en técnicos y profesionales científicos e intelectuales de la salud y la enseñanza (B), trabajadores de los servicios de salud y el cuidado de personas (H) y en conductores y operadores de maquinaria móvil (N) tal como se refleja en la tabla 8. La menor ratio se registra en trabajadores no cualificados en servicios (O) y en operadores de instalaciones y maquinaria fijas, y montadores (M). En 2023, el rango oscila entre 0,321 veces en (O) hasta el máximo de 1,469 veces en (B). Entre 2019 y 2023, la razón de índices de incidencia ha aumentado en la mitad de las ocupaciones (especialmente en trabajadores de los servicios de salud y el cuidado de personas) y ha disminuido en la otra mitad, sobre todo en conductores y operadores de maquinaria móvil (N). Por tanto, se puede afirmar que ha aumentado el riesgo de sufrir un accidente de trabajo para las mujeres en relación a los hombres en diferentes ocupaciones, con independencia del nivel de empleo femenino. En este caso, el coeficiente de variación muestra una dispersión notable entre las diferentes ocupaciones en relación a la media del periodo 2019-2023, o sea, que el conjunto de datos es heterogéneo.

Tabla 8. Razón de índices de incidencia (M/H) de accidentes de trabajo por ocupación

	2019	2020	2021	2022	2023	Media
A	0,695	0,640	0,675	0,661	0,756	0,685
B	1,486	1,497	1,380	1,439	1,469	1,454
C	0,917	0,807	0,762	0,909	0,893	0,858
D	0,724	0,642	0,637	0,776	0,661	0,688
E	0,595	0,576	0,523	0,510	0,528	0,546
F	0,701	0,642	0,584	0,642	0,696	0,653
G	0,839	0,839	0,806	0,795	0,824	0,821
H	1,010	1,164	1,130	1,093	1,089	1,097
I	0,979	0,904	0,793	0,852	1,024	0,910
J	0,616	0,640	0,621	0,613	0,646	0,627
K	0,615	0,583	0,701	0,656	0,644	0,640
L	0,794	0,785	0,861	0,794	0,804	0,808
M	0,332	0,319	0,342	0,351	0,383	0,345
N	1,167	1,142	1,089	1,115	1,019	1,106
O	0,294	0,278	0,294	0,312	0,321	0,300
P	0,638	0,607	0,620	0,670	0,625	0,632
Desviación estándar	0,297	0,313	0,280	0,286	0,284	0,289
Coeficiente de variación	62,6%	65,5%	59,0%	60,2%	59,9%	60,9%

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo; Encuesta de Población Activa y elaboración propia.

En cuanto a los índices de incidencia por tipo de contrato, se comprueba como las mujeres presentan una mayor siniestralidad en las asalariadas con contrato temporal y especialmente en las que tienen un contrato fijo discontinuo. La diferencia respecto al contrato indefinido durante el periodo analizado ha disminuido en el primer caso, pasando de 1,8 a 1,2 veces más riesgo de sufrir un accidente de trabajo, mientras que ha aumentado en el segundo (pasando de 2,4 a 3,1 veces). El índice de incidencia entre 2019 y 2023 ha crecido en las asalariadas con contrato fijo

discontinuo (43,6%) y con contrato indefinido (11,7%), si bien disminuye (-26,5%) en las que tienen contrato temporal (tabla 9).

Respecto a los varones, se repite el patrón de sus compañeras de una forma menos acusada, con índices de incidencia más elevados en todos los tipos de contrato. La diferencia entre el contrato temporal y el indefinido disminuye durante el período analizado hasta situarse en 2023 en un 10% menos de riesgo de sufrir un accidente laboral. Por el contrario, la diferencia entre el contrato fijo discontinuo y el indefinido aumenta (pasando de 2,2 a 3,2 veces). El índice de incidencia entre 2019 y 2023, sigue el mismo patrón que en las mujeres, aunque de forma más acusada. Aumenta en los asalariados con contrato fijo discontinuo (70,4%) y con contrato indefinido (18,4%), en tanto que disminuye (-49,8%) entre los que tienen contrato temporal (tabla 9).

Tabla 9. Índice de incidencia de accidentes de trabajo con baja en jornada por tipo de contrato

	2019		2020		2021		2022		2023	
	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj	Hom	Muj
Contrato indefinido	3.367	1.561	2.680	1.212	3.049	1.453	3.684	1.785	3.988	1.744
Contrato fijo discontinuo	7.482	3.774	5.583	2.706	6.856	3.471	12.281	5.081	12.753	5.420
Contrato temporal	7.378	2.886	6.463	2.511	7.100	2.763	5.507	2.958	3.703	2.122

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Al analizar la razón de índices de incidencia mujer/varón por tipo de contrato, se evidencia que el riesgo de sufrir un accidente laboral es menor para las mujeres que para los varones en todos los tipos de contrato. En concreto, tienen en 2023 un riesgo 0,425 veces de sufrir un accidente de trabajo respecto al trabajador varón en el contrato fijo discontinuo. En cambio, en el contrato temporal el riesgo es 0,573 veces. Entre 2019 y 2023, la ratio de índices de incidencia disminuyó tanto en el contrato indefinido como en el contrato fijo discontinuo (un 5,8% y un 15,7% respectivamente), mientras que aumentó un 46,5% en el contrato temporal debido a la mayor caída del índice de incidencia masculino (tabla 10). Por tanto, se constata el riesgo de sufrir un accidente laboral ha evolucionado de forma diferente según el tipo de contrato. Asimismo, el coeficiente de variación muestra una muy baja dispersión entre los diferentes tipos de contrato en relación a la media del periodo analizado, es decir, que el conjunto de datos es muy homogéneo.

Tabla 10. Razón de índices de incidencia (M/H) de accidentes de trabajo por tipo de contrato

	2019	2020	2021	2022	2023	Media
Contrato indefinido	0,464	0,452	0,476	0,485	0,437	0,463
Contrato fijo discontinuo	0,504	0,485	0,506	0,414	0,425	0,467
Contrato temporal	0,391	0,389	0,389	0,537	0,573	0,456
Desviación estándar	0,051	0,044	0,061	0,037	0,096	0,005
Coficiente de variación	10,9%	9,4%	13,0%	7,8%	20,3%	1,0%

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo; Encuesta de Población Activa y elaboración propia.

En cuanto a la nacionalidad, las trabajadoras españolas están más afectadas por los accidentes de trabajo con baja en jornada que las extranjeras, con un índice de incidencia en 2023 de 1.786 frente a 1.618 respectivamente. En el caso de los varones se produce la situación contraria, presentando los trabajadores de nacionalidad española una menor incidencia en relación a los de origen extranjero, 3.579 frente a 3.843. Entre 2019 y 2023, disminuye el índice de incidencia en los hombres (tanto nacionales como extranjeros) y en las mujeres de nacionalidad española, no así en las extranjeras, donde aumenta un 8% (tabla 11).

Al examinar la razón de índices de incidencia mujer/varón, se evidencia que el riesgo de sufrir un accidente laboral es menor para las mujeres que para los varones. En 2023, la trabajadora presenta un riesgo 0,499 veces de sufrir un accidente de trabajo en el caso de nacionalidad española y 0,421 veces entre las extranjeras respecto al trabajador varón en ambos casos. No obstante, la ratio de índices de incidencia ha aumentado mucho más en las mujeres de nacionalidad extranjera durante el periodo analizado (tabla 12). Por tanto, se puede afirmar que existe un comportamiento dispar entre hombres y mujeres según la nacionalidad. En este caso, el coeficiente de variación evidencia una baja dispersión entre la condición de nacional y extranjero en relación a la media del periodo 2019-2023, o sea, que el conjunto de datos es homogéneo.

Tabla 11. Índice de incidencia de accidentes de trabajo con baja en jornada por nacionalidad

	2019	2020	2021	2022	2023
<i>Española</i>					
Hombres	3.858	3.169	3.556	3.654	3.579
Mujeres	1.872	1.534	1.795	2.036	1.786
<i>Extranjera</i>					
Hombres	4.014	3.331	3.869	3.843	3.843
Mujeres	1.498	1.072	1.368	1.626	1.618

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Tabla 12. Razón de índices de incidencia (M/H) de accidentes de trabajo por nacionalidad

	2019	2020	2021	2022	2023	Media
Española	0,485	0,484	0,505	0,557	0,499	0,506
Extranjera	0,373	0,322	0,354	0,423	0,421	0,379
<i>Desviación estándar</i>	0,079	0,114	0,107	0,095	0,055	0,090
<i>Coeficiente de variación</i>	16,7%	24,2%	22,5%	20,0%	11,6%	19,0%

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo; Encuesta de Población Activa y elaboración propia.

Por último, las mujeres que trabajan a jornada parcial están más afectadas por los accidentes de trabajo con baja en jornada que las que trabajan a jornada completa, con un índice de incidencia en 2023 de 1.771 frente a 1.297 respectivamente. En el caso de los varones se produce una situación similar, mostrando los trabajadores a jornada parcial una mayor incidencia en relación a los que trabajan a jornada completa, 3.426 frente a 2.894. De estos datos se desprende que la diferencia en los índices de incidencia entre la jornada parcial y la jornada completa es mayor en las mujeres que en los hombres. Entre 2019 y 2023, disminuye el índice de incidencia

en los hombres (de forma casi idéntica tanto a jornada completa como a jornada parcial) y en las mujeres, aunque en menor magnitud en las que trabajan a tiempo parcial (tabla 13).

Al analizar la razón de índices de incidencia mujer/varón, se evidencia que el riesgo de sufrir un accidente laboral es menor para las mujeres que para los varones. En 2023, la trabajadora presenta un riesgo 0,448 veces de sufrir un accidente de laboral en el caso de trabajar a jornada completa y 0,517 veces en las trabajadoras a jornada parcial respecto al trabajador varón en ambos casos. No obstante, durante el período analizado dicha ratio ha aumentado en la jornada a tiempo parcial, mientras permanecía casi sin variación en la jornada a tiempo completo (tabla 14). Por tanto, se puede afirmar que el riesgo de sufrir un accidente es menor en las mujeres en relación a los hombres, tanto a jornada completa como parcial, pero con una peor evolución en esta última. Asimismo, el coeficiente de variación muestra una muy baja dispersión entre los diferentes tipos de contrato en relación a la media del periodo analizado, es decir, que el conjunto de datos es muy homogéneo.

Tabla 13. Índice de incidencia de accidentes de trabajo por tipo de jornada

	2019	2020	2021	2022	2023
<i>Completa</i>					
Hombres	3.406	2.750	3.063	3.009	2.894
Mujeres	1.523	1.261	1.473	1.615	1.297
<i>Parcial</i>					
Hombres	4.053	3.119	3.956	3.819	3.426
Mujeres	1.841	1.412	1.669	1.807	1.771

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Tabla 14. Razón de índices de incidencia (M/H) de accidentes de trabajo por tipo de jornada

	2019	2020	2021	2022	2023	Media
Completa	0,447	0,459	0,481	0,537	0,448	0,474
Parcial	0,454	0,453	0,422	0,473	0,517	0,464
<i>Desviación estándar</i>	0,005	0,004	0,041	0,045	0,049	0,007
<i>Coeficiente de variación</i>	1,0%	0,9%	8,8%	9,5%	10,3%	1,6%

Fuente: Estadística de accidentes de trabajo; Encuesta de Población Activa y elaboración propia.

2. Seguridad y salud en el trabajo, sesgos de género e inteligencia artificial (IA)

Las mujeres y los hombres no se distribuyen de manera homogénea en el mercado de trabajo. Así, desde la perspectiva de los sectores, de las actividades económicas y de las ocupaciones, se observa que los dos géneros tienen diferentes concentraciones. Existe, aunque con tendencia a disminuir en varios supuestos, segregación horizontal y vertical por razón de género.

Las mujeres representan en 2023 el 46,6% de las personas ocupadas, frente al 53,4% de los hombres. Y desarrollan su actividad mayoritariamente en el sector servicios (88,9% del total de ocupadas), mientras que en los hombres es del 65,3% (Encuesta de Población Activa, EPA).

Desde la perspectiva de las actividades económicas, las mujeres se ocupan principalmente en 2023 en (EPA): comercio al por mayor y al por menor, reparación de vehículos de motor

y motocicletas (15,9%); actividades sanitarias y de servicios sociales (15,4%); educación (10,4%); hostelería (9,6%); e industria manufacturera (7,3%). En todas ellas, menos en industria manufacturera, con porcentajes de participación sobre el total de su género, superiores a los de los hombres. A su vez, las mujeres son mayoría en varias ramas de actividad. Desde las actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico (88,9%), las actividades sanitarias y de servicios sociales (76,5%) o la educación (67,7%), hasta el comercio al por mayor y al por menor y reparación de vehículos (50,2%) (UGT, 2024, pp. 7-8).

Según las ocupaciones, las mujeres se ocupan prioritariamente en 2023 en (EPA): trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores (27,7%); técnicos y profesionales científicos e intelectuales (24,3%); trabajadores no cualificados y peones (15,1%); empleados contables, administrativos y otros empleados de oficina (14,6%); y técnicos y profesionales de apoyo (10,1%). En todas ellas, excepto en los técnicos y profesionales de apoyo, con porcentajes de participación sobre el total de su género, superiores a los hombres. Asimismo, las mujeres son mayoría en diversas ocupaciones. Es así en empleados/as contables, administrativos/as y otros empleados/as de oficina (68%), servicios de restauración, personales, protección y vendedores/as (60,3%), ocupaciones elementales (58,6%) y técnicos/as y profesionales científicos e intelectuales (57,7%) (UGT, 2024, p. 8).

La diferentes actividades económicas y ocupaciones suponen distintos riesgos para la seguridad y salud en el trabajo. En el informe *La prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género* (Junta de Castilla y León, y ATA, s.f.) se expone que:

En los trabajos ocupados mayoritariamente por mujeres predominan los riesgos relacionados con las posturas de trabajo inadecuadas, largas jornadas de pie, trabajos repetitivos, manipulación de numerosos objetos de poco peso y riesgos relacionados con la organización del trabajo. En los trabajos ocupados mayoritariamente por hombres predominan los riesgos relacionados con la seguridad y la manipulación de objetos de elevado peso.

Los riesgos a los que están expuestas mayoritariamente las mujeres por el tipo de tareas que desarrollan, principalmente producen daños que aparecen de manera lenta y progresiva, como son las lesiones en el cuello y en los brazos y alteraciones de salud psíquica... En los puestos ocupados más frecuentemente por los hombres son mucho más frecuentes las lesiones relacionadas con los accidentes de trabajo, que se reconocen más fácilmente por su relación inmediata entre la causa y el daño (p. 17).

Una gestión correcta de los riesgos laborales en los centros de trabajo requiere considerar que el mercado laboral presenta actualmente una clara segregación tanto vertical como horizontal (UGT, 2024, p. 59). En la medida que en función del género se tenga una mayor o menor participación en las distintas actividades económicas y ocupaciones, también implicará una mayor o menor probabilidad de siniestralidad del colectivo analizado, así como una siniestralidad diferente. Si no se tiene en cuenta este hecho, ello puede derivar en priorizar determinadas actividades económicas y ocupaciones, o tipos de siniestralidad y enfermedades laborales; así como en no evaluar y actuar adecuadamente en relación con otros. Relegando a un segundo término las medidas o las inspecciones de trabajo de un determinado colectivo como pueden ser las mujeres. Por ello es importante analizar la seguridad y salud en el trabajo desde una perspectiva de género con la finalidad de prevenir y proteger a mujeres y hombres por igual.

Las metodologías que se apliquen han de incorporar la valoración por género de todos y cada uno de los riesgos que existan en el ámbito laboral (CCOO, 2021, p. 59). La prevención de

riesgos laborales ha de realizarse considerando la perspectiva de género para lograr entornos laborales saludables para todas las personas.

Una utilización adecuada y multidisciplinar de bases de datos, de algoritmos y de la inteligencia artificial posibilitan mejorar la seguridad y salud en el trabajo y reducir la siniestralidad laboral, en beneficio de las personas trabajadoras, empleadoras y del conjunto de la sociedad.

La inteligencia artificial puede mejorar la seguridad y salud en el trabajo en general y la reducción de accidentes en particular desde múltiples ámbitos como son: el análisis de datos de variables laborales, económicas, sanitarias, etc. que inciden en la siniestralidad laboral; la aplicación de algoritmos en general y de los algoritmos de aprendizaje automático, en particular en temas como la evaluación de riesgos o en la detección de enfermedades; la creación, desarrollo y aplicación de modelos predictivos; la elaboración y utilización de planes de prevención de riesgos laborales; la monitorización de las condiciones de trabajo y de la realización de las actividades laborales in situ y en tiempo real; la realización de tareas peligrosas; el mantenimiento de equipos y máquinas de trabajo desde una perspectiva de seguridad laboral; la formación de las personas responsables de los planes de prevención y del conjunto de las personas trabajadoras; el asesoramiento en el cumplimiento de la normativa considerando la legislación y la jurisprudencia; la elaboración y ejecución de campañas de la inspección de trabajo; el diseño y realización de campañas de concienciación; etc. Desde otras perspectivas diferentes a la de los entornos laborales seguros, una aplicación adecuada de la IA también favorece la eficacia, la eficiencia, la reducción de costes, etc. de la economía y las empresas.

Sin embargo, la aplicación de la inteligencia artificial, especialmente combinada con determinados avances tecnológicos (los robots colaborativos, por ejemplo) también puede implicar en algunos supuestos un aumento de ciertos riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, así como plantear sesgos en perjuicio de determinados colectivos. Los sesgos y/o errores pueden dar lugar a resultados discriminatorios e ineficaces (por ejemplo, si se dan en la selección y contratación de personal pueden discriminar al género femenino). Hay que evitar que el uso de la IA mantenga, e incluso aumente, un tratamiento desigual por razón de género en general y en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo en concreto.

En cuanto a los sesgos, es posible considerar diferentes clases. Cabe diferenciar entre (Pérez López, 2023, p. 202):

- a) Sesgos en los datos. La cantidad masiva de datos que nutren a los algoritmos digitales contienen sesgos, errores o no incluyen adecuadamente la diversidad y la representatividad de algunos colectivos como puede ser el de las mujeres.
- b) Sesgos presentes en el diseño y desarrollo de los algoritmos. Los creadores de éstos pueden incorporar a los mismos prejuicios o sesgos ya existentes (en muchos casos de manera inconsciente). Ello provocará que el modelo realice análisis y obtenga resultados también sesgados, ocasionando discriminaciones. En el tema expuesto en este trabajo, los sesgos en relación al género.
- c) Saavedra Vera *et al.* (2023) señalan que “los algoritmos de aprendizaje automático, al operar en un ciclo de retroalimentación, pueden perpetuar sesgos si basan decisiones en datos históricos sesgados. La imparcialidad de las decisiones del algoritmo depende de la calidad de los datos del entrenamiento” (p. 89).

Una mala praxis de la configuración y aplicación de las bases de datos, de los algoritmos o de los sistemas de IA en relación con los sesgos de género, puede provocar discriminación. Ello

también conlleva a inseguridad y falta de confianza de las personas directamente afectadas y del conjunto de la sociedad. En el caso del género, sesgos históricos pueden verse reiterados e, incluso, ampliados.

Como señala Rodríguez Fernández (2024),

hay algo novedoso que hace especialmente nocivas las discriminaciones que anidan en los algoritmos y la IA. Los estereotipos, prejuicios y discriminaciones presentes en la sociedad se encapsulan dentro de los algoritmos y nutren las decisiones, también las empresariales, que se adoptan mediante ellos (p. 15).

Los modelos predictivos, por ejemplo, utilizan algoritmos y grandes bases de datos, para realizar las predicciones. En tanto en cuanto, estos algoritmos y las bases de datos sobre los que se aplican contengan sesgos (de género u otros), los sesgos se mantendrán o, incluso, se potenciarán, consolidándose y pudiendo dar lugar a discriminaciones de determinados grupos.

Hay diferentes medidas que pueden reducir, sino evitar, los sesgos y la discriminación de género como consecuencia de la utilización de bases de datos, algoritmos e IA en materia de seguridad y salud en el trabajo. Entre los mismos cabe citar:

- a) La incorporación de múltiples datos que sean representativos de las diversas situaciones en función del género. Los sesgos pueden derivarse de la subrepresentación de algunos colectivos.
- b) Los algoritmos se deben de plantear con transparencia y trazabilidad, así como ser explicados en profundidad. Hay que tener un conocimiento exhaustivo de cómo son dichos algoritmos, como funcionan y, a partir de aquí, como producen los resultados sobre los que se tomaran las decisiones.
- c) La evaluación continua de los algoritmos que se utilicen para detectar y corregir los sesgos. Tanto en esta medida como en la siguiente hay que aplicar auditorias periódicas que puedan detectar posibles sesgos si los hubiera.
- d) Los modelos que utilizan la IA han de ser revisados desde su planteamiento inicial hasta su aplicación, pasando por todo su desarrollo, al objeto de detectar y corregir los posibles sesgos. Como indica Pérez-Ugenda Coromina (2024) “es esencial que los sistemas de IA sean sometidos a una intervención consciente y deliberada en todas las fases de su desarrollo... La adopción de principios regulatorios como la transparencia y la responsabilidad es crucial para garantizar que la IA avance hacia la equidad de género” (p. 328).
- e) Las revisiones y las actualizaciones deben realizarse por parte de personas expertas y de diversas disciplinas (tecnológicas, sanitarias, jurídicas, económicas, sociológicas, éticas...).
- f) La incorporación tanto de mujeres como de hombres en los equipos responsables de las bases de datos, de los algoritmos y del uso de la IA.
- g) La elaboración de una normativa que desarrolle el obligado cumplimiento de las anteriores medidas.

La aplicación de las medidas no solo favorecerá la detección y corrección de los sesgos de género, sino que también significará que los resultados que se obtengan y las decisiones que se

adopten sean más equitativos desde la perspectiva de género, así como se fortalezca la confianza en las acciones públicas y privadas, y en las políticas, en seguridad y salud en el trabajo.

En el análisis realizado en la primera parte de este trabajo se observa que, en función de las diferentes variables, las mujeres y los hombres tienen diferentes probabilidades de tener un accidente de trabajo con baja en jornada laboral. En la mayoría de los casos, es el género masculino es el que tiene un índice de incidencia superior. No obstante, en determinados supuestos, como en las actividades financieras y de seguros, educación y actividades sanitarias y de servicios sociales, o también en las ocupaciones de técnicos y profesionales científicos e intelectuales de la salud y la enseñanza, trabajadores de los servicios de salud y el cuidado de personas y en conductores y operadores de maquinaria móvil, es el género femenino el que presenta índices más elevados.

Si se incorporan los datos históricos, se elaboran los algoritmos y se aplican los sistemas de IA sin tener en cuenta que hasta el momento presente la mujer ha tenido una menor incorporación en el mercado laboral, así como la segregación horizontal y vertical existente, el género femenino podría no estar adecuadamente tratado y, con ello, favorecer su discriminación en materia de seguridad y salud en el trabajo.

A partir de los datos expuestos en el primer epígrafe, se infiere que es necesario considerar las diferencias entre mujeres y hombres, tanto en la selección y tratamiento de los datos como en la elaboración y aplicación de algoritmos y sistemas de IA, para evitar los sesgos y la discriminación por razón de género en la prevención de los accidentes de trabajo.

3. Conclusiones

En cuanto al análisis de la siniestralidad, cabe destacar que el riesgo de sufrir un accidente laboral es menor para las mujeres que para los varones, especialmente en las franjas de edad más jóvenes. Entre 2019 y 2023, aumenta ligeramente dicho riesgo en las trabajadoras menores de 50 años. Por otro lado, el riesgo de sufrir un accidente laboral según la situación profesional es menor para las mujeres que para los varones, especialmente en las trabajadoras por cuenta propia, evolucionando de forma dispar entre 2019 y 2023.

Por secciones de actividad, el riesgo es menor para las mujeres que para los varones a excepción de las actividades financieras y de seguros, educación y actividades sanitarias y de servicios sociales. En el periodo analizado ha aumentado el riesgo de sufrir un accidente de trabajo para las mujeres en relación a los hombres, sobre todo en actividades con una mayor presencia femenina.

Por ocupaciones, el riesgo de sufrir un accidente laboral es menor para las mujeres que para los varones excepto en técnicos y profesionales científicos e intelectuales de la salud y la enseñanza, en trabajadores de los servicios de salud y el cuidado de personas y en conductores y operadores de maquinaria móvil. En el periodo analizado, ha aumentado dicho riesgo para las mujeres en relación a los hombres en diferentes ocupaciones, con independencia del nivel de empleo femenino.

El riesgo de sufrir un accidente laboral es menor para las mujeres que para los varones en todos los tipos de contrato (aunque ha evolucionado de forma diferente según la modalidad contractual) y también es menor en las mujeres en relación a los hombres, tanto a jornada completa como parcial, pero con una peor evolución en esta última. Por otra parte, las trabajadoras españolas registran un índice de incidencia de los accidentes de trabajo con baja en jornada mayor que las extranjeras, mientras que en los varones se produce la situación contraria.

Asimismo, el riesgo de sufrir un accidente laboral es menor para las mujeres que para los varones con independencia de la nacionalidad.

Cabe señalar que el coeficiente de variación muestra una dispersión notable tanto entre las diferentes secciones de actividad como entre las ocupaciones en relación a la media del periodo analizado, o sea, que el conjunto de datos es heterogéneo en estas dos variables. Es decir, hay diferencias significativas en la razón de índices de incidencia mujer/varón entre las categorías en que se dividen ambas variables. Las mujeres tienen un mayor riesgo de padecer un accidente laboral en algunas actividades económicas y ocupaciones.

Las diferentes actividades económicas y ocupaciones, por un lado, tienen distintos grados de concentración de las mujeres y los hombres. Y, por otro, suponen diferentes riesgos para la seguridad y salud en el trabajo. Dada esta doble circunstancia es importante analizar la seguridad y salud en el trabajo desde una perspectiva de género, con la finalidad de prevenir y proteger a todas las personas por igual.

Una incorrecta configuración y aplicación de las bases de datos, de los algoritmos o de los sistemas de IA en relación con los sesgos de género, favorece la discriminación. Sesgos tradicionales de género pueden verse reiterados e, incluso, ampliados desde una perspectiva general, o en materia de seguridad y salud en el trabajo en particular.

Existen diferentes medidas que pueden evitar o reducir los sesgos y la discriminación de género relacionados con las bases de datos, los algoritmos y los sistemas de IA en materia de seguridad y salud en el trabajo, como son: la incorporación de múltiples datos que sean representativos de las diversas situaciones en función del género; la transparencia y trazabilidad de los algoritmos; la evaluación de los algoritmos utilizados; la revisión de los sistemas y modelos de IA empleados; las revisiones y las actualizaciones efectuadas por personas expertas en diversas disciplinas; la incorporación tanto de mujeres como de hombres en los equipos responsables de las bases de datos, de los algoritmos y del uso de la IA; o la elaboración de una normativa que desarrolle el obligado cumplimiento de las anteriores medidas.

Es imprescindible considerar las diferencias entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, tanto en las bases de datos como en los algoritmos y en los sistemas de IA, para evitar los sesgos y la discriminación por razón de género en materia de seguridad y salud en el trabajo.

4. Bibliografía

- COMISIONES OBRERAS (CCOO): *Mirada de género en la identificación de riesgos. Revisión bibliográfica*, 2021.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): *Encuesta de Población Activa*.
- INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO: *Acercamiento a la siniestralidad laboral desde una perspectiva de género*, 2010.
- JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN Y ATA (AUTÓNOMOS CASTILLA Y LEÓN): *La prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género*.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027*, 2023.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL: *Estadística de Accidentes de Trabajo*.
- PÉREZ LÓPEZ, J.: "Inteligencia artificial y contratación laboral". *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, núm. 7, 2023.

PÉREZ-UGENA COROMINA, M.: “Sesgo de género (en IA). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 26, 2024.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.: “Inteligencia artificial, género y trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 171, 2024.

SAAVEDRA VERA, C.O., JÁUREGUI BUSTAMANTE, K., y ARISTA BUSTAMANTE, L.L.: “La incidencia del sesgo algorítmico en la justicia predictiva del sistema judicial”, *Revista Tzhoecoen*, vol. 15 (2), 2023.

UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT). SECRETARÍA DE SALUD LABORAL: *Análisis de la siniestralidad laboral desde la perspectiva de género*, 2024.

EL EDADISMO Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL: CUANDO LA EXPULSIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO POR RAZÓN DE EDAD SE INSTITUCIONALIZA¹

CRISTINA RAMÍREZ BANDERA

Investigadora predoctoral contratada FPU

Departamento de DTSS – Universidad de Málaga

<https://orcid.org/0000-0002-5794-8789>

1. Introducción: Conceptualización del “edadismo”

La Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) define el edadismo (*ageism* en inglés) como aquella conducta discriminatoria que surge cuando la edad es usada para categorizar y dividir a las personas en formas que les causan daño, desventajas o injusticias, erosionando la solidaridad entre generaciones².

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación Nacional PID2022-140298NB-I00 “La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, así como en la Red Temática de I+D+i del Plan Propio de la Universidad de Málaga “Nuevas formas de prestación laboral y vulnerabilidad sobrevenida para el colectivo de mayores”. Del mismo modo, toma como referencia el estudio realizado en RAMÍREZ BANDERA, C., “La velada discriminación por razón de edad en el mercado de trabajo español: un reto no superado”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, núm. 3, 2024.

² Organización Mundial de la Salud: *Global Report on Ageism*, 2021, disponible en <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/340208/9789240016866-eng.pdf?sequence=1>, p. 2.

Sin duda, la edad constituye un factor natural y propio del devenir biológico del ser humano: toda persona ha sido joven alguna vez y toda persona está llamada a envejecer de forma inexorable.

La edad es, por tanto, una característica intrínseca a la persona, siendo además uno de los primeros aspectos que notamos al comunicarnos con otros -junto con su sexo y su raza-³, de ahí que resulte también uno de los principales factores determinantes de actitudes discriminatorias y de la exclusión socio-laboral de un gran número de personas.

En concreto, conforme a la OMS, el edadismo se compone de tres aspectos cruciales que determinan su surgimiento: estereotipos, prejuicios y discriminación⁴. Los estereotipos constituyen estructuras cognitivas en las que almacenamos creencias y expectativas en relación a una concreta característica (v.gr. edad), generalizándolas en nuestras interacciones sociales (v.gr. las personas mayores son frágiles y amables, mientras que las personas jóvenes son descuidadas e inmaduras). Estos estereotipos pueden contribuir a generar prejuicios, entendidos como aquellas reacciones emocionales que una persona provoca sobre la base de su pertenencia a un grupo social (v.gr. resulta frecuente que asociemos a las personas mayores un sentimiento de pena o ternura). Finalmente, el conjunto de estereotipos (pensamientos) y prejuicios (emociones) pueden determinar el surgimiento de la discriminación por razón de edad o edadismo (comportamiento), mediante acciones, prácticas o políticas que perjudiquen a una persona con motivo de este rasgo biológico.

Por supuesto, el edadismo puede darse en múltiples ámbitos de la vida de una persona, pero quizás sus repercusiones son especialmente nocivas en el mercado de trabajo, por comprometer en muchas ocasiones la subsistencia o el medio de vida de la persona discriminada.

Así, cuando una persona joven no es contratada para un puesto de trabajo de responsabilidad por razón de su edad, independientemente de su formación o experiencia, o cuando a una persona de 60 o más años se la presume incapaz para desarrollar ciertas funciones laborales y se impide que pueda continuar trabajando, se incurre en una conducta discriminatoria por razón de la edad y, posiblemente, atentatoria contra una miríada de derechos consagrados jurídicamente tanto a nivel nacional como internacional.

Pudiera pensarse que este tipo de conductas resultan fácilmente identificables y reciben siempre un claro rechazo moral y jurídico, pero lo cierto es que, en ocasiones, esta tarea no resulta tan sencilla. En primer lugar, debido a que el edadismo no siempre se manifiesta de forma consciente, sino que puede derivar de estereotipos y prejuicios arraigados en la sociedad y asumidos inconscientemente por una persona, dificultando su identificación⁵. En segundo lugar, porque incluso aunque se logre determinar que una conducta es edadista, múltiples intereses de diversa índole -económicos, de política de empleo...- llevan a menudo a justificar este proceder de forma ciertamente cuestionable, dando lugar a una auténtica institucionalización de la discriminación por razón de edad plasmada en el ordenamiento jurídico español y en las decisiones de nuestros órganos jurisdiccionales.

En consecuencia, en este trabajo se expondrá el marco jurídico nacional e internacional por el que se veda la discriminación por razón de edad en el mercado de trabajo español, para, a continuación, llevar a cabo un análisis de aquellas conductas e institutos jurídicos que, pese a dicho marco normativo, restringen en España la inclusión socio-laboral de las personas por razón

³ *Idem.*

⁴ *Ibid.*, pp. 3-5.

⁵ *Ibid.*, pp. 8-9.

de su edad tanto en su permanencia en el mercado de trabajo, lo cual cuenta con indudables repercusiones para nuestro sistema de Seguridad Social. Se pretende, por tanto, exponer la incidencia tanto explícita como implícita que tiene el edadismo en nuestro ordenamiento jurídico-laboral y en nuestro mercado de trabajo.

No obstante, aunque el edadismo puede dirigirse por igual contra las personas jóvenes y contra las personas mayores⁶, el presente estudio se centrará en la incidencia de este tipo de discriminación exclusivamente en el último colectivo mencionado, debido, de una parte, a los interrogantes jurídicos especialmente interesantes que ofrece en este contexto, y de otra, al gran incremento cuantitativo que la población de mayor edad está llamada a experimentar en nuestro país como consecuencia del acusado aumento de la esperanza de vida en España, el cual, junto con una reducida natalidad, se encuentra redefiniendo la tradicional estructura de nuestra pirámide poblacional.

2. El edadismo y su tratamiento jurídico en el contexto laboral: Breve reseña normativa

El rechazo jurídico de la discriminación por razón de edad en el ámbito laboral encuentra su principal sustrato argumentativo en el omnímodo derecho a la igualdad reconocido a toda persona, como derecho humano de primera generación presente en el marco constitucional de la mayor parte de países del mundo. Sin embargo, en el contexto del mercado de trabajo, también pueden alegarse derechos de segunda generación ampliamente reconocidos a nivel internacional como un poderoso argumento en contra de estas conductas discriminatorias, tales como el derecho al trabajo o, incluso, el derecho a una protección social suficiente.

Así, la relevancia de los derechos con los que colisiona el edadismo propicia que resulte posible enunciar una gran cantidad de textos normativos que, a nivel internacional, europeo y nacional, prohíben -ya sea de forma expresa o tácita- cualquier conducta discriminatoria que tenga como fundamento este rasgo biológico.

2.1. Ámbito internacional

En primer lugar, debe advertirse que la tríada de textos normativos que componen la Carta Internacional de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) -esto es, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también de 1966 (PDESC)- no contiene la edad como parámetro discriminatorio expresamente mencionado⁷. En concreto, los derechos contenidos en estos textos son reconocidos a toda persona, sin distinción alguna por razón de “*raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*” (art. 2 DUDH, art. 2.1 PDCP y art. 2.2 PDESC).

Sin embargo, el edadismo queda claramente proscrito, aunque de forma indirecta, al reconocerse los derechos mencionados en estas declaraciones -derecho al trabajo (art. 23 DUDH y arts. 6 PDESC), derecho a la seguridad social (art. 22 DUDH y art. 9 PDESC) o derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25 DUDH y art. 11 PDESC)- sin distinción de “*cualquier otra condición*”.

⁶ De hecho, la tasa de desempleo de los jóvenes de menos de 25 años ascendió, en el primer trimestre de 2024, al 27,70%, frente al 11,14% del conjunto de la población española de 25 o más años en el mismo periodo, según datos de la última Encuesta de Población Activa (EPA). Instituto Nacional de Estadística (INE): *Tasas de paro por distintos grupos de edad, sexo y comunidad autónoma*, disponible en https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=65334#_tabs-tabla [último acceso el 16 de mayo de 2024].

⁷ Se muestra crítico con ello MUROS POLO, A.: “La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 26, 2021, p. 102.

Con todo, resulta llamativa la ausencia de mención expresa a la discriminación por edad en estos instrumentos normativos⁸, lo que podría llevar a pensar que la misma pasó desapercibida por la ONU en la elaboración de los mismos. Esta preocupación ha llevado, de hecho, a la constitución, en el año 2011 y en el marco de la Asamblea General de este organismo, del *Open-Ended Working Group on Ageing* (OEWGA), el cual tiene como propósito identificar las posibles lagunas o mejoras que pudieran realizarse en el marco normativo internacional de los derechos humanos en relación con las personas mayores⁹.

Por su parte, tampoco resulta posible encontrar una mención expresa a la edad como factor de discriminación en el Convenio nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1958¹⁰, que tan solo considera como discriminatoria cualquier “*distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social*” (art. 1.1.a)), si bien permite a los Estados miembros determinar otros parámetros a tener en cuenta a estos efectos, al establecer también como discriminatoria “*cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados*” (art.1.1.b).

Consciente de no haber introducido la edad en la lista de factores de discriminación del mencionado Convenio, la OIT adoptó en el año 1980 la Recomendación sobre los trabajadores de edad, clarificando en su punto tercero que “*En el marco de una política nacional destinada a promover la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores, sea cual fuere su edad, y en el marco de su legislación y práctica relativas a tal política, todo Miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación*”.

En suma, ni la ONU ni la OIT han reflejado expresamente la interdicción de la discriminación por edad en su producción normativa, aunque sí han desarrollado un posterior interés por esta problemática que podría traducirse en una integración de estas lagunas en un futuro.

2.2. Ámbito europeo

En línea con lo señalado en relación al marco internacional, en el ámbito del Consejo de Europa tampoco encontramos una mención expresa a la edad como motivo de discriminación. Así, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni la Carta Social Europea revisada (CSEr) hacen mención alguna a esta característica como factor discriminatorio, aunque incorporan cláusulas abiertas –“cualquier otra situación”, “cualquier otra circunstancia” ...- por las que debemos entender el edadismo como proscrito.

En concreto, el artículo 14 CEDH prohíbe la discriminación “*especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”, sin mención alguna a la edad. Por su parte, el artículo E (Parte V) CSEr reconoce los derechos de la Carta “*sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las*

⁸ Tampoco se incluye mención alguna, por ejemplo, a la orientación o a la identidad sexual.

⁹ En la 14ª sesión del OEWGA, a celebrar en la sede de la ONU en Nueva York los días 20 y 24 de mayo de 2024, los Estados e instituciones que integran este grupo de trabajo propusieron un borrador cero de iniciativas que debieran llevarse a cabo en el marco internacional para cubrir estas lagunas. Esta información se encuentra en la página web del OEWGA, accesible desde <https://social.un.org/ageing-working-group/fourteenthsession.shtml>.

¹⁰ Este convenio fue ratificado por España en 1968, diez años después de su adopción por la Conferencia General de la OIT.

opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra circunstancia”, obviando también una mención expresa a la edad, aunque reconociendo innovadoramente respecto a los textos mencionados con anterioridad el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social en su artículo 23¹¹, instando a los Estados miembros a adoptar medidas para garantizar que las personas que integran este colectivo sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible.

No encontramos, por tanto, mención al edadismo hasta que nos adentramos en el ámbito de la Unión Europea. De forma innovadora, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del año 2000 prohíbe de forma expresa la discriminación por razón de edad¹², y su artículo 25 reconoce, de forma análoga al artículo 23 CEDH ya mencionado, “*el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural*”¹³.

La línea marcada por el Derecho originario de la Unión es seguida por su Derecho derivado, en el que cabe destacar la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por la que la edad se consagra de forma clara y expresa como un elemento que no debe constituir fundamento de discriminación alguna. Ahora bien, esta norma introduce en su artículo 6.1 un importante matiz a esta prohibición general del edadismo que ha dado lugar a las más controvertidas previsiones normativas y decisiones judiciales: se establece que el trato diferenciado por razón de la edad no constituirá discriminación si se encuentra justificado “*objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*”. Se introducen, entonces, como límite al derecho a la igualdad de los trabajadores de mayor -o de menor- edad, un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados de elevada subjetividad, lo que ha resultado en una transposición de estas reglas no del todo satisfactoria en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, así como en una interpretación, en ocasiones, poco garantista y teleológica por parte de los órganos jurisdiccionales de la normativa diseñada para combatir la discriminación por razón de edad¹⁴.

2.3. Ámbito nacional

La prohibición de la discriminación por razón de edad encuentra su primer y principal fundamento normativo en el ordenamiento jurídico español en el artículo 14 de la Constitución española (en adelante, CE), aunque, nuevamente, este precepto no recoge alusión alguna a la edad como parámetro discriminatorio, sino que la misma debe entenderse subsumida en la mención a “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”¹⁵. El mencionado precepto que

¹¹ Este derecho ha sido incorporado con la revisión de la Carta Social Europea en 1996, no previéndose en su versión original de 1961.

¹² Art. 21 CDFUE: “*Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*”.

¹³ Tal y como afirma, FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: *Igualdad de trato integral para el empleo: coordinadas normativas, jurisprudenciales y de política sociolaboral*, Murcia, Laborum, 2024, p.79, “*Está cobrando cada vez más relieve la doctrina del TJUE, que parte de que el derecho a la no discriminación por edad ha alcanzado un rango muy importante en la CEDE, de modo que, la fuerte conexión entre edad y pobreza exige revisar las políticas públicas y abordar los principales problemas en el campo de la Seguridad Social y de la Asistencia Social*”.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA B.M.: “*Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales*”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 27, 2022, pp. 50 y 51.

¹⁵ Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional: “*Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, este Tribunal la ha considerado una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización por el legislador como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto*” (STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3º).

consagra la igualdad formal ante la ley, es complementado por el artículo 9.2 CE, que impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sea real y efectiva, consagrándose, por tanto, un derecho a la igualdad material en la aplicación del ordenamiento jurídico que resulta coherente, de otro lado, con la proclamación de la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1. CE).

Sin embargo, el derecho a la igualdad no resulta absoluto, sino que puede excepcionarse bajo determinadas circunstancias especiales conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, especialmente en lo que respecta a las medidas de acción positiva, entendidas como “*medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación*” (STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2º) entre un colectivo mayoritario dominante y un colectivo socialmente desfavorecido. Encuentra por tanto un encuadre constitucional la denominada discriminación inversa, generando un “derecho desigual igualatorio” que ampara tratamientos desiguales ante situaciones sustancialmente idénticas debido a la finalidad constitucionalmente legítima perseguida, no quedando esta conducta proscrita por el artículo 14 CE, que tan solo prohíbe discriminaciones arbitrarias (STC 40/2011, de 31 de marzo, FJ 7º).

Así, una diferencia de trato se encontrará justificada como medida de acción positiva si pretende corregir desigualdades estructurales o históricas sufridas por una minoría social frente a la mayoría, siempre y cuando la medida cumpla con los cuatro requisitos del juicio de ponderación (también llamado juicio de proporcionalidad¹⁶) que tan frecuentemente realiza nuestro Tribunal Constitucional, esto es, el fin constitucionalmente legítimo, la adecuación o idoneidad -capacidad de la medida para alcanzar el objetivo perseguido-, la necesidad -no existencia de una medida menos disruptiva que permita alcanzar el mencionado fin- y la proporcionalidad -los beneficios derivados de la medida deben ser superiores a los perjuicios ocasionados con ella-¹⁷.

Aunque esta construcción argumental fue alumbrada por nuestro Tribunal Constitucional fundamentalmente para justificar diferencias de trato entre hombres y mujeres, lo cierto es que puede el lector encontrar similitudes entre la mencionada doctrina constitucional española y la previsión del artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE antes indicada, pues, en definitiva, decir que una diferencia de trato por razón de edad puede quedar justificada atendiendo a su finalidad legítima, su adecuación y su necesidad, no es más que justificar un trato diferenciado como medida de acción positiva para favorecer a una minoría (*v.gr.* permitir la expulsión del mercado de trabajo de trabajadores maduros para facilitar el acceso al empleo del colectivo de personas jóvenes), tomando como referencia tres de los cuatro elementos característicos del juicio de ponderación al que se ha aludido. Sin embargo, la aplicación de este razonamiento implica entrar en un peligroso juego de conceptos jurídicos que deben aplicarse de forma exquisitamente precisa, bajo el riesgo de terminar intercambiando una discriminación por otra.

Una vez enunciado el derecho constitucional a la igualdad como principal obstáculo a la discriminación por razón de edad, resulta conveniente señalar, al menos, tres derechos

¹⁶ CHANO REGAÑA, L.: “Ponderación (Tribunal Constitucional español)”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 23, 2022, pp. 244-246.

¹⁷ Aunque el Tribunal Constitucional no enuncia de forma expresa estos requisitos en su doctrina relativa a las medidas de acción positiva, parece seguir en su estructura argumentativa la lógica de este juicio de ponderación (por todas, *vid.* STC 13/2009, de 13 de febrero, FJ 11º). Esclarecedora resulta también su STC 63/2011, de 16 de mayo, por la que se afirma que “*En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida*” (FJ 3º).

constitucionales más que pueden justificar la interdicción del edadismo, aunque ya desde la óptica concreta del mercado de trabajo.

El primero de estos es el derecho al trabajo, consagrado en su vertiente individual en el artículo 35.1 CE y en su vertiente colectiva en el artículo 40.1 CE. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este derecho no se agota en la libertad de trabajar, sino que comprende, en su aspecto individual, el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo -si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación-, así como la continuidad o estabilidad en el empleo -es decir, el derecho a no ser despedido si no existe una justa causa- (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8º). En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica, además, un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues considera el Alto Tribunal, con toda lógica, que en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población conllevaría la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma (*id.*). En consecuencia, la limitación del acceso al empleo sufrida por una persona por razón de su edad o la expulsión de la misma del mercado de trabajo por idéntico motivo podrían suponer un comportamiento atentatorio del derecho al trabajo constitucionalmente reconocido a esta.

El segundo derecho que cabe destacar es el relativo a la percepción de prestaciones suficientes y adecuadas del sistema de Seguridad Social por parte de las personas de la tercera edad, el cual se deriva de una interpretación sistemática de los artículos 41 y 50 CE. Pudiera parecer que estas previsiones constitucionales no guardan relación alguna con el edadismo, pero debe pensarse que la expulsión del mercado de trabajo de las personas trabajadoras maduras empuja la cotización de este colectivo, especialmente teniendo en cuenta el elevado desempleo existente entre este grupo poblacional y sus dificultades de reinserción en el mercado laboral, lo que cuenta con una indudable repercusión en la cuantía de las pensiones de jubilación a las que estas personas tendrán derecho en el futuro.

Asimismo, el último derecho o principio constitucional que cabría esgrimir frente al edadismo en el mercado de trabajo es el relativo al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 10.1 CE. No cabe duda de que limitar la vida laboral de una persona tomando como motivo exclusivo su edad puede tener un importante impacto en la vida socio-económica de la misma, limitando su libre desarrollo y conculcando por tanto este principio constitucional.

En suma, conforme a nuestro marco constitucional, cualquier trato diferencial por razón de edad que desee dispensarse deberá superar un juicio de ponderación en el que se examine de forma pausada la finalidad, adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida, debiendo tenerse en cuenta en relación a este último requisito de proporcionalidad que los beneficios obtenidos a través de dicho trato diferencial deben confrontarse con la posibilidad de poner en entredicho hasta cuatro derechos constitucionalmente reconocidos: el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo, el derecho de las personas de la tercera edad a prestaciones de la Seguridad Social suficientes y adecuadas, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, si nos adentramos en el estudio de las normas españolas de rango legal que establecen un veto al edadismo, resultan destacables tres cuerpos normativos. El primero de ellos es el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), cuyo artículo 4.2.c) establece el derecho de las personas trabajadoras a no ser discriminadas directa o indirectamente en el acceso al empleo, o una vez empleados, por razones de edad¹⁸, imponiendo su artículo

¹⁸ Concretamente, el artículo 4.2.c) establece el derecho a no ser discriminado por razón de edad “dentro de los límites marcados por esta ley”, lo que parece guardar conexión con el establecimiento de una edad mínima de acceso al trabajo -16 años (art. 6.1 ET)- y con la imposición de la extinción automática del contrato de trabajo por jubilación de la persona trabajadora (art. 49.1.f) ET).

17.1 la nulidad de todos aquellos preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales o decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de edad. Del mismo modo, es obligada la referencia a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la cual también prohíbe de forma expresa aquellas conductas discriminatorias que tengan como fundamento la edad de una persona (art. 2.1), aunque exceptuando aquellas que atiendan a un fin legítimo y sean “razonables y objetivas” (art. 2.2), lo que supone una cuasicristalización de la doctrina del Tribunal Constitucional antes referida en una norma de rango legal.

Por último, las anteriores previsiones son complementadas mediante 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 (en lo sucesivo, LISOS), por el que se consideran como infracciones muy graves:

- Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas por razón de edad (art. 8.12 LISOS).
- Las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación directa o indirecta desfavorable por razón de edad (art. 10 bis.2.d) LISOS).
- Solicitar datos de carácter personal en cualquier proceso de intermediación, colocación o selección, o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de edad (art. 16.1.c) LISOS¹⁹).

Puede concluirse, por tanto, que en España existe un garantista marco normativo que condena el edadismo y que configura una obligación de neutralidad de trato por razón de edad, siendo la misma el punto de anclaje sobre el que debe pivotar cualquier reflexión jurídica que se realice con ocasión de institutos normativos o conductas que instauren diferencias de trato con motivo de este rasgo biológico.

3. La institucionalización de la expulsión del mercado de trabajo por razón de edad

La edad, a diferencia de muchos otros factores biológicos, no resulta innata, sino que constituye una característica dinámica que es adquirida con el tiempo. De ahí que el colectivo de personas mayores, como grupo objeto de una especial protección socio-laboral, se encuentre siempre en continuo cambio: a medida que las personas jóvenes envejezcan, se irán incorporando a este colectivo. Por tanto, es posible que una persona no haya sufrido discriminación por razón de edad en el acceso a su empleo por haber sido empleado a una edad joven, pero ello no obsta a que dicho individuo sea objeto de edadismo en su entorno laboral a medida que adquiera una cierta edad.

Así, con carácter general, el legislador español considera que una persona de cierta edad no resulta apta -o, por lo menos, no tan apta como una persona joven-, para el desempeño de un puesto de trabajo, bien sea por la pérdida de facultades físico-cognitivas (asociando estereotípicamente vejez e incapacidad) o por la imposición paternalista de una obligación de descanso durante la tercera edad, al margen de la voluntad de la persona. Prueba de ello

¹⁹ El legislador cometió un error en la modificación de este apartado, estableciendo redacciones distintas para el mismo en normas que han sido publicadas y han entrado en vigor en la misma fecha, motivo por el que el BOE refleja las dos redacciones alternativas de esta letra.

la encontramos en la consideración de la jubilación de la persona trabajadora como una circunstancia que, de forma automática, extingue el contrato de trabajo (art. 49.1.f) ET), lo que se encuentra íntimamente vinculado con la tradicional incompatibilidad entre pensión y trabajo -la cual contrasta con otros países de nuestro entorno²⁰, habiendo sido flexibilizada tan solo en cierta medida en los últimos años-.

Esta visión no solo puede resultar discriminatoria para las personas de mayor edad, sino que, además, se muestra ineficiente en el actual contexto de envejecimiento poblacional en el que vivimos, y es altamente contradictoria con el fomento de la jubilación activa que las recientes reformas legislativas han desplegado para dotar de una mayor sostenibilidad a nuestro sistema público de pensiones²¹. Si la prolongación de la vida laboral de la persona constituye un objetivo de política pública, la expulsión de los trabajadores maduros del mercado de trabajo debería ser censurada por nuestros órganos jurisdiccionales y desprovista de todo apoyo normativo.

Sin embargo, son numerosos los ejemplos que pueden enunciarse en los que esta máxima no se cumple²², tal y como se expondrá a continuación.

3.1. El edadismo en el contexto de los despidos colectivos y su repercusión en el sistema de Seguridad Social: ¿la edad como criterio válido de selección?

De forma ciertamente sorprendente, la utilización de la edad como criterio de selección de las personas que serán objeto de un despido colectivo *ex* artículo 51 ET ha sido validada por nuestro Tribunal Constitucional, dada la mayor protección social que es brindada a los mayores de 55 años. En concreto, la STC 66/2015, de 13 de abril, estima que “*la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral*” (FJ 6º) -en concreto, alude a la referida sentencia a la obligación impuesta a aquellas empresas que no se encuentren en situación de concurso de suscribir un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social en relación con las personas trabajadoras de 55 o más años que sean objeto de un despido colectivo (art. 51.9 ET)-.

No obstante, resulta necesario ser críticos con esta argumentación, ya que la misma difícilmente ampara la expulsión del mercado de trabajo de las personas de mayor edad, y ello por dos motivos²³. El primero reside en la interpretación teleológica de la norma, pues resulta claro que, si en nuestro ordenamiento jurídico-laboral se han introducido medidas de protección

²⁰ Desde el 1 de enero de 2023, en Alemania los ingresos del trabajo son completamente compatibles con la pensión de jubilación; Deutsche Rentenversicherung: *Die richtige Altersrente für Sie*, núm. 7, 2023, p.6., disponible en https://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/national/die_richtige_altersrente_fuer_sie.html. Del mismo modo, Francia cuenta con una regulación de la compatibilidad entre pensión y trabajo más ventajosa que la española; ESTEBAN LEGARRETA, R. y DESBARATS, I.: “Grandes tendencias legislativas en materia de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en Francia y en España ¿Una muestra de adaptación al envejecimiento?”, *Documentación Laboral*, vol. 4, núm. 112, 2017, pp.23-25.

²¹ En este sentido, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones ha endurecido el sistema de penalizaciones por acceso a la jubilación voluntaria (arts. 207 y 208 LGSS), estableciendo además mayores incentivos por cada año de demora del acceso a la jubilación respecto de la edad ordinaria (art. 210.2 LGSS).

²² Muy crítica se muestra al respecto también LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm.1, 2018, pp.78 y 79.

²³ Igual de criticables resultan tanto la STS de 12 de septiembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:4627) como la reciente STS 62/2023, de 24 de enero (rec. 2785/2021), por las que se considera justificado el abono de una menor indemnización en el contexto de un despido colectivo a los mayores de 57 años y a las personas de 60 o más años, respectivamente, al considerar que “*a los trabajadores de menor edad les resta un recorrido profesional y vital más incierto, están todavía alejados de la pensión jubilación, y resulta objetivamente más difícil que las prestaciones de seguridad social que puedan percibir en el futuro alcancen hasta el momento de acceder a esa pensión*” (FJ 4º STS 62/2023).

de las personas mayores de 55 años, ello ha sido para paliar los perjuicios que se derivan de su más frecuente expulsión del mercado laboral, y no para, precisamente, justificar dicha expulsión (esto resulta un sinsentido).

El segundo descansa en el juicio de ponderación que, en su mayor medida, omite el tribunal en la precitada resolución, pues se limita a afirmar que la medida resulta “adecuada y proporcionada”, sin detenerse a realizar un análisis pormenorizado y conceptualmente dividido en los cuatro elementos integrantes del referido juicio de ponderación: finalidad legítima, adecuación, necesidad y proporcionalidad. En este sentido, cabría preguntarse, si se afirma que dicho criterio de selección resulta adecuado y necesario, en relación a qué fin constitucionalmente legítimo se predicen estas cualidades. Parece desprenderse de la mencionada resolución que se toma como fin el evitar a las personas más jóvenes los perjuicios derivados del paso a la situación de desempleo, pero aun considerando el mismo como legítimo, difícilmente cabría afirmar que la medida resulta proporcionada: ¿acaso los perjuicios sufridos por una persona mayor de 55 años en situación de desempleo son menores a los soportados por una persona más joven?

Es cierto que las personas mayores de esta edad pueden acogerse al referido convenio especial, pero ello tan solo permite mantener la carrera de cotización de la persona, que se verá privada de su salario, y, por tanto, de su medio de vida. A mayor abundamiento, el pago de las cotizaciones vinculadas a dicho convenio especial dejará de ser de cargo del empresario en el momento en el que la persona trabajadora cumpla la edad de 63 años -61 años en caso de despido por causas económicas- (art. 20.3 Orden TAS/2865/2003²⁴), debiendo ésta a partir de entonces afrontar dicho pago en solitario -salvo que encuentre otro empleo-.

Además, las posibilidades de reinserción laboral de este colectivo resultan muy inferiores (como demuestra su mayor tasa de paro), frente a las mayores probabilidades de encontrar un empleo que tendría una persona más joven. Finalmente, a la lista de perjuicios ocasionados por la aceptación de la edad como un criterio de selección válido, debe añadirse -desde el plano jurídico- la afectación del derecho a la igualdad (art. 14 CE), al trabajo (art. 35 CE) y a construir una carrera de cotización por parte de las personas afectadas que les permita disfrutar de una pensión adecuada y suficiente durante la tercera edad (arts. 41 y 50 CE). Por tanto, no resulta en absoluto claro que los perjuicios derivados de tomar la mayor edad como criterio de selección en caso de despido colectivo resulten inferiores a los beneficios logrados con esta medida, sino que más bien podría argumentarse lo contrario.

Cabe mencionar, por otro lado, el “efecto llamada” que presenta la validación de este criterio seleccionador, pues permite que todas las empresas que así lo deseen puedan rejuvenecer sus plantillas a fin de ahorrarse los mayores costes laborales asociados a los trabajadores senior y derivados de su mayor antigüedad y experiencia. Nos referimos con esto a las conocidas prejubilaciones²⁵, entendidas como aquella práctica empresarial por medio de la cual, tomando como base motivos de ahorro económico, se procede al despido -normalmente- colectivo de trabajadores de mayor edad de la plantilla a cambio de garantizarles tanto el mantenimiento de su cotización a la Seguridad Social como un porcentaje de su salario (v.gr. el 60 o el 70%).

²⁴ Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social.

²⁵ Estas no deben ser confundidas con la jubilación anticipada, la cual constituye una modalidad de acceso a la pensión contributiva de jubilación prevista en nuestro Derecho de la Seguridad Social por la que, de cumplirse ciertos requisitos establecidos legalmente, puede causarse dicha prestación aun no habiendo cumplido el beneficiario la edad ordinaria de jubilación, aunque sufriendo una penalización por ello (arts. 207 a 208 LGSS). Debe tenerse en cuenta, en consecuencia, que la “jubilación anticipada” prevista en los arts. 206 y 206 bis LGSS realmente no es tal, pues estos no constituyen supuestos de anticipación de la edad ordinaria, sino el establecimiento de una nueva edad ordinaria más reducida en atención a las circunstancias de la persona, sin sufrir menoscabo alguno en la cuantía de la pensión por ello. En idéntico sentido *vid.* MALDONADO MOLINA, N.: “Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 467, 2022, pp. 174 y 175.

Dichas prejubilaciones, lejos de ser vistas como una práctica discriminatoria por razón de edad, constituyen un recurso común en algunas grandes empresas que, además, hasta hace poco era empleado a costa de las arcas de nuestro sistema de Seguridad Social: en primer lugar, porque los efectos del convenio especial suscrito tan solo comienzan cuando se extingue el derecho al cobro de la prestación por desempleo (DA 13ª.1 LGSS²⁶), periodo que puede abarcar hasta dos años durante los cuales será el Servicio Estatal Público de Empleo (SEPE) quien asuma el importe de la cotización patronal; y en segundo lugar, porque de las cotizaciones a abonar por la empresa una vez iniciados los efectos del convenio especial pueden deducirse las que pudiera realizar el SEPE en caso de tener derecho la persona despedida a percibir el subsidio por desempleo (DA 13ª.2 LGSS).

No obstante, para mitigar el gasto público asociado a esta práctica empresarial, se introdujo desde el año 2012 la obligación por parte de las grandes empresas que cuenten con beneficios económicos y realicen despidos colectivos que afecten a personas de 50 o más años de realizar una aportación al Tesoro Público para contribuir al sostenimiento del mismo (art. 51.11 ET)²⁷. Empero, la introducción de esta previsión normativa supone, en definitiva, una aceptación institucional de esta práctica, pues acepta con resignación su existencia, limitándose tan solo a reducir sus efectos negativos para el erario público.

Puede afirmarse, en consecuencia, que en España se ha impuesto una suerte de institucionalización del edadismo que no ha sido frenada ni por el legislador ni por nuestros órganos jurisdiccionales²⁸, impidiendo por tanto los beneficios que podrían derivarse de la retención del talento senior en nuestro mercado laboral, de un lado, para la formación de las personas más jóvenes por parte de aquellos trabajadores con mayor experiencia, y de otro, para la deteriorada sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones ante el acusado incremento de la esperanza de vida y la próxima jubilación de las cohortes del *baby boom*.

3.2. La jubilación forzosa y su controvertida vigencia

3.2.1. El tratamiento jurídico-normativo de la jubilación forzosa en España: una historia de idas y venidas

La evolución normativa de la jubilación forzosa en España constituye una historia de constantes idas y venidas debido al carácter altamente controvertido de esta figura jurídica, motivado, posiblemente, porque su reconocimiento colisiona frontalmente con un principio nuclear de la jubilación: su voluntariedad²⁹.

²⁶ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

²⁷ Esta obligación -comúnmente llamada “cláusula Telefónica”- se encuentra desarrollada en la disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y en el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

²⁸ En este sentido, afirman DÍAZ-TENDERO, A. y FLORES GIMÉNEZ, F.: *El edadismo hacia las personas mayores en las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Fundación HelpAge International España, 2023, p.25, que “El Tribunal Constitucional no parece haber aplicado un canon muy estricto de constitucionalidad en la exigencia de justificación de las diferenciaciones basadas en la edad mayor, por lo que al hablar de esta puede decirse que, al menos por ahora, es una categoría sospechosa de discriminación, pero si la comparamos con la raza, el sexo o la religión, es claramente débil”.

²⁹ En idéntico sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa ...”, *op. cit.*, p. 66; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la jubilación forzosa”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 18, 2019, p.23; y MUROS POLO, A.: “La paradoja de la jubilación forzosa...”, *op. cit.*, p. 92.

No obstante, cabe preguntarse si el término “jubilación forzosa” resulta realmente adecuado, habida cuenta de que la misma sigue constituyendo un derecho subjetivo propio del individuo: si la persona “jubilada forzosamente” no solicita causar su pensión de jubilación -por desear continuar trabajando, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena en un sector de actividad distinto-, no puede entenderse que se haya jubilado. Del mismo modo, la posibilidad brindada por el convenio colectivo correspondiente de jubilar de forma forzosa a las personas trabajadoras no implica que el empresario tenga, necesariamente, que hacer uso de esta facultad -pues en general su aplicación no suele establecerse de forma imperativa en la negociación colectiva-. Por tanto, la “jubilación forzosa”, aunque ciertamente aboque a la persona trabajadora con gran probabilidad a la jubilación, es, en términos estrictos, voluntaria tanto para la persona trabajadora afectada como para el empresario, por lo que quizás resultaría más conveniente denominarla “extinción contractual por alcanzar una edad máxima”.

En cualquier caso, comenzando con un breve recorrido histórico-normativo, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores introdujo un límite máximo de edad a la capacidad de trabajar, que sería fijado por el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo -no pudiendo exceder de los 69 años, salvo que no se reuniese la carencia necesaria para el acceso a la jubilación-, permitiendo asimismo pactar libremente edades máximas mediante la negociación colectiva (DA 5ª). Sin embargo, la interpretación de esta previsión normativa como una presunción *iuris et de iure* de incapacidad para trabajar, que determinaba de forma directa e incondicionada la extinción del contrato de trabajo³⁰, fue declarada inconstitucional por la STC 22/1981, de 2 de julio, al considerarse discriminatoria por razón de edad, lo cual no obsta, según la referida resolución, a que la jubilación forzosa pueda ser empleada como política de empleo, siempre que se garantice que, con dicha limitación, se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro -por lo que en ningún caso podría esta suponer la amortización de puestos de trabajo-. Esta sentencia sentó una lógica crucial en el régimen de la jubilación forzosa: si el legislador deseaba articular la misma, esta debía garantizar su efectividad como política de empleo, pues solo así se vería justificada la limitación del derecho al trabajo y a la no discriminación constitucionalmente reconocidos (art. 15 y 35 CE), lo cual, a la postre, supone necesariamente que el puesto de trabajo afectado no sea eliminado, pues de lo contrario se estaría reduciendo la masa de empleo existente en nuestro país.

Siguiendo -aunque de forma algo tergiversada- esta lógica jurisprudencial, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores incorporó la precitada previsión normativa en su disposición adicional décima, aunque determinando su necesaria aplicación como instrumento de política de empleo. Sin embargo, en este precepto no se indicaban qué fines concretos de política de empleo debían de ser perseguidos con dicha medida ni cómo alcanzarlos, dando -peligrosamente- carta blanca a la potestad reglamentaria del poder ejecutivo o a la negociación colectiva para que concretasen cómo hacer efectiva esta obligación ciertamente indeterminada que imponía la norma y sin, desde luego, imponer el requisito de que el puesto de trabajo no sea amortizado.

Sin embargo, el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo (posteriormente convertido en la Ley 12/2001, de 9 de julio), derogó dicha disposición adicional, pasando la jubilación forzosa a encontrarse en una situación alega o de no regulación, silencio que fue interpretado por el Tribunal Supremo, no obstante, como una prohibición para los convenios colectivos de incorporar este tipo de cláusulas -si bien ello no afectaría a las cláusulas al respecto que se

³⁰ PERÁN QUESADA, S.: “El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 27, 2022, p.97.

encontrasen ya vigentes en la fecha de la derogación de la referida disposición adicional- (STS, 4º, de 9 de marzo de 2004, rec. 2319/2003).

Nuevamente, la Ley 14/2005, de 1 de julio, introdujo la disposición adicional décima en el Estatuto de los Trabajadores, aunque permitiendo la jubilación forzosa exclusivamente si se pacta por convenio colectivo, y vinculándola tanto a objetivos coherentes de política de empleo -que deberán ser expresados en el convenio-, como al cumplimiento de la carencia exigida para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva por parte de la persona trabajadora, incorporándose mediante la Ley 27/2011, de 1 de agosto, el requisito de que la carrera de cotización de la persona afectada le posibilite cobrar al menos el 80% de la base reguladora de la pensión.

Con todo, la Ley 3/2012, de 6 de julio, volvió a modificar la disposición adicional décima, imponiendo expresamente la nulidad y carencia de efectos de las cláusulas de los convenios colectivos en las que se prevea la jubilación forzosa con motivo del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación -prohibición que se mantuvo en el actual ET de 2015-. No fue hasta el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, cuando se introdujo nuevamente la posibilidad de pactar este tipo de cláusulas en el marco de la negociación colectiva, aunque exigiendo que la persona trabajadora afectada pudiese cobrar el 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva, requisito que se mantuvo con la última reforma que ha sido realizada de la precitada disposición adicional por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, la cual será objeto de comentario a continuación.

3.2.2. La jubilación forzosa tras la reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre: la agri dulce sensación de una modificación positiva en una institución que no debiera existir

Tal y como se ha mencionado, la Ley 21/2021 ha procedido a modificar la disposición adicional décima ET, manteniendo la posibilidad de introducir cláusulas de jubilación forzosa en el ámbito de la negociación colectiva, aunque introduciendo tres importantes novedades que mejoran con creces la regulación preexistente:

- *Se adopta la jubilación forzosa como un instrumento de prolongación de la vida laboral, al requerir que la persona afectada por la misma haya cumplido al menos los 68 años.*
- Ello resulta coherente, sin duda, con las últimas reformas incorporadas en nuestro sistema público de pensiones a fin de dotarlo de una mayor sostenibilidad financiera: al exigir que la persona trabajadora haya alcanzado los 68 años para quedar afectada por este tipo de cláusulas, se fomenta la demora de la jubilación un año más allá de la edad ordinaria (establecida en 67 años para el año 2027, si no se cuenta con 38 años y 6 meses cotizados).

Esta novedad, unida a la previsión -mantenida en esta reforma- de que la persona trabajadora reúna los requisitos necesarios para tener derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva -para lo cual se exige acreditar una prolongada carrera de cotización-, garantiza que la expulsión de estas personas trabajadoras del mercado de trabajo no perjudique a las arcas de la Seguridad Social, a la vez que impide que los objetivos de empleo que inspiran la jubilación forzosa priven a estas personas de la posibilidad de causar una pensión digna (aunque, con todo, sí que impide a las mismas continuar acumulando más allá de los 68 años los beneficios establecidos en recompensa por la demora en la jubilación -art. 210.2 LGSS-, lo que resulta altamente criticable).

- *La medida debe vincularse, como objetivo de política de empleo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una nueva persona trabajadora.*
- Se introduce, por tanto, un único y concreto objetivo de política de empleo capaz de justificar la incorporación en la negociación colectiva de una cláusula de jubilación forzosa: el “relevo generacional”. No obstante, qué debe entenderse por esta expresión resulta realmente incierto. Posiblemente se refiera el legislador, con toda lógica, al rejuvenecimiento de las plantillas y, por tanto, a la sustitución de los trabajadores de mayor edad por personas jóvenes, a fin de reducir la elevada tasa de desempleo juvenil existente en nuestro país.

Sin embargo, no parece reflejarse esta finalidad en el nuevo requisito incorporado por la Ley 21/2021 a la disposición adicional décima ET para que el empresario pueda recurrir a la jubilación forzosa: se exige que sea contratado, a cambio del cese de la persona trabajadora afectada por la misma, un nuevo trabajador o trabajadora de modo indefinido y a tiempo completo. No se requiere, por tanto, que este nuevo empleado tenga que ser joven o contar con una edad inferior a cierto límite, lo que pone en duda este objetivo de “relevo generacional” -ni siquiera se exige que tenga que ser una persona desempleada, lo que incluso podría poner en duda, de forma más general, el objetivo de “política de empleo”-.

Con todo, la adición de esta exigencia constituye una novedad a aplaudir, puesto que supone la cristalización normativa de la lógica establecida por la citada STC 22/1981, de 2 de julio, al prevenir el legislador de forma expresa y efectiva la espuria utilización empresarial de la jubilación forzosa con el propósito de amortizar puestos de trabajo y reducir costes, y no solo eso, sino también garantizar que el puesto de trabajo que se mantenga sea necesariamente de calidad (empleo indefinido y a tiempo completo).

Resulta interesante destacar, asimismo, que el requisito de que se contrate a una “nueva” persona trabajadora parece que debe interpretarse de forma literal, no siendo posible la conversión de una persona trabajadora temporal y a tiempo completo o indefinida y a tiempo parcial para dar por cumplida esta exigencia, lo cual resulta exigente, aunque cuenta con cierta lógica, pues la finalidad de la medida es la creación de empleo, no su destrucción (por mucho que el mismo sea de poca calidad).

Se establece un régimen especial para el caso de que la jubilación forzosa sea empleada con perspectiva de género, a fin de incentivar la presencia de mujeres en aquellos sectores de actividad en los que la tasa de ocupación femenina sea inferior al 20% sobre el total de personas trabajadoras, en cuyo caso podrá reducirse la edad máxima establecida de los 68 años a la edad ordinaria de jubilación.

- Esta previsión constituye una significativa novedad, pues nunca antes la jubilación forzosa se había articulado en nuestro país desde tal perspectiva de género. No obstante, las concretas palabras empleadas (y no empleadas) por el legislador para articular esta novedosa reforma en el precepto plantean importantes dudas, especialmente referidas al requisito, análogo al del régimen general expuesto hasta ahora para el resto de sectores económicos que no cumplan tal condición de infrarrepresentación femenina, de que cada extinción contractual lleve aparejada simultáneamente “la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad”. De esta oración cabe llamar la atención sobre dos aspectos.

El primero es la sorprendente omisión de que la persona trabajadora cuyo contrato resulte extinguido sea un hombre, pues resulta evidente que, si una mujer es sustituida por otra mujer, difícilmente se lograría el objetivo de inclusión de género perseguido. Ello parece más un descuido que un silencio elocuente del legislador.

Por otro lado, no se exige, como en el régimen general antes referido, que esta contratación lo sea de una “nueva” trabajadora, por lo que cabría plantear si, en esta concreta modalidad de jubilación forzosa con motivo de inclusión de género, resultaría posible entender tal requisito cumplido con la conversión de una trabajadora con contrato de trabajo temporal o con una jornada parcial en una empleada indefinida y a tiempo completo (parece que sí, o por lo menos ello se desprende de una interpretación literal del precepto).

Del mismo modo, una parte de la doctrina ha llamado la atención acerca de otras dudas interpretativas, tales como cuál debiera ser la forma de computar el “20% de tasa de ocupación femenina” sobre el “total de personas trabajadoras” en el sector (parece que se aboga por la aplicación analógica del artículo 3 del RD 901/2020 relativo a los planes de igualdad)³¹ o qué debe entenderse por “edad ordinaria de jubilación” (si exclusivamente la edad contemplada en el artículo 205.1.a) LGSS -65 o 67 años según el periodo cotizado, a partir de 2027- o también la edad conforme a los coeficientes reductores por razón de actividad o de discapacidad que establecen los artículos 206 y 206 bis LGSS)³².

Puede afirmarse, entonces, que la reforma operada por la Ley 21/2021 ha mejorado el régimen existente relativo a la jubilación forzosa, aunque con algunas dudas hermenéuticas y omisiones que deberán ser resueltas por la doctrina judicial. En cualquier caso, esta mejora lo es de un instituto jurídico que, en nuestra opinión, no debería tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Como se ha observado, el régimen de la jubilación forzosa actual en España ha sufrido numerosos vaivenes que demuestran la falta de consenso en torno a la figura. En la actualidad, parece haberse impuesto su admisión por parte de la jurisprudencia constitucional y comunitaria³³ sobre la base de su utilización como medida de política de empleo: se toma la potenciación del relevo generacional como fin legítimo justificativo de esta figura jurídica. Sin embargo, aunque pueda reconocerse tal fin como legítimo, cabría preguntarse si esta medida supera realmente el juicio de ponderación, esto es, si es adecuada, necesaria y, sobre todo, proporcionada -en el mismo sentido antes expuesto en relación al empleo de la edad como criterio de selección en el marco de despidos colectivos-.

Es cierto que, tal y como se encuentra actualmente regulada, la jubilación forzosa en España queda vinculada necesariamente a la prolongación durante al menos un año de la vida laboral de la persona y a la contratación de una nueva persona trabajadora de forma indefinida y a tiempo completo. Sin embargo, esta medida genera importantes perjuicios que no quedan mitigados por el hecho de que la persona afectada pueda cobrar el 100% de la pensión de jubilación contributiva que le corresponda. En concreto, no debe olvidarse que obligar a una persona a jubilarse supone vulnerar su derecho a la igualdad (art. 14 CE), su derecho al trabajo (art. 35 CE), su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), priva a la persona de

³¹ GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Los vaivenes legislativos sobre la jubilación forzosa ¿un instrumento eficaz para la igualdad de género tras la última reforma?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 2, 2023, pp. 121 y 122.

³² MOLINA NAVARRETE, C.: *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, Madrid, La Ley, 2022, p. 265 y 266.

³³ Tal y como se declara en las SSTJUE de 16 de octubre de 2007, *Palacios de la Villa*, C-411/05, y de 12 de octubre de 2010, *Rosenbladt*, C-45/09.

disfrutar libremente de los beneficios actualmente asociados a la demora de la jubilación (art. 210.2 LGSS), no resulta del todo coherente con los incentivos a la prolongación de la vida laboral que han sido implementados por el legislador a fin de reforzar la sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones, y contribuye a la perpetuación de estereotipos y prejuicios relacionados con la edad, al permitir la expulsión del mercado de trabajo de las personas de 68 o más años sin tener en consideración las condiciones psicofísicas del concreto individuo afectado y abocando a estas personas a la inactividad de forma repentina (lo que puede llegar a tener una repercusión en la salud mental de la persona, ante el sentimiento de no ser útil para la sociedad).

No resulta en absoluto claro, entonces, que la figura de la jubilación forzosa no constituya una institucionalización del edadismo en el ordenamiento jurídico español, al privar al individuo de la personalísima capacidad de decidir sobre su retiro.

Cabría preguntarse entonces si, en el afán legislativo y judicial por fomentar la incorporación de la población joven al mercado laboral empleando la jubilación forzosa como medida de acción positiva, no se está, de hecho, intercambiando una discriminación por otra.

3.2.3. Breve referencia a la jubilación forzosa en el sector público

La jubilación forzosa constituye un instituto jurídico ampliamente arraigado en el ámbito del sector público. Aunque el personal laboral de las Administraciones públicas se rija principalmente por la legislación laboral (art. 7 EBEP) y, en consecuencia, por la actual redacción de la disposición adicional décima ET a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, los funcionarios públicos cuentan con un régimen bien distinto en relación a la jubilación forzosa.

Así, establece el artículo 67.3 EBEP que la jubilación forzosa de los funcionarios públicos se declarará de oficio al cumplir el funcionario los 65 años. Si ya con anterioridad se ha criticado la institución de la jubilación forzosa en el marco del ET pese al retraso de la edad para hacer uso de esta posibilidad a los 68 años (un año más, por tanto, de la edad ordinaria de jubilación, situada en 67 años salvo que se cuente con una prolongada carrera de cotización), con más motivo se debe criticar ahora, entonces, el EBEP y su consagración de la jubilación forzosa a los 65 años, cifra que no solo no fomenta la demora en la edad de jubilación, sino que puede incluso incentivar jubilaciones sorprendentemente tempranas, pues esta es la edad a la que normalmente una persona puede comenzar a acceder a la jubilación en España sin sufrir una reducción en la cuantía de la pensión por ello, y solo si cuenta con una larga carrera de cotización. Posiblemente esta regulación sea fruto del establecimiento en 60 años de la edad ordinaria de jubilación para los funcionarios públicos integrados en el régimen de Clases Pasivas del Estado -siempre que cuenten con 30 años de servicios efectivos- (art. 28.2.b) de la Ley de Clases Pasivas del Estado)³⁴.

Sin embargo, esta edad de jubilación forzosa -65 años- cuenta con múltiples excepciones. En primer lugar, la edad de jubilación forzosa para el personal funcionario integrado en el Régimen General de la Seguridad Social será la que prevea dicho régimen para el acceso a la pensión contributiva de jubilación (art. 67.4 EBEP). Por tanto, aquellas personas que hubieran accedido a la función pública a partir del 1 de enero de 2011 y se encuentren, por tanto, dadas de alta en este Régimen General, contarán con una edad de jubilación equivalente a la edad ordinaria de jubilación en el mismo (v.gr. 67 años desde 2027, si no se cuenta con 38 años y 6 meses cotizados).

Asimismo, como segunda excepción, el personal funcionario podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta el cumplimiento de los 70 años de edad, debiendo la Administración Pública resolver motivadamente sobre la aceptación o

³⁴ Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

denegación de esta prolongación (art. 67.3 EBEP). Por tanto, en caso de aceptarse tal petición, la edad de jubilación forzosa del funcionario pasará a ser la de 70 años, y no la de 65 años.

Por otro lado, el artículo 28.2.a) de la Ley de Clases Pasivas del Estado establece en su párrafo segundo otra excepción adicional, de modo que si a la persona funcionaria le restasen, en el momento de alcanzar la edad de jubilación forzosa, tan solo 3 años³⁵ de los 15 años de servicios efectivos al Estado requeridos para causar la pensión de jubilación conforme a la misma ley, podrá solicitar una prórroga en el servicio activo al órgano competente para acordar su jubilación que comprenderá exclusivamente el periodo temporal que le falte para cubrir dicha carencia y que se concederá siempre que el interesado pueda considerarse apto para el servicio (por lo que se exige una aptitud física y mental concreta que permita la correcta realización de sus funciones, requisito que, curiosamente, no es exigido para la concesión de la prolongación de la permanencia en el servicio activo³⁶).

Finalmente, impone el artículo 67.3 EBEP, en su último párrafo, una última excepción a esta regla general: “de lo dispuesto anteriormente quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación”. Dentro de esta excepción se desgajan, a su vez, una miríada de supuestos específicos. Así, la edad de jubilación forzosa se sitúa en 70 años para los Jueces y Magistrados (art. 386 LOPJ)³⁷, los miembros del Ministerio Fiscal (art. 139 del Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo), los miembros del Cuerpo de Notarios, Registradores de la Propiedad, Registradores Mercantiles y Registradores de Bienes Muebles (art. 1 de la Ley 29/1983, de 12 de diciembre) -en estos tres últimos casos puede incluso solicitarse una prolongación en el servicio activo hasta los 72 años de edad-, el personal del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia (art. 53 del Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre) y los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios (Ley 27/1994, de 29 de septiembre, de modificación de la edad de jubilación de los funcionarios de los cuerpos docentes universitarios).

Como puede observarse, el régimen de la jubilación forzosa en la función pública cuenta con una excesiva fragmentación, sin que posiblemente exista una singularidad material específica en todos estos supuestos que requiera un tratamiento diferenciado.

Es más, según se ha indicado con anterioridad, no creemos constitucional el establecimiento de un régimen de jubilación forzosa, pues ello conlleva una discriminación por razón de edad atentatoria contra múltiples derechos constitucionalmente protegidos que, en nuestra opinión, deberían primar sobre cualesquiera objetivos de política de empleo (especialmente si su eficacia no ha sido objetiva y cuantitativamente analizada o constatada). Puede reconocerse que, conforme se adquiere una mayor edad, las capacidades físicas y cognitivas de una persona pueden menguar, pero ello no debe llevar a establecer una presunción de incapacidad en términos abstractos, sin tomar en consideración las circunstancias particulares del individuo. Por tanto, contra quienes temen esta supuesta falta de capacidad para desempeñar el puesto de trabajo, puede proponerse como solución lo establecido en el mencionado artículo 28.2.a) de la Ley de Clases Pasivas del Estado, exigiéndose la consideración de apto para el servicio, lo cual podría constatarse, tomando como ejemplo la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2010, de 14 de abril, de Tránsito Aéreo, la realización de controles psicofísicos por los que se corrobore el

³⁵ 6 años para el caso del personal estatutario de los servicios públicos de salud (art. 26.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud).

³⁶ Aunque sí es requerido en el caso de la prolongación de la permanencia en servicio activo para el personal estatutario de los servicios públicos de salud (art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud).

³⁷ Aunque, una vez jubilados, deberán fallar todos los asuntos cuya vista o juicio hubiesen celebrado (art. 194.2.1º LEC), de modo que su descanso no será total hasta que hayan cumplido con esta responsabilidad.

mantenimiento de esta capacidad por la persona, con una periodicidad mayor o menor según las responsabilidades asumidas en el correspondiente puesto de trabajo.

No obstante, en tanto la institución de la jubilación forzosa continúe existiendo en nuestro ordenamiento jurídico, resultaría necesaria, sin duda, una mayor racionalización de la misma en el sector del empleo público, y más concretamente, en el ámbito funcionarial³⁸.

4. Conclusión: cuando el edadismo no se supera, sino que adquiere carta de naturaleza con aval legislativo y jurisprudencial

La edad constituye un rasgo biológico inherente a la persona que se encuentra en continuo cambio: todos hemos sido jóvenes en algún momento, y todos estamos llamados a envejecer a medida que transcurre el tiempo. No obstante, los estereotipos y prejuicios asociados a la edad generan en muchas ocasiones un trato discriminatorio hacia las personas mayores que resulta incluso más nocivo en caso de darse en el ámbito laboral.

Aunque actualmente contamos con un marco normativo internacional, europeo y español que censura la discriminación por razón de edad, lo cierto es que esta práctica sigue dándose en el mercado laboral español tanto en el acceso como en el mantenimiento del empleo. Estas conductas y actitudes se dan, en ocasiones, de forma encubierta, y en otras, con la completa anuencia del legislador y de la doctrina jurisprudencial -jubilación forzosa, edad como criterio de selección en despidos colectivos...- sobre la base de justificaciones que no suelen tomar en consideración la totalidad de perjuicios causados a la persona de mayor edad, lo cual genera una suerte de institucionalización del edadismo en nuestro país.

La incorporación y permanencia de las personas trabajadoras de 55 o más años en el mercado de trabajo habría de ser defendida sin limitación alguna más allá de la que pudiera derivarse de su propio retiro voluntario (con la única excepción de aquellas profesiones que requieran de una adecuada condición psicofísica para su desempeño en condiciones de seguridad propia y de terceros). Ello se afirma, no solo sobre la base de motivos jurídicos -que, sin duda, no faltan-, sino también en atención a argumentos económicos (en pro de la sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones y de la retención del talento senior como mano de obra experimentada y capaz de formar a las generaciones más jóvenes); morales e, incluso, de salud pública, pues el abrupto abandono del mercado laboral puede ocasionar una gran distorsión en la vida de las personas de mayor edad -que cada vez constituirán una proporción mayor de nuestra población ante el envejecimiento demográfico-, causando un deterioro de sus funciones cognitivas³⁹, un sentimiento de inutilidad y un mayor aislamiento social⁴⁰.

En suma, en una sociedad cada vez más avanzada en términos de igualdad de género, resultaría necesario también incorporar una mayor consciencia en relación a otro tipo de discriminaciones que no debieran pasar desapercibidas, sino que habrían de combatirse por

³⁸ Al respecto, *vid.* también MOLINA NAVARRETE, C.: *La nueva pensión de jubilación*, *op. cit.*, p. 246.

³⁹ La jubilación puede deteriorar significativamente la memoria verbal de la persona, tal y como se acredita en AA.VV.: "Effect of retirement on cognitive function: the Whitehall II cohort study", *European Journal of Epidemiology*, vol. 33, 2017, pp. 989-1001. En este sentido, véase también AA.VV.: "Older age at retirement is associated with decreased risk of dementia", *European Journal of Epidemiology*, vol. 29, 2014, pp. 353-361, en el que los autores sostienen que, por cada año de demora de la jubilación, se reduce el riesgo de sufrir demencia (lo que confirma el principio de neuroplasticidad "use it or lose it" -úsalo o piérdelo-, por el que se defiende que los circuitos neuronales que no son activamente empleados tienden a deteriorarse con el tiempo).

⁴⁰ National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine: *Social Isolation and Loneliness in Older Adults: Opportunities for the Health Care System*. Washington DC, The National Academies Press, 2020, <https://doi.org/10.17226/25663>.

medio de la atenta observación, identificación y comprensión de las dificultades de estos otros colectivos: el edadismo es una de ellas.

5. Bibliografía

- AA.VV.: “Effect of retirement on cognitive function: the Whitehall II cohort study”, *European Journal of Epidemiology*, vol. 33, 2017.
- AA.VV.: “Older age at retirement is associated with decreased risk of dementia”, *European Journal of Epidemiology*, vol. 29, 2014.
- CHANO REGAÑA, L.: “Ponderación (Tribunal Constitucional español)”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 23, 2022.
- DEUTSCHE RENTENVERSICHERUNG: *Die richtige Altersrente für Sie*, núm. 7, 2023, disponible en https://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/national/die_richtige_altersrente_fuer_sie.html.
- DÍAZ-TENDERO, A. y FLORES GIMÉNEZ, F.: *El edadismo hacia las personas mayores en las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Fundación HelpAge International España, 2023.
- ESTEBAN LEGARRETA, R. y DESBARATS I.: “Grandes tendencias legislativas en materia de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en Francia y en España ¿Una muestra de adaptación al envejecimiento?”, *Documentación Laboral*, vol. 4, núm. 112, 2017.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: *Igualdad de trato integral para el empleo: coordenadas normativas, jurisprudenciales y de política sociolaboral*, Murcia, Laborum, 2024.
- GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Los vaivenes legislativos sobre la jubilación forzosa_ ¿un instrumento eficaz para la igualdad de género tras la última reforma?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 11, núm. 2, 2023.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm.1, 2018.
- MALDONADO MOLINA, N.: “Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 467, 2022.
- MOLINA NAVARRETE, C.: *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, Madrid, La Ley, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA B.M.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 27, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la jubilación forzosa”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 18, 2019.
- MUROS POLO, A.: “La paradoja de la jubilación forzosa y el envejecimiento activo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 26, 2021.

NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE: *Social Isolation and Loneliness in Older Adults: Opportunities for the Health Care System*. Washington DC, The National Academies Press, 2020, <https://doi.org/10.17226/25663>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Global Report on Ageism*, 2021, disponible en <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/340208/9789240016866-eng.pdf?sequence=1>.

PERÁN QUESADA, S.: “El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 27, 2022.

RAMÍREZ BANDERA, C.: “La velada discriminación por razón de edad en el mercado de trabajo español: un reto no superado”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, núm. 3, 2024.

UN ACERCAMIENTO A LAS CLAVES PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SECTOR MARÍTIMO ESPAÑOL¹

SANDYS MENOYA ZAYAS

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Doctorando del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de Málaga. menoya@uma.es*

1. Introducción

El peso del sector marítimo-pesquero en la generación de riqueza y trabajo en la economía y la sociedad españolas es incuestionable. España ha sido y es una potencia marítimo-pesquera a nivel mundial, y particularmente en la actividad pesquera ocupa el liderazgo en el ámbito de la Unión Europea². Históricamente, la participación activa de las mujeres en las distintas

¹ El presente trabajo se enmarca en los proyectos de investigación Grupo PAIDI SEJ-347 “Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social” y PID2021-124031NB-C44 “Descarbonización y relaciones jurídicas de producción: políticas y acuerdos de transición justa en un contexto digital”, coordinados por el Instituto de Justicia, Cooperación y Servicios de Interés General (RELATIO) de la Universidad de Málaga, del cual el autor es miembro.

² En este sentido, el *Informe Anual de Indicadores: Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente 2016*, publicado en 2017 por el otrora Ministerio de Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente (MAPAMA), señala que el litoral español destaca no solo por su significación en términos geográficos, con una longitud de 7.879 kilómetros de costa, y demográficos (en las comunidades costeras habita el 58% de la población española, alrededor de 23 millones de personas), sino también por la concentración espacial de actividades económicas. Además, España dispone de más de un millón de kilómetros cuadrados de aguas marinas, más o menos el doble que la extensión terrestre del país; lo que sitúa a España como el segundo país de la Unión Europea (UE) en superficie marina, por detrás de Portugal. Asimismo, España constituye la primera potencia pesquera de la UE. Debido a la situación geoestratégica del país, los principales puertos españoles juegan un papel fundamental en el tráfico marítimo internacional; y, por añadidura, las

actividades relacionadas con el mar ha contribuido al desarrollo laboral, económico y social de los territorios costeros, así como al mantenimiento de sus tradiciones y oficios, garantizando así la diversidad y el patrimonio cultural de estas regiones. Sin embargo, un fuerte estereotipo se ha reproducido hasta nuestros días: en los pueblos pesqueros de siempre, los hombres eran quienes salían a pescar y las mujeres se quedaban en tierra preparando los alimentos.

Desde una perspectiva de género, se puede afirmar que el sector marítimo-pesquero es sin duda uno de los más masculinizados, desde los inicios de la actividad humana en el mar hasta la actualidad. En ello se han conjugado factores objetivos como la rudeza, peligrosidad y fuerte exigencia física de las labores que se realizan en el mar, y también cuestiones subjetivas que transitan por los estigmas, prejuicios, costumbres e idiosincrasia, o en definitiva discriminación o falta de igualdad de trato de cara al trabajo marítimo-pesquero.

Se ha reconocido que la incorporación de la perspectiva de género a los estudios jurídicos permite detectar y corregir las diferencias y situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de la sociedad³. En el caso del sector marítimo-pesquero, tradicionalmente considerado como feudo dominado por hombres, estudiar y promover acciones de igualdad de trato y no discriminación no sólo contribuye a garantizar el cumplimiento de los derechos humanos, mejorar el bienestar social, aumentar la eficiencia económica, cumplir con la legislación vigente y avanzar hacia un desarrollo sostenible y responsable, sino que redundará en beneficios individuales y colectivos para los trabajadores del sector y para la sociedad en su conjunto, tomando en cuenta que el trabajo femenino ha permanecido en la invisibilidad y sin reconocimiento de derechos laborales y sociales hasta hace apenas unos pocos años⁴.

La presente comunicación tiene como propósito reflexionar en torno a los retos y oportunidades laborales de la mujer trabajadora en el sector marítimo-pesquero español, mediante un análisis situacional del contexto económico, político, tecnológico y social en que se desarrolla dicho sector, así como de los principales aspectos positivos y negativos del marco normativo que le es aplicable.

Se hace especial énfasis en los fenómenos de la transición digital y el reto demográfico, dado su impacto combinado en la aproximación interseccional que se debe hacer cuando se aborda el tema del trabajo y la protección social de la mujer marinera. Asimismo, se profundizan los análisis en el sector pesquero y acuícola, teniendo en cuenta por una parte que es reconocido como el más frágil desde el punto de vista laboral, y por otra por ser donde se concentra mayoritariamente la fuerza de trabajo femenina.

En el apartado final se esbozan algunas ideas sobre aspectos en los cuales será necesario actuar en el futuro inmediato desde el punto de vista del derecho del trabajo y de la seguridad social, si se quiere que las mujeres marineras permanezcan en mayor número y tiempo en el sector, o que cada vez se incorporen más y se superen los diversos estigmas o tratos discriminatorios que aún subsisten; y, en definitiva, que se garantice la igualdad con los hombres en todos los ámbitos.

En ese sentido, toda actuación que se proponga y ejecute debería tomar como referencia los principios y criterios generales que deben regir la actuación de los Poderes Públicos según la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (LOIEMH),

costas y playas españolas, junto con la actividad de los cruceros de recreo que recalán en aguas nacionales, constituyen el principal atractivo para desarrollar un potente sector turístico que se ha convertido en una de las principales partidas de ingresos de España en las últimas décadas.

³ Red Española de Mujeres en el Sector Pesquero: *Seguimiento sobre la situación de la mujer en el sector pesquero y acuícola*, 2020.

⁴ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “El trabajo de la mujer en la actividad pesquera”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 60, 2021, § 424416.

esto es, la integración transversal de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el conjunto de las políticas económica, laboral, social y cultural, representación equilibrada, coordinación y cooperación, atención a la diversidad y a la diferencia, conciliación y corresponsabilidad, reparto equitativo de los tiempos, etc., a través del empleo del enfoque de género y la interseccionalidad de los análisis y diagnósticos.

2. Género y trabajo marítimo-pesquero

Aunque la “feminización” de las actividades marítimas comenzó hace algunas décadas, el número de mujeres en el sector marítimo sigue siendo bajo, aunque ha ido en aumento a lo largo de la última década. Hay pocos datos recientes sobre las mujeres de mar en general, y en particular datos desglosados (por buque, nacionalidad o puesto de trabajo) sobre su empleo en el sector. Según datos de la Organización Marítima Internacional (OMI) y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), las mujeres sólo representan entre el 1 y el 2% de la mano de obra en el sector marítimo, trabajando, sobre todo, en el ámbito de los cruceros⁵.

De otra parte, una estimación del número de mujeres de mar en el sector publicada por el BIMCO/ICS indica que hay unas 16 mil 500 mujeres de mar (con exclusión de las que trabajan en funciones operacionales no marítimas), sin embargo, esta cifra no parece incluir a todas las mujeres que trabajan en el sector de los cruceros, en el cual según la ITF entre el 28 y 30 por ciento de los trabajadores son mujeres. Informes recientes han planteado que para 2050 las mujeres podrían representar el 25% de la fuerza laboral marítima gracias a los avances tecnológicos⁶, pero hasta el momento no hay estudios empíricos consistentes que respalden esta hipótesis.

Asimismo, sólo el 20% de las plantillas de las autoridades marítimas nacionales de los Estados miembros son mujeres y, en el ámbito de la pesca y la acuicultura, este porcentaje es del 21%. En lo que respecta a los puestos directivos y a la remuneración salarial en el sector marítimo, los datos revelan que las mujeres ocupan sólo el 5% de estos cargos de responsabilidad y que la diferencia salarial respecto a los hombres se sitúa en torno al 40%⁷.

En las labores de embarcarse (marina mercante y pesca marítima) y de estiba portuaria las mujeres tienen menos presencia. No así en los puestos administrativos, científicos o de observación. En el caso específico de la pesca extractiva, la presencia de las mujeres se registra básicamente en la pesca artesanal y de bajura, pues en los barcos de altura o gran altura su presencia es muy reducida. Sin embargo, hay segmentos de trabajo en los cuales su presencia se ha sido históricamente dominante, a saber: rederos, mariscadores de a pie, acuicultura, mejilloneros y extractores de algas, así como en las industrias procesadoras y conserveras intensivas en mano de obra.

Esta realidad amerita una mirada más acuciosa y también casuística al sector de la pesca, por ser más frágil y precario desde el punto de vista de las condiciones de trabajo, y por concentrar en él la mayor parte de la fuerza laboral femenina. Asimismo, se debe considerar que la flota pesquera española es fundamentalmente artesanal, basada en embarcaciones de escaso tonelaje bruto.

⁵ Organización Internacional del Trabajo [OIT]: *Contratación y retención de la gente de mar y promoción de oportunidades para las mujeres de mar*, Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Políticas Sectoriales, 2019.

⁶ ROUILLON GALLESE, C.: “Emisiones del Transporte Marítimo vs impactos del cambio climático para el sector transporte.”, 15 de septiembre de 2023, <https://www.linkedin.com/pulse/emisiones-del-transporte-mar%C3%ADtimo-vs-impactos-cambio-carolina/?originalSubdomain=es>

⁷ Organización Marítima Internacional [OMI]: Las mujeres en el sector marítimo. <https://www.imo.org/es/ourwork/technicalcooperation/pages/womeninmaritime.aspx>. Sitio web institucional.

El sector pesquero⁸, además de incluir a personas que desarrollan su trabajo a bordo de buques y embarcaciones pesqueras, comprende también a otros trabajadores que no precisan embarcarse y que forman parte de diversos colectivos, englobados como parte de la industria auxiliar a la pesca en actividades vinculadas a la labor extractiva que realizan los buques, o realizando otras funciones que son necesarias para el adecuado funcionamiento de la flota, tales como la descarga del pescado, su procesamiento y comercialización, la reparación y fabricación de redes o la gestión de las cofradías que los representan; así como aquellos colectivos que se dedican a las actividades de marisqueo o acuicultura.

Los anteriores grupos profesionales, a diferencia de los que realizan su trabajo embarcados, tienen en común el estar constituidos mayoritariamente por mujeres, que suelen ser en su mayoría trabajadoras autónomas. Además, se mantiene la misma división de tareas que tradicionalmente se producía en función del género (las mujeres trabajaban en tierra, mientras los hombres se iban a la mar), circunstancia que no ha cambiado a pesar de la progresiva regularización de la situación laboral de las mujeres.

Esta escasa representación de las mujeres es hasta cierto punto comprensible, ya que la profesión de marino se considera tradicionalmente una profesión masculina y sobre esa base se han ido construyendo los códigos sociales y culturales relacionados con la profesión, en suma, los estereotipos y prejuicios vinculados a roles tradicionales de género, según los cuales el ámbito marítimo está reservado a los hombres, que han sido los que históricamente han salido a faenar, mientras las mujeres permanecían en tierra realizando otras actividades, a menudo también vinculadas al sector; incluso con una implicación directa y esencial en la gestión de los barcos. Asimismo, permanecen ciertas ideas preconcebidas que ponen en cuestión, en muchos casos, la capacidad física y la aptitud de las mujeres para desarrollar a bordo el mismo trabajo que desempeñan los hombres. Se trata, pues, de una situación histórica que ha redundado en el problema de la invisibilidad o escasa valoración del trabajo marítimo-pesquero femenino⁹.

El incremento de la presencia femenina en el medio marítimo-pesquero puede ser resultado de la voluntad política, pero lo ideal sería que este ámbito laboral también resultara atractivo de manera espontánea debido a factores positivos como la garantía de la igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo o género.

Según PROUTIERE-MAULION Y MAULION,

parece que, en nombre de la igualdad de género, en lo que respecta al marco jurídico, las mujeres pueden ser simplemente marineras (sin tener en cuenta su género), salvo en los casos particulares del permiso de maternidad y la lucha contra el acoso¹⁰.

⁸ Tal y como establece la Ley 33/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, el sector económico pesquero es un conglomerado de actividades íntimamente relacionadas que, basadas en la explotación y aprovechamiento de los recursos marinos vivos, abarca actividades como la pesca extractiva, la comercialización, la transformación, la construcción naval, la industria auxiliar y los servicios relacionados, que configuran un conjunto económico y social inseparable. Se pueden identificar los siguientes ámbitos o subsectores de actividad dentro del sector como aquellos donde existe presencia femenina, en mayor o menor medida: pesca extractiva, industria auxiliar a la pesca, marisqueo, acuicultura marina y continental, transformación y procesado de los productos de la pesca y la acuicultura, comercialización de los productos de la pesca y la acuicultura y actividades de carácter administrativo, técnico o de gestión.

⁹ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *op. cit.*

¹⁰ PROUTIERE-MAULION, G. & MAULION, H.: "The feminisation of maritime activities in France. Being a seafarer and a woman: gender, community and representations?" En: CHAUMETTE, P. (Coord.). *Seafarers: an international labour market in perspective*, Gomylex, Chapter 3, 2016, pp. 91-104.

Se trata de dos cuestiones que sin lugar a dudas singularizan el empleo femenino en el sector, por las propias características del trabajo y la vida a bordo de buques.

Históricamente, la profesión se ha construido como un grupo relacionado con el género. Incluso, en algunas naciones como Francia navegar fue cosa exclusiva de varones hasta 1965. Los espacios simbólicos y el imaginario de los marinos están estructurados por dos ejes: la conexión con las tradiciones profesionales en el mar y la relación con la tierra y la familia. Estar en el mar, entre los hombres, les llevó a diferenciar a las personas que vivían y trabajaban en tierra, incluidas sus esposas, que se convirtieron en sinónimo de hogar, seguridad y estabilidad, de ellos mismos, que se encuentran en una dinámica móvil cuando están en el mar. Las relaciones con los espacios socio-simbólicos de la tierra y el mar contribuyeron a la construcción de la identidad de los marineros. Sin embargo, la feminización del sector marítimo ha cuestionado la evolución de este modelo de género basado en la división sexual del trabajo y la asignación de las mujeres a la esfera doméstica¹¹.

La evolución tecnológica y la automatización de muchos puestos de trabajo, sumadas al impacto de los estudios ergonómicos, han transformado la actividad de la gente de mar. Requiere menos fuerza física. Los cuerpos supuestamente más débiles de las mujeres no plantean ningún problema. Además, la presencia de mujeres en las actividades marítimas no ha modificado profundamente la organización del trabajo, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores, como el del personal de vigilancia penitenciaria. Las mujeres marineras no son asociadas habitualmente a una debilidad psicológica y fisiológica por sus colegas masculinos.

Como en cualquier sector profesional, la entrada de las mujeres en los buques ha exigido y sigue exigiendo la diferenciación de los equipamientos para hombres y mujeres. La ley exige la instalación de instalaciones sanitarias, duchas y camarotes exclusivos para mujeres, tal y como estipula el Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (CTM 2006), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En general, estos cambios físicos para la higiene y las mejoras en términos de salud y seguridad, debidas a la llegada de mujeres a bordo, también beneficiaron a todos los trabajadores.

Según el principio de igualdad entre hombres y mujeres, parece que las mujeres que trabajan en el mar son marinos, al igual que los hombres, a los ojos de la ley, salvo en los casos particulares de embarazo y acoso. La protección de las mujeres que trabajan en el mar, en caso de embarazo, presenta algunos problemas específicos en comparación con otras profesiones. Aunque el marco jurídico dedicado a la lucha contra el acoso es similar a bordo o en tierra, la naturaleza del lugar de trabajo, un barco, crea algunas dificultades específicas a la hora de aplicar la ley.

La identidad de los marinos no sólo se basa en una división social de los roles de género, sino también en una división simbólica de los espacios (tierra/mar) que complica aún más las especificidades del sector. La idea de pertenecer a la comunidad de marinos se basaba en una identidad masculina que estructuraba la sociabilidad a bordo, desde la comunicación hasta la cooperación en el trabajo. Hoy en día, el elemento estructurador es ser marino, no ser hombre, y por tanto construir una identidad marinera más allá del género. Así, la división espacial, en tierra y en el mar, no implica sistemáticamente una división sexual del trabajo entre hombres y mujeres; implica más bien una división entre marinos y no marinos basada en competencias compartidas y en la confrontación de los peligros del mar, y por esos cauces han corrido las legislaciones sobre el trabajo y la seguridad social aplicadas a estos ámbitos¹².

¹¹ PROUTIERE-MAULION, G. & MAULION, H., *op. cit.*

¹² *Idem.*

El buque, como lugar colectivo donde se trabaja y se vive, se consideraba tradicionalmente como un mundo cerrado y un universo de hombres. La identidad masculina conformaba el sentimiento de pertenencia a la comunidad profesional de los marinos. Esta identidad estructuraba las formas de vida social a bordo. Sin embargo, la vida a bordo mezcla la vida laboral y la vida extralaboral, y hacia allí se trasladan las concepciones de los espacios terrestres de socialización.

Las últimas encuestas europeas de condiciones de trabajo ponen de manifiesto que las mujeres -en mayor proporción que los hombres- llevan a cabo tareas monótonas, obtienen un salario inferior, tienen menos oportunidades de participar en la planificación de su propio trabajo y cuentan con menos expectativas de promoción profesional que los hombres¹³.

Por otra parte, hay que llamar la atención sobre la dureza de los trabajos realizados tradicionalmente por las mujeres en el sector de la pesca y la acuicultura, como es el caso del marisqueo a pie, la venta tradicional de pescado, ya sea ambulante o en establecimientos apropiados para ello, la fabricación y reparación de redes de pesca (rederas), la descarga y clasificación de pescado y empacar en condiciones climatológicas especialmente difíciles¹⁴.

En las actividades desarrolladas predominantemente por las mujeres, los riesgos más frecuentes están relacionados con posturas de trabajo inadecuadas, largas jornadas de pie, trabajos repetitivos y exposición a agentes químicos y biológicos; mientras que en los trabajos ocupados mayoritariamente por hombres predominan los riesgos relacionados con la seguridad y la manipulación de objetos con un peso elevado.

2.1. Impactos del reto demográfico y la digitalización en el sector marítimo-pesquero: ¿oportunidades o amenazas para las mujeres?

Al adentrarnos en el estudio del rol de las mujeres trabajadoras en el sector marítimo-pesquero, es necesario no subestimar el peso que tiene en todo este escenario laboral, tanto internacional, como nacional, territorial y sectorial, la cuestión demográfica y su carácter transversal. Para comprender el fenómeno poblacional y valorarlo en toda su magnitud, hay que partir del reconocimiento de su multidimensionalidad, vista en torno a tres pilares fundamentales: la despoblación, el envejecimiento y la población flotante o estacional¹⁵. En el caso del sector marítimo-pesquero, la situación presente y persistente es de actividades con escaso relevo generacional, siendo una fuerza laboral donde se conjugan personas mayoritariamente de edad avanzada y pocos jóvenes, lo que impacta directamente en el empleo femenino si se tienen en cuenta otros factores como la baja natalidad, las demandas del cuidado y la conciliación.

Entre las implicaciones, tanto positivas como negativas, que el elemento demográfico puede tener en este ámbito laboral se pueden apuntar las siguientes¹⁶:

1. Envejecimiento y disminución de la fuerza laboral

Muchas actividades marítimas tradicionalmente han atraído a trabajadores de mayor edad y a medida que este grupo demográfico envejezca será necesario planificar el relevo y atraer talentos más jóvenes para reemplazar a los trabajadores que se jubilan.

¹³ Unión Europea [UE]: Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al uso de combustibles renovables y combustibles hipocarbónicos en el transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE, Bruselas, 13 de julio de 2023.

¹⁴ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *op. cit.*, p. 483.

¹⁵ MENOYA ZAYAS, S.: "Retos para el trabajo marítimo en la era de las transiciones (digital, energética y demográfica): ¿formación, reconversión o 'muerte laboral'? Ponencia presentada al Congreso Internacional "Empleo, formación y aprendizaje a lo largo de la vida para un mercado de trabajo global", Santiago de Compostela, España, 11-12 abril 2024 (inédita).

¹⁶ *Idem*.

2. Escasez de habilidades

A medida que los trabajadores mayores se jubilan, puede haber escasez de mano de obra calificada, particularmente en roles especializados como capitanes de barcos, ingenieros marinos y arquitectos navales, si ese saber-hacer no se transfiere adecuadamente de generación en generación.

3. Diversidad de género

Los esfuerzos para atraer a más mujeres hacia las especialidades marítimas pueden ayudar a abordar la escasez de mano de obra y aportar perspectivas diversas al sector.

4. Cambios en los patrones migratorios globales

La migración puede afectar la composición demográfica de la fuerza laboral marítima y su movilidad interregional, de acuerdo con las tendencias en las políticas migratorias y las condiciones económicas en los países de origen.

5. Adopción de nuevas tecnologías

La digitalización demandará un énfasis en la alfabetización digital y el desarrollo de competencias digitales en los trabajadores no tan jóvenes o no nativos digitales.

En lo que a la transición digital se refiere, se espera que para el sector marítimo-pesquero esta traiga consigo más oportunidades de empleo para las mujeres de mar debido a varios factores clave¹⁷:

1. Reducción de las barreras físicas:

- Automatización y operaciones a distancia: Con el auge de las operaciones automatizadas y a distancia, muchas tareas tradicionalmente físicas y que exigen mucha mano de obra se están volviendo más manejables o están siendo realizadas por máquinas. Este cambio reduce las barreras físicas que podrían haber disuadido a las mujeres de desempeñar determinadas funciones en el pasado.

2. Transformación del conjunto de competencias:

- Énfasis en las competencias digitales: A medida que el sector marítimo se digitaliza, aumenta la demanda de cualificaciones relacionadas con las TIC, el análisis de datos, la ciberseguridad y otras competencias digitales. Estas competencias no son específicas de género y pueden ser igualmente adquiridas y desempeñadas por mujeres.
- Formación y educación: La digitalización va acompañada de nuevos programas de formación y oportunidades educativas centradas en las competencias digitales. Las mujeres que participan en estos programas pueden obtener una ventaja competitiva en el mercado laboral.

3. Condiciones de trabajo flexibles

- Oportunidades de trabajo a distancia: Las tecnologías digitales permiten más funciones en tierra que admiten el trabajo a distancia o condiciones de trabajo flexibles. Esta flexibilidad puede resultar especialmente atractiva para las mujeres

¹⁷ Vid. MENOYA ZAYAS, S.: “La protección social de los trabajadores del mar frente a la digitalización: ¿oportunidad o amenaza?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. núm. 38, 2004, 113-129.

que tengan responsabilidades asistenciales o prefieran no pasar largos periodos en el mar.

- Equilibrio entre trabajo y vida privada: Las tecnologías de comunicación mejoradas y las herramientas digitales pueden mejorar el equilibrio entre la vida laboral y personal, haciendo que las carreras marítimas sean más atractivas para las mujeres.

4. Mejora de la seguridad y el bienestar

- Mejora de las condiciones de trabajo: La supervisión y la información digitales pueden mejorar la seguridad y las condiciones de trabajo a bordo de los buques. La mejora de las medidas de seguridad puede hacer que las carreras marítimas resulten más atractivas y accesibles para las mujeres.
- Redes de apoyo: Las plataformas digitales facilitan una mejor comunicación y redes de apoyo para las mujeres de mar, proporcionándoles recursos y comunidades que pueden ayudarlas a transitar en sus carreras.

5. Mayor visibilidad y representación:

- Destacar los modelos de conducta: Las plataformas digitales y las redes sociales pueden destacar a mujeres de éxito en el sector marítimo, proporcionando modelos a seguir y animando a más mujeres a seguir carreras marítimas.
- Campañas de contratación: Las herramientas digitales pueden utilizarse para campañas de contratación dirigidas a atraer a las mujeres al sector marítimo. Estas campañas pueden mostrar la variedad de funciones disponibles y el compromiso del sector con la igualdad de género.

6. Apoyo a las políticas y la promoción

- Toma de decisiones basada en datos: La digitalización permite recopilar y analizar datos relacionados con la diversidad de género en la mano de obra. Estos datos pueden utilizarse para desarrollar y aplicar políticas que promuevan la igualdad de género y hacer un seguimiento de los avances a lo largo del tiempo.
- Promoción y sensibilización: Las plataformas digitales pueden sensibilizar sobre la importancia de la diversidad de género y abogar por prácticas más inclusivas en el sector marítimo.

7. Cultura de colaboración e integración:

- Trabajo en red y tutoría: Las plataformas en línea pueden facilitar la creación de redes y oportunidades de tutoría para las mujeres de mar, ayudándolas a establecer relaciones profesionales y avanzar en sus carreras.
- Innovación inclusiva: El impulso hacia la digitalización a menudo viene acompañado de un impulso hacia la innovación y la inclusión, fomentando una cultura que valora las diversas perspectivas y habilidades.

En general, en la medida en que la digitalización transforma al sector marítimo lo hace más accesible y atractivo para las mujeres. Al reducir las exigencias físicas, hacer hincapié en las competencias digitales, ofrecer condiciones de trabajo flexibles y promover un entorno laboral

más seguro e inclusivo, la digitalización abre nuevas oportunidades para las mujeres de mar y apoya su crecimiento profesional en el sector.

2.2. El contexto español

En términos cuantitativos, se estima que algo más del 16% de los afiliados al Régimen Especial de Trabajadores del Mar (RETM) de la Seguridad Social son mujeres, según las últimas estadísticas del Instituto Social de la Marina (ISM) con datos a cierre de 2020. Si a este porcentaje se añade el resto de actividades no incluidas en este régimen (como la industria de la transformación, la comercialización o la acuicultura continental), la participación femenina en el conjunto del sector se aproxima a las 44.000 trabajadoras, lo que supone en torno al 35% del empleo total en el sector¹⁸.

Los datos de afiliación al RETM reflejan que existen más hombres que mujeres cotizando por su trabajo, lo que pone de manifiesto la importante brecha de género del sector, hasta el punto de resultar invisibilizadas¹⁹. Por comunidades autónomas (CC.AA.), la que cuenta con mayor número de inscritos en el RETM es Galicia con una cifra en torno a las 22.000 personas (aproximadamente el 35% del total de inscritos). Si se tiene en cuenta que esta región cuenta con el mayor volumen de producción pesquera y acuícola, es de esperar que sea la comunidad autónoma con mayor peso de trabajadores registrados, tanto hombres como mujeres. Con respecto al total de mujeres inscritas en el RETM en España, Galicia concentra prácticamente la mitad²⁰.

Por segmentos de actividad, la representatividad de las mujeres es especialmente destacada en el marisqueo a pie, donde suponen casi el 63% del empleo, según los datos del Instituto Social de la Marina (ISM). También prevalecen en la industria auxiliar a la pesca, donde la presencia femenina se concentra en oficios tradicionales como la elaboración y reparación de redes (el 84% del empleo) y también en la descarga de pescado, clasificación de capturas y avituallamiento de barcos. Estas actividades son desarrolladas en buena medida por mujeres, que son conocidas en el País Vasco como *neskatillas* y *empacadoras*, y con otros nombres en diferentes puntos del litoral cantábrico, como “muchachas del barco” en Cantabria²¹.

Por otra parte, en el sector acuícola español, según los últimos datos del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) correspondientes a 2019, las mujeres están significativamente presentes tanto en la acuicultura marina, donde representan el 28,5% del empleo, como en la acuicultura continental, donde suponen en torno al 20%²².

En el sector de la transformación de pescado, marisco y moluscos, gran parte de la mano de obra también ha sido históricamente femenina, destacando la figura de las conserveras, sobadoras de anchoa, empleadas de las fábricas de ahumados y salazones, etc. En este segmento, según los últimos datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, correspondientes a 2020, las mujeres representan algo más del 63% de los trabajadores de esta industria²³.

¹⁸ Instituto de las Mujeres, Ministerio de Igualdad del Gobierno de España: Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025. <https://cpage.mpr.gob.es>.

¹⁹ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *op. cit.*

²⁰ Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación del Gobierno de España [MAPA]: Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola 2021-2027, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 2021, 21 pp.

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

Concretamente, por ámbito de actividad, constituyen el 57% del empleo en el procesado de pescados, crustáceos y moluscos (CNAE 2009-1021) y un 66% en la fabricación de conservas de pescado (CNAE 2009-1022)²⁴.

Por su parte, en el segmento de la comercialización, las mujeres también desarrollan un importante papel, especialmente en el comercio minorista de pescado y productos afines, con un 53% de representatividad, según los datos disponibles de manera desagregada del Instituto Nacional de Estadística (correspondientes a 2014); siendo su presencia también considerable en el comercio mayorista, donde se aproximan al 28% del empleo²⁵.

La única actividad donde la tasa de ocupación femenina es todavía muy baja es la pesca marítima, con poco más de un 5% de mujeres. Los análisis de género realizados en el ámbito extractivo apuntan a los roles que se ha dado históricamente en el sector marítimo-pesquero como una de las causas de esta escasa representatividad femenina, pues en base a ellos, los trabajos tradicionalmente realizados en el mar (o que implicaban el embarque) estaban masculinizados, mientras que la presencia de las mujeres se concentraba en las labores desarrolladas en tierra, siendo consideradas, a menudo, una ayuda familiar de carácter informal²⁶.

También argumentan que esta segregación laboral viene motivada, en parte, por la existencia de ciertas barreras estructurales en los barcos que limitan el acceso de las mujeres a la actividad a bordo, mayoritariamente en las embarcaciones de pesca de altura y gran altura²⁷.

Las estadísticas sectoriales anteriormente expuestas muestran que esta división del trabajo en función del género es generalizada en el conjunto del sector, aunque más notoria en el sector primario. En el caso de la acuicultura, se produce sobre todo en labores denominadas de campo, que implican actividades realizadas en el exterior (en piscifactorías, marismas, salinas, etc.), o en aquellas en las que existe poca automatización de los procesos y que implican, por tanto, una elevada carga física. De este modo, dentro de las piscifactorías, el despesque o los procedimientos que tienen lugar en la fase de engorde de especies suelen ser desarrollados principalmente por hombres, mientras que las mujeres son mayoría en otras áreas como las relacionadas con el procesado del pescado o con las tareas de tipo administrativo²⁸.

Cabe señalar que esta segmentación laboral entre mujeres y hombres no sólo se produce a nivel horizontal, en lo que respecta al acceso al empleo, sino también a nivel vertical, en lo relativo a la promoción profesional, pues todavía siguen existiendo aspectos de carácter organizativo que dificultan el ascenso femenino a determinados puestos.

3. La promoción de la igualdad de trato y no discriminación en el sector marítimo-pesquero

El principio de igualdad entre hombres y mujeres nace de la necesidad de mostrar y reconocer una realidad social históricamente reconocida, respecto a la ausencia de igualdad entre hombres y mujeres. El reconocimiento explícito de ciertos desequilibrios ha generado un marco normativo referencial en el que se recoge el principio de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres como principio jurídico universal que justifica la necesidad de establecer medidas orientadas al logro de la igualdad efectiva y real entre ambos sexos. Este principio ha experimentado una extensa evolución en los marcos normativos y legislativos, a lo largo del tiempo, desde el nivel internacional hasta el nivel estatal español.

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

²⁶ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *op. cit.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ Instituto de las Mujeres, Ministerio de Igualdad del Gobierno de España, *op. cit.*

A continuación, se desagregan los principales marcos normativos y de política que han marcado hitos en favor de una mayor igualdad entre hombres y mujeres, y de manera más específica se exponen aquellas herramientas o estrategias que competen al sector en examen.

3.1. Marco internacional

En este apartado, hay un punto de partida obligado para el análisis que es la labor institucional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través, sobre todo, de su Programa de Trabajo Decente, centrado en facilitar el acceso al trabajo decente garantizando la igualdad, la dignidad y unas condiciones de trabajo seguras para todos los trabajadores, como se refleja en el Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 8: Trabajo decente y crecimiento económico. Y es que la igualdad de género y la no discriminación son los ejes de política transversales en que se apoya el Programa de Trabajo Decente para lograr que todos los trabajadores disfruten de las mismas oportunidades en el mundo del trabajo, en relación directa con el ODS 5: Igualdad de género, pero también con otros ODS que componen la *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible* de Naciones Unidas, que recogen otros objetivos y metas vinculados al avance de la igualdad de mujeres y hombres: ODS 1. Fin de la pobreza, ODS 2. Hambre cero, ODS 3. Salud y bienestar, ODS 4. Educación de calidad, ODS 10. Reducción de las desigualdades y ODS 11. Ciudades y comunidades sostenibles.

La finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que las mujeres y los hombres puedan conseguir un trabajo decente en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. La igualdad de género es un elemento clave para alcanzar este objetivo y constituye un eje transversal de políticas para todos los resultados de la OIT en materia de políticas. La igualdad de oportunidades es un derecho humano. Mediante la aplicación de normas y otros instrumentos, la OIT trata de poner fin a la discriminación contra las mujeres en el lugar de trabajo y de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades.

Un conjunto de normas internacionales del trabajo, resoluciones y declaraciones pone de relieve la importancia de este mandato. Entre esos instrumentos figuran el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, (núm. 100); el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111); el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), y el Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183). Los Convenios núms. 100 y 111 se cuentan también entre los ocho convenios fundamentales de la *Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Entre las declaraciones destaca también la *Declaración de la OIT de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. La Resolución de 2004 relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad, y la Resolución de 2009 relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente recalcan el compromiso de los mandantes de la OIT con la igualdad de género.

Asimismo, la OIT, en el marco propio de transición justa que ha establecido²⁹, reconoce cinco principios rectores de las políticas y acciones entre los cuales se encuentra la perspectiva de género (unido al diálogo social, la protección social, los derechos en el trabajo y empleos, y la cooperación internacional).

A través de instrumentos específicos para el sector, la OIT ha hecho también un mandato para promover el empleo de las mujeres en el sector marítimo y de dar a conocer los problemas que afrontan las mujeres de mar. A título ilustrativo se pueden mencionar algunas recomendaciones

²⁹ El cual se basa en tres pilares fundamentales: las *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, de 2 de febrero de 2016; el *Programa de Trabajo Decente* y su mandato de normas derivadas; y la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*.

como: que en los buques pesqueros de eslora igual o superior a 24 metros se deban prever dormitorios separados para hombres y mujeres, así como facilitar instalaciones sanitarias separadas para hombres y mujeres; o, en materia de atención médica a bordo, que la autoridad competente debería establecer en la lista de los equipos y suministros médicos que deberían llevar a bordo los buques pesqueros, en función de los riesgos inherentes al sector, productos de protección higiénica para las mujeres y recipientes discretos y que no dañen el entorno.

Por otra parte, existe un trato lógicamente particularizado en otros aspectos o fenómenos feminizados o exclusivo de las mujeres, por ejemplo: la maternidad o el acoso sexual y por razón del sexo, que sin dudas son temas que requieren de un abordaje más profundo que escapa a las intenciones de la presente comunicación.

Además de las normas de la OIT mencionadas, el marco internacional general se compone de los siguientes instrumentos:

- 1948. Declaración universal de los Derechos Humanos.
- 1952. Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer.
- 1976. Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.
- 1976. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.
- 1979. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)
- 1993. Declaración y Programa de Acción de Viena.
- 1994. Programa de acción sobre la población y el desarrollo de El Cairo.
- 1995. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.
- 2000. Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.
- 2015. Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (Agenda 2030, ODS 5).

En cuanto al marco internacional específico, además del *Convenio sobre el Trabajo Marítimo*, 2006; el *Convenio sobre el trabajo en la pesca*, 2007 (núm. 188) y la *Recomendación sobre el trabajo en la pesca*, 2007 (núm. 199), cabe resaltar la *Declaración de Santiago de Compostela por la igualdad de oportunidades en el sector pesquero y acuícola*³⁰.

En este acápite resulta válido mencionar también la labor desplegada por la Organización Marítima Internacional (OMI), que cuenta con un programa de género desde 1988 cuyo lema es “Formación–Visibilidad–Reconocimiento”, desde el cual promueve de manera continuada la contratación, permanencia y la empleabilidad de las mujeres en el sector marítimo, pone en valor el perfil de la mujer en el sector marítimo, refuerza el compromiso de la OMI con el ODS 5 y apoya la labor para abordar el actual desequilibrio de género en el sector marítimo. En este sentido, han surgido iniciativas tales como el Día Internacional de la Mujer en el Sector

³⁰ Suscrita en el marco de la I Conferencia Internacional de Mujeres de la Pesca, celebrada en Santiago de Compostela en noviembre de 2018, es una declaración de intenciones de carácter internacional, liderada por España, que establece las bases estratégicas para implementar la perspectiva de género en este ámbito de actividad, mejorar las condiciones laborales de los distintos colectivos femeninos e impulsar su empoderamiento y liderazgo, de manera que se pueda alcanzar una integración real y efectiva del principio de igualdad en el sector pesquero y acuícola. En ella participaron representantes de los gobiernos de Portugal, Francia y Marruecos, miembros de organismos internacionales como las Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la FAO y la Comisión Europea (CE), así como mujeres líderes de asociaciones de trabajadoras del mar de todos los continentes.

Marítimo, que se celebra cada 18 de mayo desde el año 2022³¹; así como la puesta en práctica de acciones facilitadoras de formación técnica, oportunidades de desarrollo profesional y creación de asociaciones y redes profesionales de mujeres del sector entre las cuales destaca WISTA International (Asociación Internacional de Mujeres en el Sector del Comercio y el Transporte Marítimo).

3.2. Marco europeo y comunitario

Marco europeo general:

- 1950. Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales
- 1996. Carta Social Europea
- 1999. Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales y sus protocolos
- 2000. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 23 sobre “igualdad entre hombres y mujeres”)
- 2005. Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia)
- 2007. Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual (Convenio de Lanzarote)
- 2011. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)
- 2011. Pacto Europeo por la Igualdad de Género 2011-2020

Marco específico de la Unión Europea:

- 1957. Tratado de Roma (art. 119)
- 1997. Tratado de Ámsterdam (art. 2 y 3)
- 2016. Compromiso estratégico para la Igualdad entre Mujeres y Hombres 2016-2019
- 2018. Estrategia de igualdad de género 2018-2023
- 2020. Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025
- 2021. III Plan de acción de género de la Unión Europea (GAP III) 2021-2025
- 2021. Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos fondos. [Artículo 9 sobre “Principios horizontales”; Apartado 2. Igualdad entre hombres y mujeres].

³¹ Esta fecha fue adoptada por resolución A.1170 (32) del 9 de diciembre del 2021.

- 2021. Reglamento (UE) 2021/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2021 por el que se establece el Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2017/1004. [Se rige por los principios horizontales previstos en el Reglamento (UE) 2021/1060, incluido el de igualdad entre hombres y mujeres].

3.3. Marco nacional

Marco general:

- 1978. Constitución Española (Artículos 9.2 y 14)
- 1999. Ley 39, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras
- 2003. Ley 30, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno
- 2004. Ley Orgánica 1, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género
- 2007. Ley Orgánica 3, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
- 2010. Ley Orgánica 2, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo
- 2014. Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (PEIO) 2014-2016
- 2017. Pacto de Estado contra la violencia de género
- 2019. Agenda del cambio: hacia una economía inclusiva y sostenible
- 2019. Real Decreto-ley 6, 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.
- 2020. Real Decreto 901, 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.
- 2020. Real Decreto 902, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.
- 2022. Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025.

Marco específico:

- 2014. Ley 33, de 26 de diciembre, por la que se modifica la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado [Artículo 3 bis sobre igualdad de trato y oportunidades]
- 2015. Real Decreto 357, de 8 de mayo, sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la Organización Internacional del Trabajo, en buques españoles.
- 2018. Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible.

- 2020. Real Decreto 430, de 3 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. [Artículo 9.1.k. sobre competencias en materia de igualdad de la Dirección General de Ordenación Pesquera y Acuicultura (DGOPA)].
- 2020. Real Decreto 927, de 27 de octubre, por el que se amplía el ámbito de actuación de las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y se modifican el Real Decreto 877/2011, de 24 de junio, y el Real Decreto 357/2015, de 8 de mayo.
- 2023. Ley 5/2023, de 17 de marzo, de pesca sostenible e investigación pesquera [Artículo 5 sobre igualdad de trato y oportunidades].

3.3.1. ¿Dónde estamos?

Hay que afirmar que, a pesar del extenso y profundo marco político-legal existente, tal como acabamos de exponer en el epígrafe anterior, quedan aún retos por enfrentar y situaciones irresueltas que continúan afectando a las mujeres del sector marítimo-pesquero. A continuación, se analizan algunas de estas cuestiones.

Entre las barreras que dificultan el acceso de las mujeres al trabajo marítimo-pesquero o su permanencia en el mismo está la conciliación de la vida laboral, personal y familiar. Las responsabilidades familiares siguen siendo asumidas en mayor medida por las mujeres, lo que justifica, en parte, que estas no se embarquen en buques de pesca de altura y gran altura, puesto que ello implica pasar largas temporadas fuera del hogar. Asimismo, la ausencia de horarios regulares, que vienen marcados por las mareas, y las largas jornadas de trabajo también generan una dificultad en este sentido. En la pesca de bajura es más posible la conciliación porque en general se regresa al caladero o puerto en el mismo día.

Otra dificultad es en el caso de la pesca de altura la falta de adaptación de los barcos con aseos y camarotes diferenciados. Dado el escaso número de mujeres a bordo, las navieras evitan las inversiones costosas en adaptaciones, por tanto, parece que la solución debe estar en el diseño naval. Esta falta de adecuación desincentiva la contratación femenina, y a esto se suman otros factores como el miedo de los empresarios a que se produzcan problemas derivados de la convivencia de ambos sexos a bordo, la negativa de las tripulaciones a aceptar mujeres o, incluso, el recelo del entorno familiar de los marineros a este embarque femenino.

Tales condicionantes dificultan también el proceso de búsqueda de prácticas que permitan a las mujeres que cursan estudios marítimo-pesqueros acumular los días de mar que necesitan para obtener la titulación que las acredita para navegar y limita, asimismo, sus posibilidades de ascenso en la escala profesional. En por ello que, las mujeres que embarcan aseguran que tienen que demostrar su valía en mayor medida que sus compañeros varones.

Por todo lo anterior, muchas mujeres con vocación, formación y cualificación marítimo-pesquera son conscientes de las malas perspectivas de carrera que existen en este ámbito, y del esfuerzo que supone hacerse un hueco en la pesca y ascender de rango, por lo que acaban renunciando y buscando otras salidas más factibles en la Marina Mercante, los buques de pasaje, el recreo profesional o el salvamento marítimo. En dichos segmentos es más habitual encontrar mujeres embarcadas y en puestos con mando.

Esta situación de desigualdad y desequilibrio entre sexos en la pesca marítima requiere de la puesta en marcha de medidas con enfoque de género por parte de los diferentes agentes sectoriales, los cuales -en conjunción con las Administraciones- deben abogar de una manera más decidida por la incorporación de la mujer a este sector, en igualdad de condiciones con los

hombres, eliminando para ello las barreras de entrada. Y esto pasa por promover actuaciones específicas y una mayor conciencia social que permita acabar con la tradicional dicotomía hombres/mar y mujeres/terra que ha caracterizado al sector.

A pesar de la importancia socioeconómica de las mujeres como fuerza laboral en el sector marítimo-pesquero, la perspectiva de género había sido poco tenida en cuenta en lo que respecta a la promoción del acceso, el desarrollo profesional o el liderazgo de ellas dentro de este sector para lograr mayor equilibrio o igualdad con los hombres. Particularmente en el subsector de la pesca y la acuicultura, esta situación tuvo un giro de tuerca en nuestro ordenamiento a partir de la aprobación de la *Ley 33/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado*, pues esta normativa introdujo un artículo específico (el 3 bis) sobre igualdad de trato y oportunidades en el sector. En cumplimiento de este mandato normativo, la Secretaría General de Pesca (SGP) publica el *Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola (2015-2020)*, cuyos ejes prioritarios, medidas y actuaciones se han definido a partir del análisis -tanto cuantitativo como cualitativo- que se desprende de conocer la situación de la mujer en el sector pesquero y acuícola.

El diagnóstico llevado a cabo para la elaboración de dicho plan y luego el balance de cierre del mismo, de cara al plan de que le daría continuidad, arrojaron un elenco de problemáticas y desafíos que traemos a capítulo, como son:

Carencia de estadísticas oficiales actualizadas, desagregadas, precisas y fiables.

- Fuerte segmentación laboral en función del sexo en el sector. En la pesca, sobre todo de altura y gran altura, las tituladas marítimo-pesqueras encuentran trabas para su contratación, incluso a la hora de realizar las prácticas a bordo, dado que los buques no están diseñados o adaptados para acoger tripulaciones mixtas.
- Condicionamiento a la contratación y permanencia en el empleo por causa de la maternidad y cuidado de hijo menor.
- Cierta desajuste entre la oferta y la demanda formativa en el sector.
- Falta de relevo generacional, especialmente en los oficios y sectores más feminizados, debido al paulatino envejecimiento de las trabajadoras en activo sin que se produzca el surgimiento de nuevas vocaciones entre las jóvenes.
- Existencia de diferencias entre las bases de cotización de los diferentes oficios que se aglutinan en la Federación de Trabajadoras del Mar de Euskadi como son las empacadoras y neskatillas, situadas en una base inferior a las rederas.
- Desigualdad de rentas entre pesca artesanal y pesca no artesanal.
- En las actividades que se realizan en tierra, gran parte de las trabajadoras declaran un volumen de ingresos inferior al SMI.
- Existencia de una brecha salarial entre sexos y entre colectivos profesionales.
- Existencia de una brecha de género en las pensiones, que se explica por la mayor presencia femenina en los grupos de actividad que tienen bases de cotización más bajas.
- Estabilidad media-baja en sectores de actividad que tienen un carácter más estacional y donde predomina la mano de obra femenina, como la industria de la transformación.

- Existencia de ciertas trabas burocráticas que dificultan el acceso a las ayudas por cese de actividad.
- Todavía son escasas las medidas para mejorar de la conciliación y corresponsabilidad para ambos sexos.
- Exposición a riesgos laborales relacionados con las propias condiciones de ergonomía, habitabilidad e higiene de sus trabajos y de las instalaciones donde los desempeñan.
- Falta de reconocimiento de patologías como enfermedades profesionales, las cuales son diagnosticadas como contingencias comunes.
- Existencia de un techo de cristal en el sector.
- Percepción generalizada entre las profesionales del sector de que no se avanza en sus reivindicaciones, por lo que reclaman más interlocución con las administraciones públicas y un espacio en las distintas mesas de negociación, más apoyo al asociacionismo y mayor financiación.

Si repasamos la estructura interna del *Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola 2021-2027*, lanzado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en diciembre de 2021, advertiremos que sus ejes y objetivos por cada uno de éstos están enfocados a las principales zonas de actuación que hemos venido comentando, en función de las problemáticas más acuciantes que afectan al colectivo femenino. A saber:

Eje 1. Incorporación de las mujeres al sector, desarrollo profesional y relevo a partir del emprendimiento y la formación:

- Objetivo 1.1. Mejorar las estadísticas sobre empleo en el sector
- Objetivo 1.2. Proseguir con las acciones de visibilidad, divulgación y sensibilización en materia de género
- Objetivo 1.3. Avanzar en la empleabilidad de las mujeres en el sector
- Objetivo 1.4. Apoyar el emprendimiento y el asesoramiento empresarial
- Objetivo 1.5. Impulsar la formación y el relevo generacional

Eje 2. Mejora de las condiciones laborales que afectan a las profesionales del mar:

- Objetivo 2.1. Progresar en el conocimiento de la realidad laboral de las mujeres del sector para reducir las brechas de género
- Objetivo 2.2. Avanzar en materia de salud, seguridad laboral y protección social de las trabajadoras del mar
- Objetivo 2.3. Apoyar iniciativas que favorezcan la corresponsabilidad y conciliación de la vida personal, familiar y laboral
- Objetivo 2.4. Avanzar en el desarrollo de actividades de diversificación y mecanismos para compensar la temporalidad y los periodos de inactividad

Eje 3. Impulso de la igualdad y participación equilibrada de mujeres y hombres en los órganos y procesos de toma de decisión a través del refuerzo de su asociacionismo y liderazgo:

- Objetivo 3.1. Promover la presencia y participación activa de las mujeres en los órganos de decisión del sector y en el desarrollo sostenible de las zonas pesqueras a nivel económico, social y ambiental
- Objetivo 3.2. Consolidar el movimiento asociativo femenino en el sector.

Esta estrategia se alinea, desde una perspectiva sectorial, más operativa y concreta, con las directrices del Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y de Hombres 2022-2025 (PEIEMH) del Gobierno de España (MAPA, 2021).

3.3.2. ¿Qué falta por hacer?

Para hacer frente a estos retos y luchar contra la desigualdad de género en el transporte marítimo, el turismo náutico, la pesca y la acuicultura; pero sobre todo para reconocer y dar visibilidad al importantísimo trabajo de las mujeres, resulta fundamental implementar el género como materia transversal y dotar con una cobertura específica a las problemáticas laborales y sociales de estas trabajadoras³².

Una de las acciones fundamentales, como ya se ha anticipado, consiste en atraer a las mujeres hacia las especialidades marítimas, pero para ello no solo basta con la voluntad política de los poderes públicos, sino también con aunar el compromiso, el esfuerzo y la responsabilidad de un gran número de actores y entes privados que integran la extensa cadena de valor de este complejo y diversificado sector de actividad. Son necesarias medidas de discriminación positiva que trasciendan la mera igualdad material con los hombres.

A mi modo de ver y sobre la base de los análisis realizados hasta aquí, hay al menos cinco áreas claves que comprometen el éxito de toda actuación en favor de la igualdad de trato y no discriminación de las mujeres marineras; la atracción de las jóvenes hacia estas actividades³³; y el estímulo a la permanencia en el sector: (1) buena remuneración salarial sin brechas de género; (2) conciliación y flexibilidad laboral con estabilidad y garantía de permanencia; (3) entornos laborales adaptados para las mujeres por su condición biológica; (4) planes de carrera que contemplen el desarrollo a bordo sin techo de cristal y la continuidad en tierra una vez se salga del trabajo en el mar; y (5) protocolos de protección contra el abuso, la violencia, el acoso y la discriminación por razón de sexo, así como de denuncia y protección por “whistleblowing”. Esto último lo considero esencial en un tema tan delicado como la exigencia de realización de pruebas de embarazo a las mujeres de mar antes de embarcarse, especialmente en el sector de los cruceros, lo cual es una práctica muy extendida que puede considerarse una violación de lo dispuesto en el artículo 9, 2) del Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183) y representa una forma de discriminación que vulnera los derechos de las mujeres; por tanto, debe ser un acto inaceptable y denunciable sin consecuencias.

En este sentido, considero que sigue siendo necesarias e imprescindibles las campañas de sensibilización, concienciación, visibilización y de difusión de historias de vida exitosas. Así también, se deben reforzar los incentivos a la incorporación al empleo marítimo vía orientación vocacional o el incremento de ofertas de puestos con opciones de teletrabajo/trabajo a distancia. Y siempre que estén a bordo de las dotaciones, debería garantizarse que haya embarcadas al menos dos mujeres en el buque.

³² MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *op. cit.*

³³ Con respecto a las motivaciones de las jóvenes para ingresar a las carreras marítimas, algunos estudios empíricos han revelado que el factor salario está en primer lugar, seguido de las oportunidades de desarrollo profesional y en menor medida por la tradición familiar o local, o los factores relacionados con la interculturalidad o el conocimiento humano.

Como ya se había señalado en párrafos anteriores, la dimensión territorial/local hay que tenerla muy en cuenta en el trazado de políticas generales de Estado, más allá de las actuaciones que puedan realizar las respectivas CC.AA. en el marco de sus competencias. En el caso español, se muestra una concentración del empleo marítimo-pesquero en las comunidades autónomas de Galicia, Andalucía, Canarias y Comunidad Valenciana, seguidas de Cataluña y País Vasco. Al ser zonas eminentemente costeras y con tradición ancestral, los usos y costumbres marítimos pesan y muchas veces se convierten en normas no escritas. En algunos casos, como en la autonomía vasca, existen colectivos típicos de esa zona que no se presentan en otros sitios de la geografía nacional, como las llamadas neskattillas y empacadoras, quienes tienen una representatividad totalmente femenina. Por tanto, son necesarias medidas particulares por regiones o territorios.

La escasez de gente de mar que se prevé para el futuro subraya la necesidad de centrarse en los factores que contribuyen a atraer a personal cualificado y de asegurarse de que ese personal, y la gente de mar en servicio, desarrollen una carrera profesional satisfactoria en el sector marítimo. Pero también hay que poner en práctica estrategias de retención y de reducción de las deserciones, para lo cual se deben identificar, monitorear y gestionar los problemas o factores que hacen que los trabajadores quieran abandonar esta actividad prematuramente. Estas cuestiones sin duda ponen en valor el papel de la gestión de recursos humanos/talento humano y el clima organizacional, sobre todo en un sector que tiende a la escasez de fuerza de trabajo y al incremento de la competitividad y la alta tecnología.

Desde la perspectiva de la formación, se deben proporcionar y promocionar más programas, mejores y más atractivos, con opciones de intercambio internacional, colocación para prácticas a bordo, formación en idiomas y competencias digitales, emprendimiento y liderazgo, con perfiles curriculares amplios. Además, se ha demostrado la eficacia de otras herramientas de gestión como el coaching o tutoría.

4. Conclusiones

La industria marítima está claramente evolucionando y el potencial de la mujer está aumentando para contribuir en estas áreas, en particular al logro de objetivos sostenibles. Sin embargo, el hecho de que en el sector marítimo-pesquero haya cada vez más mujeres y sean más visibles no implica necesariamente que podamos batir palmas por una igualdad de género real y efectiva. Todo apunta a que urgen cambios de mentalidad a todos los niveles y ámbitos, y en ello sin duda será decisivo el involucramiento consciente de los hombres, ya que el feminismo no es solo cuestión de mujeres.

Aun cuando se reconoce el rol esencial de la mujer en la sociedad, la economía y el trabajo, y existe un marco jurídico pertinente, amplio y sólido, las actuaciones que se llevan a cabo continúan siendo atomizadas o parciales, o en muchas ocasiones con un carácter muy generalista poco acotado a las necesidades y carencias del sector y los distintos colectivos laborales y profesionales que lo integran, cada uno con sus particularidades y exigencias. En este sentido, deben acometerse estudios interseccionales más integradores que respondan a las características y condiciones propias del sector marítimo-pesquero. El reto demográfico y la falta de relevo generacional constituyen amenazas reales para el sector, mientras que la digitalización ha sido considerada ya como una oportunidad; y, por otro lado, es preciso integrar a los análisis y propuestas, ya sean de ley o no de ley, a la dimensión territorial.

Existen problemas tanto objetivos como subjetivos que van desde la falta de presupuestos suficientes para impulsar acciones materiales, hasta la escasez de espacios de diálogo, asociatividad o acceso a formación. Desde el punto de vista normativo, el derecho del trabajo

y de la seguridad social deberá atender dichas singularidades, a partir de propuestas que impliquen la puesta en marcha de medidas de acción positiva capaces de revertir la drástica infrarrepresentación femenina en este sector, así como otras brechas de género (salariales, prestacionales, de liderazgo). Además, se deben fomentar mecanismos legales que faciliten la incorporación y permanencia de las mujeres en el sector.

5. Bibliografía

- INSTITUTO DE LAS MUJERES, MINISTERIO DE IGUALDAD DEL GOBIERNO DE ESPAÑA: Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025. <https://cpage.mpr.gob.es>
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “El trabajo de la mujer en la actividad pesquera”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 60, 2021, § 424416.
- MENOYA ZAYAS, S.: “La protección social de los trabajadores del mar frente a la digitalización: ¿oportunidad o amenaza?”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. núm. 38, 2004.
- MENOYA ZAYAS, S.: “Retos para el trabajo marítimo en la era de las transiciones (digital, energética y demográfica): ¿formación, reconversión o ‘muerte laboral’? Ponencia presentada al Congreso Internacional “Empleo, formación y aprendizaje a lo largo de la vida para un mercado de trabajo global”, Santiago de Compostela, España, 11-12 abril 2024 (inédita).
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA Y ALIMENTACIÓN DEL GOBIERNO DE ESPAÑA [MAPA]: Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola 2021-2027, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 2021.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE DEL GOBIERNO DE ESPAÑA [MAPAMA]: Informe Anual de Indicadores: Agricultura, Pesca, Alimentación y Medio Ambiente 2016, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 2017.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO [OIT]: *Contratación y retención de la gente de mar y promoción de oportunidades para las mujeres de mar*, Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Políticas Sectoriales, 2019.
- ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL [OMI]: Las mujeres en el sector marítimo. <https://www.imo.org/es/ourwork/technicalcooperation/pages/womeninmaritime.aspx>. Sitio web institucional.
- PROUTIERE-MAULION, G. & MAULION, H.: “The feminisation of maritime activities in France. Being a seafarer and a woman: gender, community and representations?” En: Chaumette, P. (Coord.). *Seafarers: an international labour market in perspective*, Gomylex, Chapter 3, 2016.
- RED ESPAÑOLA DE MUJERES EN EL SECTOR PESQUERO: *Seguimiento sobre la situación de la mujer en el sector pesquero y acuícola*, 2020.
- ROUILLON GALLESE, C.: “Emisiones del Transporte Marítimo vs impactos del cambio climático para el sector transporte.”, 15 de septiembre de 2023, <https://www.linkedin.com/pulse/emisiones-del-transporte-mar%C3%ADtimo-vs-impactos-cambio-carolina/?originalSubdomain=es>
- UNIÓN EUROPEA [UE]: Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al uso de combustibles renovables y combustibles hipocarbónicos en el transporte marítimo y por el que se modifica la Directiva 2009/16/CE, Bruselas, 13 de julio de 2023.

ALGUNOS FLECOS EN LA REFORMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DEL HOGAR

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ
Profesora Ayudante Doctora de la Universidad de Alcalá

1. Introducción

El Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, dando cumplimiento a la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20) introdujo la protección de desempleo de las empleadas de hogar, poniendo fin a una injusta situación de discriminación que desde su creación venía sufriendo este colectivo. Sin embargo, la norma de urgencia sólo garantizó la plena equiparación de derechos *ad futurum*, para las situaciones de desempleo posteriores al 9 de septiembre de 2022. No se atendieron las reclamaciones de las asociaciones del sector que habían pedido que el derecho tuviera efectos retroactivos. Desde el momento en que se publicó la STJUE, el vacío legal que se produjo forzó a las empleadas de hogar a emprender varias batallas ante los tribunales para conseguir la plena reparación del daño causado por una norma que ha resultado ser contraria al Derecho de la Unión. Tras analizar la situación de partida del Sistema especial para Empleados del Hogar, la comunicación se centrará en cada una de esas batallas en las que las trabajadoras del servicio doméstico y a los Tribunales Superiores de Justicia son protagonistas. Sin duda alguna, el principal desafío que han enfrentado los órganos judiciales, en cumplimiento del artículo 4 bis.1 de la LOPJ, ha sido reconocer prestaciones sin que existan cotizaciones previas.

2. Un poco de historia: del régimen especial al régimen general por medio de un sistema especial

Hasta el año 2022, la actividad del servicio doméstico careció de protección por desempleo de manera constante. Esta situación se ha mantenido desde la creación del Régimen especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico, establecido por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre¹. Al principio, la exclusión podía justificarse por razones socioeconómicas o porque no se consideraba que fueran trabajadores por cuenta ajena². Sin embargo, una vez que se aceptó su condición laboral, mantener esa exclusión dejó de tener sentido³. Pese a ello, el régimen se mantuvo, ya que se trató de atender a la menor capacidad contributiva tanto de los empleadores, como de las propias empleadas del hogar quienes, cuando trabajaban a tiempo parcial o discontinua para varios empleadores, eran consideradas como autónomas a los efectos de cotización. Para hacer más atractivo el cumplimiento de estas obligaciones, se estableció una cotización moderada, limitada a algunas prestaciones⁴. Cuando la Ley 32/2010, de 5 de agosto, reconoció la protección por cese de actividad a los trabajadores autónomos, los trabajadores del servicio doméstico se convirtieron en el único colectivo excluido de la protección por desempleo. En 2010, el equipo de investigación liderado por VICENTE PALACIO consideraba que la exclusión de la protección por desempleo en un colectivo tan feminizado como el de los empleados del hogar carecía de justificación razonable. Abogaban por su integración en el Régimen General, con una cobertura de la prestación similar a la del resto de trabajadores por cuenta ajena. Eran conscientes de que mejorar la protección requeriría un aumento de las cotizaciones, pero para evitar perjudicar a las empleadas del hogar⁵, se proponían desgravaciones fiscales para quienes las contrataran directamente⁶. Por las mismas fechas, la OIT se planteó la necesidad de integrar a estas trabajadoras dentro de su objetivo fundamental de trabajo decente, proporcionando incentivos y orientación a los Estados miembros para facilitar el acceso de este colectivo a condiciones laborales dignas. Con este fin, se aprobó en junio de 2011 el Convenio 189 y la Recomendación 201, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos⁷. Para nuestro estudio es especialmente relevante el artículo 14 del Convenio que garantiza el disfrute de “condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social”. Contra lo esperado,

¹ Se trata de una norma preconstitucional y anterior a la consideración del servicio doméstico como relación de trabajo por cuenta ajena. Establecía mecanismos de protección similares a los previstos para el trabajador autónomo.

² Explica QUESADA SEGURA la razón de la exclusión inicial de todas las prestaciones que se consideraban ligadas a riesgos profesionales (desempleo, accidente de trabajo y enfermedad profesional): se encontraba “en el hecho de que la cuantía de la cuota era indivisible, por lo que no se cotizaba específicamente por tales riesgos y, por tanto, quedaban excluidos de la protección, como igualmente quedaban excluidos -y por igual causa- de la protección que, frente al salario o a las indemnizaciones, otorga el Fondo de Garantía Salarial. Este trato desigual y peyorativo conducía a situaciones realmente incompatibles con la idea de un Sistema público de Seguridad Social integrado, universal y unitario”. Vid. QUESADA SEGURA, R., “Sobre los derechos que mejoran las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las trabajadoras del hogar familiar. Análisis del Real Decreto-Ley 16/2020, de 6 de septiembre”, *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 63, 2022, pág. 194.

³ GARCÍA NINET, J. I et al., *Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pág. 111. Disponible en 21_F06.pdf (seg-social.es). También ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “Trabajo doméstico y protección social frente a contingencias de trabajo”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm.2, 2020, pág. 139.

⁴ VICENTE PALACIO, A. et al., *Regímenes especiales de la Seguridad Social. Problemática de su integración en el Régimen general o en el Régimen especial de Trabajadores autónomos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Fondo de Investigación de la protección social, 2010, pág. 232.

⁵ Dado que nos encontramos ante un sector hiperfeminizado, preferimos utilizar la expresión “empleadas de hogar”.

⁶ VICENTE PALACIO, A. et al., *Regímenes especiales de la Seguridad Social. Problemática de su integración en el Régimen general o en el Régimen especial de Trabajadores autónomos*, op.cit., pág. 260.

⁷ ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “Trabajo doméstico y protección social frente a contingencias de trabajo”, op. cit., pág. 118.

España firmó el Convenio, pero no lo ratificó. Explica PÉREZ DEL PRADO⁸ que el principal obstáculo era el coste de la extensión de la cobertura por desempleo a este colectivo, además de los problemas técnicos y prácticos que plantearía la reforma legal de las formas de extinción.

En el marco del proceso gradual de simplificación e integración de regímenes especiales del sistema, como sugería la Recomendación Sexta del Pacto de Toledo, el legislador decidió no integrar completamente a los empleados del hogar en el Régimen General. En su lugar, se creó un sistema especial dentro de este régimen, tal como permitía el artículo 11 de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994). Esta decisión se concretó con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, a través de la DA 39^a. La integración de las empleadas del hogar en el Sistema Especial representó un cambio significativo en su protección. No solo hizo que la responsabilidad de cotizar recayera sobre el empleador, sin importar si el servicio era a tiempo completo o parcial, sino que también se implementó un régimen de cotización basado en los salarios por hora trabajada para acercarse al Régimen General. Paralelamente, para evitar un aumento abrupto en los costes para los empleadores, se arbitraron dos medidas: 1) se estableció un periodo transitorio con un sistema de tramos, permitiendo que las bases de cotización se ajustaran gradualmente al salario real percibido. Este periodo transitorio debía finalizar en 2018. Sin embargo, la entrada en vigor de la nueva regulación ha sido pospuesta sucesivamente por las leyes de Presupuestos Generales del Estado (PGE) hasta 2024. La falta de aprobación de los PGE para este año ha provocado que dicha suspensión continúe⁹. 2) la DT única creó una serie de beneficios que se aplicarían durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, pero que se han ido prorrogando hasta la actualidad y que consisten en aplicar una reducción del 20 por 100 a las cotizaciones devengadas por la contratación de las personas que presten servicios en el hogar familiar, y queden incorporadas en el sistema especial a que se refiere la DA 39^a TRLGSS, siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del REEH en el Régimen General de la Seguridad Social. Esta reducción de cuotas se ampliaría con una bonificación hasta llegar al 45 % para familias numerosas. En cuanto a la protección social, se excluyó la prestación por desempleo. Esta exclusión se incorporó posteriormente al artículo 251.1.d) del Real Decreto Legislativo 8/2015. Como resultado, no existía la obligación de cotizar para esta contingencia. Lo que pasó realmente es que se mantuvo un régimen especial dentro del régimen general, ya que hubo una extralimitación en las posibilidades habilitantes del art. 11 del Real Decreto Legislativo 1/1994¹⁰, ya que la acción protectora no se encontraba en el listado cerrado de materias que podían recibir una regulación especial. La situación era especialmente preocupante dada la mayor amenaza que sufrían las empleadas de hogar de quedar en situación de desempleo, no sólo por la facilidad del empleador para recurrir al desistimiento, sino también por la pérdida del objeto del contrato debido a la muerte de la persona cuidada o su ingreso en una residencia.

Además de la imposibilidad de recibir la prestación contributiva por desempleo, la exclusión de la protección por desempleo tenía otros efectos negativos: 1) las trabajadoras del hogar

⁸ PÉREZ DEL PRADO, D., "La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se han superado", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 32, 2022, pp. 247-248; BENITO BENÍTEZ, M.A., "Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género", *Lex Social*, núm. Vol. 9, núm. 2, 2019, pág. 477; GÓMEZ GARCÍA, F.X., "Empleados de hogar y su protección desde la Seguridad Social: Una situación aún deficitaria", *Lex Social*, Vol. 11, núm. 2, 2021, pág. 835.

⁹ DT 8^a del Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre.

¹⁰ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., "El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una "revolución" inconclusa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013, pp. 149-152. Concluye el autor que, con la integración de los trabajadores agrícolas y de los empleados de hogar, se han creado "auténticos regímenes especiales dentro de otro régimen del sistema de Seguridad Social". En el mismo sentido, BENITO BENÍTEZ, M.A., "Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género", *Lex Social*, núm. Vol. 9, núm. 2, 2019, pág. 452.

no podían acceder a subsidios asistenciales de desempleo que requerían haber agotado una prestación contributiva; 2) tampoco se podía acceder al subsidio por desempleo de mayores de 52 años que exigía un período de cotización por desempleo de seis años; 3) no eran aplicables las disposiciones de concurrencia entre desempleo y maternidad o paternidad (art. 284 TRLGSS) y entre desempleo e incapacidad temporal (art. 283 TRLGSS); 4) la no extinción de la prestación y/o el subsidio por desempleo conllevaba también el impedimento para participar en el programa de renta activa de inserción (RAI) para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; 5) se dificultaba el tránsito hacia otras prestaciones desde una situación de cese involuntario ya que dos situaciones asimiladas al alta no se cumplían para este colectivo: “la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo la inscripción como demandante de empleo de la persona trabajadora tras su despido” (art. 36 .1.1º Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social) y “la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta” (art. 166 TRLGSS); 6) finalmente, la falta de cotización tras la pérdida del empleo provocaba lagunas de cotización y la ausencia de participación en acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional¹¹.

Aunque la Ley 27/2011 mantuvo la exclusión de la protección por desempleo, abrió la posibilidad de incluirla en el futuro. En su apartado 3.f), se remitió esta cuestión a futuras iniciativas dentro del marco de la renovación del régimen laboral especial del servicio del hogar familiar, que el Gobierno debía aprobar con efectos a partir del 1 de enero de 2012 (apartado 5). La DA 2ª del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, estableció que antes del 31 de diciembre de 2012, un grupo de expertos, compuesto por un máximo de seis personas propuestas por el Ministerio y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, debía elaborar un informe sobre “la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades del servicio del hogar familiar, garantizando los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera”. El informe también debía abordar “la viabilidad de aplicar plenamente el régimen de extinción del contrato de trabajo de la relación laboral común establecido en el Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, así como la posibilidad de incluir el desistimiento del empleador, entendido como pérdida de confianza en el empleado, entre las causas comunes de extinción del contrato de trabajo establecidas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores”. El mandato, sin embargo, no se llegó a materializar.

Cercana ya la entrada en vigor del Convenio OIT 189, prevista para el 5 de septiembre de 2013, el 8 de mayo de 2013 la Comisión de Empleo y Seguridad Social aprobó por unanimidad una enmienda transaccional a la Proposición no de Ley presentada por la Izquierda Plural sobre ratificación del Convenio número 189 de la OIT y la Recomendación número 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos. Dicha enmienda transaccionada y consensuada con todos los grupos de la Cámara instaba al Gobierno a que en un plazo razonable evaluara la posibilidad de someter a ratificación ambos textos y, en consecuencia, adaptase la legislación española en el sentido que estos regulan. Ante la desidia del Gobierno, nuevamente en octubre de 2013 se presentó una proposición de ley para instarle a ratificarlo sin demoras. Pese a ello, el Parlamento no siguió trabajando en esta dirección ni se volvió a

¹¹ GARCÍA TESTAL, E., “¿Trabajo doméstico decente?: una reflexión sobre los déficits de protección del régimen jurídico de las personas que realizan trabajo doméstico en España”, *Documentación Laboral*, núm. 125, 2022, pág. 132.

adoptar ninguna medida, lo que evidenciaba un claro desinterés por esta cuestión¹². Hubo un momento, no obstante, en que pareció que los trámites se acelerarían ya que en el “Acuerdo de coalición progresista entre PSOE y Unidas Podemos” para la formación de Gobierno, firmado el 30 de diciembre de 2019, se recogió el compromiso de la ratificación del Convenio OIT y de la plena integración en el Régimen General. A pesar de este claro posicionamiento político, la cuestión volvió a caer en el olvido. Todavía en 2020 la equiparación en la acción protectora de las personas trabajadoras, en especial la que se refiere a las empleadas de hogar, fue objeto de atención en la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo. Su Recomendación 17, relativa a “Mujer y Seguridad Social”, después de reconocer la importancia de acometer reformas estructurales que incidieran en la reducción de la brecha de género en pensiones, señala el trabajo al servicio del hogar como una de las regulaciones necesitadas de modificación para lograr una equiparación efectiva en la cobertura de mujeres y hombres. De este modo, “requiere la eliminación de los elementos diferenciales respecto al régimen general ordinario, así como la ratificación Convenio de la OIT 189 de 2011, favoreciendo que el trabajo doméstico aflore. Y, además (continúa), debe reformarse la prestación por desempleo que sirve de enlace con la jubilación, teniendo presente su particular relevancia para las carreras profesionales cortas o irregulares y otras circunstancias que afectan, de manera particular, a las mujeres”. Este recorrido histórico demuestra la falta de una verdadera preocupación entre nuestros legisladores por resolver la situación de desamparo en la que se encontraba uno de los colectivos más vulnerables de nuestra sociedad. Afortunadamente, la sentencia de la STJUE (Sala Tercera) del 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20) aceleró los acontecimientos y obligó al Gobierno a intervenir

3. Primera batalla: El reconocimiento del derecho a la protección de desempleo

3.1. La STJUE de 24 de febrero de 2022 (Asunto C-389/20) y la SJCO núm. 2 de Vigo de 17 de marzo de 2022 (Proc. 93/2020)

La primera batalla la inicia un juez que, contra lo que pudiera esperarse, no pertenecía a la jurisdicción social, sino a la contencioso-administrativa¹³. Para comprender esto, es útil conocer los antecedentes del caso. Una empleada de hogar presentó el 8 de noviembre de 2019 a la TGSS, con el consentimiento escrito de su empleadora, una solicitud de cotización por la contingencia de desempleo, con el fin de adquirir el derecho a las prestaciones de desempleo¹⁴. Mediante resolución de 13 de noviembre de 2019, la TGSS denegó tal solicitud por considerar que, al encontrarse de alta en el SEEH, la posibilidad de cotizar en ese sistema por la contingencia de desempleo estaba expresamente excluida por el artículo 251.d) TRLGSS. Esta resolución fue

¹² GRAU PINEDA, C., “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos” *Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019, pág. 82.

¹³ Podría haber sido al revés, ya que el 31 de enero de 2020 tuvo entrada en el JSO núm. 13 de Barcelona una demanda de tutela de derechos fundamentales contra la resolución del SEPE que denegaba el subsidio asistencial para mayores de 52 años a una empleada de hogar por no haber cotizado durante 6 años al desempleo. La empleada alegaba que el hecho de que el SEEH no protegiera la contingencia de desempleo, constituía una discriminación indirecta por razón de sexo, dado que más del 95% de afiliados a dicho sistema eran mujeres y no existía ninguna razón objetiva que justificara la diferencia de trato. Solicitaba también que se planteara cuestión prejudicial ante el TJUE, lo que le fue negado. La sentencia de instancia consideró que no era discriminatoria la diferencia de trato. Finalmente, la STSJ Cataluña de 11 de mayo de 2022 (rec. 6675/2021) dio la razón a la empleada de hogar. Si se hubiese presentado la cuestión prejudicial, habríamos tenido antes el pronunciamiento del TJUE.

¹⁴ Como explica su abogado, Javier de Cominges, profesor asociado en la Universidad de Vigo de la asignatura “Igualdad y Mercado de Trabajo”, más que el paro, lo que le preocupaba era el subsidio para mayores de 52 años. Una prestación no contributiva que es la “balsa de salvación de muchísimos trabajadores y trabajadoras en empleos no cualificados, donde a una cierta edad ya saben que nadie les va a contratar”. *Vid.*, la entrevista a Javier de Cominges realizada por Esperanza Murcia “La ‘segunda batalla’ de las empleadas del hogar: entrevista a Javier de Cominges”, *Huffpost*, 11 de diciembre de 2022. Disponible en <https://noticiatrabajo.huffingtonpost.es/empleo/derechos-trabajador/la-segunda-batalla-empleadas-hogar-entrevista-javier-cominges/> (última consulta 24/07/2024).

confirmada tras interponer recurso de alzada. El 2 de marzo de 2020 se interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la segunda resolución de la TGSS ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo (Pontevedra). En apoyo de su recurso, alegaba, en esencia, que el artículo 251.d) TRLGSS suponía una discriminación indirecta por razón de sexo en materia de seguridad social para con los empleados de hogar de sexo femenino, que constituyen la práctica totalidad de este colectivo de trabajadores. Dicho precepto las colocaba en una situación de desamparo social que se traducía no solo, directamente, en la imposibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo, sino también, indirectamente, en la de acceder a las demás ayudas sociales. En estas circunstancias, ante las dudas sobre el carácter discriminatorio de la norma, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo mediante Auto de 29 de julio de 2020 decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales de naturaleza interpretativa: “1) El artículo 4.1 de la [Directiva 79/7], sobre igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en la obligación de contribuir a las cotizaciones sociales, y el art. 5 b) de la [Directiva 2006/54], que recoge idéntica prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, en cuanto al ámbito de aplicación de los regímenes sociales y las condiciones de acceso a los mismos, así como en la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones; ¿deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una norma nacional como el art. 251 d) LGSS? 2) Para el caso de que se diera una respuesta positiva al interrogante anterior ¿debe considerarse que el referido precepto legal supone un ejemplo de discriminación proscrita, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 apartados e) y/o k) de la [Directiva 2006/54], en la medida en que las destinatarias casi exclusivas de la norma cuestionada, art. 251 d) LGSS, son mujeres?”.

La Sala Tercera del TJUE se pronunció en sentencia de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20). Tras limitar su examen a la Directiva 79/7, concluye que el objeto del litigio principal no es la financiación de una prestación, sino que trata sobre el reconocimiento a los empleados de hogar de la protección contra el desempleo de la que están excluidos en virtud del artículo 251, letra d) TRLGSS, por lo tanto, “versa, en esencia, sobre el alcance del ámbito de aplicación personal de las prestaciones por desempleo concedidas por el régimen legal de seguridad social español”. El Gobierno español y la TGSS alegaron que la decisión de política legislativa de excluir de la protección contra el desempleo a los empleados de hogar estaba ligada a las peculiaridades de este sector profesional que serían las siguientes: 1) el sector laboral de los empleados de hogar presenta elevadas tasas de empleo, un escaso nivel de cualificación y, por tanto, de retribución, y un porcentaje considerable de trabajadores no afiliados al Sistema de la Seguridad Social; 2) la relación laboral de estos trabajadores se caracteriza porque su empleador no es un empresario profesional, sino un cabeza de familia que no obtiene un beneficio por el trabajo por cuenta ajena de dichos empleados, y por el hecho de que dicha relación se desarrolla en el ámbito del hogar familiar, lo que dificulta tanto la comprobación de los requisitos para el acceso a las prestaciones de desempleo como las inspecciones, debido a la inviolabilidad del domicilio; 3) en este contexto, el incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de las cotizaciones para cubrir la contingencia de desempleo podría incidir en una disminución de las tasas de empleo en este sector laboral, en forma de reducción de las nuevas contrataciones y de extinción de contratos, así como en situaciones de trabajo ilegal y de fraude a la seguridad social, provocando una reducción de la protección. La disposición nacional controvertida tendría por objeto mantener las tasas de empleo y luchar contra el trabajo ilegal y el fraude social en aras de la protección social de los trabajadores. El Gobierno español añade que la norma es proporcionada para la consecución de los objetivos legítimos de política social que persigue. Precisa que, por una parte, con la única excepción de las prestaciones por desempleo, los empleados de hogar disfrutan, en principio, de todas las prestaciones concedidas por el Régimen General de Seguridad Social español, pese a que su contribución a la financiación de dicho

régimen es menor por disfrutar de tipos de cotización reducidos. Además, la exclusión de la protección contra el desempleo afecta a una contingencia que no es generalizada en este colectivo de trabajadores. Por último, la exclusión de las prestaciones por desempleo de las concedidas por el SEEH no implica una total desprotección frente a la contingencia de desempleo, ya que se había establecido un subsidio extraordinario y temporal por falta de actividad en favor de este colectivo debido al cese o a la reducción de su actividad en el contexto de la crisis sanitaria relativa a la pandemia de COVID-19¹⁵.

La doctrina del TJUE puede resumirse en una triple consideración:

1ª) La exclusión del ámbito de la protección por desempleo de las empleadas del hogar no supone una discriminación directa por razón de sexo. Sin embargo, dado que es un sector laboral feminizado al representar las mujeres más del 95 % de las personas ocupadas en el mismo, sí supone una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7, a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

2ª) Tras analizar los argumentos del Gobierno español y de la TGSS, concluye que el tratamiento diferenciado de las empleadas del hogar respecto de las demás personas trabajadoras incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social no cuenta con una justificación objetiva y ajena a la discriminación por razón de sexo, en términos de objetivos legítimos y coherentes de política social, y de idoneidad y necesidad. La sentencia razona al respecto que la disposición legislativa cuestionada no se aplica de forma coherente y sistemática a la luz de los objetivos legítimos de política social invocados por el Gobierno español y la TGSS. Por una parte, y desde el punto de vista subjetivo, la exclusión no afecta a otros grupos de trabajadores con características y condiciones de trabajo similares y, por tanto, con riesgos análogos en términos de reducción de las tasas de empleo, de fraude a la seguridad social y de recurso al trabajo ilegal. Por otra parte, y desde el punto de vista objetivo, la exclusión no alcanza a otras prestaciones reconocidas a las empleadas de hogar que, aparentemente, presentan los mismos riesgos de fraude a la Seguridad Social, como las derivadas de contingencias profesionales.

3ª) En todo caso, la norma controvertida no satisface el canon de la proporcionalidad al ir más allá de lo necesario para lograr los objetivos de política social alegados, en la medida que implica la imposibilidad de obtener otras prestaciones de seguridad social a las que las empleadas del hogar podrían tener derecho, y cuya concesión se supedita a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, implicando una mayor desprotección social, que se traduce en una situación de desamparo social.

Resolviendo la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-389/20, declara: “El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.”

¹⁵ Llama la atención que el Gobierno invoque a favor de su argumentación el subsidio extraordinario COVID, ya que como señalan LÓPEZ INSÚA, M.B., y MONEREO PÉREZ, J.L., precisamente “esta figura pone, *a priori*, de relieve lo injustificado y discriminatorio de la carencia o falta de cobertura de una prestación por desempleo para las trabajadoras del hogar, contribuyendo así a la concienciación social de la inevitable protección de este colectivo” [“Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad”, *La Ley Unión europea*, núm. 101, marzo 2022 (versión digital)].

Como era previsible, el JCO núm. 2 de Vigo acogió el pronunciamiento del TJUE y, ciñéndose a su doctrina, dictó sentencia de 17 de marzo de 2022, tras confirmar que la exclusión contenida en el art.251.d) TRLGSS entrañaba una clara discriminación indirecta por razón de sexo. Para garantizar la plena eficacia de la STJUE de 24 de febrero de 2022 declara inaplicable la ley y nulo el acto dictado por la TGSS, reconociendo el derecho a cotizar por la prestación de desempleo. Ahora bien, el principal problema que se plantea, y que aborda a continuación, es la determinación de la efectividad temporal del pronunciamiento declarativo del derecho y condenatorio, ya que la actora había pretendido una proyección retroactiva, al instante de la presentación de su solicitud administrativa, el 8 de noviembre del 2019, a fin de que, desde ese instante se le permitiera ejercer su derecho a la cotización para la cobertura de la contingencia ahora reconocida. La argumentación es muy confusa. Parece considerar que no es aplicable al caso la doctrina sobre la eficacia temporal de las sentencias recaídas en cuestiones prejudiciales de validez (siendo así que en el caso analizado la cuestión prejudicial había tenido naturaleza interpretativa), sino que es preciso partir de la naturaleza de un derecho-deber de cotización que incardina dentro de los principios rectores de la política social y económica, en el artículo 41 CE. A falta de otras pautas interpretativas considera como brújula para dirimir la cuestión el mandato contenido en el art. 53.3 CE *in fine*: “Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.” El problema era que “aunque la obligación de cotización a la Seguridad Social y el correlativo ámbito de la acción protectora, también respecto de la contingencia de desempleo, cuentan ya con el desarrollo legislativo que las articula, es llano que existe un vacío normativo respecto de situaciones como la enjuiciada y será preciso que el legislador lo aborde considerando las peculiaridades del régimen especial”. De acuerdo con el artículo 53.2 CE, declara “el derecho a cotizar como empleada de hogar, por la contingencia de desempleo” pero no conforme a la norma general, sino “en los términos legales que se establezcan, lo que supone remover sin demora los obstáculos que impidan o dificulten ese derecho, en los términos establecidos en el art. 9.2 CE”, lo que supone un llamamiento al gobierno-legislador a regular la obligación de cotizar en el sistema especial. Cuando lo haga, deberá atender a esas “peculiaridades” a las que se ha referido previamente la sentencia ¿Cuáles podrían ser esas peculiaridades? Hay que tener en cuenta que la SJCO núm. 2 de Vigo reconoce que no se debe renunciar a alcanzar los objetivos legítimos de política social que apuntaba la TGSS y que fueron reconocidos como tales por el TJUE (párrafos 57, 58 y 60) señaladamente el mantenimiento o aumento del empleo en el sector, pero cree que no deben conseguirse a costa o en detrimento del ámbito de la acción protectora. Debiera ser posible lograr ambas finalidades, que no están reñidas. La propia ministra de Trabajo en respuesta a una interpelación formulada en el Senado el 8 de marzo de 2022 contestó que era necesario determinar sobre qué base de cotización se aplicarían los tipos de cotización, si sobre la base por contingencias comunes o si se crearía una nueva¹⁶. Por otro lado, la nueva regulación que imponía la obligación de cotizar por desempleo suscitó en el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones la inquietud por buscar una fórmula para que la medida no impactara demasiado en las economías de las familias empleadoras. Entre las medidas que barajaba el Gobierno para “neutralizar” la nueva cotización se encontraba la de que recayera en mayor medida en las empleadas¹⁷.

Continúa indicando la sentencia que, “sin perjuicio de que el reconocimiento del derecho-deber de cotizar por esta contingencia se produzca desde el momento mismo de esta sentencia, tendrá plena efectividad cuando la Ley lo desarrolle, disciplinando su contenido, sin que esta

¹⁶ <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/sesionesplenarias/pleno/rwdsesionespleno/detalle/index.html?id=47&legis=14>

¹⁷ “Escrivá busca cómo no repercutir la cotización por desempleo de las empleadas de hogar en las familias”, *Diario Cinco Días*, 14 de junio de 2022 (https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/06/13/economia/1655113430_721230.html). Última consulta 20/07/2024.

circunstancia suponga que la efectividad de este pronunciamiento sea meramente programática, ya que la estimación de la demanda supone el acogimiento de una pretensión condenatoria de la TGSS, por tanto, susceptible de ejecución forzosa en caso de que no se produzca su cumplimiento voluntario. Es decir, el reconocimiento inmediato del derecho a cotizar sólo implica que los poderes públicos competentes (Gobierno y Cortes Generales) adopten las medidas para hacerlo eficaz, pero no significa necesariamente que, cuando esa ley se dicte, la obligación de cotizar tenga efectos retroactivos para empleadores y empleadas de hogar. En este sentido, QUINTERO LIMA considera que “aparentemente, el órgano judicial ha generado una regla de derecho intertemporal referida a una norma *non nata*. Sería el legislador el encargado de delimitar qué efectos querría otorgar a una eventual nueva regla de cobertura. Y podría retrotraer efectos, o no, al momento de la STJUE. Aun cuando no lo hiciera, la Sentencia de 17 de marzo de 2022, que ya pretende dotar de efectos a dicha Sentencia de 24 de febrero de 2022, se autoerige como título ejecutivo suficiente para reconocer un derecho consolidado a partir del momento en que se evidenció el carácter discriminatorio de la normativa excluyente de la protección por desempleo y el órgano judicial español pudo aplicarlo”¹⁸

El fallo del tribunal gallego suscitó en SEMPERE NAVARRO¹⁹ la duda “sobre el modo en que podrá llevarse a cabo la “*ejecución forzosa en caso de que no se produzca su cumplimiento voluntario*”, dado que al tiempo reclama una previa intervención legislativa. ¿Está abriendo las puertas a la responsabilidad del Estado legislador, por su pasividad? ¿Hasta dónde llega la obligación de la TGSS tras la sentencia? ¿Respecto de quiénes? Tanto interrogante asegura que pronto habrá una intervención normativa, aunque eso no disipa las dudas sobre efectos temporales de la colisión normativa”.

3.2. La respuesta normativa: el Real Decreto-Ley 16/2022

A partir del 24 de febrero de 2022, los órganos del Estado (Gobierno y Administración, jueces y Cortes Generales) estaban obligados a no aplicar la norma discriminatoria y a adoptar las medidas necesarias para que no se perpetuara la discriminación y se pusiera fin a la desventaja social que venían sufriendo las empleadas de hogar. Como se explicará en el epígrafe 4, antes de que el legislador interviniera, algunos tribunales, queriendo dar cumplimiento a la STJUE de 24 de febrero de 2022 empezaron a reconocer subsidios asistenciales de desempleo para mayores de 52 y prestaciones contributivas a empleadas de hogar que habían perdido su trabajo en años anteriores. Recientes todavía los efectos de la pandemia del COVID, la sentencia comunitaria sirvió también para realizar una interpretación del artículo 30 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 14 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, de modo que se reconociera el subsidio extraordinario por falta de actividad, también cuando el empleador había indicado como fecha del hecho causante el 13 de marzo de 2022²⁰.

El Ministerio de Trabajo se puso a trabajar en la ratificación del Convenio OIT 189. Con el voto a favor de todos los Grupos Parlamentario, el 9 de junio de 2023 se aprobó por el Congreso de los Diputados su ratificación, cuyo instrumento se depositó el 28 de febrero de 2023, de modo que el Convenio entró en vigor para España el 29 de febrero de 2024. Paralelamente, se trabajaba en la elaboración de un Real Decreto-Ley que, finalmente se aprobó el 6 de septiembre

¹⁸ QUINTERO LIMA, M.G., “El tratamiento discriminatorio de la ausencia de protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 468, 2022, pág. 193.

¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V., “La protección por desempleo en el sistema especial de empleo doméstico”, *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 3, 2022, pág. 9.

²⁰ SSTJS Cataluña de 6 de julio de 2022 (rec. 1133/2022), Galicia de 9 de marzo de 2022 (rec. 5240/2021), Castilla y León/Burgos de 15 de junio de 2023 (rec. 160/2023) y Andalucía/Sevilla de 22 de febrero de 2014 (rec. 667/2022).

de 2022. En este sentido, creemos que se perdió un tiempo precioso priorizando la ratificación del Convenio OIT, siendo así que la norma urgía ser modificada por ser contraria al Derecho comunitario²¹.

En relación con la prestación de desempleo, sorprendentemente, el legislador la articuló de forma sencilla y sin incluir ningún tipo de especificidad respecto del resto de los trabajadores por cuenta ajena. Se suprimió la letra d) del art. 251 LGSS, a efectos de que no quedara excluida de la acción protectora del SEEH la correspondiente al desempleo. Con la misma finalidad, se modificó el art. 267 TRLGSS a fin de que constara como situación legal de desempleo la extinción por causa justificada contemplada en el nuevo art. 11.2 del RD 1620/2011. En tercer lugar, la DT 2ª estableció la obligación de cotización por desempleo a partir del 1 de octubre de 2022. Como medida transitoria de apoyo se estableció un tipo de cotización reducida durante el año 2022 (siendo el tipo 1 punto inferior a la de los trabajadores ordinarios), sin perjuicio de que, a partir de enero de 2023, se remitiera a los términos que se establecieran en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado que ya han equiparado los tipos a los de la relación laboral común. La única especificidad que podía atender a las singularidades de esta relación laboral, en concreto, al fin de evitar la destrucción de empleo como consecuencia del aumento de los costes para un empleador que no es empresario en sentido tradicional, es la creación de una bonificación de un 80% en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y FOGASA (DA 1ª RDL 16/2022). Como señala GARCÍA GONZÁLEZ, no deja de sorprender que “los múltiples impedimentos y peculiaridades alegados por el Gobierno español en sede judicial europea para justificar la exclusión de la protección por desempleo de los empleados de hogar, no tengan un mínimo reflejo en la configuración jurídica de esta prestación realizada mediante el RDL 16/2022”. Con ello se pone de manifiesto que “la inclusión de los empleados de hogar en este ámbito protector, en plena equiparación con el resto de los trabajadores por cuenta ajena, constituía un problema de opción legislativa”²².

Sin embargo, no existe régimen transitorio al respecto, lo que supuso que la norma no atendiera la situación de las empleadas de hogar que entraron en situación legal de desempleo antes de la entrada en vigor de la norma, ni resolvió qué ocurriría con las empleadas de hogar que habiendo trabajado antes del 1 de octubre de 2022 entraran en situación legal de desempleo sin haber conseguido la carencia necesaria²³. QUINTERO LIMA²⁴ advirtió que el legislador había obviado “incluir reglas intertemporales especiales más concretas”. Podría haber incluido ficciones jurídicas, pero no lo hizo, “por lo que no hay en el RDL 16/2022 ninguna regla relativa

²¹ Ya en 2021 BENAVENTE TORRES advirtió que la reforma era inaplazable con o sin la ratificación del Convenio OIT 189. BENAVENTE TORRES, M.I., “La ratificación del Convenio OIT nº 189 sobre el trabajo docente para las trabajadoras y trabajadores domésticos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 151, 2021, pág. 192. En la misma línea, en enero de 2022 la presidenta de la Asociación de Trabajadoras de Hogar de Bizkaia, Lorea Ureta denunciaba que las promesas contenidas en el acuerdo PSOE-Unidas Podemos no se hubieran cumplido y aseveraba que la legislación española podría haberse cambiado ya sin esperar a la ratificación del Convenio con el objetivo de mejorar la seguridad y la salud de las trabajadoras del hogar. Vid., “Las empleadas de hogar siguen sin paro y se impacientan con la coalición: Nos dejan para el final y será tarde”, *elPeriodicodeEspaña*, 5 de enero de 2022, disponible en <https://www.epe.es/es/igualdad/20220105/empleadas-hogar-impacientan-seguimos-quedando-13062606>, última consulta 19 de julio de 2024.

²² GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, “Dykinson”, 2022, pp. 99-100.

²³ LOUSADA ARONCHENA, F., “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España”, en AA. VV. (VICENTE PALACIO, A., coord.), *Aplicación por los Tribunales Españoles de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Materia Social*, Atelier, Barcelona, 2023, p.322.

²⁴ QUINTERO LIMA, M.G., “La desprecariación de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 473, 2023, pág. 106.

a convalidación de contribuciones previas, o reglas de cómputo de cotizaciones ficticias”²⁵. Ateniéndonos a una interpretación literal de la ley, debería haberse esperado al 25 de septiembre de 2023 para que las primeras empleadas de hogar pudieran reunir la carencia necesaria (360 días) para acceder a una prestación de desempleo de sólo cuatro meses de duración. Pero es que, hasta 2027 no se podrá percibir una prestación completa, ya que sólo en ese año habrán transcurrido los 2160 días que son necesarios para lucrarla. A mayor abundamiento, si no se cotizó por desempleo hasta el 1 de octubre de 2022, para cobrar el subsidio de mayores de 52 años se tendrá que esperar 6 años desde entonces, esto es, hasta 2028²⁶. Hasta completar esos plazos, únicamente se podían percibir los subsidios asistenciales por cotización insuficiente y, de hecho, el SEPE, y la misma ministra de Trabajo, derivaba hacia estos subsidios²⁷.

El Real Decreto-Ley se publicó en el BOE el 8 de septiembre de 2022 y, salvo algunas disposiciones, entró en vigor al día siguiente. Fue convalidado por el Congreso de los Diputados mediante Resolución del 29 de septiembre (BOE de 5 de octubre) en una sesión donde reiteradamente los grupos parlamentarios manifestaron que la regulación llegaba muy tarde. El Congreso acordó tramitarlo como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia para poder introducir enmiendas²⁸, entre las que se proponía por parte de algunos grupos parlamentarios (Euskal Herria Bildu, PNV) la consideración como válidos para el desempleo de los períodos previos cotizados para el resto de las contingencias, como, por cierto, ya se hizo con la prestación contributiva de desempleo de los ERTes-Covid²⁹. La disolución de los Cortes Generales provocó, sin embargo, la caducidad del procedimiento. La pregunta que debemos hacernos es si la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022 agotó los efectos de la STJUE o si, al no ofrecer ninguna solución para las situaciones anteriores, está convalidando la discriminación sufrida bajo la vigencia del artículo 251.1.d) y perpetuándola, al menos durante algunos años, lo cual es inadmisibles en nuestro Estado de Derecho. Lo cierto es que en la Exposición de Motivos de la norma de urgencia no se intentó justificar en modo alguno la situación de desprotección anterior ni se ofreció ninguna explicación que fundamentara que no se hubiera adoptado ninguna medida tendente a remediar la situación de discriminación vivida desde el 1 de enero de 2012 y “que no queda borrada por el cambio legislativo efectuado con efectos de 1 de octubre de 2022”³⁰.

²⁵ Para GALLEGO MOYA “en la medida en que la reforma viene a paliar un defecto endémico de nuestro sistema, podría haber articulado fórmulas que permitiesen ‘adelantar’ sus beneficios”, (*La extinción del contrato de trabajo doméstico*, “BOE”, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 19, 2023, pág. 198.

²⁶ SANZ SÁEZ, C., “Un paso adelante en el avance para el trabajo del servicio del hogar familiar: Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 480, 2024, pág. 155, <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21481>.

²⁷ Vid, la respuesta de la vicepresidenta del Gobierno, Yolanda Díaz, a la pregunta formulada por la senadora Nerea Ahedo Ceza (GPV) respecto de la desprotección de las situaciones anteriores a la entrada en vigor del RDL 16/2022. En concreto se le preguntaba por qué no se habían tenido en cuenta las cotizaciones previas, aunque no hubieran sido justo por este concepto, ya que no estaba permitido. “Interpelación sobre el impacto del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (núm. exp. 670/000141)”. Disponible en https://www.senado.es/legis14/publicaciones/borrador/senado/ds/2272/DS2272_670000141.pdf

²⁸ Vid, el debate de votación Diario de sesiones del Congreso de los Diputados año 2022 sesión plenaria celebrada el 29 de septiembre. Disponible en [https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=\(DSCD-14-PL-213.CODI.\)#\(P%C3%A1gina33\)](https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=(DSCD-14-PL-213.CODI.)#(P%C3%A1gina33)).

²⁹ Una norma semejante a la que se propone se encontraba en relación con los estibadores portuarios en la DA 17ª RD Leg. 1/1994: “A partir del 1 de enero de 1994, a los estibadores portuarios que presten servicios en puertos de interés general en los que no se haya constituido la correspondiente sociedad estatal de estiba y desestiba, o en los puertos no clasificados como de interés general en los que no se haya cumplido lo previsto en el artículo 1., apartado 2, del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques, se les reconocerán las prestaciones por desempleo de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. A tal efecto, en el momento en que se proceda por primera vez al reconocimiento del derecho, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, se presumirá que dichos trabajadores disponen de un período de ocupación cotizada de dos mil ciento sesenta días”.

³⁰ En estos términos se expresan las SSTSJ Madrid de 7 de diciembre de 2023 (rec. 501/2023) y Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 21 de marzo de 2024 (rec. 2382/2022).

4. Segunda batalla: La consideración de los períodos trabajados en el SEEH como cotizados a los efectos de desempleo y FOGASA

4.1. La corrección de las situaciones discriminatorias anteriores al RDL 16/2022 derivadas del artículo 251.1.d) TRLGSS

La segunda batalla, iniciada unos días después de la SJCO núm. 2 de Vigo de 17 de marzo de 2022, con la STSJ Cataluña de 16 de marzo de 2022 (rec. 5506/2021) -recaída en relación con el subsidio asistencial para mayores de 52 años- está siendo liderada por los jueces, que están asumiendo el mandato contenido en el artículo 4 bis.1 de la LOPJ, conforme al cual “Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. El objetivo es dar cumplimiento efectivo a la STJUE de 24 de marzo de 2022, reparando totalmente los daños causados por la falta de cotizaciones por desempleo, debida exclusivamente, y esto es muy importante destacarlo, a la actuación del Estado no a la negligencia de las empleadas de hogar y de sus empleadores³¹. Los Tribunales Superiores de Justicia han rebatido los argumentos esgrimidos por el SEPE que se apoyaban en la vigencia del artículo 251.1.d) TRLGSS en el momento del hecho causante, y, posteriormente, en la insuficiencia de cotizaciones que derivaba de la aplicación de la DT 2ª del RDL 16/2022 en relación con el artículo 266.b) TRLGSS³². Interesa destacar que, en ningún momento, la Entidad Gestora ha alegado la existencia de razones de política social, por las que el sistema de la Seguridad Social puede quebrar o tambalearse por los efectos económicos que puedan generar hacia el pasado los efectos de esta falta de cotizaciones. Sería esta una causa, en principio, legítima, que ha sido reconocida incluso por la Unión Europea, como se vio en la STJUE de 21 de enero de 2021 (C-843/19) dictada también en relación con empleadas de hogar, donde no se apreció discriminación indirecta por razón de sexo en la normativa sobre jubilación anticipada. Las propias sentencias recaídas en suplicación destacan la inexistencia de esta justificación por parte del SEPE³³.

La primera cuestión que deben considerar los tribunales es la referente a la eficacia temporal de la sentencia del TJUE. Se recuerda que la jurisprudencia comunitaria, de la que son exponentes las SSTJUE de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-585/19) y de 16 de marzo y 6 de julio de 2023 (asuntos C-449/21 y C-142/22) estima que en las sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales interpretativas hay que entender que “la interpretación que el Tribunal de Justicia efectúa, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (...). Solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general

³¹ La falta de culpa de las empleadas y de sus empleadores hace que este supuesto sea distinto de la responsabilidad de las entidades gestoras del abono directo de determinadas prestaciones reconocidas a extranjeros en situación irregular, aunque no haya habido cotizaciones previas. En estos supuestos, la Entidad gestora responde en virtud del principio de automaticidad absoluta o relativa en función de la prestación, pero posteriormente se dirige contra el empleador. En el caso objeto de este estudio, la Entidad gestora no puede reclamar la prestación a quienes legalmente no pudieron cotizar.

³² En la STSJ País Vasco de 21 de noviembre de 2023 (rec. 1883/2023) el SEPE incluso alegaba que en caso de que se tuvieran en cuenta los períodos trabajados en el SEEH como cotizados al desempleo, únicamente podría ser desde la fecha de entrada en vigor del RDL 16/2022. La Sala recuerda que la discriminación se producía ya con la normativa anterior que estaba en vigor en la fecha del hecho causante.

³³ SSTSJ Aragón de 12 de junio de 2023 (rec. 300/2023) y País Vasco de 21 de noviembre de 2023 (rec. 1883/2023).

de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves”. Pues bien, dado que la STJUE de 24 de febrero de 2022 no estableció ninguna limitación temporal en su pronunciamiento y que el Gobierno español tampoco adoptó ninguna iniciativa a tal fin³⁴, hay que concluir que los efectos de la sentencia deben retrotraerse al nacimiento mismo de la norma, esto es, al 1 de enero de 2012³⁵. A no ser que se interprete que el RDL 16/2022 quiso poner fin a la doctrina de suplicación que estaba reconociendo prestaciones y subsidios de desempleo. De ser esta la intención, debería haberlo justificado en la Exposición de Motivos, pero no lo hizo. Con posterioridad, todos los tribunales superiores de justicia han continuado, hasta la fecha de este trabajo, reconociendo como cotizados a efectos del desempleo, los periodos en alta en el SEEH. Además, no ponen en cuestión que también la discriminación respecto de esas situaciones generadas con anterioridad deba corregirse, porque en caso contrario perviviría esa “especial vulnerabilidad” a la que se refiere la Exposición de Motivos de la norma de urgencia, respecto de este colectivo y hechos anteriores, incumplándose la necesaria equiparación de derechos³⁶. Llama la atención no sólo la unidad en la doctrina de suplicación, sino la falta de votos particulares.

Reconocidos los efectos de la sentencia desde la fecha de la disposición nacional que introdujo la discriminación, es preciso aplicar la Directiva que ha sido vulnerada. Para ello “el órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de Derecho y a aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue”³⁷; ¿Cuáles pueden ser estos principios cuya aplicación a la interpretación de la norma permitiría salvar el escollo que supone el artículo 165.2 TRLGSS, conforme al cual “para las prestaciones cuyo reconocimiento o cuantía esté subordinado, además, al cumplimiento de determinados periodos de cotización, sólo serán computables a tales efectos las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ella en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias”?. La única manera de dar cumplimiento a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y corregir de forma real y eficaz la discriminación que han padecido las empleadas del hogar, y evitar que la actuación de los poderes públicos quede impune, pasa por implementar una vía de solución que incorpore dos principios: el de

³⁴ STSJ Madrid de 7 de septiembre de 2023 (rec. 501/2023). En el mismo sentido, STSJ Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 21 de marzo de 2024 (rec. 2382/2022).

³⁵ Así lo ha interpretado el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de noviembre de 2023 (rec. 5547/2022) en relación con el complemento de maternidad en la versión original del artículo 60 TRLGSS, al decidir los efectos temporales de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18). Para la STSJ Aragón de 12 de junio de 2023 (rec. 300/2023), la discriminación derivada de la privación de la protección de desempleo es, incluso, anterior a la integración en el Régimen General, por lo que los efectos retroactivos no deben limitarse al 1 de enero de 2012.

³⁶ Respecto de la prestación contributiva de desempleo, *vid.*, SSTSJ Madrid de 7 de diciembre de 2023 (rec. 501/2023); Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 21 de marzo de 2024 (rec. 2382/2022); Madrid de 18 de marzo de 2024 (rec. 26/2024) -esta sentencia reconoce una prestación contributiva de desempleo de 130 días con efectos del 23 de marzo de 2022, pero se declaró incompetente para conocer de la pretensión de que quedasen íntegramente cotizados de oficio los 2160 días anteriores al hecho causante, remitiendo a la actora a la jurisdicción contencioso-administrativa-; Cataluña de 15 de abril de 2024 (rec. 4869/2023); País Vasco de 20 de febrero de 2024 (rec. 2392/2023) -admite el desistimiento como situación legal de desempleo, como ya hizo en su momento el art. 30 del RDL 11/2020-; País Vasco de 11 de junio de 2024 (rec. 1423/2024). Respecto del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, *vid.*, SSTSJ Cataluña de 16 de marzo de 2022 (rec. 5506/2021); Cataluña de 11 de mayo de 2022 (rec. 6675/2021) -firme tras ATS de 27 de junio de 2023 (rec. 4807/2022)- interesa destacar que el Tribunal Supremo no apreció contradicción con la sentencia de contraste, ya que en ésta se resolvió en términos de legalidad ordinaria, ya que no se había alegado que la norma aplicada (del régimen agrario) fuera discriminatoria; País Vasco de 21 de noviembre de 2023 (rec. 1883/2023) y de 11 de abril de 2024 (rec. 2221/2023); Aragón de 12 de junio de 2023 (rec. 300/2023); Cataluña de 26 de marzo de 2024 (rec. 5458/2023); Galicia de 10 de octubre de 2023 (rec. 566/2023).

³⁷ STS de 7 de febrero de 2018 (rec. 486/2016).

responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por violación del Derecho de la Unión y el de interpretación jurídica con perspectiva de género³⁸. La aplicación del primer principio permite atribuir las consecuencias jurídicas negativas derivadas de la actuación del legislador al SEPE, que está obligado a reparar íntegramente el daño causado. El segundo, conduce a aplicar una regla de gran raigambre en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, y en particular como medida de acción positiva a favor de las mujeres, cuál es la de las llamadas cotizaciones ficticias (como había propuesto QUINTERO LIMA), que a efectos del reconocimiento de las prestaciones permite equiparar a días cotizados períodos de tiempo en los que no se realizaron cotizaciones efectivas. Así sucede, en relación con las correspondientes a la contingencia por desempleo, hasta el 1 de octubre de 2022, lapso en que, por imperativo legal, las empleadas del hogar no las pudieron efectuar.

Contrasta la negativa a reconocer efectos retroactivos al RDL 16/2022 con la postura adoptada por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de la Seguridad Social en relación con la compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal y la prestación de desempleo regulada en el artículo 283.1 TRLGSS. En un principio se consideró que dicho precepto no era de aplicación al colectivo en tanto no transcurriera un periodo transitorio de un año (hasta el 1 de octubre de 2023), por ser el momento a partir del cual todos los trabajadores encuadrados en este sistema especial podrían acceder a la prestación por desempleo, al reunir entonces el periodo mínimo de carencia para ello. Sin embargo, en el Criterio de gestión 11/2023, de 4 de mayo³⁹ se confirmó la aplicación de dicho precepto sin esperar al transcurso de un año, a pesar de los efectos negativos que tuvo en este caso la aplicación del RDL 16/2022⁴⁰.

4.2. Extensión de la interpretación correctora de la discriminación a la protección del FOGASA

El Real Decreto-Ley 16/2022 también introdujo modificaciones en relación con la protección dispensada por el FOGASA. La Exposición de Motivos hizo derivar de la STJUE de 24 de febrero de 2022 la necesidad de introducir los cambios, ya que en ella se “indica que, sin perjuicio de las diferencias normativas justificadas por las peculiaridades indudables de la relación laboral especial de las personas trabajadoras del hogar, cualquier trato peyorativo no justificado debe considerarse constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo. Procede, por ello, en aras de la necesaria seguridad jurídica, clarificar a la luz de la doctrina del TJUE, qué aspectos de la normativa española sobre las personas empleadas de hogar deben mantenerse en atención a las peculiaridades del sector, y que preceptos, sin embargo, deben remodelarse o derogarse por ser constitutivos de discriminación indirecta”. En este sentido, se considera que la exclusión de la cobertura dispensada por el Fondo de Garantía Salarial a las personas trabajadoras en el hogar es una diferencia de trato injustificada, dado que “en la actualidad es posible la declaración de insolvencia de las unidades familiares por la ley de segunda oportunidad (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas

³⁸ La STSJ Galicia de 10 de octubre de 2023 (rec. 566/2023) pone ejemplos de sentencias del Tribunal Supremo donde también la interpretación de una norma de Seguridad Social con perspectiva de género ha permitido el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social a supuestos no expresamente previstos en las normas aplicables (prestación por nacimiento y cuidado del menor en caso de gestación subrogada o la extensión del criterio para el cese de la convivencia por violencia de género en la pensión de viudedad de las parejas de hecho).

³⁹ Disponible en <https://www.icaoviedo.es/Colegiados/Criterios-de-Gestion-INSS/>.

⁴⁰ MIGUEL ARENAS, “Sistema especial de empleadas de hogar. Los efectos del RD Ley 16/2022 también pueden ser negativos. Aplicación del art. 283.1 LGSS”, *Blog Otro Blog más pero este es el mío. Reflexiones de un abogado laboralista -pero sobre todo de Seguridad Social- Éste es mi ventana*, entrada 10 de mayo de 2023. DÍAZ MORDELO, M.A., “Sistema especial del hogar ¿Se ha conseguido la plena equiparación con el resto de trabajadores del Régimen general”, en AA.VV. (GUERRERO PADRÓN, T., dir.), *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Aspectos críticos de su regulación*, “Laborum”, 2024, pág. 336-337

de orden social)”⁴¹. En consecuencia, y para evitar el planteamiento de futuras cuestiones prejudiciales, se modifica el art. 33.2 ET con el objetivo de proporcionar cobertura de garantía salarial al colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar, incluyéndolas en su ámbito subjetivo. Esto se acompaña de varias modificaciones en el RD 505/1985, a través de las que se reconoce, por un lado, la obligación de cotización de los empleadores del servicio doméstico y, por otra, se proporciona una cobertura indemnizatoria a las empleadas de hogar en los casos de insolvencia o concurso de sus empleadores. No se reconocieron efectos retroactivos a la norma. Sin embargo, los efectos de la STJUE de 24 de febrero de 2022 pronto se proyectaron en este ámbito. Días después del pronunciamiento del TJUE, e incluso antes de que el JCO núm.2 de Vigo dictara sentencia en relación con el desempleo, el Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona dictó una resolución, de 14 de marzo de 2022, con base en la sentencia del tribunal comunitario que reconocía a una empleada de hogar las garantías del FOGASA, pese a no haber cotizado y pertenecer a un colectivo excluido de dicha protección⁴². La sentencia fue confirmada por la STSJ Cataluña de 25 de abril de 2023 (rec. 4589/2022)⁴³ -firme tras el ATS de 8 de mayo de 2024 (rec. 4011/2023)-⁴⁴, que concluye que los mismos razonamientos desarrollados para la cobertura de la prestación de desempleo, en su modalidad contributiva y no contributiva, pueden ser invocados *mutatis mutandi* a la prestación de garantía a cargo del FOGASA. Frente a la alegación de que la exclusión tenía apoyo en la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, la Sala concluye que “es claro que la reforma del art. 33.2 ET introducida por el RD-Ley 16/2022 viene condicionada por la jurisprudencia antidiscriminatoria que dimana de la STJUE de 24 de febrero de 2022, que el legislador[en la Exposición de Motivos] no tan solo vincula con la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sino también con la Directiva 2006/54/ (...) así como con el propio artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. En consecuencia, “es el propio legislador el que vincula la jurisprudencia dimanante de la STJUE de 24 de febrero de 2022 con la ineludible reforma del art.33.2 ET, vinculando indefectiblemente los efectos jurídicos de esta sentencia con la. Directiva 2008/1994/CE”⁴⁵.

Existe, sin embargo, una diferencia sustancial respecto de la protección de desempleo, ya que, en este caso, no tenemos una sentencia del tribunal comunitario resolviendo una cuestión prejudicial de interpretación en relación con la posible vulneración de la Directiva 2006/54 por parte del artículo 3.b) del RD 1620/2011. Ha sido la norma y no una sentencia del TJUE a la que sea preciso reconocer efectos retroactivos, la que ha corregido la discriminación, debiendo aplicarse el principio general de que las normas no tienen efecto retroactivo salvo que así lo dispongan. Así lo ha interpretado el TSJ Madrid en sentencia de 6 de junio de 2024 (rec.

⁴¹ La Exposición de Motivos da mucha importancia a la novedad introducida por la Ley 25/2015, lo que podría llevar a entender que, hasta la fecha de entrada en vigor de esta ley, el trato diferenciado estaba justificado. Lo cierto es, sin embargo, que el empleador siempre ha podido ser declarado en situación de insolvencia en trámite de ejecución de sentencia.

⁴² GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, op. cit., pág. 104.

⁴³ *Vid.*, comentario a la STSJ y a la de instancia en ROJO TORRECILLA, E., “El TSJ de Cataluña confirma el derecho de una trabajadora empleada de hogar al percibo de indemnización por despido a cargo del FOGASA. Notas a la sentencia de 25 de abril de 2023, y recordatorio de la sentencia del JS núm. 32 de Barcelona de 14 de marzo de 2022”, *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada del 13 de mayo de 2023.

⁴⁴ El Tribunal Supremo considera que no puede apreciarse contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste al examinarse en ellas supuestos distintos, lo que determina que sus fallos no sean coincidentes. La sentencia recurrida fundamentó la desestimación del recurso del FOGASA en la reforma del art. 33.2 ET introducida por el RD Ley 16/2022 y en lo resuelto por la STJUE de 24 de febrero de 2022. En la sentencia de contraste, sin embargo, el despido de la trabajadora se produjo en el año 2011, por lo que estaba en vigor otra redacción del citado artículo 33.2 ET, circunstancia que impide apreciar la contradicción invocada.

⁴⁵ La misma interpretación realizan las SSTSJ Baleares de 9 de octubre de 2023 (rec. 256/2023) y 29 de noviembre de 2023 (rec. 344/2023).

174/2024) que ha considerado que su doctrina respecto de los efectos retroactivos de la nueva normativa de protección de desempleo no se puede extender a la protección del FOGASA.

5. Tercera batalla: La depuración de los efectos colaterales derivados de la falta de protección de desempleo

Como se indicaba en la STJUE de 24 de febrero de 2022, la norma que excluía de la protección de desempleo no satisfacía el canon de la proporcionalidad al ir más allá de lo necesario para lograr los objetivos de política social alegados por el Gobierno español, en la medida que implicaba la imposibilidad de obtener otras prestaciones de seguridad social a las que las empleadas del hogar podrían tener derecho, y cuya concesión se supedita a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, implicando una mayor desprotección social, que se traduce en una situación de desamparo social. En concreto, como se ha visto anteriormente, se dificultaba la transición hacia otras prestaciones por considerarse que una empleada no podía encontrarse en las situaciones definidas en el artículo 36 del RD 84/1996, y consideradas como situaciones asimiladas al alta: la situación legal de desempleo total y subsidiado o la de paro involuntario subsiguiente “una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como demandante de empleo en la oficina de empleo”. El problema se ha planteado especialmente con el acceso de las empleadas de hogar a la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, ya que el SEEH no les permitía cotizar ni, por tanto, lucrar una prestación de desempleo. Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia había venido flexibilizando la interpretación de la norma. La doctrina contenida en sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007 (rec. 1574/2005) -recaída en relación con prestación de viudedad de beneficiario del RETA- consideró que la no generación de una situación de prestación de desempleo porque el propio régimen no asumía dicha contingencia, no podía enervar el acceso a la situación de asimilada al alta, porque generaría una clara disfunción en el sistema aseguratorio. Los TSJ aplicaron esta interpretación a las situaciones que devenían tras el cese involuntario de las empleadas de hogar⁴⁶. Esta conclusión se está viendo reforzada por la reforma operada por el RDL 16/2022 y por la STJUE de 24 de febrero de 2022 cuyos considerandos se están incorporando en las sentencias de suplicación⁴⁷, de tal manera que no reconocer la consiguiente prestación supondría colocarlas en una situación discriminatoria indirecta, por razón de sexo, que no ampara ni la Directiva citada ni el artículo 14 CE.

Una última cuestión que era necesario depurar es la relativa a la integración de las lagunas de cotización. Tras la aprobación del RDL 16/2022, SANZ SÁEZ advertía que, a pesar del avance que suponía el reconocimiento de la prestación de desempleo “se va a continuar discriminando a las trabajadoras del hogar durante los próximos años ante una situación de incapacidad permanente. Ya que a cualquier otra persona trabajadora del régimen general en caso de estar dada de alta como demandante de empleo antes de sufrir una incapacidad permanente, la Seguridad Social le ‘hace una ficción’ y le aplica bases mínimas de cotización durante 5 años, pero a las trabajadoras del hogar se les aplicará una cotización de cero euros en vez de la base mínima como al resto”⁴⁸. El problema se encuentra en la DT 16ª.4 TRLGSS que establece que “desde el año 2012 hasta el año 2023, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente

⁴⁶ SSTSJ País Vasco de 3 de mayo de 2016 (rec. 672/2016); Madrid 7 de octubre de 2020 (rec. 577/2020); Cataluña de 16 de diciembre de 2021 (rec. 5281/2021).

⁴⁷ SSTSJ Comunidad Valenciana de 17 de noviembre de 2022 (rec. 255/2022); Madrid de 10 de enero de 2024 (rec. 840/2023); Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 20 de marzo de 2024 (rec. 1144/2022), Cataluña de 24 de abril de 2024 (rec. 6889/2023). También SJSO núm. 1 Benidorm de 19 de abril de 2023 (autos 1207/2020).

⁴⁸ SANZ SÁEZ, C., “Un paso adelante en el avance para el trabajo del servicio del hogar familiar: Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 480, 2024, pág. 159. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.2148>

derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas en dicho período por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este sistema especial solo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 197.4 y 209.1.b)”. En la versión original del año 2015 se fijaba como año límite el 2018⁴⁹, sin embargo, las sucesivas reformas han ido extendiendo el límite del marco temporal. El RDL 16/2022 no sólo no suprimió este apartado, sino que nuevamente extendió el período hasta 2023. Esta regulación tiene efectos perniciosos sobre las empleadas de hogar. Como explica SANZ SÁEZ “al no completar los periodos de carencia requeridos para las correspondientes prestaciones, sólo les queda la opción de acudir al régimen no contributivo y, en última instancia, al ingreso mínimo vital”⁵⁰. Hay que tener en cuenta, además, que en el subsidio extraordinario por falta de actividad no se cotizó, a diferencia de la prestación de desempleo durante los ERTes, precisamente, para evitar asemejarse a una prestación por desempleo. Razón por la cual ese período figura como no cotizado.

El precepto, desde su origen planteaba un problema adicional, pues esa limitación temporal podría significar que la regla especial -con independencia de su significado preciso- sólo sería operativa cuando el hecho causante se produjera entre 2012 y 2018. No obstante, también cabía interpretar que era una regla aplicable a las lagunas de cotización producidas en estos años y que resultaría de aplicación a pensiones causadas posteriormente. Para RODRÍGUEZ CARDO⁵¹ la segunda interpretación parecía más ajustada al tenor literal de la norma. Sin embargo, el INSS ha emitido un nuevo criterio de gestión 27/2023, de 26 de diciembre donde se inclina por la primera interpretación, de modo que, conforme a lo dispuesto en los arts. 250.2 y 251 TRLGSS “a efectos del cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP derivada de contingencias comunes y de jubilación que se causen a partir de 1 de enero de 2024, la integración de las lagunas de cotización subsiguientes a un alta en el SEEH o en el antiguo REEH, cualquiera que sea la fecha en que dichas lagunas se hubieran producido, se integrarán conforme a las reglas generales previstas en los artículos 197.4 y 209.1.b) del TRLGSS o en las del régimen llamado a resolver sobre el derecho”. No se resuelve, sin embargo, la injusticia con las pensiones causadas antes de 1 de enero de 2024⁵².

6. Bibliografía

- BENAVENTE TORRES, M.I., “La ratificación del Convenio OIT nº 189 sobre el trabajo docente para las trabajadoras y trabajadores domésticos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 151, 2021.
- BENITO BENÍTEZ, M.A., “Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género”, *Lex Social*, Vol. 9, núm. 2, 2019.
- DÍAZ MORDILLO, M.A., “Sistema especial del hogar ¿Se ha conseguido la plena equiparación con el resto de trabajadores del Régimen general?”, en AA.VV. (GUERRERO PADRÓN, T., dir.), *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Aspectos críticos de su regulación*, “Laborum”, 2024.

⁴⁹ El origen de la norma se encuentra en la DA 39ª.3. d) Ley 27/2011.

⁵⁰ SANZ SÁEZ, C. “la necesidad de la reforma de las trabajadoras del cuidado y del servicio doméstico”, *Briefs de la AEDTSS*, 28 de mayo de 2022.

⁵¹ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La integración de los empleados de hogar en el Régimen general de la Seguridad Social: una valoración crítica”, 2012, Dialnet-LaIntegracionDeLosEmpleadosDeHogarEnElRegimenGener-4468979%20(1).pdf pp. 26-27

⁵² La ministra ha explicado que esta decisión se debe a razones presupuestarias y de equidad intergeneracional, ya que la medida supone un coste de unos 300 millones de euros al año. <https://okdiario.com/economia/si-eres-empleada-del-hogar-podra-ineficiarte-lagunas-cotizacion-como-funcionan-12118334> 26-12-2023 (última consulta 27 de junio de 2024).

- GALLEGO MOYA, F., *La extinción del contrato de trabajo doméstico*, “BOE”, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 19, 2023.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, “Dykinson”, 2022.
- GARCÍA NINET, J. I et al., *Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, Financiado por medio de la subvención dirigida a actividades de estudio e investigación en el ámbito de la protección social (FIPROS 2006). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Orden TAS/1587/2006, de 25 de mayo. Disponible en 21_F06.pdf (seg-social.es).
- GARCÍA TESTAL, E., “¿Trabajo doméstico decente?: una reflexión sobre los déficits de protección del régimen jurídico de las personas que realizan trabajo doméstico en España”, *Documentación Laboral*, núm. 125, 2022
- GÓMEZ GARCÍA, F.X., “Empleados de hogar y su protección desde la Seguridad Social: Una situación aún deficitaria”, *Lex Social*, Vol. 11, núm. 2, 2021.
- GRAU PINEDA, C., “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos” *Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019.
- LÓPEZ INSÚA, B.M., y MONEREO PÉREZ, J.L., “Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad”, *La Ley Unión europea*, núm. 101, marzo 2022 (versión digital).
- LOUSADA ARONCHENA, F., “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España”, en AA. VV (VICENTE PALACIO, A., coord.), *Aplicación por los Tribunales Españoles de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Materia Social*, Atelier, Barcelona, 2023.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “La legislación española que excluye constitutivamente de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea (Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C-389/20)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 29, 2021.
- PÉREZ DEL PRADO, D., “La protección por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar: barreras jurídicas y económicas que se han superado”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 32, 2022.
- QUESADA SEGURA, R., “Sobre los derechos que mejoran las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las trabajadoras del hogar familiar. Análisis del Real Decreto-Ley 16/2020, de 6 de septiembre”, *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 63, 2022.
- QUINTERO LIMA, M.G., “El tratamiento discriminatorio de la ausencia de protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 468, 2022. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.4071>

- QUINTERO LIMA, M.G., “La desprecuarización de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 473, 2023. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.7661>
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una ‘revolución inconclusa’”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “La integración de los empleados de hogar en el Régimen general de la Seguridad Social de la Seguridad Social: una valoración crítica”, 2012, *Dialnet-La Integración De Los Empleados De Hogar En El Régimen General*-4468979%20(1).pdf
- ROJO TORRECILLA, E., “El TSJ de Cataluña confirma el derecho de una trabajadora empleada de hogar al percibo de indemnización por despido a cargo del FOGASA. Notas a la sentencia de 25 de abril de 2023, y recordatorio de la sentencia del JS núm. 32 de Barcelona de 14 de marzo de 2022”, *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, entrada del 13 de mayo de 2023, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/05/el-tsj-de-cataluna-confirma-el-derecho.html>
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “Trabajo doméstico y protección social frente a contingencias de trabajo”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 5, núm.2, 2020, <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i02.07>
- SANZ SÁEZ, C. “La necesidad de la reforma de las trabajadoras del cuidado y del servicio doméstico”, *Briefs de la AEDTSS*, 28 de mayo de 2022.
- SANZ SÁEZ, C., “Un paso adelante en el avance para el trabajo del servicio del hogar familiar: Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 480, 2024, <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21481>
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “La protección por desempleo en el sistema especial de empleo doméstico”, *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 3, 2022.
- VICENTE PALACIO, A., *et altri*, *Regímenes especiales de la Seguridad Social. Problemática de su integración en el Régimen general o en el Régimen especial de Trabajadores autónomos*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Fondo de Investigación de la protección social, 2010, disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/FondoInvestigacionProteccionSocial/242/2067>

LA OIT ANTE EL RETO DE LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL NUEVO CONTEXTO DIGITAL

LUIS ANTONIO RIVERO BERMÚDEZ DE CASTRO

1. Introducción

La Primera Revolución Industrial, la del Carbón, se produce 1765. Fue necesario esperar más de un siglo, para el advenimiento de la Segunda Revolución Industrial, la del Gas en 1870. De nuevo tendremos que esperar un siglo a la Tercera Revolución Industrial, la Electrónica y Nuclear en 1969. Ya en este siglo (año 2000) la Cuarta Revolución Industrial, Internet y las Energías Renovables, han colonizado nuestra vida diaria. Han transcurrido apenas treinta años de la anterior.

La última gran revolución, la que conocemos como Industria 4.0, es un término acuñado por Klaus Schwab, fundador del Foro Económico Mundial, que destaca: *“la generalización del término Industria 4.0 y su equiparación a la cuarta revolución industrial, desarrollada en tiempos recientes a través de la adopción de lógicas y tecnologías innovadoras derivadas de “lo digital” en el interior de los lugares de trabajo y en los procesos organizativos y productivos.*¹

¹ IGARTUA MIRÓ M.T.: “La obligación de seguridad 4.0”. *Temas Laborales* núm. 151, 2020, pág. 328. Más ampliamente véase: SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Debate-Foro Económico Mundial, Barcelona, 2016, pp. 34 ss (v. digital); también STABILE, S., BENTIVENGA, T. e PIETRAFESA, E., *ICT e lavoro: nuove prospettive di analisi per la salute e la sicurezza sul lavoro*, INAIL, Milano, 2017, p. 18; GUARASCIO, D. e SACCHI, S., *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, INAPP, Roma, 2017, p. 5. TORRECILLA GARCÍA, J.A., PARDO FERREIRA, C. y RUBIO ROMERO, J.C., *Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo*, RTSS. CEF, nº extraord. 2019, pp. 27 ss. La Digitalización y la industria 4.0, CCOO, Madrid, 2017.

Es una nueva etapa disruptiva, como las anteriores, en la que entramos en el mundo de la realidad virtual; la Inteligencia Artificial (más conocida por su acrónimo IA). Nos hemos de familiarizar con conceptos como ciberseguridad; Big data; conectividad en la nube; Internet de las cosas; robots colaborativos (cobots); Machine Learning (Sistemas que aprenden a base de gran cantidad de datos) o Deep Learning (Sistemas sin guía humana que funcionan con redes neuronales).

Es una era, en fin, de vértigo, de inmediatez. La tecnología nace obsoleta, las grandes empresas se rigen por algoritmos, en su toma de decisiones, en la selección de personal, en el control de los procesos productivos. Resistirse no es opción. De lo contrario no seremos sino los prisioneros de la caverna de Platón. Lo que nos lleva a abordar la difícil tarea de crear el entorno adecuado a esta revolución y especialmente en el campo de la inserción de la mujer en plena igualdad con el hombre. La tarea que me encomiendo con este trabajo y espero al menos aproximarme al objetivo es -con espíritu crítico y ánimo innovador- analizar el entorno laboral que nos ha llevado hasta este nuevo e inquietante mundo de la Industria 4.0², en lo que a igualdad de las trabajadoras y trabajadores se refiere; el marco jurídico actual mediante el que se pretende la correcta adaptación de los diversos elementos que conforman esta nueva Industria, con un especial referencia a la labor de la OIT y su proyección en nuestro ordenamiento jurídico y por último y esencial, potenciar el debate en torno a esta cuestión. Hemos de superar el hito de la igualdad de género en el entorno laboral

2. Situación laboral de la mujer en las revoluciones industriales. Finales del siglo XVIII a la actualidad

2.1. Dimensión histórica

Desde un punto de vista antropológico, el término civilización implica desarrollo, evolución (sistema de escritura, gobierno, producción de excedentes alimentarios, la división del trabajo, derecho, urbanización...). Sin embargo, la historia ha constatado que el concepto de civilización en el sentido comúnmente aceptado no solo se ha definido por esos elementos. La riqueza y especialmente las diversas formas de incrementarse, su aplicación y administración en beneficio de algunos, ha supuesto como contrapartida un perjuicio para otros. Tal es el caso del trabajador y más visiblemente de la mujer trabajadora.

Desde el advenimiento de la civilización, el esfuerzo de muchos ha sido buscar los mecanismos mediante los que la proporción entre el aumento de la riqueza y la protección del trabajador, fuera una realidad tangible, no una mera aspiración. Los intereses de la sociedad son superiores a los intereses individuales y unos y otros deben concertarse en una relación justa y armónica. Es necesario anteponer valores que permitan sentar las bases para la consecución de ese objetivo: la democracia en la administración, la fraternidad en la sociedad, la igualdad de derechos y la instrucción general.

Esta declaración de principios, desnuda de ideología, puede e incluso debería suscribirse por cualquiera. Sin embargo, la consecución de las diversas revoluciones industriales, con todas las

² Más ampliamente véase: SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Debate-Foro Económico Mundial, Barcelona, 2016, pp. 34 ss (v. digital); también STABILE, S., BENTIVENGA, T. e PIETRAFESA, E., *ICT e lavoro: nuove prospettive di analisi per la salute e la sicurezza sul lavoro*, INAIL, Milano, 2017, p. 18; GUARASCIO, D. e SACCHI, S., *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, INAPP, Roma, 2017, p. 5. TORRECILLA GARCÍA, J.A., PARDO FERREIRA, C. y RUBIO ROMERO, J.C., *Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo*, RTSS. CEF, nº extraord. 2019, pp. 27 ss. La Digitalización y la industria 4.0, CCOO, Madrid, 2017

bondades que nos han traído, no han sido un paradigma del ideal que nos proponía Lewis Henry Morgan³.

El éxito de la revolución industrial en Gran Bretaña, el foco principal, en los siglos XVIII y XIX, no estuvo en la suerte, el genio o la cultura británica o en el auge de la ciencia. Fue el éxito de su economía internacional lo que puso en marcha el desarrollo económico que los inventores británicos supieron aprovechar, con resultados altamente remunerativos. La revolución industrial fue, en fin, una respuesta a la oportunidad⁴.

Uno de los factores que impulso esta primera revolución en Gran Bretaña, fue el hecho de que la mano de obra era especialmente cara y la energía especialmente barata, por lo que los inventores británicos se vieron inducidos a inventar máquinas que sustituyeran la mano de obra por energía y capital⁵.

De la misma forma, la revolución industrial de principios del siglo xx no ha sido más que una revolución tecnológica, centrada en las fuentes de invención⁶.

La primera revolución industrial no supuso una revolución equivalente de los derechos de los trabajadores. Más al contrario se hizo a costa de aquellos.

En efecto en los albores de esta era, la situación en que se encontraba la auténtica protagonista de nuestra disquisición, la mujer trabajadora, queda reflejada de forma muy descriptiva por la historiadora estadounidense, Joan Wallach Scott (Brooklyn, Nueva York, 18 de diciembre de 1941)⁷:

“La mujer trabajadora fue un producto de la revolución industrial, no tanto porque la mecanización creara trabajo para ella allí donde antes no había habido nada (aunque, sin duda, ese fuera el caso en ciertas regiones), como porque en el transcurso de la misma se convirtió en una figura problemática y visible”

La condición laboral de la mujer trabajadora no venía determinada por la capacitación profesional⁸ adquirida en términos de conocimientos habilidades o destrezas, sino por factores considerados como la actitud propia de la condición femenina. En este sentido dicha consideración social hacía inviables planos de protección derivados de la igualdad de derechos o la conciliación familiar.

Es por ello que, la contratación de mano de obra femenina partía para el empresario de dos premisas que poco o nada tenían que ver con su capacidad o cualificación para el trabajo: el verdadero significado de la feminidad y la compatibilidad entre feminidad y trabajo asalariado. Además, en términos morales y categoriales.

³ FRIEDRICH ENGELS (1820-1895) *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado* Archivo Marx-Engels de la Sección en Español del Marxists Internet Archive (www.marxists.org), 2017. Pag. 98

⁴ ROBERT C. ALLEN. *The British Industrial Revolution in Global Perspective*: “How Commerce Rather than Science Caused The Industrial Revolution and Modern Economic Growth”. Pag. 2.

⁵ *Ibidem*. Pag. 2.

⁶ *Ibidem*. Pag. 2.

⁷ VV.AA: *La mujer trabajadora en el siglo XIX Historia de las mujeres en Occidente* / GEORGES DUBY (dir.), MICHELLE PERROT (dir.), MARCO AURELIO GALMARINI RODRÍGUEZ (trad.), Vol. 4, 1993 (El siglo XIX / GENEVIÈVE FRAISSE (dir.), MICHELLE PERROT (dir.), MARÍA XOSÉ RODRÍGUEZ GALDO (dir.)), ISBN 84-306-9823-X, págs. 405-436

⁸ Y es que la cuestión no se centraba en la capacidad de la trabajadora para el desempeño determinadas funciones bien para el desarrollo de un trabajo manual o intelectual, sino en la idoneidad basada en la condición de mujer y su disponibilidad para trabajar por una remuneración.

El marco de debate se situaba en una reconocida oposición entre hogar y trabajo; maternidad y trabajo asalariado y feminidad y productividad⁹

A tenor de lo expresado, en esta etapa inicial la posición social de la mujer para ser contratada venía determinada por sus circunstancias personales: edad, soltería o viudedad. Las mujeres casadas formaban parte activa de la fuerza de trabajo, si bien el tiempo que invertían en tareas domésticas y las circunstancias económicas de la familia condicionaban su trabajo¹⁰.

El trabajo de la mujer durante esta etapa viene marcado por una serie de premisas que lo fueron vertebrando en todos los ámbitos en que se abordaba este problema: doméstico, sindical, político y legal; consagrando el rol doméstico de la mujer. Aspectos como la organización espacial del trabajo, las jerarquías de los salarios, o la promoción y el estatus, acotaron su actividad laboral a determinados tipos de empleo y en ciertos sectores del mercado de trabajo, terminando por constituir una fuerza de trabajo sexualmente escindida¹¹

Como hemos adelantado desde el ámbito sindical o político se dispensaba la misma consideración a la mujer. Su papel en el trabajo -sin ambages- era de inferior condición¹². En realidad, nos encontrábamos con un problema social, una cuestión de lo que hoy entendemos por justicia de género¹³. Los intentos por atajarlo o, al menos, reducirlo, incluso en el ámbito normativo, lo que hicieron fue consolidar aún más la desigualdad del trabajo femenino¹⁴.

Las disposiciones del Concilio de Trento; la Novísima Recopilación de 1805; la ley del Matrimonio Civil de 1870; el Decreto de 9 de febrero de 1875 y, posteriormente, el Código Civil de 1889, son esenciales para comprender esta posición de la mujer durante los siglos XIX y parte del XX en España. Dentro de estas es la regulación del matrimonio, donde se consagra y delimita la situación jurídica de la mujer. Son normas que, en lo sustancial, restringen la condición de la mujer casada cuya capacidad de obrar esta anudada a la del varón, complemento esencial de la capacidad de la mujer. Se institucionaliza, por ley, la inferioridad de la mujer frente al varón.¹⁵

Pese a voces tan autorizadas como las de Concepción Arenal ("La mujer del Porvenir", 1869) y otras que la siguieron, entrado ya el siglo XX: Clara Campoamor, que el 1 de octubre de 1933 consiguió por primera vez el derecho al voto de las mujeres españolas¹⁶; Victoria Kent Siano, que en enero de 1925 se colegió como abogada y comenzó a actuar ante los Tribunales. Fue la primera mujer abogada de Madrid o Isabel Oyarzábal Smith, que pudo presumir de ser la

⁹ JULES SIMON. *L'Ouvriere*, 2ª ed., Paris Hachette, 1861. pág. v

¹⁰ VV.AA: *La mujer trabajadora en el siglo XIX Historia de las mujeres en Occidente*. p.3

¹¹ *Ibidem*. p.11

¹² MERCEDES TEN DOMÉNECH *Mujeres en la España del siglo XIX. Una mirada jurídica a través de la literatura: La Regenta*, Valencia 2022: "Se consolida pues, un arquetipo femenino esencialmente doméstico, fruto del éxito de la extendida creencia acerca de la inferioridad congénita de la mujer que la convierte en dependiente del varón y de la consideración de que ésta, a causa de su maternidad, es la principal y más idónea protectora del hogar. Prueba de la antigüedad de tal creencia la hallamos en las Partidas, donde se asevera: "Otro si de mejor condición es el varón que la mujer en muchas cosas y en muchas maneras; así como se muestra abiertamente en las leyes de los títulos de este nuestro libro". pág. 309.

¹³ UNIFEM, *El progreso de las mujeres en el mundo 2008/2009. ¿quién responde a las mujeres? Género y rendición de cuentas*, pág. 4. El citado informe "identifica dos elementos indispensables para una rendición de cuentas sensible al género. En primer lugar, las mujeres deben participar en todo proceso de supervisión o rendición de cuentas. En segundo lugar, los compromisos nacionales en pro de la igualdad de género y los derechos de la mujer deben formar parte de los estándares sobre la base de los cuales se toman las decisiones públicas" (Mensaje de BAN KI-MOON).

¹⁴ MERCEDES TEN DOMÉNECH, *op citada*, pág. 309

¹⁵ *Ibidem*. Pág.311

¹⁶ *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española*, Tomo III, nº48, págs. 1351-1355. Chromeextension://efaidnbmnnpicajpcglclefindmkaj/https://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/54648_1506689774662.pdf

primera Inspectora de Trabajo en España; pese a ellas, la mujer ha tenido que librar una lucha dura para obtener el lugar que por derecho le corresponde en nuestra sociedad.

2.2. Los derechos de la mujer y la influencia del capitalismo en el siglo xx¹⁷

El siglo xx y las revoluciones que lo acompañaron no van a suponer un cambio en la tónica marcada por la situación anterior. La relación mujer-trabajo, se asentaba sobre convenciones ancestrales, estructuralmente incardinadas en la sociedad y difícilmente alterables.

De hecho, el entorno laboral de la mujer en el contexto del capitalismo del siglo pasado vendrá presidido por un principio clave, el de la División Sexual del Trabajo (DST)¹⁸, como forma de organización del trabajo entre hombres y mujeres, adjudicando determinados trabajos en función de roles de género. Se delimitan las funciones productivas de la mujer y se establecen criterios para el desarrollo del trabajo reproductivo, como diferenciado del productivo, siendo este último dirigido a bienes y servicios, asalariado y reconocido socialmente en las sociedades industrializadas, frente a aquel, carente de ese reconocimiento socio económico y vinculado a las tareas domésticas y de cuidados.

Esta forma organizativa parte de una segregación vertical y horizontal del trabajo. Lo que implica, respectivamente, separar las distintas ocupaciones según el tipo de proceso laboral, por los tipos de puestos y por las calificaciones laborales que se requieran para realizarlos y diferenciar el acceso a los trabajos por ramas o sectores según sean considerados como “masculinos” o “femeninos”. La inmediata consecuencia de este modelo (basado en la segregación) es que la incorporación de la mujer a un trabajo asalariado lo será, por lo general, a actividades que les son prescritas y que resultan de una serie de interacciones socialmente construidas y modeladas con el fin de aumentar la plusvalía o en palabras de Carlos Marx, la “valorización proporcional del capital variable”¹⁹. Los “dos únicos elementos de los que dependen las ganancias (léase plusvalía) de los capitalistas son: primero, la magnitud del producto, o en otros términos, la fuerza productiva del trabajo; y segundo, la parte de esa producción obtenida por los mismos trabajadores; esto es, la proporción que guarda la remuneración de los trabajadores con la cantidad que producen.”²⁰ O dicho de otro modo la incorporación de la mujer se hace en fin, en función de un mayor beneficio económico para el empleador.

Se advierte con claridad que el acceso de la mujer al trabajo se asienta en jerarquías y desigualdades en la valoración social del trabajo, no en el hecho natural o biológico. La concepción del trabajo femenino, según esa DST, supone delimitar espacios en que la mujer se pueda desarrollar. Delimitación que se concreta en:

- a) La consideración del trabajo de la mujer como mero complemento del de el hombre. Como apoyo a la economía familiar.

¹⁷ SIBYL ITALIA PINEDA SALAZAR: *El trabajo de las mujeres en las sociedades capitalistas: Una cuestión de enajenación y sobreexplotación*, Ivonne Angelica Flores Solares. Journal of Feminist, Gender and Women Studies 11:47-54, September 2021, pp. 51-53

¹⁸ HELENA HIRATA: *La división sexual del trabajo, permanencia y cambio*, Daniele Kergoat, Asociación Trabajo y Sociedad (Argentina). Centro de Estudios de la Mujer (Chile) y PIETTE del CONICET (Argentina), julio de 1997: “La división del trabajo entre los varones y las mujeres forma parte de la división social del trabajo. Desde un punto de vista histórico, se observa que la actual estructuración de la división sexual del trabajo (trabajo asalariado/trabajo doméstico, fábrica-oficina/familia) apareció simultáneamente con el capitalismo, y que la relación salarial no hubiera podido establecerse en ausencia del trabajo doméstico (de paso advertimos que este concepto de ‘trabajo doméstico’ no es ni a-histórico ni transhistórico; por el contrario, su aparición está fechada históricamente). Del nacimiento del capitalismo al período actual, las modalidades de esta división del trabajo entre los sexos, tanto en el salariado como en el trabajo doméstico, evolucionan en el tiempo de manera concomitante con las relaciones de producción (...)”

¹⁹ KARL MARX, *El capital*, tomo I, México: FCE, 1974, p. 162

²⁰ JOHN S. MILL, *Principios de economía política*, México: FCE, 1978, p. 371

Nos encontramos ante un trabajo precario, temporal, a tiempo parcial. Un trabajo que carece de la entidad del ejercido por el hombre. Esta precariedad supone un beneficio para la sociedad capitalista y para la acumulación del capital, que se concreta en la aceptación de empleos sin contrato, con poca o nula cobertura social y sin protección sindical. El binomio capital humano femenino, capital económico es esencial para el capitalismo.

Esta realidad lleva a concluir que los contratos a tiempo parcial fueron creados, precisamente, para las amas de casa, habida cuenta de la vocación doméstica que tiene la mujer. En esta tesitura solo se puede hablar de temporalidad en su relación laboral.

- b) Esto nos lleva a abordar la segunda forma de manifestación de la DST, directamente relacionada con la anterior, se concreta en la normalización de las brechas salariales entre hombres y mujeres, donde las mujeres, por lo general, perciben salarios más bajos.

En efecto a lo largo de las diversas fases de industrialización que venimos analizando se pone de manifiesto este problema de naturaleza estructural y muy arraigado. Solo a partir de los años sesenta del siglo xx, se observa una tendencia hacia una ligera reducción de la brecha salarial entre hombres y mujeres. El problema es que se trata de una aproximación tan lenta que la superación de esa brecha se puede prolongar hasta setenta años. Pero además esa aproximación no es ni constante ni lineal²¹.

Las causas de esta brecha son, precisamente, las que se exponen en este trabajo y que tienen su origen, en las normas sociales de género (de las cuales se derivan los roles y los estereotipos de género). Recuerde nuestro amable lector lo que dijimos al abordar la situación a finales del s. xviii y durante el s. xix.

Aparecen también otra serie de factores que no han coadyubado a superar el problema. Tal es el caso – en España, por ejemplo- de la elección del área de estudios por parte de las jóvenes, que revela una tendencia de la mujer, de manera no consciente, a encauzar sus estudios, influidas por estereotipos acerca de lo que es propio o “normal” en chicos o en chicas. El resultado es que todavía hoy, sigue siendo muy minoritario el porcentaje de chicas que eligen estudios universitarios en áreas como las ingenierías o la informática (en donde los salarios son más elevados); la distribución del tiempo dedicado al trabajo doméstico y de cuidados entre las parejas heterosexuales, que revela que en pareja que mantenían roles ajenos a esta DST a que nos venimos refiriendo, “tras el nacimiento de su primer hijo, ella se empieza a centrar relativamente en los cuidados (haciendo uso de prácticas de conciliación como la reducción de jornada, etc., las cuales, a menudo, comportan hacer sacrificios profesionales) mientras que él pasa a centrarse relativamente en su carrera profesional (no haciendo uso de dichas medidas de conciliación). En realidad, este fenómeno es una manifestación más de la conocida como “penalización salarial por maternidad” derivada de una falta de corresponsabilidad entre la madre y el padre en las tareas de cuidados familiares”²². Por último, existe un factor que se vincula con los sesgos discriminatorios de las trabajadoras, más acusado en el grupo de trabajadoras madres. Este último factor ha quedado evidenciado en un estudio de la socióloga estadounidense Dra. Shelley Correll²³, en el que se constata cómo determinados estereotipos en torno a las madres generan sesgos negativos en la evaluación de las mismas en los procesos de selección o de promoción

²¹ JOSÉ ANDRÉS FERNÁNDEZ CORNEJO y LORENZO ESCOT MANGAS: “La cronificación de la brecha salarial entre hombres y mujeres y el mundo de las jugueterías”; Grupo de investigación Análisis económico de la diversidad y políticas de igualdad (<http://www.ucm.es/aedipi/>). Pág.1

²² *Ibidem*. Pág.2

²³ SHELLEY J. CORRELL *Conseguir un trabajo: ¿Existe una penalización por maternidad?*, Esteban Benard, En paik. *Revista americana de sociología*, vol. 112, núm. 5 (marzo de 2007), págs. 1297-1338.

3. La protección de la igualdad en la actualidad: la OIT

3.1. Contexto actual

La Industria 4.0 es fruto de una nueva revolución donde las tecnologías inteligentes se integran en las organizaciones, las personas y los activos.

Es una revolución marcada por la aparición de la robótica, la inteligencia artificial, las tecnologías cognitivas, la nanotecnología y el *Internet of Things* (IoT), entre otras, y es en este sentido que ya la propia Comisión Europea parece lanzar un mensaje optimista sobre la posibilidad real de la existencia de que esta revolución industrial 4.0 o tecnológica²⁴ se complemente con la nueva Industria 5.0, que se caracteriza, dado su “carácter híbrido”, por una mayor colaboración entre personas y máquinas con capacidad de pensar²⁵.

El término Industria 4.0, fue acuñado en la Feria de Hanover en 2011 y hace referencia a una nueva forma de entender los medios de producción, la digitalización de los procesos productivos con disminución de los costes y un correlativo incremento de la competitividad²⁶.

Sin embargo, paradójicamente, está generando efectos no deseables en el empleo y el derecho del trabajo. Por un lado, extingue o difumina la relación de trabajo, dejando en segundo término la aplicación del derecho laboral, principalmente en las plataformas colaborativas y, por otro lado, el uso de la tecnología y la robótica tiene como consecuencia la disminución de empleos; fruto de la sustitución de trabajadores por máquinas. De tal manera que nos enfrentamos a una sociedad de menos empleo subordinado y menos empleo que utilice la mano de obra²⁷.

La OIT se ha pronunciado sobre esta nueva industria, destacando la intensidad de esta revolución, frente a las pasadas. Advierte de los elevados componentes de incertidumbre que trae consigo y destaca que los más pesimistas señalan, incluso, que los imponderables que trae la nueva era podrían generar infortunios duraderos para la mayoría de la población. En este sentido, la preocupación principal sigue siendo el empleo. Se refiere la OIT en este sentido al informe de *McKinsey Global Institute* (Manyika *et al.*, 2017) en el que se afirma que alrededor del 50% del tiempo dedicado a actividades de trabajo humano en la economía global es automatizable.

La Industria 4.0 -previene la OIT- está provocando efectos evidentes en el mundo del trabajo: Su impacto no se limita a la pérdida tradicional de empleos rutinarios. Es posible que la distinción entre empleos calificados no afectados por la tecnología y empleos no calificados, reemplazables, se difumine. Las tecnologías relacionadas con la inteligencia artificial, por ejemplo, permiten realizar tareas para las que las personas tuvieron que dedicar muchos años de formación. Las avanzadas tecnologías que ya están operativas permiten coordinar logísticas, manejar inventarios, liquidar impuestos, traducir documentos complejos, escribir textos

²⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: *Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una sociedad del e-trabajo decente*, Revista Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 459, 2021, p. 7. La propia Unión Europea, alerta de la necesidad de hacer uso de la tecnología también en aras de la prosperidad de todos los agentes de la sociedad. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “El Derecho del Trabajo en el principio de libertad de empresa”, Trabajo y Derecho, núm. 57, 2019, pp. 12 y ss.

²⁵ En octubre de 1950, Alan Mathison Turing (Paddington, Londres; 23 de junio de 1912-Wilmslow, Cheshire; 7 de junio de 1954), nos propuso la siguiente pregunta “¿Pueden pensar las máquinas?”, fue el germen de la IA. *Mind*, volumen LIX, número 236, octubre de 1950, “Maquinaria Informática e Inteligencia” páginas 433-460, <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433> Publicado: 01 de octubre de 1950. (Rescatado de <https://academic.oup.com/mind/article/LIX/236/433/986238>)

²⁶ MASSIMO CERMELLI y AIDA LLAMOSAS, *Italia y la industria 4.0*. DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág 287

²⁷ ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, “La cuarta revolución industrial (industria 4.0). entre menos trabajo, nuevos empleos y una cíclica necesidad: la protección del trabajador asalariado y no asalariado”, DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág.34

analíticos, redactar informes legales o diagnosticar enfermedades. Destaca el Alto Organismo que en las últimas décadas se han producido fuertes incrementos en los retornos a la educación, lo que supone un estímulo claro para reemplazar y automatizar estas tareas, que se han vuelto relativamente costosas²⁸.

Es evidente que, por ejemplo, la llegada de las tecnologías de información y comunicación (TIC) en la industria 4.0, como punta de lanza en la innovación tecnológica digital, también conocida como industria inteligente, considerada como la columna vertebral de la cuarta revolución industrial²⁹ ha supuesto incertidumbre en el empleo. Las redes sociales, permiten la compraventa de mercancías o servicios (Facebook), así como la aparición de nuevas actividades o empleos, es el caso de los *youtubers* o *influencers*; la economía colaborativa u *on demand*, permite nuevas maneras de prestar servicios de transporte (Uber, Cabify) u hospedaje (Airbnb). La tecnología ha permitido también desplazar la venta directa en un local determinado por la venta *on line* (Amazon)³⁰.

Las nuevas formas de gestión de los recursos, ha generado inseguridad jurídica. Un caso paradigmático lo constituyen los *riders*, también conocidos como trabajadores de plataformas o “falsos autónomos”, que trabajan para plataformas digitales como Glovo, UberEats o Deliveroo. Figuras, como esta última que, no obstante, se van encauzando -es el caso de España- por la propia jurisprudencia del TS³¹

El objetivo del legislador laboral en esta era digital es buscar el equilibrio entre los elementos novedosos en las relaciones laborales que ha introducido la aplicación de la tecnología, y la protección de la parte más débil contractualmente.

3.2. La igualdad en el trabajo y la brecha de género: Especial referencia a las resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La Organización de Naciones Unidas (ONU)³² y la agencia de esta, la OIT, son la referencia más importante en la lucha a favor de los derechos laborales a la vez que generadoras de un marco normativo, evolutivo real, marcado por las premisas de la comprensión y el respeto por los derechos laborales y civiles en el marco del empleo³³

En lo que concierne a la igualdad en el trabajo y la brecha de género, la OIT tiene una postura bien definida sobre la posición de la mujer³⁴: *“Las mujeres quieren trabajos remunerados. Sin embargo, la parte no remunerada de su trabajo es lo que las retiene, esencialmente. Al examinar las*

²⁸ OIT, *El futuro del trabajo en el mundo de la industria 4.0* Proyecto de investigación UIA/OIT, Organización Internacional del Trabajo 2020 Primera edición 2020. Pág.24

²⁹ LEONORA A. TOTA, *Tecnologías de información y Comunicación en la Cuarta Revolución Industrial 4.0*. Lizmary C. Pereira Y Abg. Desiree Curiel. Venezuela, Universidad Privada Dr. Rafael Belloso Chacín Revista Electrónica de Estudios Telemáticos, 1ª Ed. 2020. Pág 1

³⁰ ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, “La cuarta revolución industrial (industria 4.0). entre menos trabajo, nuevos empleos y una cíclica necesidad: la protección del trabajador asalariado y no asalariado” DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 36

³¹ STS 25/09/2020 Pleno de la Sala Cuarta (Roj: STS 2924/2020 - ECLI:ES:TS:2020:29249) y Ley 12/2021, de 12 de mayo. El Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado que la relación existente entre un repartidor (*rider*) y la empresa Glovo tiene naturaleza laboral

³² ONU, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Por su importancia, dejamos reseñada la presente Convención a fin de resaltar la importante aportación de la ONU en la materia, ya que la pretensión de este trabajo se centra en la labor de la OIT

³³ CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO *Consideraciones al tratamiento en derecho positivo sobre la brecha salarial a la mujer con discapacidad*. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), ISSN-e 2340-4647, N°15, 2019, págs. 135

³⁴ OIT, “Un paso decisivo hacia la igualdad de género: en pos de un mejor futuro del trabajo para todos” Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra 2019. Prefacio

diversas brechas de género y los diferentes obstáculos, se vuelve sistemáticamente a la cuestión del cuidado”. La realidad demuestra la contumacia con que los roles que definen el trabajo femenino se vienen reafirmando, incluso bien entrado s. XXI.

Las normas sociales insisten en ubicar a la mujer como cuidadora y al hombre como proveedor, siendo así que las necesidades de cuidado deben proveerse a través de leyes, políticas y servicios.

Este rol que se atribuye a la mujer resalta la OIT, de un trabajo no remunerado, tiene consecuencias graves y de gran alcance: las mujeres son más vulnerables a la violencia y el acoso en el trabajo, a una remuneración baja y desigual, y a la falta de voz y de representación. Esta situación exige abordar el dilema del trabajo de cuidados y del trabajo remunerado, de lo contrario estaremos condenados a revivir el pasado.

Desde su constitución en 1919, la OIT ha hecho un esfuerzo en la protección de los principios y derechos fundamentales en el trabajo siguiendo los postulados de la Declaración de Filadelfia, de 1944 (Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia en su 26ª reunión, de diez de mayo de 1944). En 1998 se adoptó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento; en 2008 la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa³⁵. Todas ellas revelan el interés del organismo en superar las deficiencias estructurales existentes en torno a los derechos de los trabajadores y especialmente de las trabajadoras, que hemos resaltado en este trabajo, a lo largo de los siglos en que se van concretando las diversas revoluciones industriales.

En materia de igualdad entre hombres y mujeres es oportuno destacar alguno de los Convenios que más en profundidad han reparado en la cuestión:

El 6 junio 1951, en el seno de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad, en su 34ª reunión aprobó el Convenio nº100 sobre igualdad de remuneración. El presente Convenio, conmina a todos los miembros de la Organización a “promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor” (Art.2).

Es necesario resaltar el gran paso que supuso esta Convenio. En su art. 1b) afirmaba que “la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”. Declaración esta, de indudable importancia, máxime por la situación que venían padeciendo las mujeres huérfanas de una normativa que recondujese la flagrante desigualdad existente; impulsó a su vez las condiciones idóneas para la protección de situaciones específicas, con la posterior celebración (en 1966) del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos, que prohibió expresamente, entre otros factores, la discriminación de las personas, por ejemplo, por su discapacidad³⁶

El 4 de junio de 1958 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, aprueba, en su 42.ª reunión, el Convenio nº111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Convenio, que obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que

³⁵ OIT *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*. Cuarta edición 2019, págs. 121 y ss.

³⁶ CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO *Consideraciones al tratamiento en derecho positivo sobre la brecha salarial a la mujer con discapacidad*. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), ISSN-e 2340-4647, N°15, 2019, págs. 137

promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

El de 25 de junio de 1975, se elabora la “Declaración sobre la igualdad de condiciones y oportunidades para el hombre y la mujer en la ocupación y en el empleo”³⁷. A lo largo de sus 15 artículos desarrolla todos y cada uno de los aspectos sobre la igualdad de condiciones y oportunidades para el hombre y la mujer.

El 23 junio de 1981, se aprueba el Convenio nº156: “Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares”, de especial relevancia para la mujer trabajadora. El texto establece un marco jurídico para los que denomina trabajadores/as con responsabilidades familiares, donde “con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y en la medida de lo posible sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales” y sigue diciendo “A los fines del párrafo 1 anterior, el término discriminación significa la discriminación en materia de empleo y ocupación tal como se define en los artículos 1 y 5 del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958”.

En junio de 2004, de nuevo se adopta una resolución de especial interés, la “Resolución relativa a la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, a la igualdad de remuneración y a la protección de la maternidad”, adoptada en la 92ª reunión de la OIT.

Pese a todos estos esfuerzos, ¿se esta logrando el objetivo perseguido? ¿Se consolida, en fin, la igualdad de hombre y mujer en el trabajo?

Tomemos como ejemplo la posición de la mujer en los estratos más elevados de las empresas, las grandes empresas, donde hoy día se toman importantes decisiones que nos afectan a todos. La OIT nos revela que las empresas de todas las regiones tienen menos mujeres a medida que se progresa en el escalafón corporativo, lo que pone de relieve que la segregación vertical en el trabajo es una realidad

Se observa que el acceso a los puestos de trabajo de alto nivel, ejecutivos y con salarios elevados, es limitado. En un reciente estudio de la OIT sobre “Proporción media de mujeres y hombres en puestos directivos entre 1991 y 2019”³⁸, se constata que las mujeres están superando a los hombres en la formación de educación superior en la mayoría de las regiones (y casi igualándolo en África). Sin embargo, las diferencias entre hombres y mujeres en puestos directivos, está en porcentajes inasumibles, pese a que -concluye la OIT en su estudio- “las mujeres están más instruidas y más activas en el mercado de trabajo que nunca, y cada vez con mayor frecuencia desempeñan funciones directivas”. En África: 19.69% mujeres frente a un 80.31% de hombres; Oriente Medio y África del Norte: 10.04% mujeres frente a un 89.96% de hombres; Asia y el Pacífico: 19.97% mujeres frente a un 80.03% de hombres; Europa y Asia Central: 19.97% mujeres frente a un 80.03% de hombres; América del Norte: 36.28% mujeres frente a un 63.72% de hombres y América Latina y el Caribe: 32.20% mujeres frente a un 67.80% de hombres. Las cifras son bastante elocuentes.

³⁷ OIT, *Boletín oficial*, Vol. LVIII 1975 Serie A, núm. 1; Págs. 104 - 109

³⁸ OIT *Las mujeres en la gestión empresarial. Argumentos para un cambio*. Primera edición 2019 Págs. 28 y ss

Nos encontramos ante el fenómeno de segregación ocupacional (“paredes de cristal”³⁹) según el cual las mujeres con un cargo directivo tienden a concentrarse en funciones de apoyo administrativo, tales como recursos humanos, finanzas y administración. En dichos cargos, la mujer tiene escasas posibilidades de ascender en la empresa, frente a los directivos de sexo masculino predominantes en las áreas de investigación y desarrollo, pérdidas y ganancias, y operaciones. Estas áreas suelen considerarse más “estratégicas” y por lo general conducen a cargos de adopción de decisiones en niveles más altos.

El porcentaje de mujeres tiende a reducirse a medida que se asciende en el escalafón directivo, lo cual equivale a que los hombres siguen predominando en los cargos ejecutivos y los consejos de administración.

Cuando las mujeres no están presentes en los cargos empresariales más altos, carecen de la influencia necesaria para alterar la cultura del lugar de trabajo. Las empresas con mujeres en los consejos de administración tienen más probabilidades de situar a mujeres en cargos de gestión estratégica.

No obstante, esta tendencia parece que está evolucionando, en el sentido de una más alta participación de la mujer en cargos directivos, desde 2019. En efecto el reciente informe *Government at a Glance 2023* de la OCDE, así lo indica, si bien sin llegar a la paridad de género deseada⁴⁰: “La proporción de mujeres en puestos directivos aumentó en la mayoría de los países entre 2011 y 2021, desde un promedio del 33% en los países de la OCDE-UE al 41% en 2021, aunque todavía por debajo de la paridad de género”

Situación que se va corrigiendo también en el caso de los consejos de administración de las empresas consultadas por la OIT, pues la cantidad de consejos de administración que llegan al 30 % de representación femenina (lo que se conoce como “masa crítica”, en el sentido sociológico de la expresión, como hecho que se puede tener por asentado en el ámbito empresarial) va en aumento. Un tercio de las empresas que respondieron a la Encuesta de empresas de la OIT afirmó que la representación femenina en sus consejos de administración es, como mínimo, del 30 %⁴¹.

Los datos que maneja el Parlamento Europeo cifran la participación de la mujer en puestos directivos en 2021, en el 30,6 % de los puestos en los consejos de administración de las principales empresas cotizadas en bolsa de la UE, aunque la cifra oscila desde el 45,3 % en Francia al 8,5 % en Chipre. Si bien destaca el aumento del número de mujeres en los consejos de administración, en 2022 menos de un 10 % de las principales empresas cotizadas en los países de la UE tienen una presidenta o consejera-delegada al frente.

Esto ha motivado que desde esta institución se haya promovido una Directiva cuyo fin es obligar a “Los Estados miembros deben someter a las sociedades cotizadas bien al objetivo de que haya consejos de administración en los que, a más tardar el 30 de junio de 2026, como mínimo el 40 % de los administradores no ejecutivos de las sociedades cotizadas sean del sexo menos representado o bien, alternativamente, dado que es importante que las sociedades aumenten la proporción del sexo menos representado en todos los puestos de decisión, someterlas al

³⁹ CINTHYA TERESA SOLÓRZANO ANDRADE *La discriminación de género a través de las metáforas del cristal, una aproximación a la situación de las mujeres en la alta dirección de la administración pública en México*. Albania Padilla Martínez. GénEroos, 01-03-2023. “En el informe presentado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, (PNUD, 2014), así como la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2019c), se explica que las paredes o muros de cristal corresponden al encasillamiento al que se somete a las mujeres por la separación sectorial; es decir, se le atribuyen actividades por las características que corresponden a su género, deduciendo también que esa división genérica por funciones empieza desde la elección del tipo de estudios que prefieren cursar hombres y mujeres”. Pág. 105

⁴⁰ OCDE, *Informe Government at a Glance 2023* Resumen ejecutivo <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/3d5c5d31-en/index.html?itemId=/content/publication/3d5c5d31-en>

⁴¹ OIT *Las mujeres en la gestión empresarial. Argumentos para un cambio*. Primera edición 2019 Pág. 61

objetivo de que, como mínimo, el 33 % del total de puestos de administrador sean del sexo menos representado, independientemente de que sean o no ejecutivos, con el fin de promover una representación de género más equilibrada entre el conjunto de administradores”⁴². Cuya transposición en España esta en curso a través del Proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión

3.3. La proyección en el derecho español

La entrada en vigor de la Constitución Española (29/12/1978) supuso la ruptura con un régimen jurídico que no terminaba de asentar la igualdad tantas veces negada a las trabajadoras. El artículo 35, consagra, dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos, que:

“1. 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”

Supone, en fin, la prohibición de la discriminación laboral por razón de sexo. A la vez que se dispensa a este derecho la necesaria protección que garantice su observancia:

- Cabe el recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que vulneren el derecho al trabajo y los demás derechos vinculados al mismo y que se recogen en el artículo 35 de la Constitución Española (artículos 53.1 y 161.1.a de la CE).
- El Defensor del Pueblo, se constituye como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, donde está encuadrado el artículo 35 (artículo 54 de la CE).
- Sólo por ley, podrá regularse el ejercicio de tales derechos (art. 53.1 de la CE). No cabe su regulación mediante la técnica del Decreto Ley (art. 86.1 de la CE)
- El artículo 35 de la Constitución Española (al igual que ocurre con los demás preceptos del Capítulo II del Título I de la Constitución) vincula directamente a las Administraciones Públicas (sin necesidad de mediación del legislador ordinario ni de desarrollo normativo alguno) (STC 80/1982)

Algo lógico, en congruencia con los dictados del cuerpo normativo ya vigente y que debíamos absorber. Tanto el emanado de la OIT, como de otros textos (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979⁴³, etc). Elenco normativo que, como parte de nuestro ordenamiento jurídico, es directamente aplicable por nuestros Jueces y Tribunales

En efecto, los Convenio ya citados han sido ratificados por nuestro país, respectivamente, el nº100 y 111, el 6 noviembre 1967 y el nº156, el 11 septiembre 1985⁴⁴.

Si bien es cierto que la nueva etapa constitucional ha sido prolífica a la hora de legislar en materia de igualdad de derechos entre hombres y mujeres y a fin de evitar la brecha de género, lo interesante no es cuanto se ha legislado sino cuan eficazmente se ha hecho.

⁴² DIRECTIVA (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un equilibrio de género entre los administradores de las sociedades y a medidas conexas (34)

⁴³ BOE núm. 69, de 21/03/1984 Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983.

⁴⁴ OIT NORMLEX Information System on International Labour Standards (https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102847)

Excedería del objetivo que se propone este trabajo analizar de forma exhaustiva toda la normativa emanada del legislativo y ejecutivo; la jurisprudencia o la actividad negociadora de los representantes sindicales y empresariales. Si es oportuno detenernos en aquellas normas más relevante y sus efectos reales en el trabajo de la mujer:

1. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴⁵.

El objeto de la Ley (Artículo 1) evidencia el compromiso del legislador: “Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes” y un propósito de hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural. Igualdad de trato que no solo supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (Artículo 3) sino que se integra como principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (Artículo 4)

2. Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁴⁶, que, en desarrollo de los arts. 9.2, 10 y 14 de la Constitución (Artículo 1), se extiende en su aplicación al empleo por cuenta ajena y por cuenta propia, así como al empleo público y establece la igualdad de trato y la no discriminación en el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación y finalmente la afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico (Artículo 3)

Regula los supuestos en que existe o no discriminación y los tipos de discriminación (Artículo 6), el carácter informador del ordenamiento jurídico del derecho en cuestión; con especial referencia a la perspectiva de género y a su impacto en las mujeres y las niñas en el acceso a derechos como el empleo (Artículo 4).

3. La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual⁴⁷ (“Ley de solo si es sí”) que sienta como sus principios rectores que deberán regir la actuación de los poderes públicos (Artículo 2) el respeto, protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales; el enfoque de género y la prohibición de discriminación. Dispone la necesidad de que los poderes públicos promuevan y apliquen de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para el empoderamiento de las mujeres y las niñas, a la vez que garantizando que las medidas previstas en esta ley orgánica se apliquen sin discriminación alguna (Artículo 3)

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁴⁸.

Norma esencial que, en lo que aquí interesa define y proscribe, también, la discriminación directa e indirecta en todos los órdenes y condiciones de trabajo a que se extiende la relación laboral (Artículo 17)

Tiene especial relevancia la protección de la mujer embarazada y la conciliación de la vida familiar, mediante la declaración de nulidad de la extinción del contrato durante

⁴⁵ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007

⁴⁶ BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022

⁴⁷ BOE núm. 215, de 07 de septiembre de 2022

⁴⁸ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015

la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento; adopción; guarda con fines de adopción; acogimiento; riesgo durante el embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión; riesgo durante la lactancia natural; permiso parental o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural o cuando se notifique la decisión en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos (Artículo 53)

Se han creado órganos destinados a velar por el cumplimiento de los derechos de las trabajadoras:

4. Ley 16/1983, de 24 de octubre, de creación del Organismo Autónomo Instituto de la Mujer⁴⁹ (El organismo autónomo Instituto de la Mujer cambia su denominación por la de “Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades”, según establece el art. 17.1 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa⁵⁰).
5. Real Decreto 1370/2007, 19 de octubre, por el que se regula la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres⁵¹.
6. Real Decreto 246/2024, de 8 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Igualdad⁵².

Los límites de este trabajo exigen brevedad. Tres breves referencias nos dan una idea de cuál es la respuesta a nuestra pregunta sobre su eficacia:

- a) La doctrina más conspicua en la materia, de la que tomamos como referente al Profesor MONEREO PÉREZ⁵³ en su análisis del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, aprobado por el RD-ley 3/2021, de 2 febrero⁵⁴, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos social y económico, que modifica el artículo 60 de la LGSS, concluye, no sin resaltar aspectos positivos de la reforma, el carácter farragoso, complejo y que deja “muchos cabos sueltos” del texto que lo regula; se censura, por la dudosa justificación de este criterio, la construcción del complemento en función de que se tengan hijos (de forma natural o vía adopción) y su abono en función del número de estos o la delimitación temporal para la desaparición del complemento de brecha de género (DA. 37.1ª LGSS) “El derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, para la reducción de la brecha de género, previsto en el artículo 60 se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 por ciento”. Delimitación que tilda de brindis al sol.
- b) El Observatorio de Igualdad y Empleo, alerta de que entre las ocupaciones con más riesgo de informatización predominan las feminizadas, volviendo a evidenciarse la división sexual del trabajo y la posición de las mujeres. De hecho -concluye el Observatorio- de cada 1000 mujeres graduadas universitarias únicamente 29 corresponden a especialidades

⁴⁹ BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983

⁵⁰ BOE núm. 226, de 17 de septiembre de 2014

⁵¹ BOE núm. 262, de 1 noviembre 2007

⁵² BOE núm. 61, de 9 de marzo de 2024

⁵³ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS: *Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)* Guillermo Rodríguez Inieta. Revista de Derecho de la Seguridad Social.Laborum nº31(2ºTrimestre 2022) Págs.13-30

⁵⁴ BOE núm. 29, de 03 de febrero de 2021

TIC, y solo 4 trabajarían en el sector (la cifra para hombres es de 95 de cada mil, trabajando 20 en el sector, cinco veces más)⁵⁵

- c) Por último, el INE, deja constancia también, entrado el siglo XXI, de la vigencia de las rémoras tradicionales del trabajo femenino, cuando a la valoración de las competencias laborales, une la segregación del mercado de trabajo con diferente representación de hombres y mujeres en los distintos sectores económicos, las características de la oferta de empleo femenino condicionada en muchos casos por la conciliación con la vida familiar, la participación en el trabajo a tiempo parcial de las mujeres por la dedicación a actividades de cuidado de niños, adultos dependientes y los mecanismos establecidos de retribuciones salariales. Y concluye que la brecha salarial está condicionada por una serie de factores sociales, legales, económicos, y constituye un concepto que va más allá de la premisa igual pago por igual trabajo⁵⁶

4. Conclusión

Es evidente, que en este siglo se van produciendo avances en el mundo del trabajo, en lo que a igualdad se refiere. Se están superando viejos postulados que hoy se revelan como auténticas taras sociales, pero que en tiempos ya pretéritos se consideraban normales. De hecho, como vemos, hay una mayor sensibilización sobre el tema y se está legislando sobre la materia. Los organismos internacionales, como ocurre con la OIT, tienen la igualdad entre hombres y mujeres como una prioridad esencial en sus agendas. No obstante, los datos son tozudos y revelan que queda mucho por hacer, sobre todo en cuanto a la observancia del elenco normativo nacido de la propia OIT, la correcta proyección de este por parte de los países miembros y lo más importante, la concienciación de todos de que hay que cambiar las “normas sociales” en cuanto al rol de la mujer en el mundo laboral. Objetivo, este último, clave por ser el motor esencial para todo lo demás.

Nos estamos moviendo en la buena dirección, si bien las medidas que se están adoptando deben ser más eficaces. Para corregir este problema debemos incidir en tres factores: primero una correcta técnica legislativa; segundo, potenciar la actuación inspectora y sancionadora y tercero si bien no menos importante, una labor formativa:

- En efecto hay que exigir a nuestros legisladores una mejor técnica legislativa que impida que las normas se queden en papel mojado, por la falta de claridad y complejidad del texto; por no abordar en su plenitud los problemas que pretende resolver o fijar soluciones poco factibles. Tal es el caso del RD-ley 3/2021, de 2 febrero, o el de la futura Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en los órganos de decisión que ya ha recibido críticas, entre otras, del Consejo General del Poder Judicial en el informe al Anteproyecto⁵⁷ o del Consejo Económico y Social (CES) que, pese a la valoración positiva, insiste en deficiencias como las que se han indicado.⁵⁸

⁵⁵ OBSERVATORIO DE IGUALDAD Y EMPLEO *Estudio TIC's la 4ª Revolución Industrial y la brecha de género*. 27 abril, 2020 Empleo

⁵⁶ INE “Mujeres y hombres en España 2023. Salarios, ingresos, cohesión social. 2.1 Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora. Brecha salarial de género (no ajustada) en salarios por hora” Pág.2

⁵⁷ PODER JUDICIAL ESPAÑA. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Pleno-aprueba-el-informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-representacion-paritaria-de-hombres-y-mujeres-en-organos-de-decision>

⁵⁸ CES, Dictamen 7-2023 Sesión ordinaria del pleno de 29 de marzo de 2023. Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión Págs. 9 y 10

- Es necesario potenciar la labor de Organismos como la ITSS, cuyo Plan estratégico 2021-2023⁵⁹, es una herramienta que está dando resultados en la lucha contra la desigualdad en el trabajo. Buen ejemplo de ello es el incremento de las sanciones en materia de Planes de Igualdad en las empresas. Sobre este último aspecto, como reclama la propia ITSS, hay que abordar el desarrollo reglamentario del art 46 bis.2 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.
- Es importante, también, garantizar una mejor inmersión de la mujer en sectores menos feminizados, como es el caso de la formación en nuevas tecnologías. Lo que se puede conseguir mediante el desarrollo, implementación y aplicación adecuadas en el ámbito educativo y docente de la formación en STEM⁶⁰ que permita el acceso al mundo científico, de la programación, de la tecnología, en definitiva.

5. Bibliografía

- ALAN MATHISON TURING *Mind*, volumen LIX, número 236, octubre de 1950, “Maquinaria Informática e Inteligencia” páginas 433–460, <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433> Publicado: 01 de octubre de 1950. (Rescatado de <https://academic.oup.com/mind/article/LIX/236/433/986238>)
- ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, “La cuarta revolución industrial (industria 4.0). entre menos trabajo, nuevos empleos y una cíclica necesidad: la protección del trabajador asalariado y no asalariado”, DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas
- CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO *Consideraciones al tratamiento en derecho positivo sobre la brecha salarial a la mujer con discapacidad*. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS), ISSN-e 2340-4647, N°15, 2019, págs. 135
- CES, Dictamen 7-2023 Sesión ordinaria del pleno de 29 de marzo de 2023. Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión Págs. 9 y 10
- CINTHYA TERESA SOLÓRZANO ANDRADE *La discriminación de género a través de las metáforas del cristal, una aproximación a la situación de las mujeres en la alta dirección de la administración pública en México*. Albania Padilla Martínez. GénEroos, 01-03-2023.
- FRIEDRICH ENGELS (1820-1895) *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado* Archivo Marx-Engels de la Sección en Español del Marxists Internet Archive (www.marxists.org), 2017.
- GUARASCIO, D. e SACCHI, S., *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, INAPP, Roma, 2017.
- HELENA HIRATA: *La división sexual del trabajo. permanencia y cambio*, Daniele Kergoat, Asociación Trabajo y Sociedad (Argentina). Centro de Estudios de la Mujer (Chile) y PIETTE del CONICET (Argentina), julio de 1997:

⁵⁹ 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

⁶⁰ Acrónimo de Science, Technology, Engineering and Mathematics (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas). Las bases del STEM se le atribuyen al matemático sudafricano Seymour Papet. Una década después, el término fue acuñado por la National Science Foundation (NSF)

- IGARTUA MIRÓ M.T *La obligación de seguridad 4.0*. Temas Laborales núm 151/2020.
- INE “Mujeres y hombres en España 2023.Salarios, ingresos, cohesión social. 2.1 Salario anual medio, mediano y modal. Salario por hora
- JOHN S. MILL, *Principios de economía política*, México: FCE, 1978
- JOSÉ ANDRÉS FERNÁNDEZ CORNEJO y Lorenzo Escot Mangas: “La cronificación de la brecha salarial entre hombres y mujeres y el mundo de las jugueterías”; Grupo de investigación Análisis económico de la diversidad y políticas de igualdad (<http://www.ucm.es/aedipi/>)
- JULES SIMON. *L'Ouvriere*, 2ºed., Paris Hachette, 1861
- KARL MARX, *El capital*, tomo I, México: FCE, 1974
- LEONORA A. TOTA, *Tecnologías de información y Comunicación en la Cuarta Revolución Industrial 4.0*. Lizmary C. Pereira Y Abg. Desiree Curiel. Venezuela, Universidad Privada Dr. Rafael Belloso Chacín Revista Electrónica de Estudios Telemáticos, 1ª Ed. 2020
- MASSIMO CERMELLI y AIDA LLAMOSAS, *Italia y la industria 4.0*. DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas
- MERCEDES TEN DOMÉNECH *Mujeres en la España del siglo XIX. Una mirada jurídica a través de la literatura: La Regenta*, Valencia 2022
- MOLINA NAVARRETE, C.: *Economía de datos, mercados digitales de empleo y gestión analítica de personas: retos para la transición a una sociedad del e-trabajo decente*, Revista Trabajo y Seguridad Social (CEF), núm. 459, 2021
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS: *Luces y sombras del complemento de brecha de género (Complemento de maternidad de 1995 versus complemento de brecha de género de 2021)* Guillermo Rodríguez Iniesta. Revista de Derecho de la Seguridad Social.Laborum nº31(2ºTrimestre 2022)
- OBSERVATORIO DE IGUALDAD Y EMPLEO *Estudio TIC´s la 4ª Revolución Industrial y la brecha de género*. 27 abril, 2020 Empleo
- OCDE, *Informe Government at a Glance 2023*
- OIT, *El futuro del trabajo en el mundo de la industria 4.0* Proyecto de investigación UIA/OIT, Organización Internacional del Trabajo 2020 Primera edición 2020
- “Un paso decisivo hacia la igualdad de género: en pos de un mejor futuro del trabajo para todos” Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra 2019.
- *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*. Cuarta edición 2019
- *Las mujeres en la gestión empresarial. Argumentos para un cambio*. Primera edición 2019
- ROBERT C. ALLEN. *The British Industrial Revolution in Global Perspective*: “How Commerce Rather than Science Caused The Industrial Revolution and Modern Economic Growth”
- SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Debate-Foro Económico Mundial, Barcelona, 2016
- SHELLEY J. CORRELL *Conseguir un trabajo: ¿Existe una penalización por maternidad?*, Esteban Benard, En paik. *Revista americana de sociología*, vol. 112, núm. 5 (marzo de 2007)

- SIBYL ITALIA PINEDA SALAZAR *El trabajo de las mujeres en las sociedades capitalistas: Una cuestión de enajenación y sobreexplotación*, Ivonne Angelica Flores Solares. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies* 11:47-54, September 2021
- STABILE, S., Bentivenga, T. e Pietrafesa, E., ICT e lavoro: nuove prospettive di analisi per la salute e la sicurezza sul lavoro, INAIL, Milano, 2017.
- TORRECILLA GARCÍA, J.C., “Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo”, J.A., Pardo Ferreira, C. y Rubio Romero RTSS. CEF, nº extraord. 2019. *La Digitalización y la industria 4.0*, CCOO, Madrid, 2017
- UNIFEM, *El progreso de las mujeres en el mundo 2008/2009. ¿quién responde a las mujeres? Género y rendición de cuentas*
- VV.AA: *La mujer trabajadora en el siglo XIX Historia de las mujeres en Occidente* / Georges Duby (dir.), Michelle Perrot (dir.), Marco Aurelio Galmarini Rodríguez (trad.), Vol. 4, 1993 (El siglo XIX / Geneviève Fraisse (dir.), Michelle Perrot (dir.), María Xosé Rodríguez Galdo (dir.)), ISBN 84-306-9823-X

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROTECCIÓN DEL NÓMADA DIGITAL: ENTRE PRECARIEDAD Y PRIVILEGIO DIGITAL

IRENE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Investigadora predoctoral – Universidad de Deusto¹
martinez.irene@deusto.es

1. Introducción: El derecho a la Seguridad Social

El nacimiento de la protección social tiene por objeto “dar protección frente a riesgos que se producen en el mundo de trabajo”², siendo uno de sus componentes esenciales para lograr esa finalidad la Seguridad Social, que ALONSO OLEA definía como aquellas medidas públicas que “se encaminan a la protección general de todos los residentes con las situaciones de necesidad”³.

La configuración del derecho a la Seguridad Social comenzó su andanza en Europa tras la Gran Guerra, siguiendo el precedente sentado por la Ley Fundamental de Bonn en 1919,

¹ Beneficiaria del Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador No Doctor del Departamento de Educación del Gobierno Vasco (Orden de 20 de junio de 2023, del Consejero de Educación, por la que se establecen las bases de la convocatoria de las ayudas nuevas y renovaciones para el Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador no Doctor correspondiente al curso 2023-2024).

² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.: “El impacto de la revolución tecnológica en la seguridad social: fórmulas para la protección de los trabajadores de plataformas digitales” en VV.AA.: *Tecnología y trabajo: El impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social* (Primera edición. ed.), RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 175-200.

³ ALONSO OLEA, M. citado en ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Derecho de la protección social. Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*, 4ª ed, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, S.AU, 2020, pp. 56.

y generalizándose su incorporación en las Constituciones europeas tras la Segunda Guerra Mundial⁴.

En 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (DUDH) reconoció en su artículo 22, como parte integrante de los denominados “derechos económicos y sociales”, que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Esto supuso, en ese año, el reconocimiento del derecho a la Seguridad Social como derecho universal por considerarlo como indispensable para garantizar la dignidad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad.

Unos años después, en 1952, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adopta el Convenio 102 sobre Seguridad Social, que constituye la piedra angular de la OIT en esta materia al establecer normas mínimas a nivel mundial y fijar una serie de objetivos para los Estados que lo ratifiquen, en función de su desarrollo económico y social de estos⁵, sin prescribir la manera de alcanzarlos, dotando así a los estos Estados de flexibilidad para ello. Desde entonces, son numerosas y relevantes las aportaciones efectuadas por esta Organización, “tanto a la formulación de la Seguridad Social como un derecho humano universal, como al establecimiento progresivo de regímenes básicos de protección social adaptados a los cambios sociales”⁶.

A nivel internacional y europeo, además de la DUDH y el Convenio 102 de la OIT, el derecho a la Seguridad Social está recogido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 12 de la Carta Social Europea y el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo que lo configura como un derecho fundamental de carácter social, también denominados como “derechos de segunda generación”, que, como tal, depende de que el Estado tome medidas legales y cree instituciones adecuadas para su protección y para la efectividad individual del derecho, que no puede pretenderse de manera incondicional⁷.

Este derecho ha sido definido y configurado desde numerosas aproximaciones teóricas y políticas, dando lugar a los diferentes sistemas de Seguridad Social nacionales⁸ que existen en la actualidad. Es importante destacar que, en el ámbito de la Unión Europea (en adelante, UE), en esta materia la competencia es exclusiva de cada Estado miembro, limitándose la UE a la orientación, apoyo, coordinación o complemento de la labor de aquellos. En consecuencia, la labor de la UE es de *soft law*, que trata de incentivar, fomentar, definir objetos generales y herramientas, y homogeneizar; pero sin tener carácter vinculante⁹.

En lo relativo a España, teniendo como antecedente los seguros sociales y el mutualismo, no es hasta 1963 que se promulga la Ley de Bases de la Seguridad Social, que después daría lugar a la Ley General de la Seguridad Social en 1966. Nuestra Constitución de 1978 (en adelante, CE) fue la encargada de sentar los cimientos para la configuración de nuestro sistema nacional de

⁴ ALONSO-OLEA GARCÍA, B. 2020, *op. cit.*, pp. 93-120.

⁵ CALLAU DALMAU, P.: “La seguridad social: Un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919”, *Lan Harremanak*/39, 2018, pp. 26-50.

⁶ Callau Dalmau, P., 2018, *op. cit.*, pp. 26-50.

⁷ EICHENHOFFER, E.: “What a right – the right to Social Security”, en VV.AA.: *The right to social security*, VAN LANGENDOCK, J., Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007., pp. 153-164.

⁸ KREMALIS, K.: “Right to Social Security?”, en VAN LANGENDOCK, J., 2007, *op. cit.*, pp. 145-152.

⁹ BARCELÓN COBEDO, S.: “Protección social en el marco de la UE” en Acción Jean Monnet (Universidad de León), 23 de mayo de 2024.

Seguridad Social, reconociendo el derecho a esta en su artículo 41. En concreto, este precepto prevé que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”. La configuración pormenorizada del sistema concreto de Seguridad Social se deja a la legislación ordinaria.

Es importante destacar que este derecho se encuentra encuadrado en el capítulo III de su Título I CE. No se localiza, por lo tanto, dentro de ese capítulo específico destinado a los derechos y libertades fundamentales, dentro del cual, exclusivamente se prevé, a este respecto, el derecho a los “beneficios correspondientes de la Seguridad Social” en el artículo 25, relativo a las personas condenadas a pena privativa de libertad. Así, el artículo 41 se considera como un principio programático, en función de los dispuesto por el artículo 53.3 CE. No obstante, y dado que excede del objetivo del presente trabajo, nos remitimos al análisis que a este respecto realizó ZORRILLA RUIZ¹⁰ para concluir que existen razones suficientes para concluir que el derecho a la Seguridad Social tiene la condición de derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico.

2. El impacto de la tecnología en la movilidad de los trabajadores. El nomadismo digital

Los inicios del fenómeno del teletrabajo se remontan a la década de los 70, con el comienzo del denominado *post-Fordismo* o la era post-industrial, que supuso una alteración sustancial del ámbito productivo y laboral, marcada por una progresiva globalización de los mercados de bienes y servicios, de capitales financieros y de capital humano¹¹. En paralelo, las tecnologías de la información y la comunicación comienzan su irrupción en nuestros mercados y sociedades para iniciar un desarrollo imparable que se extiende hasta nuestros días. Es en este contexto en el que se siembra la semilla que en las décadas venideras propiciará fenómenos como el que es objeto del presente trabajo y que se ha venido a denominar nomadismo digital.

La generalización de la tecnología ha permitido que se desarrollen diferentes modalidades de teletrabajo a las que, generalmente, se alude de manera indistinta a pesar de que presentan características que difieren entre sí. Así, podemos diferenciar entre el trabajo a distancia, el trabajo itinerante, el teletrabajo propiamente dicho y el teletrabajo nómada, propio de los nómadas digitales^{12, 13}.

Los nómadas digitales, profesionales que desarrollan su actividad conforme a una de esas modalidades de teletrabajo a las que hemos hecho referencia, de acuerdo con MAKIMOTO y MANNERS -que publicaron su libro *Digital Nomad* en 1997- simbolizan una nueva forma de vida libre de limitaciones de tiempo y localización gracias a los avances tecnológicos y la velocidad de las comunicaciones¹⁴.

¹⁰ ZORRILLA RUIZ, M. M.: “Derecho fundamental a la seguridad social en el ámbito de la Unión Europea”, *Estudios de Deusto*, Vol. 54/1, 2006, pp. 117-139.

¹¹ PARREÑO CASTELLANO, J., DOMÍNGUEZ-MUJICA, J., MORENO-MEDINA, C.: “Reflections on digital nomadism in Spain during the COVID-19 Pandemic—Effect of policy and place”, *Sustainability*, (14), 2022, pp. 16253.

¹² *Conclusions de la concertation sur le “développement du télétravail et du travail à distance” rapport conjoint des partenaires sociaux* (23 mayo 2017), www.actuel-rh.fr/sites/default/files/article-files/dv_conclusions_de_la_concertation_teletravail_.pdf (última consulta 10 de julio de 2024).

¹³ ARRUGA SEGURA, M.C.: *La transformación digital en las relaciones laborales y en la organización del trabajo*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer España, S.A., 2020, pp. 325-386.

¹⁴ MAKIMOTO, T.: “The Age of Digital Nomad. Impact of CMOS Innovation”, *IEEE Solid State Circuits*, vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 40-47.

Si bien refiriéndose en particular a los *knowmads*, término que él mismo acuño para referirse a un determinado perfil de profesionales, MORAVEC sitúa a los nómadas digitales en el punto convergente de dos procesos que caracterizan el mundo del siglo XXI: la globalización y el exponencial desarrollo tecnológico que, en sus palabras, permite “trabajar más allá de las nociones pre-siglo XIX de Estado-nación, identidad corporativa e identidad comunitaria”¹⁵. Su existencia y crecimiento es el resultado de la mejora en términos de conectividad, del crecimiento de la economía de servicios digitales y de la economía colaborativa, de los nuevos modelos de organización empresarial, y de la incremental movilidad de los trabajadores, con la consiguiente disminución de barreras a esta¹⁶.

Con carácter general, como sintetizan PARREÑO-CASTELLANO *et al.* con base en la prolífica literatura existente en la materia, los nómadas digitales son trabajadores cualificados que desarrollan su actividad, al menos temporalmente, en remoto, mediante tecnologías de información y comunicación, desde una o varias ubicaciones diferentes a aquella en la que se encuentra su centro de trabajo físico; generalmente en términos muy flexibles, tanto en materia de localización -como es obvio- como en materia de tiempo de trabajo, mientras desarrollan un proyecto personal de autorrealización y un estilo de vida basado en viajar, lo que contribuye a que, generalmente, sean denominados como *tourist-workers* o turista-trabajador¹⁷.

Si acudimos a los estudios demográficos existentes acerca de estos profesionales -en este caso, los realizados por *Nomadlist*, comunidad de nómadas digitales más importante del mundo- vemos que estos son en su mayoría varones, de entre 31 y 37 años, blancos, de clase media o alta y con un alto nivel educativo. Además, en 2024, eran mayoritariamente, ciudadanos estadounidenses¹⁸ que elegían principalmente como destino, en primer lugar, Estados Unidos y, en segundo lugar, nuestro país, España, siendo la media de estancia en un mismo país de alrededor de siete meses.

De hecho, en la actualidad, son varias las ciudades españolas que se encuentran entre las favoritas de los nómadas digitales para establecer en ellas, al menos temporalmente, su lugar de residencia¹⁹. La afluencia de estos trabajadores en nuestro país se ha visto incrementada de manera relevante tras la pandemia de la COVID-19, lo que ha motivado que esta realidad se haya abordado legalmente a través de políticas y normativas específicas, concretamente en materia de residencia y fiscalidad.

Entre estos profesionales una gran parte de ellos son trabajadores por cuenta ajena, pero otros muchos son trabajadores por cuenta propia (generalmente *freelancers*, aunque también fundadores de *start-up*). No existen datos oficiales sobre la proporción de nómadas digitales que se adscriben a cada una de las categorías anteriores, siendo necesario aludir, por lo tanto, ambos tipos de nómada digital.

¹⁵ MORAVEC, J. W.: *Knowmad society*, Minneapolis, Education Futures LLC, 2013, pp. 19.

¹⁶ ALONSO-CALERO, J.M., CANO-GARCÍA, J.: “Evolución de espacios de trabajo deslocalizados como valor del binomio trabajo/turismo: Nómadas digitales en espacios de *coworkings* y emprendimiento de Málaga”, *I Congreso Internacional Turismo Transversal y Paisaje*, Málaga, UMA Editorial, 2018, pp. 106–118.

¹⁷ PARREÑO CASTELLANO, J., DOMÍNGUEZ-MUJICA, J., MORENO-MEDINA, C., 2022, *op. cit.*, pp. 175-200.

¹⁸ De acuerdo con la información ubicada en la página web de la Comunidad Global número 1 en el mundo para trabajar en remoto, <https://nomadlist.com/digital-nomad-statistics>, (última consulta 15 de julio de 2024).

¹⁹ De acuerdo con la información ubicada en la página web de la Comunidad Global número 1 en el mundo para trabajar en remoto, <https://nomadlist.com/>, (última consulta 15 de julio de 2024).

3. Protección social y transición digital

En la Estrategia España 2050²⁰ se reconoce que nos encontramos en un proceso de progresiva digitalización del mercado de trabajo en el que, en España, tanto el número de teletrabajadores en general, como el número de nómadas digitales en particular aumentará, pudiendo hasta multiplicarse hasta por tres en años venideros. Esta previsión, delinea un escenario de difuminación de las fronteras, tanto entre los diferentes países, como entre la vida personal y profesional de los trabajadores, promoviendo carreras menos estables y más cambiantes. Además, la generalización de las tecnologías digitales, junto con la progresiva externalización de actividades y la concentración productiva conllevarán la disminución del empleo por cuenta ajena a tiempo completo en favor de formatos de empleo atípico, “un modelo en el que las empresas contratan cada vez más tareas que personas, y en el que se remunera a estas por los resultados obtenidos, más que por las horas trabajadas”²¹.

Como podrá intuir el lector, al margen de los beneficios que los trabajadores pueden obtener en forma de flexibilidad, esta realidad también puede funcionar en detrimento de su protección social, si esta no se adapta a las nuevas circunstancias. Ello es así porque “el estado de bienestar español, al igual que otros muchos europeos, sigue sustentándose en el trabajo y en una forma dominante de entenderlo y ejercerlo: indefinido, a tiempo completo y por cuenta ajena, reglado sobre un contrato y una relación salarial entre el empleado y el empleador”²². Por lo tanto, los pronósticos existentes exigen repensar, por un lado, cómo los ciudadanos contribuyen al sistema, y, por otro, cómo, en qué supuestos y en qué medida, perciben las correspondientes prestaciones.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ²³ pone de relieve dos de los principales riesgos que la progresiva y exponencial digitalización del mercado de trabajo plantea para nuestro sistema de Seguridad Social. Por un lado, la sostenibilidad de este en un contexto de potencial incremento del desempleo como resultado de la sustitución del hombre por la tecnología y, por otro, el tratamiento de las nuevas formas de trabajo que surjan como consecuencia de esta y que no se ajusten a las formas de empleo tradicional actual. En relación con esto último, ya en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para los años 2021, 2022 y 2023, se plasmó una clara vocación por garantizar el respeto de los derechos laborales de aquellos perfiles profesionales creados o generalizados con la digitalización de nuestra sociedad, como son los trabajadores en plataformas y, en lo que a este trabajo interesa, los teletrabajadores.

Centrándonos en la materia que nos ocupa, la Seguridad Social de los teletrabajadores nómadas, CARRASCOSA BERMEJO²⁴, con apoyo en las Notas Orientativas de la Comisión Administrativa, a las que nos referiremos más adelante en este trabajo, distingue entre dos situaciones claramente diferenciadas como consecuencia de la pandemia de la COVID-19. Así, con anterioridad a dicha situación, en España el teletrabajo era una modalidad residual, ignorada desde el punto de vista normativo y, en consecuencia, se abordó desde la óptica del mantenimiento de la legislación de Seguridad Social que se viniera aplicando con anterioridad a la irrupción del virus, siempre que no se hubiera producido cambio de la situación contractual

²⁰ GOBIERNO DE ESPAÑA, *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a Largo Plazo*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021, pp. 304.

²¹ GOBIERNO DE ESPAÑA, *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a Largo Plazo*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021, pp. 305.

²² FIVES, A.: *Political and Philosophical Debates in Welfare*, New York, Palgrave Macmillan, 2008, en GOBIERNO DE ESPAÑA, *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a Largo Plazo*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021, pp. 307.

²³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., 2021, *op. cit.*, pp. 175-200.

²⁴ CARRASCOSA BERMEJO, F.: “Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital”, *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, No. 1, 2023, pp. 59-92.

alguna. Tras la pandemia, por su parte y, sobre todo, desde junio de 2022, se inicia una etapa de transición en relación con el tratamiento del teletrabajo, en la cual nos encontramos inmersos en la actualidad.

4. El estatuto jurídico de los nómadas digitales en España. Residencia y fiscalidad

España, al igual que nuestros vecinos portugueses, vio en la figura del teletrabajador transfronterizo un nicho de mercado para atraer a nuestro país residentes, generalmente altamente cualificados, y una nueva fuente de consumo de bienes y servicios. Por si no fuera suficiente con el clima y la calidad de vida que nuestro territorio ofrece a aquellos profesionales cuya actividad permite el trabajo íntegramente remoto, se han implementado una serie de ventajas o incentivos, especialmente en materia de residencia y fiscalidad, que consagran a nuestro país como un destino predilecto para este tipo de profesionales.

El compromiso español con la implementación de cambios normativos y fiscales para “garantizar la protección social y el compromiso fiscal de los trabajadores digitales en remoto a escala global” se materializa en un doble objetivo: “por un lado, que nuestras empresas puedan acceder con facilidad al talento del mercado laboral internacional; por otro, que nuestros trabajadores digitales puedan acceder a las oportunidades que existen más allá de nuestras fronteras con derechos y obligaciones comunes”²⁵. Es con esta ambición con la que se promulgó la normativa que abordó este -el nomadismo digital- y otros fenómenos propiciados por la digitalización por primera y, hasta el momento, única vez en nuestro país: la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes²⁶.

El preámbulo de esta norma se refiere expresamente a los nómadas digitales como trabajadores a distancia para, a continuación, definirlos como “personas cuyos empleos les permiten trabajar en remoto y cambiar de residencia frecuentemente, compatibilizando el trabajo de alta cualificación con el turismo inmersivo en el país de residencia”.

En España, como denota el preámbulo, y de manera similar a lo ocurrido en países vecinos como Portugal o Italia, el nomadismo digital se ha tratado como un fenómeno eminentemente turístico, no tanto laboral, y, en consecuencia, temporal²⁷. Quizá por ello las medidas específicas planteadas no se han centrado de manera expresa en la materia de la protección social, lo cual no está exento de problemática y debate.

No obstante, con la promulgación de esta Ley 28/2022 se reafirma la intención de nuestro Gobierno de favorecer que estos profesionales “puedan elegir España como un lugar de teletrabajo más estable”. Ello parte de la premisa de que la atracción de este tipo de profesionales a nuestro país supone, como decíamos, un impulso tanto al consumo como a la innovación y al crecimiento de empresas emergentes. Es por ello por lo que una de las principales medidas dispuestas para la atracción de nómadas digitales a nuestro país es la creación de una categoría de visado y autorización de residencia específicos que tiene a fin facilitar el desplazamiento y estancia o residencia en nuestro país con la finalidad de desarrollar una actividad íntegramente en formato remoto.

La Ley 28/2022 introduce una modificación en la previa Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización²⁸, incluyendo en el capítulo V Bis de estas

²⁵ GOBIERNO DE ESPAÑA, *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a Largo Plazo*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021, pp. 313.

²⁶ “BOE” núm. 306, de 22 de diciembre de 2022.

²⁷ PARREÑO CASTELLANO, J., DOMÍNGUEZ-MUJICA, J., MORENO-MEDINA, C., 2022, *op. cit.*, pp. 175-200.

²⁸ “BOE” núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

previsiones relativas a los teletrabajadores de carácter internacional, entre los que se encuentran los nómadas digitales. Parte la norma de la definición de estos como aquellos nacionales de un tercer Estado que se encuentran “autorizado(s) a permanecer en España para ejercer una actividad laboral o profesional a distancia para empresas radicadas fuera del territorio nacional, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación” e introduce una distinción entre aquellos que se encuentren en tal situación como trabajadores por cuenta ajena y aquellos que lo hagan como trabajadores por cuenta propia. A este respecto, mientras que para los primeros se prevé que “solo podrá trabajar para empresas radicadas fuera del territorio nacional”; en el caso de los segundos “se permitirá al titular de la autorización por teletrabajo de carácter internacional trabajar para una empresa ubicada en España, siempre y cuando el porcentaje de dicho trabajo no sea superior al 20 % del total de su actividad profesional” (artículo 74 bis Ley 14/2013).

La obtención de este permiso exige el cumplimiento de una serie de requisitos específicos, estipulados en el artículo 74 ter de la Ley de 2013, que se añaden a los requisitos generales para la estancia o residencia previamente dispuestos por esta Ley, en su artículo 62, en relación con la movilidad internacional en general.

Es importante matizar aquí que los ciudadanos de la UE gozan de libertad de movilidad entre los Estados miembros. Es por ello por lo que el artículo 62, en su apartado 2, declara que estos requisitos a los que hacemos referencia en el párrafo anterior “no será(n) de aplicación a los ciudadanos de la Unión Europea” así como tampoco “a aquellos extranjeros que disfruten de derechos de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la Unión con base en acuerdos entre la Unión Europea y los Estados miembros, por una parte, y terceros países, por otra”. En general, centrándonos en el caso particular de los teletrabajadores de carácter internacional, los requisitos están dirigidos a acreditar la existencia de actividad y de relación laboral y/o profesional con empresas no radicadas en España. Además, es preciso acreditar cualificación suficiente en los términos previstos por la normativa.

Acreditados estos requisitos, el profesional podrá solicitar el visado para teletrabajo de carácter internacional con una vigencia máxima de un año. En caso de querer prolongar esta estancia, en un plazo máximo de sesenta días naturales antes de su expiración, habrá de solicitar la autorización de residencia, “siempre y cuando se mantengan las condiciones que generaron el derecho”. Esta autorización tendrá una validez máxima de tres años, pudiéndose renovar por periodos de dos años, en caso de mantenimiento de los requisitos previstos.

El nómada digital, trabajador por cuenta ajena o propia, que obtenga este visado y elija España como destino durante un periodo superior a 183 días adquirirá, con carácter general, residencia a efectos fiscales en nuestro país, convirtiéndose así en sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) por el que debería tributar por toda su renta mundial. No obstante, y con el ánimo, como decíamos, de atraer a estos profesionales a nuestro país, se prevé la posibilidad de que se evite la sujeción al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y su consiguiente progresividad, acogiéndose a la denominada “Ley Beckham” o Régimen Especial para Trabajadores Desplazados. Conforme a este régimen especial, estos trabajadores tributarán a un tipo fijo del 24 por ciento -por un máximo de 600.000 euros-²⁹ por esos rendimientos obtenidos en España y no, por lo tanto, sobre la renta mundial obtenida en el año natural que corresponda. A pesar del carácter ciertamente beneficioso de este régimen, puede darse la situación de que el teletrabajador, considerado residente fiscal en España, sea considerado también como residente fiscal en el Estado de origen, donde se encuentra su

²⁹ SANS, J., SÁEZ, I.: “¿Cómo tributa un nómada digital?”, 2023, https://www.ey.com/es_es/workforce/como-tributa-un-nomada-digital (última consulta 22 de julio de 2024).

empleador, por ser diferentes las reglas aplicables conforme a la normativa de ambos países. En estos casos, será necesario determinar si dicho Estado tiene o no un Convenio de Doble Imposición (en adelante, CDI) suscrito con España. De existir CDI, lo habitual será que “las rentas de los teletrabajadores que prestan sus servicios exclusivamente a distancia desde España no deberían tributar en el Estado de residencia del empleador, con independencia de que los resultados su trabajo se exploten en ese otro Estado”³⁰. No obstante, esta situación transfronteriza no está exenta de riesgos de doble imposición, incluso en casos en los que exista un CDI, lo que empaña las bonanzas que podrían atribuirse a estos incentivos fiscales y que, aunque excede de los objetivos del presente trabajo, merece una adecuada revisión.

Así, para que los incentivos fiscales establecidos resulten efectivos como herramientas de atracción de talento “requiere una regulación internacional que aclare las discusiones que se plantean en el ámbito de la fiscalidad y minimice el riesgo de doble imposición y duplicidades en el cumplimiento normativo”³¹.

En cualquier caso, este planteamiento basado en un tratamiento privilegiado a efectos de residencia y fiscalidad concebido con el fin de atraer a estos profesionales a nuestro territorio no está exento de críticas no solo en cuanto a su eficacia -como decíamos en relación con la posible irrupción de problemas de doble imposición- sino también en cuanto a su finalidad en sí misma. Estas críticas emanan especialmente de los trabajadores autónomos españoles, que entienden que estos incentivos constituyen un “agravio para el resto [...] incluidos muchos proyectos que pueden tener un valor añadido de innovación social, cultural o ambiental pero que no encajan en los requisitos confusos” que define³².

5. La protección social de los nómadas digitales en España. Revisión crítica

Como señala ALMENDROS GONZÁLEZ³³, nuestro sistema de protección social se apoya en una concepción clásica del trabajo, entendido como “trabajo típico” lo que, tradicionalmente, implicaba la existencia de un contrato de trabajo, en el que concurren las tres notas distintivas de dependencia, subordinación y ajeneidad, y generalmente indefinido y a tiempo completo.

Sin embargo, este diagnóstico dista mucho del existente en la actualidad. Ya en la última reforma del Pacto de Toledo en 2020, se atestiguó la “pérdida de la centralidad del trabajo como forma de organización social”, lo que exige la revisión de la normativa vigente a la vez que “se preservan las señas de identidad de nuestro modelo de protección social”³⁴.

Como se ha mencionado con anterioridad, son numerosos y muy variados los perfiles profesionales surgidos como consecuencia de la transformación digital del mercado de trabajo, de manera que es complejo dar un tratamiento uniforme que satisfaga las características particulares que presenta cada uno de ellos.

No obstante, no es desacertado afirmar que, en la mayoría de los casos, predomina el “carácter fragmentado, esporádico e intermitente del trabajo”, lo cual conduce inevitablemente a

³⁰ PUERTA RUIZ DE AZÚA, C., MORALES GIL, T.: “Tributación en España del teletrabajo transfronterizo”, *Revista Aranzadi Unión Europea* num. 2/2023 parte Doctrina, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2023.

³¹ PUERTA RUIZ DE AZÚA, C., MORALES GIL, T., 2023, *op. cit.*

³² MOLINA NAVARRETE, C.: “Industria 5.0”, ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: de la “ley de riders” a la “ley de nómadas digitales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 466 (enero-febrero), 2022, pp. 5-21

³³ ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “El encuadramiento y el aseguramiento en la Seguridad Social del trabajo prestado a través de plataformas digitales”, en VV.AA. *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A., (dirs.), Albolote (Granada), Ed. Comares, 2023, pp. 1-22.

³⁴ ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “La protección social de la era digital” en VV.AA.: *Tecnología y trabajo: El impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social* (Primera edición. ed.), RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 201-225.

la infracotización e infraprotección de estos trabajadores³⁵. En el caso de los nómadas digitales, esta infraprotección puede derivar de que esa “fragmentación” o “intermitencia” aplicada al lugar desde el que se realiza la actividad en remoto, puede conllevar un sucesivo cambio de normativa aplicable en materia de Seguridad Social, que dé ese resultado.

En lo relativo al teletrabajo, en términos generales, no existe normativa específica en materia de Seguridad Social³⁶. Una vez obtenida la correspondiente autorización de estancia o residencia, a la que aludimos previamente, se prevé que el profesional estará obligado al cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social, “sin que exista ninguna en lo que se refiere a requisitos o procedimiento de inscripción de las empresas, altas, bajas y cotización”³⁷. Es por ello por lo que, con carácter general, a la solicitud de visado o permiso de residencia, el solicitante debe añadir una declaración responsable del cumplimiento de dichas obligaciones.

El tratamiento a efectos de Seguridad Social de los profesionales que se encuentren en situación de teletrabajo internacional va a depender de varios factores. En primer lugar, de si se trata de un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia. Además, de si es ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o si, por el contrario, lo es de uno de un tercer Estado. Asimismo, en este segundo caso, resultará relevante si existe un Convenio Bilateral o Multilateral suscrito por España y dicho Estado en materia de Seguridad Social.

5.1. Los nómadas digitales intracomunitarios

Si nos centramos en los trabajadores de la Unión Europea, como hemos mencionado con anterioridad, es importante destacar que cada Estado tiene su propio sistema nacional de Seguridad Social, y, por consiguiente, su propia normativa. La existencia, a nivel comunitario, de normas de coordinación entre los diferentes sistemas nacionales no modifica la afirmación anterior, sino que únicamente aportará las reglas necesarias para determinar la normativa aplicable con el fin de proteger a los ciudadanos europeos para que estos “puedan transferir sus derechos en materia de seguridad social a la hora de circular o trabajar dentro de Europa”³⁸.

Como anticipábamos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁹, en su artículo 15, prevé que “toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. Todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”. Para garantizar lo anterior, es indispensable eliminar cualquier obstáculo que las diferencias entre los sistemas nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros pudieran suponer para la efectividad del derecho, motivo por el cual se conciben las normas sobre coordinación de los derechos de Seguridad Social. Estas, lejos de sustituir o tan siquiera armonizar los sistemas nacionales, los coordinan a efectos de afiliación, cotización y prestaciones para evitar la desprotección de los ciudadanos.

³⁵ CAÑIGUAL, A.: “Perfiles del trabajo en plataformas digitales”, en VV.AA.: *Tecnología y trabajo: El impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social* (Primera edición. ed.), RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 159-174.

³⁶ CARRASCOSA BERMEJO, F., 2023, *op. cit.*, pp. 59-92.

³⁷ Instrucción DGM 1/2023 sobre los aspectos prácticos de aplicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en lo que se refiere a las solicitudes de autorizaciones de residencia para emprendedores.

³⁸ CONSEJO EUROPEO, Normas de la UE sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/rules-social-security-systems/> (última consulta 17 de julio de 2024).

³⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). “DOUE” de 18 de diciembre de 2000.

En la actualidad, las normas encargadas de esta coordinación son el Reglamento (CE) n° 883, 2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (Reglamento de coordinación)⁴⁰ y el Reglamento (CE) n° 987, 2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883, 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Reglamento de aplicación)⁴¹. Estas normas de coordinación se aplican en aquellos Estados europeos en los que existe libertad de circulación, es decir, los Estados miembros de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza, y, con algunas modificaciones, Reino Unido tras su salida de la Unión⁴².

Tienen entre sus objetivos primordiales la determinación de la normativa de Seguridad Social aplicable, de manera que siempre haya una y solo una que lo sea. Es lo que se denomina “principio de unicidad de la legislación aplicable”. Para ello, los artículos 11 a 16 del Reglamento de coordinación establecen una serie de normas de conflicto para determinar la legislación aplicable en materia de Seguridad Social y, por lo tanto, el sistema nacional de Seguridad Social en el cual el trabajador, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, debe afiliarse y, en consecuencia, cotizar.

Conforme a este sistema de normas de conflicto, la regla general, que viene determinada por el artículo 11.3.a) del Reglamento de coordinación es la denominada *lex loci laboris*. Es decir, será, en principio, aplicable la normativa del Estado en el que se ejerza la actividad. Siendo esta la regla que resulta de aplicación con carácter general, el propio Reglamento 883/2004 contempla una serie de excepciones que resultan aplicables a colectivos de trabajadores concretos, como pueden ser los funcionarios o los trabajadores del mar, entre otros; además, como regla de cierre y subsidiaria, el Reglamento prevé que, a falta de regla aplicable, se utilice la *lex loci domicilii*.

Adicionalmente, el Reglamento prevé la posibilidad de que los Estados, de común acuerdo y en beneficio de “determinadas personas o categorías de personas”, establezcan excepciones adicionales a las anteriores (artículo 16.1 Reglamento 883/2004).

Entre las excepciones específicas a las que aludíamos con anterioridad, son principalmente dos las que tratan la prestación de servicios en otro Estado Miembro, la del artículo 12 y la del artículo 13 del Reglamento de coordinación. La primera resultaría aplicable a aquellos trabajadores que son expatriados por su empleador durante un tiempo no superior a veinticuatro meses, así como a aquellos trabajadores por cuenta propia que se desplacen a realizar su actividad a otro Estado Miembro durante el mismo tiempo máximo, siempre que el desplazamiento no se produzca para sustituir a otro trabajador y en tanto que el empleador o el trabajador por cuenta ajena ejerza actividades principalmente para el Estado de envío, y que dicha actividad sea similar. Por su parte, la del artículo 13 se aplica a aquellos trabajadores, por cuenta ajena o propia, que ejerzan normalmente su actividad en dos o más Estados miembros, ejerciendo en ellos “una parte sustancial de su actividad”. A estos efectos, el Reglamento de aplicación, en su artículo 14, establece como umbral mínimo para considerar que nos encontramos en esta situación un porcentaje del 25 por ciento -tomando en consideración criterios de tiempo de trabajo o remuneración, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, y de volumen de negocios, tiempo

⁴⁰ “DOUE” núm. 166, de 30 de abril de 2004.

⁴¹ “DOUE” núm. 284, de 30 de octubre de 2009.

⁴² “A partir del 1 de enero de 2021, será de aplicación el Protocolo de Coordinación de Seguridad Social del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por la otra parte. En cuanto a la coordinación de la seguridad social, el Protocolo de Coordinación de seguridad social establece que los Estados miembros y el Reino Unido coordinen sus sistemas de seguridad social a fin de garantizar los derechos de seguridad social de las personas cubiertas por el mismo”. <https://www.inclusion.gob.es/brexit/seguiridad-social> (última consulta 18 de julio de 2024).

de trabajo y número de servicios prestados o los ingresos, en el caso de los trabajadores por cuenta propia- para determinar si el ejercicio de la actividad en un Estado miembro es o no lo suficientemente relevante o sustancial.

La consideración de una situación como amparada en alguna de estas excepciones, permite soslayar la aplicación a de la *lex loci laboris* en aras de evitar un cambio en la normativa con el fin de sortear los obstáculos que, para la libre circulación de los trabajadores, podría suponer un cambio en la legislación aplicable en esta materia.

Sin embargo, ninguna de estas dos previsiones específicas ampara expresamente la situación de los nómadas digitales, trabajadores, por cuenta ajena o propia, que se desplazan temporalmente a otro Estado, por iniciativa propia y por motivos personales, a realizar su actividad íntegramente en modalidad de teletrabajo. En el caso de los nómadas digitales, generalmente, se produce una situación de teletrabajo que, si bien es temporal, es total. En otras palabras, estos trabajadores no tienen que acudir físicamente al centro de trabajo, por lo que se encuentran en una situación de “teletrabajo puro” cuya asimilación a alguna de las situaciones excepcionales contempladas por el Reglamento 883/2004, a las que hemos aludido, no ha estado exenta de debate.

En concreto, la doctrina se ha venido planteando si en esta situación debe aplicarse la *lex loci laboris*, atrayendo la normativa aplicable a España o, si bien, podría aplicarse alguna de las excepciones de los artículos 12 o 13, que conllevaría un resultado diferente⁴³, habilitando el mantenimiento de la normativa que viniera aplicándose con anterioridad al desplazamiento.

Ante esta ausencia de previsión específica en materia de Seguridad Social que resulte de aplicación directa a los nómadas digitales, tanto a nivel comunitario como nacional, la UE, a través de la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social, ha emitido una serie de Notas Orientativas, sin carácter vinculante, con el fin de dotar seguridad jurídica y de estabilidad a estas situaciones, evitando cambios innecesarios en la legislación aplicable que pudieran resultar en una vulneración de la libre circulación de trabajadores.

En este sentido, desde octubre de 2022 la Comisión “ofrece una interpretación flexible de las normas de conflicto del Título II del Reglamento de coordinación aplicables ante la ausencia de una norma ad-hoc y que ha sido consensuada por 24 Estados miembros (todos salvo Bélgica, Hungría y Suecia)” e insta a los Estados miembros a adecuar su legislación a la nueva situación del teletrabajo tras la pandemia^{44, 45}.

En relación con los trabajadores por cuenta ajena, ante esta disyuntiva, y siguiendo la recomendación de la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social de la posibilidad que tienen los estados para acordar normas de conflicto específicas (artículo 16.1 Reglamento 883/2004), el 4 de agosto de 2023, tuvo lugar la publicación del Acuerdo marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual (en adelante, “Acuerdo marco”). Dadas las dificultades y vicisitudes interpretativas que se originaban como consecuencia de que la situación en la que se encuentra el teletrabajador transfronterizo, el Acuerdo marco se acoge

⁴³ MARTÍNEZ-POZUELO LÓPEZ, A.: “La coordinación comunitaria de seguridad social: Desafíos para el año 2022”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 10, 2, 2022, pp. 159-187.

⁴⁴ “Nueva nota orientativa sobre teletrabajo intracomunitario de la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de Seguridad Social (CACSS) (RS 41/22 11 de Octubre de 2022 al 17 de Octubre de 2022)”, <https://blog.efl.es/actualidad-juridica/nueva-nota-orientativa-sobre-teletrabajo-intracomunitario-de-la-comision-administrativa-de-coordinacion-de-los-sistemas-de-seguridad-social-cacss-rs-41-22-11-de-octubre-de-2022-al-17-de-octubre-de-2022/> (última consulta 18 de julio de 2024).

⁴⁵ “Nuevas pistas en el laberinto del teletrabajo internacional”, <https://bloglaboral.garrigues.com/nuevas-pistas-en-el-laberinto-del-teletrabajo-internacional> (última consulta 18 de julio de 2024).

a la posibilidad reconocida por el artículo 16.1 del Reglamento que, como mencionábamos previamente, habilita a los Estados miembros a establecer de común acuerdo excepciones específicas a la aplicación de las reglas previstas por aquel.

Este Acuerdo resultará de aplicación cuando tanto el país de acogida del teletrabajador como el país de origen, en el que se encuentre la sede o el domicilio del empleador, reúnan la condición de signatarios. Opta por aludir expresamente a la situación de los “teletrabajadores transfronterizos habituales” -en la denominación utilizada por el Acuerdo- y adscribirlos a “la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total”. En definitiva, “el aseguramiento en el Estado signatario del empleador se mantendrá, tanto si el teletrabajo transfronterizo no supera el 25 % del tiempo total de trabajo (de acuerdo con el contenido de los reglamentos de coordinación), como en aquellos supuestos en los que este se sitúe entre el 25 % y el 50 %, gracias a la aplicación del reciente Acuerdo marco”⁴⁶ mientras que, en el caso de que el teletrabajo transfronterizo exceda de dicho umbral -como, previsiblemente ocurrirá en el caso de los nómadas digitales- se podría producir un cambio en la legislación aplicable, por obra de la *lex loci laboris*.

Esta limitación parece dejar fuera del ámbito de aplicación de la excepción a la aplicación *lex loci laboris* prevista por el Acuerdo a los nómadas digitales, cuya prestación se realiza, en la mayoría de los casos, íntegramente en modalidad de teletrabajo. Por lo tanto, si bien la elevación del 25 al 50 por ciento del límite que determina el cambio de la legislación aplicable permite ampara numerosas situaciones que, con carácter previo al Acuerdo, podían desencadenar una discriminación o limitación a la circulación de los trabajadores, lo cierto es que se trata de un “parche o remiendo” que, además de no abordar de forma global y exhaustiva el fenómeno del teletrabajo transfronterizo en todas sus modalidades, “establece un precedente peligroso de geometría variable en la que se privilegia a unos colectivos concretos (los teletrabajadores) que podrían optar entre la legislación de su Estado de residencia y la del Estado de empleo mientras que otros trabajadores con un trabajo más clásico que realizasen su actividad laboral (no teletrabajo) en más del 25 % en su Estado de residencia no podrían acogerse a la legislación del Estado de Empleo”; opción que, además, solo estaría abierta a los Estados ratificantes del Acuerdo⁴⁷.

A lo que a nuestros efectos resulta relevante, como decíamos, cuando el teletrabajo transfronterizo exceda de dicho umbral del 50 por ciento, como sucede en el caso de los nómadas digitales, el desplazamiento podría desencadenar un cambio en la legislación aplicable hacia la del Estado de la nueva residencia, por obra de la *lex loci laboris*. No obstante, eso solo ocurriría si interpretásemos que la *lex loci laboris* nos remite al lugar físico desde el cual se realiza materialmente la prestación, es decir, el Estado al que el nómada digital se ha desplazado. No obstante, partiendo de la premisa en la que se basa el nomadismo digital, consistente en que resulta del todo irrelevante el lugar desde el que se realiza la prestación ¿tiene sentido considerar el lugar de destino como *loci laboris*?

El concepto “lugar de trabajo” de los Reglamentos de coordinación y aplicación es un concepto autónomo de Derecho europeo que debe interpretarse a la luz de este y que no puede ser objeto de interpretación nacional diferente, pues ello desvirtuaría el potencial coordinador de

⁴⁶ EXTREMERA MÉNDEZ, F. M.: “El novedoso acuerdo marco sobre teletrabajo transfronterizo habitual: Problemas de ley aplicable de seguridad social. CEF Laboral-Social”, 2023, <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/teletrabajo-transfronterizo.pdf> (última consulta 18 de julio de 2024).

⁴⁷ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA, C.: “Teletrabajo transfronterizo y Seguridad Social: conexión problemática”, e-Revista Internacional de la Protección Social, vol. IX, núm. 1, 2024, pp. 12-32.

estos Reglamentos. De este modo, ante una duda interpretativa debe atenderse a la jurisprudencia del TJUE para su esclarecimiento. Conforme a la postura del Tribunal, puesta en relieve en la sentencia del caso Partena, “el concepto de “lugar de ejercicio” de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con esa actividad” tanto en lo relativo al trabajo por cuenta ajena como al trabajo por cuenta propia⁴⁸.

Si nos ceñimos a una concepción tradicional del trabajo, este se encuentra íntimamente ligada a un espacio físico concreto, que constituye por ello el factor pertinente “para determinar el Estado miembro que presenta un vínculo más estrecho con la relación laboral” y que, por tanto, determina la legislación nacional a aplicar; la pertinencia de este factor se menoscaba cuando nos enfrentamos a nuevas modalidades de trabajo en las que las tareas pueden desempeñarse fuera de dicho lugar⁴⁹.

No obstante, no parece que esto sea tan sencillo en relación con prestaciones puramente remotas en las que, como decíamos, no existe conexión alguna entre la actividad y el lugar en el que el trabajador se encuentra cuando la desempeña, como es el caso de los nómadas digitales.

Coincide esta parte con GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDAS⁵⁰ en que el tratamiento a efectos de Seguridad Social de los teletrabajadores debería abordarse legalmente, estableciendo normas de conflicto específicas y adecuadas, para tratar de dar una solución clara a los distintos supuestos y modalidades que esta forma de trabajo presenta para, de esta manera, no solo proteger adecuadamente al teletrabajador sino también el *dumping social* que, en muchos casos se produce como consecuencia del estado actual de la normativa.

En opinión de esta parte, y en relación exclusiva con los nómadas digitales, objeto de este trabajo, considero importante tomar en consideración que, si bien la situación de teletrabajo es permanente -en el sentido de que ampara la práctica totalidad de la prestación- es temporal y, si nos ceñimos a los datos estadísticos, generalmente incluso inferior al año. Por no decir que, en algunos casos, incluso se produce una itinerancia entre varios Estados de forma sucesiva. No parece que, salvo que su situación se establezca y adquiera vocación de permanencia, exista un vínculo verdaderamente laboral entre el país de residencia temporal del nómada digital y la actividad que este realiza que justifique la aplicación de la normativa del primero. Además, si se pretende atraer a estos profesionales por los beneficios que su presencia en nuestro territorio supone para el consumo y para la innovación -para lo cual se han concebido los visados y permisos de residencia específicos y beneficios fiscales- no parece que tenga sentido imponer un cambio de normativa a efectos de Seguridad Social lo cual, como consecuencia de las dificultades burocráticas o de las trabas y costes que puede originar para el empleador, podría suponer un obstáculo injustificado a la libertad de circulación de los trabajadores o, por el contrario, constituir una herramienta de *dumping social* que favorezca el desplazamiento de trabajadores a Estados en los que los costes sociales sean menores.

Por lo que respecta a los nómadas digitales que tengan la condición de trabajadores por cuenta propia, además, como hemos dicho, se encuentran expresamente excluidos del ámbito subjetivo de aplicación de este Acuerdo marco. Pero, aunque no lo estuvieran y les resultara, por tanto, de aplicación dicho Acuerdo⁵¹, seguiríamos sin tener una solución adecuada para el

⁴⁸ Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 27 de septiembre de 2012 (C-137/11). Considerandos 53 y 57.

⁴⁹ Conclusiones del Abogado General SR. MACIEJ SZPUNAR presentadas el 8 de marzo de 2017(1) (C-570/15 X contra Staatssecretaris van Financiën) citado en GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDAS, C., 2024, *op. cit.*, pp. 12-32.

⁵⁰ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDAS, C., 2024, *op. cit.*, pp. 12-32.

⁵¹ Autores como EXTREMERA MÉNDEZ consideran factible una interpretación extensiva por parte del TJUE que permita soslayar la exclusión expresa de los trabajadores por cuenta propia del ámbito de aplicación del Acuerdo marco.

tratamiento de la situación de los nómadas digitales por cuenta propia, por exceder igualmente del umbral máximo previsto por aquel.

Con posterioridad a la publicación del Acuerdo marco, la Comisión Administrativa publicó una nueva Nota orientativa, de 21 de junio de 2023⁵², cuyo anexo IV resulta aplicable a las situaciones de teletrabajo que tengan lugar partir del 1 de julio de 2023, centrándose en los trabajadores por cuenta ajena. Conforme a esta nota, entendiendo que se han recuperado las condiciones de normalidad existentes con carácter previo a la pandemia de la COVID-19, estima procedente retornar a la aplicación del título II del Reglamento 883/2004 como se venía haciendo con anterioridad a aquella.

Recuerda la centralidad del principio *lex loci laboris* y se remite a la, previamente citada, Sentencia del TJUE en el caso Partena, para aclarar que “la localización de una actividad debe entenderse como el lugar donde, en la práctica, el interesado efectúa las acciones relacionadas con dicha actividad”. Es decir, a diferencia de lo que ocurrió en la Nota orientativa anterior (Nota orientativa CACSS nº125/22), en la que se dejaba pasar la oportunidad de reinterpretar el concepto “lugar de trabajo” a efectos de la aplicación de la *lex loci laboris* -defecto que ya apreciaba CARRASCOSA BERMEJO⁵³- la Nota de 2023 no enmienda la situación porque, si bien sí se pronuncia expresamente sobre esta interpretación, lo hace únicamente para remitirse a la interpretación tradicional que el TJUE dio, ni más ni menos, que en 2012.

Esto no deja de ser algo decepcionante pues, pudiendo aprovechar para dar tratamiento a las situaciones que, si bien se originaron con la pandemia de la COVID-19, no tienen nada que ver con esta y que se mantienen en nuestros días -como situaciones de teletrabajo puro transfronterizo, como el nomadismo digital-, a través de una mera reinterpretación de la *lex loci laboris* más ajustada a la realidad actual, se limita a dar una solución conservadora, basada en ejemplos de teletrabajo no-puro “clásicos”, preexistentes a dicha pandemia⁵⁴.

No obstante, la Nota sí contiene una previsión que resulta de un gran interés a los efectos del presente trabajo. Prevé expresamente que “el teletrabajo continuo a tiempo completo en un Estado miembro sin límite temporal quedaría excluido del artículo 12, si no tiene un fin determinado o un carácter temporal y se supone que su duración superará los veinticuatro meses. En cambio, es aplicable el artículo 11, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 883/2004”. ¿Quiere esto decir que, *sensu contrario*, podría resultar aplicable la excepción del artículo 12 a aquellos supuestos de teletrabajo continuo a tiempo completo que sí tengan duración temporal y esta, aunque pueda ser indeterminada, vaya a ser en todo caso inferior a los veinticuatro meses? De ser así, podríamos entender que los nómadas digitales que se desplacen a otro Estado para teletrabajar de forma íntegra desde allí por un periodo inferior a los 24 meses podrían seguir sujeto a la normativa del primer Estado.

⁵² Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social decisión N.º H14 de 21 de junio de 2023 relativa a la publicación de la Nota de orientación sobre la pandemia de COVID-19, la Nota relativa a la interpretación de la aplicación del título II del Reglamento (CE) n.º 883/2004 y de los artículos 67 y 70 del Reglamento (CE) n.º 987/2009 durante la pandemia de COVID-19, la Nota orientativa sobre el teletrabajo aplicable al periodo entre el 1 de julio de 2022 y el 30 de junio de 2023, y la Nota orientativa sobre el teletrabajo aplicable a partir del 1 de julio de 2023 (C/2024/594).

⁵³ CARRASCOSA BERMEJO, F., 2023, *op. cit.*, pp. 59-92.

⁵⁴ La Nota orientativa utiliza los siguientes ejemplos de teletrabajo transfronterizo post-pandémico: “Un residente belga que trabaja para un empleador neerlandés visita a clientes en los Países Bajos durante tres días a la semana, pero realiza sus tareas administrativas y sus trámites burocráticos desde su casa, dos días a la semana; Un residente alemán que trabaja para un empleador francés entrega paquetes a clientes franceses (para lo que se desplaza con su camioneta por Francia) tres días a la semana, pero desempeña su función de gestor de recursos humanos de la empresa exclusivamente desde su casa durante dos días a la semana”.

Lo cierto es que la Nota ofrece varias guías interpretativas que pueden apoyar esta afirmación. En el nomadismo general, el teletrabajo transfronterizo suele producirse por voluntad del trabajador, y no del empresario. Si bien el artículo 12 tiene como base que el desplazamiento a otro Estado se produzca a instancia del empleador, esta Nota suaviza dicho criterio, afirmando que basta con que el teletrabajo sea acordado, tanto formal como informalmente, entre empleador y empleado, sin que sea preciso determinar “de quién o por iniciativa de quién se está llevando a cabo el teletrabajo transfronterizo”. Por otro lado, lo que se considera relevante es que el empleado siga “sujeto a la dirección del empleador”, cuestión cuya concurrencia no se pone en duda en los supuestos de nomadismo digital. Además, la Nota, tras ofrecer algunos ejemplos en los que resultaría aplicable esta excepción (como el de un empleado que permanece en el lugar de vacaciones y teletrabaja desde allí un mes más antes de volver a la oficina), abre la puerta a “cualquier otro supuesto comparable en el que medie un acuerdo entre el empleador y el empleado interesados”, si bien recomienda, una vez más, la utilización de los acuerdos del artículo 16 del Reglamento de coordinación como herramienta adecuada para “abordar las situaciones laborales nuevas o atípicas en todos los demás supuestos, si el resultado de la aplicación del marco jurídico no se considera adecuada”, como se hizo con el Acuerdo marco.

5.2. Los nómadas digitales extracomunitarios

Como adelantábamos, a pesar de los esfuerzos realizados en España para la atracción de nómadas digitales a nuestro territorio mediante visados y permisos de residencia específicos e incentivos fiscales, no se ha adoptado ninguna normativa específica en materia de Seguridad Social que aborde adecuadamente este fenómeno. De este modo, con carácter general, se considera que quien teletrabaja desde España debería darse de alta y cotizar a nuestro sistema nacional de Seguridad Social, una vez cuente con la autorización de estancia o residencia correspondiente⁵⁵.

Al igual que en los Reglamentos de coordinación y aplicación comunitarios, tampoco en los Convenios bilaterales ni en el Convenio Multilateral iberoamericano, existe referencia alguna al teletrabajo transfronterizo⁵⁶, que ha tenido que ser subsumido por el cauce interpretativo en las normas de conflicto ya existentes que, al igual que en lo relativo a los supuestos comunitarios, se encuentran presididas por la *lex loci laboris* y, en consecuencia, se basan en una concepción física del lugar de trabajo.

El trabajador extracomunitario que tenga intención de establecerse temporalmente en España como nómada digital, deberá incluir en su declaración, en su caso, la condición de estar integrado en el sistema de Seguridad Social de su país de origen, con el certificado correspondiente. No obstante, en el caso de que no resulte de aplicación uno de los instrumentos internacionales suscritos por España en materia de Seguridad Social, y en el supuesto de que se vaya a realizar un trabajo por cuenta ajena, será preciso acreditar la inscripción de la empresa empleadora en la Seguridad Social española⁵⁷.

En consecuencia, si existe un Convenio bilateral o multilateral en materia de Seguridad Social entre España, como país de destino, y el país de origen o en el que se encuentre el empleador y donde el trabajador se encuentre asegurado, ello se acreditará mediante un certificado de cobertura en origen. Además, salvo que el sistema de Seguridad Social de origen prevea la cobertura sanitaria del trabajador en el lugar donde este desarrolle su actividad, el trabajador

⁵⁵ CARRASCOSA BERMEJO, F., 2023, *op. cit.*, pp. 59-92.

⁵⁶ CARRASCOSA BERMEJO, F., 2023, *op. cit.*, pp. 59-92.

⁵⁷ SIERRA BENÍTEZ, E. M.: “La regulación del teletrabajo y el trabajo nómada en España y su configuración en el marco internacional”, *Tribunal Regional do Trabalho Da 9ª Região*, 2023, pp. 169-183.

deberá contar con un seguro público o privado de enfermedad, sin que sea suficiente con un seguro de viaje⁵⁸.

En ausencia de convenio, la afiliación y cotización en España será obligatoria desde el principio del desplazamiento, con independencia de la duración de este, de manera que no será precisa la contratación de un seguro público o privado adicional, sino que bastará aportación de compromiso de cumplimiento con las obligaciones en materia de Seguridad Social⁵⁹.

Mientras que, en el primero de los casos, el trabajador puede totalizar los periodos de cotización que tuvieron lugar en el Estado anterior, no sucederá así en el segundo caso, por no existir un Convenio que lo ampare. Si bien sí podrá exportar las pensiones de carácter contributivo que pudiera obtener en España. La Administración española las exporta unilateralmente a todo el mundo⁶⁰.

6. Valoraciones finales

Los nómadas digitales son una modalidad de teletrabajador que ha experimentado un gran auge, especialmente a raíz de la pandemia de la COVID-19. Son una figura particular que se caracteriza por no ser migrantes, pues no se desplazan a otro país en busca de oportunidades profesionales, ni expatriados, en tanto que no son desplazados por orden del empleador para llevar a cabo una actividad en el Estado de destino; sino que emergen como una forma híbrida entre trabajadores y turistas, con alta cualificación, que se desplaza a uno o varios destinos, de forma temporal, y realizan desde allí, de forma íntegramente remota, gracias a las tecnologías de información y comunicación, su actividad profesional.

Las previsiones actuales en relación con la evolución esperada del mercado de trabajo tanto en nuestro país como en el resto del mundo, gira hacia carreras menos estables y más cambiantes, por lo que es necesario buscar mecanismos que contrarresten cambios constantes de normativa en materia de Seguridad Social que pudieran redundar en una infracotización e infraprotección de estos.

En lo que respecta a los nómadas digitales, no debemos olvidar que las estancias de estos profesionales en el territorio de un mismo país no suelen llegar tan siquiera al año completo y que, en algunos casos, encadenan varias estancias sucesivas en diferentes países, contribuyendo a esas carreras incrementalmente cambiantes. De no contar con una norma de conflicto clara en los Reglamentos de coordinación europeos y en los Convenios bilaterales y multilaterales en materia de Seguridad Social, ello podría suponer sucesivos cambios de legislación aplicable, durante una corta duración, lo que puede perjudicar sus eventuales derechos prestaciones o incluso, eventualmente, impedir o, cuando menos, limitar la movilidad de estos trabajadores como consecuencia de la reticencia empresarial a dichos cambios y a los problemas de gestión y burocracia que ello puede suponer. Esa “volatilidad” de las normas aplicables y rigidez de las normas de coordinación, además, puede alentar supuestos de *dumping social*, que motive cambios de residencia efectuados por meras razones de disminución de los costes sociales, lo cual resulta del todo contrario al espíritu de los Reglamentos de coordinación y de los Convenios bilaterales

⁵⁸ Instrucción conjunta del Director General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y el Director General de Migraciones sobre los aspectos prácticos de aplicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en lo que se refiere a las solicitudes visados y autorizaciones de residencia de teletrabajo de carácter internacional.

⁵⁹ Instrucción conjunta del Director General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y el Director General de Migraciones sobre los aspectos prácticos de aplicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en lo que se refiere a las solicitudes visados y autorizaciones de residencia de teletrabajo de carácter internacional.

⁶⁰ CARRASCOSA BERMEJO, F., 2023, *op. cit.*, pp. 59-92.

y multilaterales, y podría suponer un privilegio desmedido para este tipo de profesionales y/o sus empleadores.

Es por ello por lo que la labor de modificación, pero también de interpretación de estas normas, es esencial para adaptarla a las nuevas realidades y para dar de una vez por todas un tratamiento omnicompreensivo del fenómeno del teletrabajo transnacional que garantice que no se produzcan cambios de legislación innecesarios e injustificados.

A pesar de la insistencia de la Comisión Administrativa en la utilización de los Acuerdos del artículo 16 del Reglamento de coordinación para abordar estas situaciones que no se encuentran del todo subsumidas en las normas de conflicto específicas previstas, lo cierto es que esta opción parece contravenir la necesaria flexibilidad que requiere el tratamiento del fenómeno del nomadismo digital. Además, es una categoría lo suficientemente delimitada y relevante como para que, de una vez por todas, se aborde de una manera específica desde la óptica de la Seguridad Social, como ya se ha hecho a efectos de residencia y fiscalidad.

Por ello esta parte considera que son dos las posibles alternativas que podrían poner solución a esta problemática en el caso del nomadismo digital. Por un lado, considera esta parte que, en el caso de los nómadas intracomunitarios, es posible encontrar un encaje de la situación en la que se encuentran estos trabajadores en la excepción a la *lex loci laboris* contenida en el artículo 12 del Reglamento en virtud de la interpretación emanada de la Comisión Administrativa en la Nota de 21 de junio de 2023. Esto debería ser objeto de traducción, igualmente, en los Convenios Bilaterales y multilaterales, para amparar a los trabajadores de terceros Estados.

Por otro lado, a pesar de las reticencias de la Comisión Administrativa de “salirse del tiesto”, considero que la aproximación, quizás más oportuna y que permite una mayor flexibilidad, sería la reinterpretación del “lugar de trabajo” en el que se basa la *lex loci laboris*, para darle un sentido más económico y menos físico que ampare las nuevas circunstancias surgidas y que surgirán como consecuencia de la transición digital en la que nos hallamos inmersos.

7. Bibliografía

- ARRUGA SEGURA, M.C.: *La transformación digital en las relaciones laborales y en la organización del trabajo*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer España, S.A., 2020.
- ALONSO-CALERO, J.M., CANO-GARCÍA, J.: “Evolución de espacios de trabajo deslocalizados como valor del binomio trabajo/turismo: Nómadas digitales en espacios de coworkings y emprendimiento de Málaga”, *I Congreso Internacional Turismo Transversal y Paisaje*, Málaga, UMA Editorial, 2018.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: *Derecho de la protección social. Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*, 4ª ed, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, S.AU, 2020.
- BARCELÓN COBEDO, S.: “Protección social en el marco de la UE” en Acción Jean Monnet (Universidad de León), 23 de mayo de 2024.
- CALLAU DALMAU, P.: “La seguridad social: Un elemento fundamental del mandato de la OIT desde su creación en 1919”, *Lan Harremanak*/39, 2018.
- CARRASCOSA BERMEJO, F.: “Seguridad Social en el teletrabajo internacional postpandémico y en el caso específico del nomadismo digital”, *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 4, No. 1, 2023.

- EXTREMERA MÉNDEZ, F. M.: “El novedoso acuerdo marco sobre teletrabajo transfronterizo habitual: Problemas de ley aplicable de seguridad social”, *CEF Laboral-Social*, 2023, <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/teletrabajo-transfronterizo.pdf> (última consulta 18 de julio de 2024).
- GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: “Teletrabajo transfronterizo y Seguridad Social: conexión problemática”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. IX, núm. 1, 2024.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, *España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a Largo Plazo*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, 2021
- MAKIMOTO, T.: “The Age of Digital Nomad. Impact of CMOS Innovation”, *IEEE Solid State Circuits*, vol. 5, núm. 1, 2013.
- MARTÍNEZ-POZUELO LÓPEZ, A.: “La coordinación comunitaria de seguridad social: Desafíos para el año 2022”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 10, 2, 2022.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Industria 5.0”, ecosistemas de empresas y calidad de entorno laboral: de la “ley de riders” a la “ley de nómadas digitales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 466 (enero-febrero), 2022.
- MORAVEC, J. W.: *Knowmad society*, Minneapolis, Education Futures LLC, 2013.
- PARREÑO CASTELLANO, J., DOMÍNGUEZ-MUJICA, J., MORENO-MEDINA, C.: “Reflections on digital nomadism in Spain during the COVID-19 Pandemic—Effect of policy and place”, *Sustainability*, (14), 2022.
- PUERTA RUIZ DE AZÚA, C., MORALES GIL, T.: “Tributación en España del teletrabajo transfronterizo”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 2/2023 parte Doctrina. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2023.
- SANS, J., SÁEZ, I.: “¿Cómo tributa un nómada digital?”, 2023, https://www.ey.com/es_es/workforce/como-tributa-un-nomada-digital (última consulta 22 de julio de 2024).
- SIERRA BENÍTEZ, E. M.: “La regulación del teletrabajo y el trabajo nómada en España y su configuración en el marco internacional”, *Tribunal Regional do Trabalho Da 9ª Região*, 2023.
- VV.AA.: *El trabajo y la protección social de los ciudadanos europeos y no europeos en España* (Segunda edición. ed.), BLASCO JOVER, C., 2023, Madrid, Tecnos.
- VV.AA.: *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, MONEREO PÉREZ, J. L., MALDONADO MOLINA, J. A., (dirs.), Albolote (Granada), Ed. Comares, 2023.
- VV.AA. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.: *Tecnología y trabajo: El impacto de la revolución digital en los derechos laborales y la protección social* (Primera edición. ed.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- VV.AA.: *The right to social security*, VAN LANGENDOCK, J. (dir.), Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007.
- ZORRILLA RUIZ, M. M.: “Derecho fundamental a la seguridad social en el ámbito de la unión europea” *Estudios de Deusto*, Vol. 54/1, 2006.

AJUSTES Y DESAJUSTES EN LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL PARA CON LAS PERSONAS TRABAJADORAS A TIEMPO PARCIAL

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Deusto
ORCID: 0000-0003-4696-6356

1. Introducción

El objeto de este estudio se centra en analizar la protección que ofrece el Sistema de Seguridad Social a las personas trabajadoras con contrato a tiempo parcial del Régimen General. Esa protección se traduce en una serie de prestaciones a partir de las características que estas presentan según el alcance y la dinámica reguladas para cada contingencia tipificada. Ello conduce, necesariamente al análisis de la forma en la que se calculan las cotizaciones de este colectivo, y de los aspectos vinculados a la acción protectora del mismo, es decir, a los períodos de carencia exigidos y al modo de determinar el importe de la prestación a través del cálculo de las bases reguladoras. Ciertamente, como advirtiera BORRAJO DACRUZ, “los efectos del trabajo a tiempo parcial en la Seguridad Social son, o pueden ser, muy fuertes y muy graves”¹.

La evolución histórica ayuda a comprender la necesidad de proteger a este colectivo. Ahora bien, no es menos cierto que como señalara TORTUERO PLAZA, dicha evolución “ha sido

¹ BORRAJO DACRUZ, E.: “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, 1978, núm. 120, p. 55.

sumamente desordenada e irreflexiva”², lo que complica sumamente el análisis, sin perjuicio de que el resultado de dicho análisis aporte valor al estudio aquí realizado. Como se verá, la jurisprudencia también ha tenido y sigue teniendo un papel esencial al respecto. Esta evolución puede calificarse como una historia de ajustes y reajustes constantes³. De ahí el título de este estudio. Precisamente, se trata de sintetizar esa evolución hasta llegar a la actualidad y observar, como señala la STS 4^a, de 18 de enero de 2024 (núm. rec. ud. 2231/2021), que el principio de contributividad que informa nuestro Sistema de Seguridad Social justifica que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, lo que conlleva una prestación de cuantía inferior para los trabajadores a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a tiempo completo (cfr. F.D. 7). En suma, se verá cómo es este el único criterio que permite establecer una diferencia objetiva, razonable y proporcional entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo en materia de Seguridad Social⁴, sin que quepa incurrir en discriminación de ningún tipo. En efecto, el juego de los ajustes y desajustes constantes hasta llegar a la regulación actual de ajuste definitivo pasa por respetar el principio de igualdad en el acceso a las prestaciones, el principio de solidaridad y el principio de suficiencia de las prestaciones, que es a lo que se tiende con el principio de asimilación contemplado por el artículo 245 del TRLGSS-2015, dentro de una conjunción y un equilibrio entre los principios mencionados. Cuestión distinta es la que pueda derivar de la necesaria sostenibilidad del propio Sistema, que, sin duda, resulta esencial para poder proteger a los trabajadores a tiempo parcial en los términos indicados.

2. Evolución histórica: El juego de los ajustes y desajustes constantes

2.1. Evolución sobre la forma de calcular la cotización

Como primer antecedente, el Decreto 56/1963⁵ estableció la obligación de cotizar por bases tarifadas con independencia de la jornada realizada, pero poco después se atemperó esta obligación en los casos en que los trabajadores prestaran servicios en más de una empresa, pues la Orden de 20 de febrero de 1963⁶ estableció que en tales supuestos, pese a que también debía cotizarse por la tarifa correspondiente, y en el caso de que al trabajador, por su clasificación laboral, en distintas empresas, le correspondieran diferentes tarifas de cotización, por la más alta, la cotización debía prorratearse en proporción a la retribución efectiva que percibiera el trabajador en cada empresa (cfr. artículo 3.2)⁷.

Con la aparición de la Seguridad Social, inicialmente, no cambiaron las cosas, pues siguió siendo obligatorio cotizar por la base tarifada correspondiente a la categoría profesional asignada al trabajador, cualquiera que fuere el número de horas que trabajase diariamente (cfr. artículo 74.1 de TALGSS-1966⁸)⁹.

² TORTUERO PLAZA, J.L.: “Apuntes para un debate sobre el trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 1998, núm. 9, p. 55.

³ En parecidos términos, resulta de interés el análisis de PÉREZ ALONSO, M.A.: “El contrato a tiempo parcial. Los vaivenes en la protección social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2016, núm. 44, pp. 180-208.

⁴ En particular sobre el principio de proporcionalidad, *vid.* Callau Dalmau, P.: “Alcance del principio de proporcionalidad en el marco de las relaciones laborales y su incidencia en el trabajo a tiempo parcial”, *IUSLabor*, 2018, núm. 1, pp. 252-280.

⁵ BOE de 19 de enero de 1963, núm. 17.

⁶ BOE de 9 de marzo de 1963, núm. 59.

⁷ Al respecto, *vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social*, Valladolid: Lex Nova-Thomson Reuters, 2016, p. 141.

⁸ BOE de 22 de abril de 1966, núm. 96.

⁹ Al respecto, *vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social*, *ob cit.*, p. 142.

No obstante, la Orden de 28 de diciembre de 1966¹⁰ introdujo una novedad relevante a los efectos de este estudio, pues distinguió la forma de cotizar según la clase de parcialidad (cfr. artículo 37, apartados 1 y 2)¹¹. Así, si se trataba de un trabajador que prestaba servicios todos los días laborables, con jornada reducida, en ese caso se debía cotizar por la base de tarifa correspondiente a la categoría profesional asignada al trabajador, cualquiera que fuera el número de horas que trabajase, es decir como si trabajara a tiempo completo. Por consiguiente, en estos casos, el coste hora del trabajo a tiempo parcial resultaba ser muy superior al coste hora del trabajo a tiempo completo¹². Por el contrario, si se trataba de un trabajador que solo trabajaba determinados días al mes, en ese caso solo debía cotizarse por los días de alta, pues cuando no se trabajaba el empresario debía dar al trabajador de baja, matizándose, además, que, a tal efecto, las bases mensuales de cotización debían dividirse por 30, obteniéndose así las fracciones diarias a aplicar. La Orden de 28 de diciembre de 1966 también se refirió a las situaciones de pluriempleo que incluían trabajos a tiempo parcial (cfr. artículo 41.1, letras a y b). De este modo, se previeron dos situaciones:

- a) Cuando se trabajara a jornada completa en una empresa y en las demás no, debía cotizarse en aquella por la base de la tarifa que correspondiera, y en las restantes por la fracción de base de la tarifa que resultara de relacionar el número de horas trabajadas en cada una de ellas con las que constituyeran la jornada completa en la actividad de que se tratara.
- b) Cuando en ninguna de las empresas se trabajara a jornada completa, se debía cotizar por la base íntegra de la tarifa que correspondiera a la categoría profesional del trabajador, prorrateando dicha base entre las empresas en proporción a las horas trabajadas en cada una. Si al trabajador le correspondían diferentes bases de cotización por su clasificación laboral en las empresas, debía aplicársele la base más alta.

Cuando la Ley 24/1972¹³ sustituyó el sistema de bases tarifadas para adaptar las cotizaciones a las retribuciones reales de los trabajadores, se estableció, de manera genérica, que la cotización debía ser en función del salario real, respetando el tope máximo y el mínimo que se correspondía con la cuantía del SMI (cfr. artículo 2, apartados Uno y Dos). Esto supuso que en los contratos de trabajo a tiempo parcial se debía cotizar también por la retribución real, siempre y cuando no significara un importe inferior al del SMI, en cuyo caso, ese sería la base de cotización. Así lo corroboró, en su desarrollo, el Decreto 1645/1972¹⁴, al establecer que el tope mínimo de la base de cotización sería el que habida cuenta de la edad del trabajador, correspondiera a la cuantía del SMI vigente en cada momento, y matizar que dicha cuantía se aplicaría en su integridad, cualquiera que fuera el número de horas trabajadas (cfr. artículo 2.2). Igualmente, el TRLGSS-1974¹⁵ volvió a establecer que la base de cotización tendría como tope mínimo la cuantía íntegra del SMI vigente en cada momento, cualquiera que fuera el número de horas que se trabajaran diariamente (cfr. artículo 74.4).

El primer cambio importante llegó con el ET de 1980¹⁶, pues esta norma dispuso, al regular el trabajo a tiempo parcial, que la cotización a la Seguridad Social se efectuaría a razón de las horas o días realmente trabajados (cfr. artículo 12). Como matizara ALARCÓN CARACUEL, esto

¹⁰ BOE de 30 de diciembre de 1966, núm. 312.

¹¹ Al respecto, *vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social*, *ob cit.*, p. 142.

¹² ROQUETA BUI, R.: *La Protección Social de los Trabajadores a Tiempo Parcial*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2002, p. 52.

¹³ BOE de 22 de junio de 1972, núm. 149.

¹⁴ BOE de 28 de junio de 1972, núm. 154.

¹⁵ BOE de 20 de julio de 1974, núm. 173.

¹⁶ BOE de 14 de marzo de 1980, núm. 64.

supuso que la cotización debía determinarse en función del salario percibido en razón de las horas o días realmente trabajados¹⁷. Lo que sucede es que este cambio en materia de cotizaciones se aplicó inicialmente, en tanto persistieran las circunstancias de empleo que imperaban por aquel entonces, solo a cuatro colectivos, a saber, a los trabajadores perceptores de prestación de desempleo; a los que hubieran agotado la percepción de la misma, continuando en situación de desempleo; a los trabajadores agrarios que hubiesen quedado en desempleo, y a los jóvenes menores de veinticinco años (cfr. Disposición Transitoria tercera).

Posteriormente, fue el Real Decreto 1362/1981¹⁸ el que desarrolló el artículo 12 del ET de 1980 para establecer que la cotización a la Seguridad Social y las demás aportaciones que se recaudan conjuntamente con esta, referidas a los trabajadores contratados a tiempo parcial, se efectuarían a razón de las horas o días realmente trabajados. Además, se dispuso que el Ministerio competente establecería cotizaciones distintas para las jornadas que no superaran en su contenido horario y cómputo anual la tercera parte de la considerada normal en la actividad. Se matizó al respecto que en todo caso se mantendría la proporcionalidad de la cotización con las horas trabajadas (cfr. artículo 6). Junto a todo ello, y como se dictaminaría después, con carácter *ultra vires*, se estableció que la inobservancia de la forma contractual escrita comportaría la no aplicación del sistema especial para cotizar a la Seguridad Social que se acaba de describir, y asimismo llevaría inherente que tales contratos a tiempo parcial se presumieran celebrados por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acreditara la naturaleza temporal de los mismos (cfr. artículo 7). Ciertamente, el carácter *ultra vires* de esta disposición se producía porque el ET de 1980 no estableció como consecuencia de la inobservancia de la forma escrita la no aplicación del sistema de especial de cotización ni que se presumiría celebrado a tiempo completo¹⁹. De ahí que, como consecuencia de dicho carácter *ultra vires*, finalmente, prevaleció el criterio según el cual, pese a la inobservancia de la forma escrita, si el empresario demostraba la existencia del contrato a tiempo parcial, debía aplicarse el sistema especial de cotización, es decir, se debía cotizar por las horas y días realmente trabajados²⁰. Con todo, la Disposición Transitoria segunda del Real Decreto 1362/1981 mantuvo lo dispuesto en la Disposición Transitoria tercera del ET de 1980.

A continuación, la Orden de 20 de enero de 1982²¹ desarrolló el Real Decreto 1362/1981, atendiendo, por una parte, al carácter limitado de la aplicación del artículo 12 del ET de 1980, por lo dispuesto en la Disposición Transitoria tercera del mismo cuerpo legal, tal y como se ha visto *supra*, y, por otra parte, a la habilitación que la Disposición Final tercera del Real Decreto 1362/1981 hacía al Ministerio competente para efectuar las adaptaciones precisas en las normas que debían configurar el régimen de cotización y prestaciones de la Seguridad Social y de desempleo, para su aplicación a los supuestos en que los presuntos beneficiarios de la acción protectora estuviera o hubieran estado acogidos al contrato de trabajo a tiempo parcial (cfr. EM).

En concreto, esta nueva Orden estableció, como punto de partida, que, en los contratos de trabajo a tiempo parcial, a los que se refería la Disposición Transitoria segunda del Real Decreto 1362/1981, la cotización a la Seguridad Social por desempleo y las demás aportaciones que se recaudan conjuntamente se efectuaría en razón de las horas o días realmente trabajados en el mes que se considerara (cfr. artículo 1). A continuación, se señaló que para determinar la base de cotización mensual correspondiente se debían aplicar las siguientes normas (cfr. artículo 2): *primera*: se debían computar las retribuciones devengadas en el mes a que se refiriera la

¹⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo". En *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García* (DE LA VILLA GIL, L.E., Coord.), Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 170.

¹⁸ BOE de 11 de julio de 1981, núm. 165.

¹⁹ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social*, ob cit., p. 147.

²⁰ ROQUETA BUI, R.: *La Protección Social de los Trabajadores a Tiempo Parcial*, ob cit., pp. 59-60.

²¹ BOE de 30 de enero de 1982, núm. 26.

cotización, cualquiera que fuera su forma y denominación, con independencia de que se hubieran sido satisfechas diaria, semanal o mensualmente; *segunda*: a dichas retribuciones se les debía adicionar la parte proporcional que correspondiera por los conceptos de vacaciones, pagas extraordinarias y domingos y festivos, en el supuesto de que no hubieran sido tenidos en cuenta en la retribución satisfecha; *tercera*: si la base de cotización mensual que resultara, de acuerdo con lo previsto en las normas anteriores, fuera inferior o superior a las bases mínimas que se concretarán a continuación o a las máximas establecidas con carácter general para las distintas categorías profesionales, se debían tomar estas, respectivamente, como bases de cotización. Precisamente, para determinar la base mínima mensual de cotización se distinguieron dos modalidades, según se tratara de días trabajados (lo que se denominaría contrato de trabajo a tiempo parcial vertical) o de horas trabajadas (lo que se denominaría contrato de trabajo a tiempo parcial horizontal). Así, se estableció que la base mínima mensual de cotización en el trabajo por días sería el producto de multiplicar los días realmente trabajados en cada mes por la base mínima diaria que correspondiera a la categoría profesional. Esta se determinaría multiplicando por el coeficiente 1,47686833 la base mínima diaria que correspondiera a cada categoría profesional en el Régimen de la Seguridad Social aplicable, deduciendo el incremento por pagas extraordinarias (cfr. artículo 3). Por su parte, se concretó que la base mínima mensual de cotización en el trabajo por horas sería el resultado de multiplicar el número de horas realmente trabajadas por la base mínima horaria, determinada dividiendo por 7,16 la base mínima diaria de cada categoría profesional antes señalada (cfr. artículo 4). Finalmente, en referencia a la posibilidad de que se produjeran situaciones de pluriempleo, se estableció que cuando un trabajador prestara sus servicios en dos o más empresas en régimen de trabajo a tiempo parcial, cada una de ellas debía cotizar en función de las horas o días realmente trabajadas. Se precisó, además, que, si la suma sobrepasara el tope máximo de cotización a la Seguridad Social, se distribuiría en esta misma proporción (cfr. artículo 5).

A penas unos años después, la Ley 32/1984²² procedió a modificar el ET de 1980, en lo que aquí interesa, primero, para incluir en el sistema especial de cotización que preveía el artículo 12 a las demás aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social (cfr. artículo único), y, después, para derogar la conflictiva Disposición Transitoria tercera (cfr. Disposición Derogatoria). Esta derogación supuso la aplicación del sistema especial de cotización que se ha comentado a todos los trabajadores a tiempo parcial²³.

Tras aproximadamente una década, el Real Decreto-ley 18/1993²⁴ introdujo un cambio relevante, al establecer que la base de cotización a la Seguridad Social y demás aportaciones que se recaudan conjuntamente con aquella debía constituirse por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas (cfr. artículo 4.3). Por consiguiente, la retribución efectivamente percibida sustituyó al tiempo trabajado como eje central a considerar. Además, dicha retribución se centró solamente en las horas trabajadas, lo que se contempló en adelante también por las correspondientes Órdenes de cotización a efectos de determinar las bases mínimas y máximas de cotización²⁵. Posteriormente, el TRLGSS-1994 (cfr. Disposición Adicional séptima.1)²⁶ y el Real Decreto 2064/1995 (cfr. artículo 65.1)²⁷ también se refirieron a las retribuciones percibidas en función de las horas trabajadas. Ahora bien, el Real Decreto 2064/1995 matizó que cuando el contrato a tiempo parcial supusiera exclusivamente una

²² BOE de 4 de agosto de 1984, núm. 186.

²³ Al respecto véase FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social*, ob cit., p. 146.

²⁴ BOE de 7 de diciembre de 1993, núm. 292.

²⁵ Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: *La contratación laboral a tiempo parcial y la Seguridad Social*, ob cit., p. 147.

²⁶ BOE de 29 de junio de 1994, núm. 154.

²⁷ BOE de 25 de enero de 1996, núm. 22.

reducción de la jornada de trabajo, pero no en el número de días de trabajo, respecto a los trabajadores contratados a tiempo completo en la empresa de que se tratara, debían computarse como horas efectivamente trabajadas las correspondientes al tiempo de descanso computable como de trabajo, correspondientes al descanso semanal y festivos (cfr. artículo 65.2.3).

Por su parte, el Real Decreto-ley 15/1998²⁸ procedió a aclarar que la base de cotización de los contratos a tiempo parcial debía ser siempre mensual, y consolidó a nivel legal que la base de cotización no podía ser inferior a las cantidades que reglamentariamente se determinaran. Además, introdujo la novedad relativa a que la base de cotización debía incluir tanto las horas ordinarias como las complementarias, matizando que las horas complementarias debían cotizar sobre las mismas bases y tipos que las horas ordinarias (cfr. artículo 2.dos, por el que se procedió a modificar la Disposición Adicional séptima del TRLGSS-1994). Por su parte, el Real Decreto 144/1999²⁹ introdujo la equiparación de los contratos a tiempo parcial verticales y horizontales, a los efectos del cómputo de los días de descanso y festivos, antes solo aplicables a los horizontales, al limitarse a establecer que a efectos de determinar la base de cotización debían computarse como horas efectivamente trabajadas las correspondientes al tiempo de descanso computables como de trabajo, que correspondieran al descanso semanal y festivos (cfr. Disposición Adicional única, por la que se modifica el artículo 65 del Real Decreto 2064/1995).

Finalmente, en los supuestos de pluriactividad, el TRLTSS-2015, en su versión inicial, estableció que, cuando dicha pluriactividad se producía como consecuencia de que una persona trabajadora en alta inicial en el RETA posteriormente iniciara una actividad laboral por cuenta ajena a tiempo parcial con una jornada a partir del 50% de la correspondiente a la de un trabajador con jornada a tiempo completo comparable, esa persona tenía derecho a elegir, en el momento de alta, como base de cotización, la comprendida entre el 75% de la base mínima de cotización establecida anualmente con carácter general en la Ley de Presupuestos Generales del Estado durante los primeros 18 meses, y el 85% durante los siguientes 18 meses, hasta las bases máximas establecidas para este régimen especial (cfr. artículo 313, 2ª regla). Con la Ley 6/2017, de 24 de octubre³⁰, dicha previsión pasó a recogerse en el apartado 2 del artículo 313, también como regla 2ª. Con el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio³¹, desapareció esa particularidad.

2.2. Evolución en materia de acción protectora

2.2.1. Evolución en la determinación de los períodos de carencia exigibles

La primera norma que se encargó de determinar el período de carencia exigible para causar derecho a las prestaciones de Seguridad Social correspondientes fue el Real Decreto 2319/1993³², al establecer, en su Disposición Adicional novena que:

“1. En los supuestos de contratos de trabajo a tiempo parcial, a efectos de reunir los períodos mínimos de cotización exigidos en el Régimen de que se trate, para causar derecho a las prestaciones correspondientes, se computarán las horas o días efectivamente trabajados. A tal fin, cuando se trate de trabajo por horas, el número de días teóricos computables será el resultado de dividir la suma de las horas efectivamente trabajadas por el número de las que constituyan la jornada habitual para la actividad de que se trate.

²⁸ BOE de 28 de noviembre de 1998, núm. 285.

²⁹ BOE de 16 de febrero de 1999, núm. 40.

³⁰ BOE de 25 de octubre de 2017, núm. 257.

³¹ BOE de 27 de julio de 2022, núm. 179.

³² BOE de 31 de diciembre de 1993, núm. 313.

2. Cuando para poder causar la prestación de que se trate, una parte del período mínimo exigible deba estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente.

La norma prevista en el párrafo anterior sólo se aplicará a los trabajadores contratados a tiempo parcial que hubieran permanecido en esa situación al menos cinco años dentro de un período de quince anteriores al hecho causante.

3. Para los trabajadores contratados a tiempo parcial el período mínimo de cotización exigido para acceder al subsidio por incapacidad laboral transitoria derivado de maternidad, deberá estar comprendido dentro de los dieciocho meses inmediatamente anteriores a la fecha del parto o, en los casos de adopción o acogimiento a las de la decisión judicial o administrativa por las que se constituyan dichas situaciones”.

Dado que ello chocaba con lo establecido en el artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985³³, según el cual, cuando las cotizaciones acreditadas correspondieran a un trabajo a tiempo parcial cada día trabajado debía computar como un día cotizado, cualquiera que hubiera sido la duración de la jornada, la Ley 10/1994³⁴ estableció que a efectos de determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se debían computar exclusivamente las horas o días efectivamente trabajados. No obstante, se dejó para un futuro desarrollo reglamentario la determinación de la forma de cálculo de los días de cotización exigibles, así como de los períodos en que los mismos hayan de estar comprendidos (cfr. artículo 4.3). Esta misma regulación se mantuvo, por el TRGLSS-1994 (cfr. Disposición Adicional séptima) y por la Ley 63/1997³⁵, que procedió a modificar en ese sentido el artículo 12 del TRLET-1995 (cfr. Artículo 1.tres). No obstante, esta forma de contemplar los períodos de carencia fue declarada inconstitucional por la STC 253/2004, al considerar que computar únicamente el número de horas trabajadas vulnera el principio de igualdad desde la perspectiva de la proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado obtenido y la finalidad pretendida³⁶. De todos modos, para entonces, el Real Decreto-ley 15/1998³⁷ ya había modificado la regulación sobre la materia. Así, conforme a esta norma se procedió a modificar la Disposición Adicional séptima del TRLGSS-1994 (cfr. artículo 2.Dos), de forma y manera que: para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se debían computar exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se debía dividir por 5, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales. Además, para causar derecho a las pensiones mencionadas, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a esa fórmula se le debía aplicar el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarían acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. En todo caso, se matizaba que no podía computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo. Sin embargo, la STJUE de

³³ BOE de 7 de mayo de 1985, núm. 109.

³⁴ BOE de 23 de mayo de 1994, núm. 122.

³⁵ BOE de 30 de diciembre de 1997, núm. 312.

³⁶ Al respecto, véase CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: historia de un desagravio”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2005, núm. 1 (BIB 2005\796).

³⁷ BOE de 28 de noviembre de 1998, núm. 285.

22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11)³⁸, declaró dicha fórmula contraria al artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE³⁹, por considerar que se había producido una discriminación indirecta por razón de género. En concreto, se dictaminó que no era conforme a dicha Directiva exigir a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada. En esa misma línea, poco después, la STC 61/2013 declaró la inconstitucionalidad de la normativa referida⁴⁰. A tal efecto, señaló que las reglas que contenía el precepto en cuestión en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación por jubilación no permitían superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el artículo 14 de la Constitución española, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no habían conseguido evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que tal precepto podría conducir (cfr. F.D. 6º). De ahí que se concluyera que el precepto en cuestión vulneraba el artículo 14 de la Constitución española, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo (cfr. F.D. 6º).

La respuesta legislativa se produjo entonces, primero, con el Real Decreto-ley 11/2013⁴¹, y, después, por la Ley 1/2014⁴². Estas normas procedieron a modificar la Disposición Adicional séptima del TRLGSS-1994 (cfr. artículo 5). En concreto, se estableció que debían cumplirse las siguientes reglas para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad:

- a) Se debían tener en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador hubiera permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que hubiera sido la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A tal efecto, debía aplicarse el denominado coeficiente de parcialidad, que venía determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable. En concreto, este coeficiente de parcialidad debía aplicarse sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que debieran considerarse efectivamente cotizados en cada período. Al número de días que resultaran se les debían sumar, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.
- b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se debía proceder a calcular el denominado coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representaba el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la

³⁸ Sobre esta importante sentencia *vid.* GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: “Trabajo a tiempo parcial y acceso al Sistema español de Seguridad Social; el caso Elbal Moreno”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2013, núm. 102, pp. 241-265; NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “La compleja protección social de los trabajadores a tiempo parcial: los efectos explosivos e inciertos de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (as. Elbal Moreno)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2013, núm. 47 (BIB 2013\1547).

³⁹ DO de 10 de enero de 1979, L 6.

⁴⁰ Sobre la evolución hasta llegar a estas sentencias y las consecuencias de las mismas *vid.* HIERRO HIERRO, F.J.: “Trabajo a tiempo parcial y discriminación por razón de sexo: consecuencias desde la perspectiva de la Seguridad Social”, *Revista Galega de Dereito Social 2ª Etapa*, 2019, núm. 9, pp. 92-99.

⁴¹ BOE de 3 de agosto de 2013, núm. 185.

⁴² BOE de 1 de marzo de 2014, núm. 52.

vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad debía realizarse exclusivamente sobre los últimos 5 años. Si se tratara del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad debía calcularse sobre los últimos 7 años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

- c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, debía ser el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad. En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad debía aplicarse para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que debía estar comprendido el período exigible era, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación.

En principio, esta regulación pasó a contemplarse en el artículo 247 del TRLGSS-2015. Sin embargo, en primer lugar, en relación con lo dictaminado por la STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-161/18)⁴³, la STC 91/2019 declaró la incompatibilidad con el artículo 14 de la Constitución española de los coeficientes de parcialidad respecto a las pensiones de jubilación⁴⁴, y, posteriormente, la STC 155/2021 declaró que la doctrina sentada por aquella STC respecto de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial resultaba trasladable al supuesto de la pensión de incapacidad permanente de dichos trabajadores. Precisamente, en aplicación de estas sentencias, la importante STS 4ª, de 18 de enero de 2024 (núm. rec. ud.72/2024) incidió en la idea de que el coeficiente de parcialidad reducía el número efectivo de días cotizados, diferenciación, respecto a los trabajadores a tiempo completo, que no solo conducía a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que, además, continuaba afectando predominantemente a las mujeres trabajadoras. Por ello, se dictó, finalmente, el Real Decreto-ley 2/2023⁴⁵, por el que se modificó el artículo 247 del TRLGSS-2015 (cfr. artículo único. Veintiséis), siendo, en la actualidad, la redacción resultante de dicha modificación la vigente (*infra* 3.2.1).

Por su parte, en materia de desempleo, a raíz de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 (Asunto C-98/15)⁴⁶, que declaró que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE debe interpretarse en el

⁴³ En profundidad sobre las consecuencias de esta importante sentencia *vid.* BASCÓN MARÍN, J.: “El sistema de cómputo de los períodos de cotización en los trabajadores a tiempo parcial. La historia de una discriminación indirecta por razón de sexo (a la luz de la STJUE de 8 de mayo de 2019, Asunto C-161/18)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, núm. 55, pp. 541-590; DESDENTADO DAROCA, E.: “Contrato de trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social. Análisis y reflexiones críticas tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019”, *Revista de Derecho Social*, 2019, núm. 86, pp. 97-117.

⁴⁴ En extenso *vid.* HIERRO HIERRO, F.J.: “Trabajo a tiempo parcial y discriminación por razón de sexo: consecuencias desde la perspectiva de la Seguridad Social”, *ob cit.*, pp. 105-119. En particular sobre la STC 91/2019, *vid.* MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El trabajo a tiempo parcial y su discriminación por la Seguridad Social (A propósito de la STC 91/2019, de 3 de julio)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2019, núm. 20, pp. 11-22; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y MORENO ROMERO, F.: “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio de 2019”, *Revista Galega de Dereito Social 2ª Etapa*, 2020, núm. 10, pp. 19-52; CALLAU DALMAU, P.: “Nuevo criterio sobre la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial a raíz de la STC 91/2019, de 3 de julio de 2019”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, núm. 55, pp. 405-427. Para un análisis desde de la evolución jurisprudencial hasta llegar a esta sentencia, *vid.* ESCRIBÁ PÉREZ, A.A.: “Reconocimiento y evolución del principio de igualdad en la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, núm. 55, pp. 458-501.

⁴⁵ BOE de 17 de marzo de 2023, núm. 65.

⁴⁶ En extenso *vid.* MALDONADO MOLINA, J.A.: “El desempleo de los Trabajadores a Tiempo Parcial. A propósito de la STJUE de 9 de noviembre de 2017 y el Borrador de Reforma”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2018, núm. 15, pp. 109-130; BENITO BENÍTEZ, M.A.: “El principio de igualdad de género versus el principio de contributividad en

sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa, el Real Decreto 950/2018⁴⁷ procedió a modificar el artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985, (cfr. artículo único), que pasó a tener la siguiente redacción que sigue vigente: “Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del artículo 12 del TRLET, se computará el período durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada. Se excluyen de dicho cómputo los períodos de inactividad productiva a los que se refiere el artículo 267.1.d) del TRLGSS”.

2.2.2. Evolución en la determinación del importe de la prestación: el cálculo de las bases reguladoras

Una vez que se comprueba que el trabajador tiene derecho a la correspondiente prestación, procede determinar el importe de la misma, para lo que debe atenderse a la base reguladora correspondiente. De ahí que en este apartado se analice la evolución que se ha producido respecto al cálculo de las bases reguladoras.

2.2.2.1. Incapacidad temporal

Inicialmente, el Decreto 1646/1972⁴⁸ estableció, en su artículo 13, que la base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad laboral transitoria sería el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador, correspondiente a la contingencia de la que aquella se derivara, en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad, excluidos, en su caso, los conceptos remuneratorios que se mencionaban en el apartado 4 del mismo precepto, por el número de días a que dicha cotización se refiriera. No obstante, cuando el trabajador percibiera retribución mensual y hubiera permanecido en alta en la empresa todo el mes natural al que el mismo se refiere la base de cotización correspondiente se debía dividir por 30.

En esa línea, el Real Decreto 2319/1993⁴⁹ estableció que la base reguladora diaria de la incapacidad laboral transitoria sería el resultado de dividir el importe total de la cotización del año anterior por el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período. Pero si el interesado no acreditara un año de cotización, se dividirían las bases que acreditase en el período o períodos correspondientes por los días efectivamente trabajados y cotizados en dicho período. La prestación económica correspondiente se abonaría durante los días contratados como de trabajo efectivo, en los que el trabajador permaneciera en situación de incapacidad laboral transitoria (cfr. Disposición adicional novena).

Posteriormente, el Real Decreto 489/1998⁵⁰ estableció una serie de cambios relevantes, al establecer que la base reguladora diaria de la prestación sería el resultado de dividir la suma

la protección por desempleo: una colisión inevitable en el trabajo a tiempo parcial”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2018, núm. 15, pp. 161-180; HIERRO HIERRO, F.J.: “Trabajo a tiempo parcial y discriminación por razón de sexo: consecuencias desde la perspectiva de la Seguridad Social”, *ob cit.*, pp. 99-105.

⁴⁷ BOE de 28 de julio de 2018, núm. 182.

⁴⁸ BOE de 28 de junio de 1972, núm. 154.

⁴⁹ BOE de 31 de diciembre de 1993, núm. 313.

⁵⁰ BOE de 9 de abril de 1998, núm. 85.

de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los 3 meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período. Además, se matizó que la prestación económica que correspondiera se abonaría durante los días contratados como de trabajo efectivo en los que el trabajador permaneciera en situación de incapacidad temporal (incapacidad laboral propia). Sin embargo, cuando, por extinción del contrato de trabajo o interrupción de la actividad, asumiera la entidad gestora o, en su caso, entidad colaboradora el pago de la prestación, se debía calcular de nuevo la base reguladora de esta (incapacidad laboral técnica). A dicho fin, la base reguladora diaria de la prestación sería el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho período. De ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, la base reguladora de la prestación sería el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que estas correspondieran. En estos casos, la prestación económica se abonaría durante todos los días naturales en que el interesado se encontrara en la situación de incapacidad temporal (cfr. artículo 4.1). Esta regulación se mantuvo por el Real Decreto 144/1999^{51, 52}.

Posteriormente, el Real Decreto 1131/2002 introdujo una modificación respecto a la situación de incapacidad temporal cuando se hubiera extinguido el contrato de trabajo (incapacidad laboral técnica). En concreto, estableció que en ese supuesto la cuantía de la prestación sería equivalente a la que correspondiera por prestación por desempleo, remitiéndose a tal efecto a lo dispuesto en el artículo 222 del TRLGSS-1994 (cfr. artículo 4)⁵³. Más de una década después, la Ley 36/2014⁵⁴ introdujo la regulación aplicable en esta materia en la Disposición Adicional séptima del TRLGSS-1994 (cfr. Disposición Final tercera). Una regulación que pasaría después al artículo 248 del TRLGSS-2015 y que sigue vigente en la actualidad (*infra* 3.2.2).

2.2.2.2. Nacimiento y cuidado del menor

Respecto a esta contingencia debe remontarse al Real Decreto 489/1998, que regulaba la base reguladora de maternidad aplicándole las normas previstas para la incapacidad temporal, salvo en determinados aspectos que se especificaban (cfr. artículo 4.2). Por su parte, el Real Decreto 1131/2002 estableció que la base reguladora diaria de la prestación económica por maternidad sería el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre 365. De ser menor la antigüedad en la empresa, la base reguladora de la prestación sería el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que estas correspondieran. El subsidio por maternidad se abonaría durante todos los días en los que el trabajador permaneciera en dicha situación, con la duración legalmente prevista para los períodos de descanso por las situaciones protegidas de maternidad, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente (cfr. artículo 6). Esta regulación se mantendrá por el Real Decreto 295/2009⁵⁵ (cfr. artículo 7.2) y se extenderá también a la paternidad (cfr. artículo 25). Todo ello se plasmó, finalmente, en el artículo 248 del TRLGSS-2015 (*infra* 3.2.2).

⁵¹ BOE de 16 de febrero de 1999, núm. 40.

⁵² Sobre la razón de ser de esta forma de cálculo de la base reguladora *vid.* LOUSADA AROCHENA, J.F. y NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*. Madrid: Tecnos, 2016, pp. 150-151.

⁵³ Al respecto *vid.* LOUSADA AROCHENA, J.F. y NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, *ob cit.*, p. 155.

⁵⁴ BOE de 30 de diciembre 2014, núm. 315.

⁵⁵ BOE de 21 de marzo de 2009, núm. 69.

2.2.2.3. Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural

Conforme al Real Decreto 1131/2002, la base reguladora de la contingencia de riesgo durante el embarazo debía determinarse conforme a las reglas de la incapacidad temporal técnica arriba indicadas (cfr. artículo 5). Años después, el Real Decreto 295/2009 mantuvo esa regla, tanto para la contingencia de riesgo durante el embarazo (cfr. artículo 34), como para contingencia de riesgo durante la lactancia natural (cfr. artículo 50.1). Fue el TRLGSS-2015 quien estableció que la base reguladora diaria de las prestaciones por maternidad y por paternidad debía ser el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365. Ahora bien, también se reconocía que las prestaciones por maternidad y paternidad podrían reconocerse mediante resolución provisional conforme a lo previsto en el artículo 179.2 (cfr. artículo 248). Finalmente, las últimas modificaciones hasta la fecha se realizaron por el Real Decreto-ley 2/2023 (cfr. artículo único. Veintisiete) (*infra* 3.2.2).

2.2.2.4. Jubilación e incapacidad permanente

El Real Decreto-ley 15/1998 procedió a modificar la Disposición Adicional séptima del TRLGSS-1994 (cfr. artículo 2.2). En consecuencia, en lo que respecta a estas dos contingencias, la referida disposición pasó a establecer que la base reguladora se calcularía conforme a la regla general. Ahora bien, se matizó que a efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no hubiera habido obligación de cotizar se llevaría a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término. Igualmente se estableció que el tiempo de cotización que resultare acreditado conforme a la regla que se acaba de indicar debía computarse para determinar el número de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. La fracción de año que pudiera resultar debía computarse como un año completo. Estas matizaciones respecto a las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, se mantuvieron por el Real Decreto 1131/2002, pero se añadió que en ningún caso se debían considerar lagunas de cotización las horas o días en que no se trabajare en razón a las interrupciones en la prestación de servicios derivadas del propio contrato a tiempo parcial (cfr. artículo 7.2), tal y como ya había previsto el Real Decreto 144/1999 (cfr. artículo 6.2)⁵⁶. Posteriormente, el Real Decreto-ley 11/2013 modificó esas matizaciones, y determinó que a efectos de la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resultaren de lo establecido en el segundo párrafo de la letra a) de la regla segunda, se debía incrementar con la aplicación del coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pudiera ser superior al período de alta a tiempo parcial. El porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora se debía determinar conforme a la escala general a que se refería el apartado 1 del artículo 163 y la Disposición Transitoria vigésima primera, con la siguiente excepción: cuando el interesado acreditara un período de cotización inferior a 15 años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora debía ser el equivalente al que resultare de aplicar a 50 el porcentaje que representara el período de cotización acreditado por el trabajador sobre 15 años (cfr. artículo 5.dos). Toda esta regulación paso a recogerse en el artículo 248 del TRLGSS-2015. Sin embargo, la STC 91/2019 declaró inconstitucional todo ello en lo que respecta a la pensión de jubilación. Finalmente, el Real Decreto-ley 2/2023 procedió a establecer la regla actualmente vigente (*infra* 3.2.2).

⁵⁶ Para un análisis crítico de estas matizaciones *vid.* LOUSADA AROCHENA, J.F. y NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *El contrato de trabajo a tiempo parcial: nuevas reglas para viejos problemas*, *ob cit.*, pp. 159-164.

Por su parte, el Real Decreto 1131/2002 introdujo novedades importantes al establecer que para la determinación de la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales, en los supuestos en que el trabajador a tiempo parcial no prestara servicios todos los días o, prestándolos, su jornada de trabajo fuera no obstante irregular o variable, el salario diario debía ser el que resultara de dividir entre 7 o 30 el semanal o mensual pactado en función de la distribución de las horas de trabajo concretadas en el contrato para cada uno de esos periodos. Además, se matizó que a efectos de determinar la base reguladora de las pensiones derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, la suma de los complementos salariales percibidos por el interesado en el año anterior al del hecho causante se debía dividir entre el número de horas efectivamente trabajadas en ese periodo. El resultado así obtenido se debía multiplicar por la cifra que resultare de aplicar a 1826 el coeficiente de proporcionalidad existente entre la jornada habitual de la actividad de que se tratare y la que se recogiera en el contrato (cfr. apartados 3 y 4 del artículo 6).

2.2.2.5. Desempleo

Históricamente, para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se ha remitido a lo que se determina reglamentariamente en su normativa específica, es decir en el Real Decreto 625/195⁵⁷. Así, sucedió con la Disposición Adicional séptima del TRLGSS-1994, a partir de la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998 y, posteriormente con el artículo 245 del TRLGSS-2015, en relación con los artículos 269.2 y 270.1 del mismo cuerpo legal, que siguen vigentes (*infra* 3.2.2).

3. Regulación actual: El ajuste definitivo

En la actualidad, el punto de partida lo constituye el artículo 245.1 del TRLGSS-2015, cuando establece que la protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo. Ahora bien, se matiza que esa asimilación debe realizarse, en general, conforme a lo establecido en los artículos 246 a 248 y, específicamente, en relación con la protección por desempleo, conforme a lo dispuesto en los artículos 269.2 y 270.1 del TRLGSS-2015.

3.1. Cálculo de la cotización

Respecto a la cotización, en el artículo 246 del TRLGSS-2015 se establece que la base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquella será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias. Respecto a las horas complementarias debe tenerse en cuenta que, si se trabajan más horas complementarias que las pactadas en contrato o que las permitidas legalmente, tales horas deberán cotizar como horas extraordinarias⁵⁸. Además, se matiza, por una parte, que la base de cotización así determinada no podrá ser inferior a las cantidades que reglamentariamente se determinen, y, por otra parte, que las horas complementarias cotizarán a la Seguridad Social sobre las mismas bases y tipos que las horas ordinarias. Así, el artículo 65 del Real Decreto 2064/1995 establece que la base de cotización calculada no podrá ser inferior:

⁵⁷ En este sentido, véase VIQUEIRA PÉREZ, C. "Protección por desempleo y trabajo a tiempo parcial", *Tribuna Social*, 1998, núm. 85, p. 105.

⁵⁸ Así se deduce de la STS 4ª, de 11 de junio de 2014 (núm. rec. ud. 1039/2013), que establece que "cuando un trabajador contratado a tiempo parcial realiza efectivamente una jornada superior a la pactada, y ese exceso no pueda ser calificado como tiempo u hora "complementaria" (...) todo lo que supere en esa materia el contenido del pacto, constituyen horas extraordinarias y como tal han de ser retribuidas, al margen o con independencia de la prohibición legal para efectuarlas" (F.D. 2º).

- a) Para las contingencias comunes, al resultado de multiplicar la base mínima correspondiente a la categoría profesional del trabajador, adaptada por orden ministerial, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 9, por el número de horas realmente trabajadas en el mes a que se refiere la liquidación de cuotas.
- b) Para las contingencias de desempleo, accidente de trabajo y enfermedad profesional y de los demás conceptos de recaudación conjunta, al resultado de multiplicar el tope mínimo absoluto, adaptado por orden ministerial en función de horas, conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 9, por el número de horas realmente trabajadas, en el mes a que se refiere la liquidación de cuotas.
- c) Debe considerarse que a los efectos de lo indicado en los apartados anteriores, se deben computar como horas efectivamente trabajadas las correspondientes al tiempo de descanso computables como de trabajo, que corresponda al descanso semanal y festivos.

En cualquier caso, también es preciso considerar algunos supuestos especiales de cotización.

(A) Horas extraordinarias

Cuando se realizan horas extraordinarias por fuerza mayor (cfr. artículo 35.3 del TRLET-2015), se aplica la regla general (cfr. artículos 65.5 y 24 del Real Decreto 2064/1995).

(B) Trabajo concentrado en determinados períodos de cada año

Los trabajadores con contrato a tiempo parcial, que hayan acordado con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que anualmente deben realizar se presten en determinados períodos de cada año, percibiendo todas las remuneraciones anuales o las correspondientes al período inferior de que se trate, en esos períodos de trabajo concentrado, existiendo períodos de inactividad superiores al mensual, además de permanecer en alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda por razón de la actividad y mientras no se extinga su relación laboral, subsistirá la obligación de cotizar. No obstante, dicha cotización se debe realizar conforme a las siguientes reglas (cfr. artículo 65.3 del Real Decreto 2064/1995):

- a) La base de cotización se determinará al celebrarse el contrato de trabajo y al inicio de cada año en que el trabajador se encuentre en dicha situación, computando el importe total de las remuneraciones que tenga derecho a percibir el trabajador a tiempo parcial en ese año, con exclusión en todo caso de los importes correspondientes a los conceptos no computables en la base de cotización a la Seguridad Social.
- b) El importe así obtenido se prorrateará entre los 12 meses del año o del período inferior de que se trate, determinándose de ese modo la cuantía de la base de cotización correspondiente a cada uno de los mismos y con independencia de que las remuneraciones se perciban íntegramente en los períodos de trabajo concentrado o de forma prorrateada a lo largo del año o período inferior respectivo.
- c) La base mensual de cotización, calculada conforme a las reglas anteriores, no podrá ser inferior al importe de la base mínima de cotización vigente en cada momento para los contratos de trabajo a tiempo parcial fijado como regla general para las cotizaciones en los supuestos de contratos de trabajo a tiempo parcial, en los términos analizados *supra*.
- d) Si al final del ejercicio o período inferior de que se trate, el trabajador con contrato a tiempo parcial, subsistiendo su relación laboral, hubiere percibido remuneraciones por importe distinto al inicialmente considerado en ese año o período para determinar la base mensual de cotización durante el mismo, conforme a las reglas anteriores, se procederá

a realizar la correspondiente regularización. A tal efecto, el empresario deberá o bien practicar la correspondiente liquidación complementaria de cuotas por las diferencias en más y efectuar el pago dentro del mes de enero del año siguiente o del mes siguiente a aquel en que se extinga la relación laboral o bien solicitar, en su caso, la devolución de las cuotas que resulten indebidamente ingresadas.

- e) Asimismo, la Administración de la Seguridad Social podrá efectuar de oficio las liquidaciones de cuotas y acordar las devoluciones solicitadas que sean procedentes, en especial, en los supuestos de extinción de la relación laboral de estos trabajadores con contrato a tiempo parcial por jubilación ordinaria o anticipada, por reconocimiento de la pensión por incapacidad permanente, por fallecimiento o por cualquier otra causa, con la consiguiente baja en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social y cese en la obligación de cotizar.

(C) Situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y nacimiento y cuidado de menores

En estas situaciones, pese a que el contrato de trabajo esté suspendido (cfr. artículo 45 del TRLET-2015), se mantiene la obligación de cotizar (cfr. artículo 144.4 y artículo 68.1 del Real Decreto 2064/1995). En concreto, la base diaria de cotización será la base reguladora diaria de la correspondiente prestación. Esto supone una diferencia respecto a lo que sucede con los contratos a tiempo completo, en los que la base de cotización es la correspondiente al mes anterior al inicio del período de cualquiera de estas prestaciones. En consecuencia, la base reguladora diaria de cotización de los trabajadores a tiempo parcial es, en estos casos, la misma base que la obtenida para el cálculo de cada una de estas prestaciones⁵⁹. Debe matizarse que en las situaciones de incapacidad temporal y de nacimiento y cuidado de menores en las que no se haya causado derecho al respectivo subsidio, la base diaria de cotización se calculará, asimismo, en función de la base reguladora diaria de la prestación que hubiera correspondido, de haberse causado derecho a la misma. Esta base de cotización se aplicará durante todos los días naturales en que el trabajador permanezca en alguna de las situaciones antes indicadas (cfr. artículo 65.4 del Real Decreto 2064/1995).

Las empresas tendrán derecho a una reducción del 75% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal de aquellos trabajadores que hubieran cumplido la edad de 62 años. A estas reducciones de cuotas no les resultará de aplicación lo establecido en el artículo 20.1 del TRLGSS-2015, es decir, no será necesario que las empresas y demás sujetos responsables de la cotización se encuentren al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social en relación al ingreso por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, así como respecto de cualquier otro recurso de la Seguridad Social que sea objeto de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social (artículo 144.4, párrafo segundo, del TRLGSS-2015).

(D) Situaciones de jubilación parcial

Deben diferenciarse las distintas situaciones en las que se permite la jubilación parcial, pues cada una de estas situaciones cuenta con una regulación propia en materia de cotización a la Seguridad Social:

- a) Jubilación parcial con anterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación: en este supuesto, pese a la reducción de la jornada, durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su

⁵⁹ CALLAU DALMAU, P.: *Cotización y prestaciones en el trabajo a tiempo parcial*, Albacete: Bomarzo, 2020, p. 40.

caso, hubiese correspondido de seguir trabajando este a jornada completa (cfr. artículo 215.2.g del TRLGSS-2015). En consecuencia, la cotización del trabajador jubilado parcialmente se llevará a cabo en función de la retribución percibida con anterioridad al acceso a la situación de jubilación parcial, y no en razón del salario realmente percibido durante dicha situación, lo que supone una disociación o desajuste entre retribución y cotización⁶⁰.

- b) Jubilación parcial tras el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación: en este caso, interpretando *a sensu contrario* lo preceptuado por el artículo 215.g) del TRLGSS-2015, la cotización a la Seguridad Social del jubilado parcial se lleva a cabo en función de la retribución que realmente perciba.
- c) Jubilación parcial para trabajadores de la industria manufacturera: en este supuesto, la cotización se lleva a cabo en función de la retribución que realmente perciba el jubilado parcial. Esto es así porque en virtud de lo establecido en el apartado 6 de la Disposición Transitoria cuarta, debe aplicarse el régimen de jubilación parcial vigente con anterioridad a la vigencia de la Ley 27/2011, a saber, lo dispuesto en el artículo 166.2 del TRLGSS-1994, en la redacción dada por la Ley 40/2007. En efecto, conforme a dicha normativa no existe la obligación del empresario de mantener la integridad de la cotización del trabajador jubilado parcialmente. Una obligación que se introdujo a partir de la Ley 27/2011.

(E) Supuestos de jubilación activa

En estos casos, en los que se permite compatibilizar la pensión de jubilación y la realización de un trabajo por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, en los términos previstos en el artículo 214 del TRLGSS-2015, los empresarios y los trabajadores cotizarán al Régimen General únicamente por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, según la normativa reguladora de dicho Régimen, si bien quedarán sujetos a una cotización especial de solidaridad del 9% sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones, que se distribuirá entre ellos, corriendo a cargo del empresario el 7% y del trabajador el 2% (cfr. artículo 153 del TRLGSS-2015). Ahora bien, en los supuestos en los que se compatibilice la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta ajena, a tiempo completo o a tiempo parcial, en los términos establecidos en el artículo 249 quater del TRLGSS-2015 (compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad artística), se aplicará lo que se acaba de comentar, pero con la particularidad de que existirá la obligación de solicitar el alta y cotizar en el Régimen General de la Seguridad Social únicamente por contingencias profesionales, según la normativa reguladora de dicho régimen (cfr. artículo 153 ter del TRLGSS-2015).

(F) Supuesto de convenio especial de trabajadores a tiempo parcial para completar su cotización

Existe la posibilidad de que los trabajadores contratados a tiempo parcial que no estén percibiendo prestaciones de desempleo suscriban un convenio especial para completar la cotización derivada del contrato a tiempo parcial hasta la base mínima de cotización establecida con carácter general para su categoría profesional o en el Régimen de encuadramiento, o hasta la base a que se refiere la letra b) del apartado 2.1 del artículo 6 de la Orden TAS/2865/2003⁶¹, si fuere superior⁶² (cfr. artículo 22.1 de la Orden TAS/2865/2003).

⁶⁰ CALLAU DALMAU, P.: *Cotización y prestaciones en el trabajo a tiempo parcial*, ob cit., p. 42.

⁶¹ BOE de 18 de octubre de 2003, núm. 250.

⁶² Se trata de la base de cotización que sea el resultado de dividir por 12 la suma de las bases por contingencias comunes por las que se hayan efectuado cotizaciones, respecto del trabajador solicitante del convenio especial, durante los 12

Concretamente, en este caso, la base mensual de cotización estará constituida por la diferencia entre la base de cotización por el contrato a tiempo parcial y, a opción del interesado, la base a que se refieren las letras b) y c) del apartado 2.1 del artículo 6 de la Orden TAS/2865/2003. Así, la base fijada en el convenio será mantenida hasta la finalización del año en que se suscriba el convenio cuando se modifique durante el mismo la base de cotización por el contrato a tiempo parcial, salvo voluntad expresa en contrario del interesado (cfr. artículo 22.2 de la Orden TAS/2865/2003).

Ahora bien, la cotización a completar será la correspondiente a las situaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común o accidente no laboral, en el Régimen de la Seguridad Social en que se suscriba el convenio (cfr. artículo 22.3 de la Orden TAS/2865/2003). En todo caso, los trabajadores que suscriban esta modalidad de convenio especial serán considerados en situación de alta, a efectos del conjunto de la acción protectora del Régimen de Seguridad Social correspondiente (cfr. artículo 22.4 de la Orden TAS/2865/2003).

3.2. Acción protectora

3.2.1. Determinación de los períodos de carencia exigidos

En lo que se refiere al período de carencia exigido, el artículo 247 del TRLGSS-2015 dispone que a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos.

3.2.2. Determinación del importe de las prestaciones: el cálculo de las bases reguladoras

Para el cálculo de las prestaciones económicas, el artículo 248.1 del TRLGSS-2015 contempla distintas reglas para determinar la base reguladora:

- a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se deben calcular conforme a la regla general.
- b) La base reguladora diaria de la prestación por nacimiento y cuidado de menor será el resultado de dividir entre 365 la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa en los 12 meses naturales inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

Pero si las bases de cotización acreditadas en la empresa con anterioridad al mes previo al del hecho causante se refieren a un período inferior a 12 meses, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases cotizadas acreditadas entre el número de días naturales a que esas cotizaciones correspondan.

meses consecutivos anteriores al mes anterior a aquel en que se haya solicitado el convenio especial, y que sea superior a la base mínima a que se refiere la letra c) del propio apartado 2.1 del artículo 6 de la Orden TAS/2865/2003. Esta última base mínima se trata de la base mínima del tramo 1 de la tabla general a que se refiere el artículo 308.1.a).1.ª del TRLGSS-2015, establecida, en la fecha de efectos del convenio especial, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

En los casos en que se hubiera autorizado un plazo reglamentario de ingreso de la cotización distinto al establecido con carácter general, los 12 meses consecutivos que se han mencionado serán los anteriores a aquel cuyo plazo reglamentario de ingreso de cuotas haya finalizado en el momento en que se solicite el convenio especial.

De tener acreditado un período de cotización inferior a 12 meses, esta base estará constituida por el resultado de multiplicar por 30 el cociente de dividir la suma de las bases de cotización entre el número de días cotizados.

En los supuestos en que la persona haya ingresado en la empresa en el mes anterior al del hecho causante o en el mismo mes de este, para el cálculo de la base reguladora se deben aplicar las reglas del artículo 179.2 del TRLGSS-2015.

Así, si la persona trabajadora ha ingresado en la empresa en el mes anterior al del hecho causante, para el cálculo de la base reguladora se tomará la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio del descanso o del permiso por nacimiento y cuidado de menor.

Y si el ingreso se ha producido en el mismo mes del hecho causante, para el cálculo de la base reguladora se tomará la base de cotización por contingencias comunes de dicho mes.

Ahora bien, la prestación por nacimiento y cuidado de menor puede reconocerse también mediante resolución provisional, en los términos establecidos por el artículo 179.3 del TRLGSS-2015. Con otras palabras, la prestación puede reconocerse por el INSS mediante resolución provisional teniendo en cuenta la última base de cotización por contingencias comunes que conste en las bases corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a las mismas la base de cotización por contingencias comunes arriba indicada. Pero si posteriormente se comprobare que la verdadera base de cotización es diferente a la aplicada en la resolución provisional, se deberá recalcular la prestación y se emitirá resolución definitiva. En todo caso, si la base de cotización no hubiese variado, la resolución provisional devendrá definitiva en un plazo de tres meses desde su emisión.

- c) La base reguladora diaria de la prestación por incapacidad temporal será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización a tiempo parcial acreditadas desde la última alta, con un máximo de 3 meses inmediatamente anteriores al del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en el período. Esto supone que la base reguladora se calcula tomando en consideración un período más amplio que el de los trabajadores a tiempo completo, no tomando en consideración el número de días trabajados en el período de 3 meses, sino el número de días naturales comprendidos en este período⁶³.

La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que la persona beneficiaria se encuentre en la situación de incapacidad temporal.

Además, según el artículo 248.2 del TRLGSS-2015, a efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo en los términos establecidos en los artículos 209.1 y 197.4 del TRLGSS-2015, respectivamente.

Así, en el caso de la pensión de jubilación, si en los 348 meses consecutivos e inmediatamente anteriores al mes previo al hecho causante que deben seleccionarse para el cálculo de la base de cotización a efectos de la base reguladora, existieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de cotización del Régimen General que corresponda al mes respectivo y el resto de las mensualidades con el 50% de dicha base mínima. Esa misma regla se aplicará cuando en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora la obligación de cotizar hubiera existido solo durante una parte del mismo, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual establecida para el Régimen General. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía.

⁶³ CALLAU DALMAU, P.: *Cotización y prestaciones en el trabajo a tiempo parcial*, ob cit., p. 40.

Por su parte, en el caso de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, si en el período que debe tomarse para el cálculo de la base reguladora (96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante) aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima. Esa misma regla se aplicará cuando en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora la obligación de cotizar hubiera existido solo durante una parte del mismo, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual establecida para el Régimen General. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía.

En materia de protección por desempleo, la base reguladora de la prestación se calcula conforme a la regla general del artículo 270 del TRGSS-2015 (promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar), pero para los casos en los que se hayan realizado trabajos a tiempo parcial, la determinación los períodos de cálculo de la base reguladora se realiza una remisión a la normativa reglamentaria de desarrollo. Es decir, se debe tener en cuenta la lógica del artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985, ya analizado.

La duración de la prestación por desempleo se calcula conforme a la regla general del artículo 269.1 del TRLGSS-2015, es decir, la duración de la prestación estará en función de los períodos de ocupación cotizada en los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, con arreglo a la escala que ese mismo precepto concreta. Pero el apartado 2 de dicho precepto se remite a la normativa reglamentaria para determinar los períodos de cotización a considerar cuando se hayan realizado trabajos a tiempo parcial. Es decir, se debe estar a lo dispuesto en el artículo 3.4 del Real Decreto 625/1985, ya analizado.

EXPULSIÓN DE LOS TRABAJADORES MADUROS DEL MERCADO DE TRABAJO Y APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO EN CASO DE DESPIDO COLECTIVO: ¿UNA MEDIDA EFICIENTE?

ALEJANDRO MUROS POLO

*Doctor en Ciencias Jurídicas y Profesor Sustituto
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Seminario José Vida Soria
Universidad de Granada*

1. Premisa: El trabajador maduro como colectivo vulnerable

Según la Teoría del Derecho el término “vulnerabilidad” es un término inespecífico que alude descriptivamente a la capacidad de una persona cualquiera de recibir una lesión antijurídica, esto es, se trata de ciertos colectivos que encuentran determinados obstáculos sociales y jurídicos que les impiden ostentar una amplitud y profundidad en el goce de ciertos derechos en comparación con otros colectivos de personas, y sobre todo conforme al respecto a la dignidad propia de una persona en su situación¹.

Diversa normativa, tanto estatal como autonómica, ha intentado delimitar qué tipo de colectivos son considerados como vulnerables (RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula la Renta Activa de Inserción; Ley 44/2007, de 13 de diciembre, de empresas de

¹ MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “La reforma del derecho del empleo: notas sobre la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo”, *Revista crítica de relaciones de trabajo. Laborum*, N.º 7, 2023, pp. 32-34.

inserción; Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital, etc.), destacando en lo que aquí respecta la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que identifica como “colectivos de atención prioritaria para la política de empleo” a aquellos que tienen “especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad” (art. 50 LE).

Entre tales es necesario resaltar la inclusión de las personas trabajadoras maduras mayores de 45 años por su situación de vulnerabilidad, esto es, por sus específicas dificultades presentes en el mercado de trabajo. Ello se debe a la situación de “minusvaloración y subalternidad social” que sufren las personas mayores², a pesar de que existe una tutela antidiscriminatoria internacional y nacional por razón de edad, como se comentará. En cambio, no resulta un fenómeno aislado el conocido como edadismo o la existencia de estereotipos negativos hacia las personas de mayor edad, que van desde estereotipos hacia su propia salud, sobre el área motivacional-social (desmotivación, incapacidad para resolver problemas o realizar trabajos...) o bien sobre su carácter o personalidad³.

En este sentido, dichos estereotipos se proyectan sobre el ámbito del trabajo en diferentes aspectos⁴, ya que son los primeros en ser expulsados en momentos de crisis y en operaciones de reestructuración empresarial; su reinserción laboral se torna muy difícil una vez que son despedidos; existe poca predisposición por parte de las empresas a invertir en su formación, presumiendo sus dificultades para asumir nuevos conceptos formativos, sobre todo tecnológicos o digitales; se dan auténticas situaciones de presión y acoso para acceder a la extinción voluntaria en el marco de programas de bajas incentivadas, etc.

Es por ello que se puede llegar a decir que ni la protección frente a la discriminación por razón de edad comunitaria, contenida en los arts. 10 y 19 TFUE, arts. 21 y 25 CDFUE y Directiva 2000/78/CE⁵, ni la normativa nacional (art. 14 CE, entendido de forma amplia; art. 17.1 ET y Ley 15/2022, de 12 de julio) están por lo general actuando suficientemente como dique de contención frente a estas prácticas empresariales. Es así que la respuesta jurídica frente a los supuestos de discriminación por esta causa ha venido siendo, con carácter general, menos contundente que frente a otros criterios como el de la discapacidad o del género⁶. Es más, en la mayoría de las ocasiones, las decisiones empresariales que se adoptan tomando en cuenta la edad de las personas afectadas o que, sin tomarla en cuenta, perjudican a quienes pertenecen a estas cohortes, se revisten de cierta racionalidad económica que las justifican y las convierten en decisiones totalmente razonables desde los convencionalismos sociales, lo cual oscurece la apreciación de las situaciones discriminatorias⁷.

² MONEREO PÉREZ, J.L., “Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación”, en VV.AA., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Laborum, Murcia, 2019, p. 74.

³ RUBIO RUBIO, L. y RUBIO HERRERA, R., “Envejecimiento activo: su significado y fundamento actual. Teorías y estereotipos sobre el envejecimiento”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, p. 9.

⁴ Estas situaciones son analizadas por CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B., “Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Fundación HelpAge Internacional España, Madrid, 2022, pp. 29 y ss.

⁵ Para una mejor comprensión, Vid.: MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A., “Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores”, en AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L., Dirs.), *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2014, pp. 105-127.

⁶ VILLAR CAÑADA, I.M.: “Capítulo XIII. Expedientes de regulación de empleo, trabajadores de edad avanzada y principio de igualdad: la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril de 2015”, en VV.AA.: *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015.

⁷ CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B., “Introducción...”, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

Si se acude a los datos, España tiene una tasa de actividad de entre las personas de 55-74 años inferior a la de la media de la UE y de la OCDE, y está lejos de países como Suecia, Dinamarca o Reino Unido⁸. En el plano nacional, la tasa de actividad y de empleo para los trabajadores mayores de 45 es menor respecto al total de la población activa, sobre todo por la fuerte caída en estas tasas a partir de la edad de 59 años⁹. Además, si se compara la evolución de la tasa de desempleo general con la tasa de paro para los mayores de 55 años en los años posteriores al crack de 2008 hasta ejercicios recientes se puede observar cómo la segunda ha disminuido de forma mucho menos contundente que la primera, lo cual da a entender que el colectivo de trabajadores maduros tiene mayores dificultades en su reincorporación al mercado laboral cuando han quedado excluidos del mismo frente al resto de trabajadores¹⁰.

Buena prueba de tal situación de vulnerabilidad son también las cifras que arroja el desempleo de larga duración desde la perspectiva de los trabajadores de mayor edad, que representa a aquellos que llevan doce meses como mínimo buscando empleo y no han trabajado en ese periodo. Al margen de que son más de la mitad del total de desempleados los demandantes parados que pertenecen al colectivo de mayores de 45 años, es sobre todo significativo que de cada cien parados del mencionado colectivo, más del cincuenta y siete llevaban más de un año demandando empleo a finales del año 2023 (un incremento de dos puntos porcentuales respecto a finales de 2022)¹¹. Una cifra que es similar para el colectivo de trabajadores desempleados mayores de 50 años, que sitúa su desempleo de larga duración en el 56%, cuando para el resto de la población es del 38%¹².

Además, no debe de olvidarse la perspectiva de género en este asunto, ya que las mujeres mayores de 45 años representan el 60,33% del total de personas paradas, mientras que los hombres mayores de 45 años suponen tan solo el 39,67% del total de personas paradas tras el descenso de 16,6 puntos porcentuales respecto al mismo periodo del año 2022 (una mejora en el empleo que no se ha vivido del lado femenino)¹³. El desempleo de larga duración es igualmente algo más elevado en el caso de las mujeres que de los hombres a lo largo de todas las edades, repitiéndose el patrón en el grupo de 50 a 59 años¹⁴.

Estos síntomas de vulnerabilidad en el empleo pueden tener un efecto expansivo a causa del progresivo envejecimiento poblacional, ya que, si cada vez existen más personas trabajadoras seniors en edad de trabajar en términos comparativos, el riesgo de sufrir discriminaciones en el trabajo y desempleo de larga duración se incrementará exponencialmente¹⁵.

⁸ Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia del Gobierno de España (Coord.), *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Ministerio de la Presidencia, 2021, p. 213.

⁹ Tabla 1 del *Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años. Estatal. Datos de 2022*, SEPE, 2023, p. 14, elaborado por el Observatorio de las Ocupaciones.

¹⁰ ORTEGA LOZANO, P.G., "Trabajadores maduros y su papel en la Sociedad 4.0", en VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, Comares, Granada, 2023, p. 240.

¹¹ Observatorio de las Ocupaciones: *Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años. Estatal. Datos de 2023*, SEPE, 2024, pp. 26 y 27.

¹² Fundación Adecco: "16º INFORME #TUEDADESUNTESORO", disponible en: <https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2024/06/190624NDP-TUEDADESUNTESORO-.pdf> (consultado el 15/07/2024).

¹³ Observatorio de las Ocupaciones: *Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años. Estatal. Datos de 2023*, SEPE, 2024, p. 26.

¹⁴ Véase los datos del INE de parados de larga duración (mayor o igual de 12 meses) según grupos de edad: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925463214&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888

¹⁵ BASCÓN MARÍN, J., "La política activa de empleo y los colectivos vulnerables en un contexto de escasez de oportunidades de empleo", *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, Vol. 10, N.º 1, 2023, p. 5.

Asimismo, no se puede pasar por alto el desafío que supone para el “empleo maduro” la denominada Cuarta Revolución Industrial y la transición ecológica. Como se ha puesto de manifiesto, la menor adaptación de los trabajadores de más edad a la tecnología, sin caer en la estigmatización, supone un factor de vulnerabilidad añadido y un obstáculo más para el mantenimiento y su reinserción en el empleo, lo cual se conoce como la brecha digital generacional¹⁶. De hecho, el avance de la automatización y robotización imperante puede traducirse en una mayor posibilidad de obsolescencia para los trabajadores seniors, a causa de la pérdida de cualificaciones profesionales, sobre todo en competencias digitales, que puede redundar, en última instancia, en una mayor probabilidad de situarse en el desempleo de larga duración¹⁷.

2. Estrategias de reestructuración empresarial basadas en la (mayor) edad del trabajador

Es significativo que el Pacto de Toledo de 2020, en la línea de las directrices de la Unión Europea, haya recogido la necesidad de combatir la discriminación por razón de edad en el mercado de trabajo, “restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral” y garantizando, por otro lado, “la protección ante los despidos colectivos, como orientación de futuro en las políticas de igualdad”. Ello es buena prueba de que, a pesar de las medidas tomadas en materia de sostenibilidad de las pensiones y de la política antidiscriminatoria contra el edadismo, las empresas, generalmente las de gran tamaño, han venido optando por la expulsión de trabajadores maduros del mercado de trabajo como una de sus medidas “estrella” para afrontar reestructuraciones empresariales (no necesariamente por situaciones de crisis empresarial), agravando el desequilibrio existente en las pensiones públicas¹⁸.

Desde la llamada reconversión industrial de los años 80 se ha tomado a la prejubilación y a la jubilación anticipada como mecanismo habitual de reestructuración empresarial, haciendo caso omiso a los efectos perjudiciales que esta práctica ha traído consigo para las arcas del sistema público de Seguridad Social¹⁹. La prejubilación, como situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación²⁰, se ha erigido como medida plenamente normalizada en los procesos de regulación de empleo, sobre todo en grandes empresas del sector servicios como el bancario o el de las telecomunicaciones.

Este frecuente uso de la extinción contractual de los trabajadores de mayor edad en la reestructuración de empresas suele obedecer a una complacencia de las partes negociadoras²¹. Dicha cuestión se debe a que, por un lado, este programa de reducción de plantillas, que suele articularse a través de bajas voluntarias “incentivadas”, le permite realizar al empresario un ajuste no traumático del nivel de empleo en la empresa a través de la expulsión de los trabajadores que

¹⁶ OLARTE ENCABO, S.: “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, *Temas laborales*, N.º 138, 2017, p. 293 y MONTES ADALID, G.M.: *La respuesta del Derecho Social a los desafíos del siglo XXI desde una perspectiva comparada (España e Italia). Empleo, envejecimiento y despoblación en la era digital*, Barcelona, Atelier, 2023, p. 138.

¹⁷ CASTRO MEDINA, R.: *Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales. La importancia de un cambio de paradigma*, Barcelona, Atelier, 2023, p. 64.

¹⁸ De ello alerta LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *e-Revista internacional de la protección social*, N.º 1, 2018, *passim*.

¹⁹ LÓPEZ INSUA, B.M.: “Los trabajadores mayores como colectivo vulnerable: derecho al trabajo versus protección social”, en VV.AA., *40 Años de Propuestas Jurídicas sobre Empleo, Negociación Colectiva y Solución de Conflictos Laborales en Andalucía. XL jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2024, pp. 375 y ss.

²⁰ Definición elaborada por LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, p. 86, por la que la prejubilación es la “situación, de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria”.

²¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 1, 2010, pp. 187 y 188.

considera prescindibles o menos productivos, así como también le permite la eliminación de los salarios más elevados, el rejuvenecimiento del cuadro de personal, la realización de procesos de formación profesional menos costosos, etc. Y, por otro lado, para la representación legal y los trabajadores maduros en general, que ven como inevitable su pérdida de empleo, valoran la prejubilación como un “mal menor”, ya que pueden obtener una renta de sustitución más o menos equivalente a la recibida en el periodo de vida activa a través de prestaciones y subsidios por desempleo, incrementos de la indemnización legal por despido, mejoras voluntarias, convenios especiales con la Seguridad Social y jubilaciones, normalmente anticipadas.

No obstante, en la “cara B” de estas medidas, dichas estrategias de expulsión prematura de trabajadores de mayor edad del mercado laboral suponen una “socialización” de los costes empresariales de despedir²², algunas veces con el apoyo de ayudas públicas (señaladamente RD 3/2014, de 10 de enero y RD 908/2013, de 22 de noviembre)²³ y de la protección social complementaria en general²⁴. Además, esta “justificación social” de los despidos puede obedecer a distintos prejuicios o a una estigmatización sobre el colectivo de trabajadores y trabajadoras maduras basados en una presunta no adaptación al cambio o en su incapacidad de reciclaje. Además, tales despidos se suelen justificar atendiendo a una supuesta predisposición, e incluso facilidad, de estos trabajadores para acceder a determinados mecanismos e instrumentos de protección social, dando por hecho que se tenga derecho a los mismos, lo cual puede que finalmente no ocurra y esta situación les pueda conducir a ocupar la larga lista del desempleo de larga duración y a vivir una tesitura de vulnerabilidad social²⁵.

El hecho de que la adscripción al procedimiento de regulación de empleo sea en muchas ocasiones voluntaria no justifica de por sí la legitimación del criterio de selección de las personas trabajadoras maduras o de mayor edad. Autorizada doctrina científica defiende que esta voluntad puede entenderse en determinadas situaciones como viciada, en el sentido de que es probable que las empresas presionen a las personas o las sometan a represalias en caso de que no acepten las extinciones, a través de la imposición de objetivos desproporcionados, postergaciones, descensos o movilidades geográficas, que pueden incluso constituir verdaderos supuestos de acoso por razón de la edad²⁶. Un ejemplo de ello puede observarse en la STSJ de País Vasco de 4 de junio de 2002, rec. 995/2002²⁷.

En cualquier caso, el criterio de la mayor edad para la selección de los trabajadores maduros en los procedimientos de despido colectivo ha sido avalado por la jurisprudencia, tanto del TS como del TC, con cierto olvido de la protección frente a la discriminación por razón de edad de la normativa internacional general y comunitaria, así como nacional —si bien es cierto que esta adolece de una gran “porosidad” al contemplar mayores excepciones en su cumplimiento (significativamente la Directiva 2000/78/CE)—. No obstante, y pese a que la edad no puede ser en sí, pues, un elemento de discriminación en el trabajo, la respuesta jurídica frente a los supuestos

²² *Ibidem*, p. 174. Las personas que acceden o se ven abocadas a la prejubilación consumen prestaciones contributivas por desempleo y prestaciones del nivel asistencial (subsidios por desempleo para mayores de 52 en la actualidad) y, además, suelen acceder a la pensión de jubilación de forma anticipada.

²³ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. et al., Dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 37-60.

²⁴ LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección...”, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

²⁵ MERINO SEGOVIA, A., “Las discriminaciones más comunes de las personas mayores en el trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Fundación HelpAge Internacional España, Madrid, 2022, p. 96.

²⁶ CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B.: “Introducción...”, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

²⁷ CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos. Especial referencia a la aportación al Tesoro Público*, Aranzadi, Navarra, 2022, p. 83.

de discriminación por esta causa ha venido siendo, con carácter general, menos contundente que frente a otros criterios como el de la discapacidad o del género²⁸.

En efecto, en un primer momento el Tribunal Supremo, en un sentido más amplio²⁹, y posteriormente el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia 66/2015 de 13 de abril, han confirmado el criterio de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo en función de su mayor edad, al considerarlo como adecuado, proporcionado y no discriminatorio³⁰, aunque siempre bajo condición de que se implanten medidas efectivas para minimizar los efectos negativos que la extinción del contrato de trabajo produce en los afectados; medidas como el convenio especial con la Seguridad Social o como las mejoras voluntarias en la prestación por desempleo. Así, el TC ha dictamina que la selección de trabajadores maduros en despidos colectivos se justifica en el menor perjuicio que ello supone para este colectivo de trabajadores respecto al resto, a causa de la mayor protección social que les ofrece el sistema de Seguridad Social, algo que podría ser discutible³¹.

Es necesario indicar que, si bien es cierto que el Alto Tribunal Constitucional obliga al empresario en el diseño de mecanismos específicos de protección para las personas trabajadores de mayor edad, también es cierto que no valora de forma rigurosa dicha articulación cuando se analiza el caso concreto, ni requiere que la utilización de la edad como criterio de selección persiga algún objetivo digno de tutela vinculado con el empleo o intereses de tipo colectivo³². Esta interpretación ha sido seguida por la doctrina judicial (v.gr.: STSJ de Navarra de 13 de mayo de 2016, rec. 205/2016), incluso ha validado indirectamente que se ofrezcan distintas indemnizaciones, más reducidas, para las personas trabajadoras de mayor edad ante despidos colectivos acordados, como ocurre en la STS de 24 de enero de 2023 (rec. 2785/2021).

Ante esta doctrina flexible en cuanto al despido colectivo de trabajadores maduros, cabe preguntarse qué papel puede jugar la Cuarta Revolución Industrial y el nuevo cambio tecnológico en este sentido. Como se ha puesto de manifiesto, la menor adaptación de los trabajadores de más edad a la tecnología, sin caer en su estigmatización, puede suponer un factor de vulnerabilidad añadido y un obstáculo más para el mantenimiento del empleo y la reinserción laboral de estos trabajadores (es lo que se conoce como la brecha digital generacional)³³. De este modo, los avances tecnológicos (caracterizados por la digitalización, automatización y robotización) pueden suponer un factor discriminatorio más a usar por las empresas en sus operaciones de reestructuración, emprendidas para adaptarse a estos nuevos escenarios productivos de la mano de la expulsión de trabajadores maduros³⁴.

²⁸ VILLAR CAÑADA, I.M.: "Capítulo XIII...", *op. cit.*, *passim*.

²⁹ Véase SSTs, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15 de junio de 2005, rec. 7284/2000; de 17 de octubre de 2007, rec. 8242/2004; y de 9 de marzo de 2011, rec. 3980/2009. Es muy expresiva esta última sentencia cuando indica que: "ya existe un criterio consolidado acerca de que <parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, con unas expectativas laborales muy cortas>, sin que ello comporte lesión del art. 14 de la CE".

³⁰ En sentido contrario, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013, *passim* y MONEREO PÉREZ, J. L.: "La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros", en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A., Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, pp. 197-286.

³¹ VILLAR CAÑADA, I.M.: "Capítulo XIII...", *op. cit.*, se pregunta si tienen una efectividad real las medidas de compensación social, habida cuenta del incremento progresivo de la edad de jubilación, del endurecimiento de los requisitos de acceso a la jubilación anticipada y de los coeficientes reductores, así como de la exigua cuantía del subsidio de prejubilación.

³² Solà I Monells, X.: "La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo", *Anuario IET*, Vol. 3, 2016, p. 22.

³³ OLARTE ENCABO, S.: "Brecha digital...", *op. cit.*, p. 293.

³⁴ ORDÓÑEZ CASADO, M.I.: "Los trabajadores maduros y las nuevas tecnologías. ¿Una causa de discriminación?", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, N.º 5, 2022, pp. 315-328.

Aunque es cierto que existen determinadas resoluciones judiciales que han prohibido el despido por motivos de edad en supuestos palmarios de discriminación³⁵, si se atiende a la permisividad con la que se han venido seleccionando en el despido colectivo a los trabajadores en función de su mayor edad, no parece descabellado plantearse que el avance de la nueva revolución digital tenga una potencial mayor afectación sobre el colectivo de trabajadores maduros. En este caso, el legislador debe de diseñar nuevas herramientas para evitar la expulsión de estos trabajadores que todavía están en edad de trabajar como vía para garantizar, al menos de forma parcial, la sostenibilidad de las pensiones públicas; o cuanto menos se debe de reflexionar respecto a la utilidad de los mecanismos existentes para desincentivar el despido colectivo de trabajadores maduros por causas empresariales e incluso tecnológicas. Y a esto último es a lo que se dedica el presente trabajo respecto al estudio de la aportación económica al Tesoro Público, prevista en el art. 51.11 ET.

3. La aportación económica al Tesoro Público en caso de despido colectivo

3.1. La lógica y funcionalidad de la medida

Los procesos de reestructuración de empresas basados en la expulsión de trabajadores maduros, especialmente a través de prejubilaciones, han trasladado el coste de los despidos, no solo a la sociedad en general, sino a la Seguridad Social en particular. Se habla de una “socialización” de los costes empresariales de despedir³⁶, puesto que en estos casos el despido de trabajadores seniors que todavía están en edad de trabajar se acaba financiando con prestaciones públicas hasta su entrada en la jubilación, habida cuenta de la difícil reinserción laboral de este colectivo. En efecto, tales trabajadores acaban recibiendo prestaciones por desempleo, tanto a nivel contributivo como a nivel asistencial con el denominado “subsidio de prejubilación”, ahora para mayores de 52 años, como una situación puente hasta la contingencia de la jubilación, en muchos casos anticipada.

No obstante, el legislador, consciente de los peligros que ello acarrea para la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social, ha instaurado un mecanismo que permite limitar la asunción de costes por parte de la Administración Pública en el capítulo de la protección por desempleo de los trabajadores de edad en contextos de reestructuración empresarial. En concreto, este límite se aplica a los despidos colectivos de trabajadores maduros en medianas y grandes empresas que, a pesar de obtener beneficios, prefieren acudir a la extinción contractual de este colectivo de personas trabajadoras a través del uso indiscriminado de prejubilaciones, de bajas voluntarias incentivadas o de despidos en general. Una penalización que parece razonable desde el punto de vista de la reestructuración socialmente responsable en cuanto a que estas empresas asuman el coste de sus decisiones³⁷.

Ante este panorama se introduce en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, una disposición adicional 16ª que tiene como fin evitar o reducir los impactos sociales y económicos no deseados de los despidos colectivos, lo cuales consisten, por un lado, en la expulsión prematura e injusta del mercado de trabajo de personas trabajadoras maduras, afectadas estructuralmente por una menor tasa de actividad en comparación con el resto de países europeos y con mayores problemas para la vuelta al mercado laboral; y, por otro lado, en el fuerte gasto asumido por la

³⁵ Véase el caso del despido de un trabajador maduro en Huawei en el auto del TS de 13 de septiembre de 2023 (rec. 214/2023) y en la sentencia recurrida STSJ de Madrid de 20 de octubre de 2022 (rec. 326/22).

³⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “ERES, prolongación de la vida activa...”, *op. cit.*, p. 174

³⁷ En cuanto al objeto y justificación legal de la medida, véase MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 430, 2019, pp. 37 y ss.

protección por desempleo, “difícil de asumir socialmente cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos en práctica aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica como la actual” (Enmienda n.º 389, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso) de 17 de junio de 2011, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista)³⁸.

De este modo, se puede observar cómo la aportación económica al Tesoro Público desde sus inicios ha estado muy vinculada a las prejubilaciones producidas en ciertas empresas³⁹. No es casualidad que se conozca a esta medida como “cláusula” o “enmienda Telefónica” ante el anuncio de esta empresa en 2011 de prescindir de 6.500 empleados en forma de bajas incentivadas y prejubilaciones⁴⁰. De hecho, según el Informe anual del SEPE de 2022, desde el origen de la medida hasta el citado año el 37% de las cantidades ingresadas (305 millones de euros) y una cuarta parte de los trabajadores incluidos en las reclamaciones corresponden a Telefónica⁴¹.

Se trata de una penalización económica que es compleja y tortuosa en lo que respecta a su regulación, ya que ha sido modificada en varias ocasiones en un periodo de tiempo cercano. Tras su promulgación por la D.A. 16ª de la Ley 27/2011, la aportación económica ha sido rectificada en tres ocasiones por el RD-ley 3/2012, de 10 de febrero; por la Ley 3/2012, de 6 de julio y por el RD-ley 5/2013, de 15 de marzo. Además, también se han vivido cambios menores con el RD-ley 16/2013, de 20 de diciembre, y recientemente por el RD-ley 2/2024, de 21 de mayo, respecto al procedimiento de liquidación de la aportación. Unos cambios que, a pesar de sus dudas en materia de retroactividad de las disposiciones⁴², han seguido la misma línea o tendencia de ampliar el campo de aplicación de la D.A. 16ª, de forma que la obligación de realizar aportaciones al Tesoro Público se aplique a un mayor número de supuestos y empresas⁴³.

Dicho lo anterior, la aportación económica al Tesoro Público recogida en la D.A. 16ª Ley 27/2011, referenciada en el art. 51.11 ET y desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, persigue un triple objetivo que se puede clasificar en: 1) económico; 2) de protección y fomento del “empleo maduro”; y 3) de política antidiscriminatoria por razón de edad⁴⁴.

Tal y como se ha indicado con anterioridad, a pesar de que el preámbulo de la Ley 27/2011 no hace referencia a su fundamentación, la D.A. 16ª tiene como fin principal limitar el gasto

³⁸ CASTRO FRANCO, A.: “La aportación económica al Tesoro Público en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta o más años de edad. Problemas suscitados en la praxis”, *Lan Harremanak*, N.º 51, 2024, p. 311.

³⁹ CABEZA PEREIRO, J.: “La aportación económica al Tesoro público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios”, *Justicia laboral: revista de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 50, 2012, p. 17.

⁴⁰ BARROS GARCÍA, M.: “La aportación económica al Tesoro por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años”, *Actualidad Jurídica Uri Menéndez*, N.º 49, 2018, pp. 78 y 79, sitúa el origen de la medida en la decisión empresarial de Telefónica de incentivar bajas voluntarias a gran escala.

⁴¹ Servicio Público de Empleo Estatal: *Informe Anual 2022*, p. 133.

⁴² En concreto, se han suscitado dudas de la constitucionalidad de la D.A. 16ª original de la Ley 27/2011 en cuanto resultaba de aplicación a despidos iniciados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley. No obstante, tanto el Tribunal Constitucional en un auto de 15 de noviembre de 2016 (n.º 184/2016) como el Tribunal Supremo (STS de 23 de abril de 2018, rec. 84/2017) han rechazado que la retroactividad de la medida sea inconstitucional. Sobre estas cuestiones, véase BARROS GARCÍA, M.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, pp. 81-83.

⁴³ DEL REY GUANTER, S.: “Aproximación crítica a la disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011: aportaciones económicas al Tesoro Público por discriminación por razón de edad en caso de despido colectivo”, en VV.AA., *El Estatuto de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Madrid, Tecnos, 2015, p. 550.

⁴⁴ DEL REY GUANTER, S. recoge este triple objetivo también en su trabajo “Despido y protección de los trabajadores de mayor edad: sobre la disposición adicional decimosexta de la ley 27/2011, sus sucesivas modificaciones y la necesidad de su redefinición”, *IUSLabor*, N.º 3, 2014, pp. 1-6.

público en prestaciones y subsidios de aquellos trabajadores maduros despedidos por empresas de considerable tamaño con beneficios (el RD-ley 5/2013 en su Exposición de motivos alude a la labor de “compensar el impacto que estos despidos generan sobre el sistema público de protección por desempleo”, lo cual es expresivo de la función económica de la aportación).

En segundo lugar, a este objetivo puramente “económico” o de garantía del equilibrio de las pensiones públicas se le une un objetivo de política de empleo. En efecto, “al menos el 50 % de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignarán en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años que se encontraran en situación legal de desempleo, para lo cual en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas”. Tras la modificación de la redacción original de la D.A. 16ª Ley 27/2011 por el RD-ley 3/2012⁴⁵, se ha reforzado más este objetivo de empleo, aunque, como se tendrá ocasión de reflexionar, quizá no lo suficiente.

Por último, un tercer objetivo antidiscriminatorio se añade a esta medida, sobre todo cuando el RD-ley 5/2013 se refiere a esta penalización económica como una vía para “desincentivar la discriminación de trabajadores de más edad en el marco de medidas extintivas de regulación de empleo”. En concreto, es a partir de la citada normativa cuando la afectación desproporcionada de trabajadores maduros toma realmente relevancia como criterio o requisito para el nacimiento de la obligación, en detrimento de otras variables como el número de despidos e incluso del tamaño de la plantilla que se reduce de 500 a 100 trabajadores. Lo que se busca es desincentivar la selección de trabajadores maduros en procedimientos de despido colectivo por la vía de encarecer la decisión empresarial; una cuestión que no está exenta de controversias, como posteriormente se comentará⁴⁶.

Sin embargo, si tenemos en cuenta la funcionalidad y la lógica de la obligación empresarial prevista en el art. 51.11 ET, sorprende que la aportación no quede incorporada al patrimonio del sistema ni se recaude esta por la Tesorería General de la Seguridad Social o bien no suponga una contribución económica a la Seguridad Social, “aun cuando la finalidad última consista en compensar el desequilibrio económico para el Estado ante los gastos derivados del pago de prestaciones sustitutivas del salario y la reducción de ingresos como consecuencia de la extinción de la obligación de cotizar”⁴⁷. De lo que se trata es de un derecho de naturaleza pública no tributario de la Administración General del Estado, por lo que, si bien la liquidación la realiza el Servicio Público de Empleo Estatal, los órganos encargados de la recaudación serán las Delegaciones de Economía y Hacienda en periodo voluntario y la Agencia Estatal de Administración Tributaria en periodo ejecutivo⁴⁸.

⁴⁵ La redacción original no establecía de forma imperativa el destino de los fondos recaudados hacia la reinserción y recolocación del trabajador maduro. Cfr.: “Las aportaciones a que se refiere esta disposición podrán, en su caso, destinarse total o parcialmente a generar créditos para la financiación de políticas activas de empleo de los trabajadores de más edad, en los términos que se determine reglamentariamente”.

⁴⁶ Sobre este triple objetivo, *vid.* DEL REY GUANTER, S.: “Aproximación crítica...”, *op. cit.*, pp. 549-553.

⁴⁷ CASTRO FRANCO, A.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, p. 311.

⁴⁸ Para ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El deber empresarial de realizar aportaciones al tesoro público por el despido de trabajadores de cincuenta o más años mediando beneficios. Un análisis de datos y finalidades”, en AA.VV., *Finding Solutions for a Post-Crisis Society: 1st International Virtual SBRLab Conference*, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, 2015, p. 78, esta medida es un claro ejemplo de “tributos con fines no fiscales”, puesto que a través de un instrumento tributario se pretende reorientar inercias en los comportamientos empresariales, evitando la presencia desproporcionada de trabajadores de cincuenta o más años entre los que son objeto de despido colectivo.

3.2. Requisitos para el nacimiento de la obligación

Según la normativa aplicable, para que se produzca el nacimiento de esta obligación de aportación económica es necesario que concurran las siguientes circunstancias:

a) Que los despidos colectivos sean realizados por empresas de más de 100 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores.

Con la modificación introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se reduce el tamaño de la empresa o del grupo obligado al pago de 500 a 100 trabajadores, al igual que con el RD-ley 3/2012 se suprime la importancia del número de extinciones puesto que lo determinante ahora es alcanzar el nivel de plantilla exigido⁴⁹. Además, la referencia al grupo de empresas no se entiende realizada respecto al grupo patológico a efectos laborales, sino al grupo empresarial mercantil conformado según el Código de Comercio (ello fue precisado por el RD-ley 16/2013)⁵⁰.

De este modo, si se alcanza el umbral de 100 trabajadores en plantilla tanto en el seno de la empresa como en el del grupo de empresas se entenderá cumplido el primero de los requisitos para la obligación de la aportación económica al Tesoro Público. Respecto a la manera y al momento para el cómputo del número de trabajadores, el apartado 5.d) de la D.A. 16ª Ley 27/2011 indica que “se calculará según los que se encuentren en alta en la empresa o grupo de empresas al inicio del procedimiento de despido colectivo, con independencia de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial”, sin indicar nada acerca de las personas con contrato temporal, que se entiende que deben de computar íntegramente⁵¹.

b) Que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa (sin recoger referencia al grupo de empresas).

Así, debe de darse el despido colectivo de trabajadores maduros por causas empresariales en un determinado porcentaje respecto al total de afectados que, a su vez, supere al porcentaje que hay en la empresa de trabajadores de 50 o más años de edad respecto al total de la plantilla. Además, también se tienen en cuenta aquellas extinciones por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, excepto por la causa prevista en el art. 49.1.c) ET, siempre que se produzcan en los tres años anteriores, con el límite del 27 de abril de 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo⁵². Por ello, entre otras extinciones⁵³, deben de incluirse en el cómputo de los umbrales para el nacimiento de la obligación de aportación al Tesoro Público los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes⁵⁴ y, en general, cualquier despido objetivo por causas empresariales individual o plural o bien aquellas bajas voluntarias incentivadas fruto de procesos de reestructuración anteriores o posteriores al procedimiento de despido colectivo⁵⁵. Incluso pueden incluirse, en

⁴⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

⁵⁰ ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, (ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S., Dirs.), Granada, Comares, 2022, p. 408.

⁵¹ CABEZA PEREIRO, J.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, p. 24.

⁵² Esta previsión fue introducida por el RD-ley 3/2012 y posteriormente modificada por el RD-ley 5/2013, por el que se pasó de un plazo de tres años anteriores o posteriores para su cómputo a un plazo de tres años anteriores hasta el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

⁵³ Para un estudio de las extinciones computables y no computables respecto al estándar de extinción por causa no inherente a la persona del trabajador en el despido colectivo, véase MUROS POLO, A.: *El despido colectivo en un contexto de transformación permanente*, Murcia, Laborum, 2024, pp. 229-240.

⁵⁴ STS de 9 de mayo de 2018, EDJ 89723.

⁵⁵ DEL REY GUANTER, S.: “Aproximación crítica...”, *op. cit.*, p. 558.

coherencia con la doctrina del TJUE, extinciones indemnizadas a consecuencia de medidas de movilidad geográfica o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo⁵⁶.

Para el cálculo de tal porcentaje, la D.A. 16ª Ley 27/2011 precisa que debe de tenerse en cuenta la plantilla de la empresa a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo. Obsérvese que en este aspecto el legislador, de nuevo, no se refiere al concepto de grupo de empresas, por lo que debemos de entender que los cálculos para determinar si la afectación de trabajadores maduros ha sido proporcionada o no respecto a sus extinciones solo debe de circunscribirse al ámbito de la empresa⁵⁷, a menos que se trate de un grupo empresarial a efectos laborales y en realidad exista un único empleador⁵⁸. Es decir, para comprobar si concurre el requisito de la plantilla mínima sí se puede acudir al grupo en su conjunto pero, en cambio, cuando lo que se trata de comprobar es el porcentaje de despidos de trabajadores maduros los cálculos deben de limitarse a la empresa.

Otro aspecto que no queda claro es cómo deben tenerse en cuenta las otras extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador respecto al porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre “el total de trabajadores despedidos”. La doctrina científica entiende que estas otras extinciones contractuales de trabajadores maduros deben de incluirse tanto en el numerador (número de despidos de trabajadores de 50 o más años) como en el denominador (total de personas despedidas), a efectos de valorar y aplicar de forma correcta la tasa de afectación y de despido de personas seniors en la empresa⁵⁹.

Además, tras la eliminación de la redacción primigenia de la D.A. 16ª Ley 27/2011 en cuanto a que el despido colectivo afecte a trabajadores de 50 años o más, cabe preguntarse si procede la obligación de aportación económica al Tesoro Público cuando la afectación a trabajadores maduros por vía de otras extinciones es desproporcionada y, en cambio, el despido colectivo no afecta a estos trabajadores que han alcanzado la edad de 50⁶⁰. Para autorizada doctrina, a pesar de que existe una resolución no vinculante de la Dirección General de Empleo de fecha de 29 de mayo de 2013 que confirma la aplicación de la D.A. 16ª en estos supuestos, sigue siendo necesario que el despido colectivo afecte a trabajadores de 50 o más años si atendemos al modo en el que está construida la citada obligación empresarial⁶¹. En cualquier caso, siguiendo la práctica de la Administración, sería recomendable realizar la aportación aunque en el despido colectivo no se incluyan a trabajadores maduros⁶².

c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes (se trata de condiciones alternativas y no acumulativas):

⁵⁶ En este sentido apunta CASTRO FRANCO, A.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, p. 321.

⁵⁷ En el mismo sentido se pronuncia el documento elaborado por el SEPE “Reclamación de cantidades a empresas con beneficios que han adoptado medidas colectivas de regulación de empleo afectando a trabajadores mayores de 50 años”, disponible en: https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/quienes_somos/pdf/2024/EREB-2024.pdf

⁵⁸ DEL REY GUANTER, S.: “Aproximación crítica...”, *op. cit.*, p. 560.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 559. El documento SEPE “Reclamación de cantidades a empresas con beneficios que...”, *op. cit.*, pp. 4 y 5, también parece avalar esta teoría.

⁶⁰ CASTRO FRANCO, A.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, p. 321.

⁶¹ Para una muestra de los argumentos, *cfr.* DEL REY GUANTER, S.: “Aproximación crítica...”, *op. cit.*, pp. 560 y 561.

⁶² De hecho, el Subdirector General de Gestión Financiera del SEPE, Jaime Nogueras Wandelmer, se posiciona en este sentido en el “Webinar Aportaciones al Tesoro en despidos colectivos” en el canal de Youtube de LHH España, de fecha de 7 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Px6tIGQT684&list=WL&index=2&t=887s> (consultado el 15/07/2024), que señala como una de las causas de la modificación normativa la imposibilidad de aplicar con la legislación anterior la aportación económica a una empresa que había realizado numerosos despidos individuales a trabajadores de 50 años o más fuera del despido colectivo.

1.^a Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo.

2.^a Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

La propia D.A. 16^a de Ley 27/2011 precisa en qué supuestos debe de entenderse que existen beneficios, para lo cual aclara que será cuando el resultado del ejercicio de las cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, siguiendo el modelo del Plan General Contable, sea positivo. También precisa que en casos de grupos de empresas (recuérdese a efectos mercantiles) para el resultado del ejercicio “solo se tendrá en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren”, sin que se requiera ningún tipo de vinculación o de afinidad en materia de actividad entre las distintas empresas que pertenezcan al grupo⁶³.

Además, en cuanto a la exigencia de beneficios la jurisprudencia ha venido interpretando que el uso de la disyuntiva “o” en la redacción de la norma significa que tales condiciones pueden darse o bien en la empresa aisladamente considerada o bien en el grupo. De este modo, si el grupo tuvo pérdidas económicas pero la empresa individualmente considerada tuvo beneficios se cumple con la condición requerida para que proceda la aportación al Tesoro Público, al igual que cuando ocurre a la inversa (SSTS de 17 de noviembre de 2016, EDJ 226158; de 23 de abril de 2018, EDJ 72632; 11 de febrero de 2019, EDJ 514905; 13 de marzo de 2019, EDJ 544326). La norma no contempla la compensación de resultados o pérdidas, pues basta con que haya beneficios o en la solicitante o en el grupo al que esta pertenezca⁶⁴.

La existencia de beneficios, como requisito para la aportación económica al Tesoro Público, no es incompatible con la realización de un despido colectivo. Las últimas reformas laborales que han afectado a este tipo de despido han ido flexibilizando progresivamente las causas empresariales para realizar despido colectivo, hasta el punto de que en la actualidad se puede justificar el mismo por la existencia de pérdidas previstas o por la disminución persistente de ingresos ordinarios o de ventas (al margen de las causas técnicas, organizativas o productivas que no tienen por qué ir anudadas a la existencia de pérdidas)⁶⁵. De esta forma, queda claro que una empresa con beneficios puede efectuar un procedimiento de despido colectivo⁶⁶.

La reforma del año 2013 que introdujo la posibilidad de computar beneficios con posterioridad a la realización del despido colectivo (siempre que se den en ejercicios consecutivos) ha buscado ampliar el ámbito de aplicación de la D.A. 16^a. Siguiendo esta regla, para algún autor la inclusión desproporcionada de trabajadores de mayor edad en despidos colectivos puede convertirse en muchos casos en una “bomba de relojería”, ya que es perfectamente posible que dentro de un margen de cuatro ejercicios económicos posteriores se den dos años seguidos de beneficios⁶⁷. Algo que se complica si se tienen en cuenta otras “extinciones asimiladas” de trabajadores maduros que se pueden computar en el año siguiente al inicio del procedimiento de despido

⁶³ DEL REY GUANTER, S.: “Aproximación crítica...”, *op. cit.*, pp. 562 y 563.

⁶⁴ CASTRO FRANCO, A.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, p. 322.

⁶⁵ Sobre este proceso de transformación véase MUROS POLO, A.: *El despido colectivo...*, *op. cit.*, pp. 171-185 y 255 y ss.

⁶⁶ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La obligación de ingresar la aportación al Tesoro Público en caso de despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, en VV.AA. (GODINO REYES, M., Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 912.

⁶⁷ ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El deber empresarial...”, *op. cit.*, p. 78.

colectivo⁶⁸. Con esta previsión lo que busca el legislador es evitar cualquier conducta empresarial destinada a la utilización del despido colectivo de trabajadores seniors como una medida para aumentar los beneficios⁶⁹.

Para cerrar este apartado, es necesario detenerse en un aspecto crucial que se ha dado por supuesto: para que exista obligación de aportación económica al Tesoro Público debe de existir un procedimiento de despido colectivo. En todas las versiones de la D.A. 16ª Ley 27/2011, el legislador ha vinculado esta medida con la existencia de despido colectivo, dejando fuera aquellas situaciones en las que los despidos de trabajadores maduros se instrumentan por la vía del art. 52.c) ET sin que finalmente se alcance el umbral del despido colectivo. Parece evidente que el legislador no ha buscado ejercer una presión tan fuerte sobre empresas de pequeña y mediana dimensión, menos tendentes a llevar a cabo extinciones colectivas del artículo 51 ET⁷⁰. Una cuestión distinta (y de enorme actualidad tras la crisis de la COVID-19) radica en el apartado 11 de la D.A. 16ª Ley 27/2011, que incluye los supuestos de ERTE y extinción contractual posterior de trabajadores seniors, en los que necesariamente no tiene por qué haber ulterior despido colectivo, ya que la aportación económica al Tesoro Público puede activarse por despidos objetivos individuales o extinciones asimiladas, siempre que se cumplan el resto de requisitos (tamaño de plantilla, existencia de beneficios y afectación desproporcionada de trabajadores maduros)⁷¹.

Mayor controversia suscita qué ocurre con los denominados despidos colectivos “de hecho”, los cuales alcanzan los umbrales del art. 51 ET pero, a pesar de ello, no se ha llevado a cabo el procedimiento de despido colectivo. En estos supuestos, no habrá lugar a la aportación económica al Tesoro Público, puesto que la consecuencia será la nulidad de las extinciones contractuales y la readmisión de las personas trabajadoras afectadas, sin que ello ocasione un gasto para las arcas públicas, habida cuenta de que se deberán de devolver las prestaciones por desempleo por ser indebidas. Solo queda el caso de que se acredite la imposibilidad de readmisión, produciéndose la definitiva extinción contractual, que sí podrá originar la activación de la aportación económica del art. 51.11 ET⁷², aunque no será una cuestión exenta de dificultades a la hora de garantizar el procedimiento de liquidación y recaudación⁷³.

3.3. Cálculo de la aportación

Para la determinación de la cuantía de la aportación económica al Tesoro Público, la regulación legal y reglamentaria exige dos fases: por un lado, la determinación del importe o de la base de cálculo (art. 3 RD 1484/2012) y, por otro lado, la determinación del tipo aplicable (art. 4 RD 1484/2012)⁷⁴.

De este modo, para el cálculo de la aportación económica hay que tener en cuenta el importe bruto, desde la fecha del despido, de las prestaciones y subsidios por desempleo de los

⁶⁸ Para DEL REY GUANTER, S.: “Aproximación crítica...”, *op. cit.*, p. 563, esto resulta criticable pues se complica exponencialmente la previsibilidad de la medida por parte de las empresas.

⁶⁹ CASTRO FRANCO, A.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, p. 323.

⁷⁰ ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El deber empresarial...”, *op. cit.*, p. 76.

⁷¹ Ello se aborda en: Subdirector General de Gestión Financiera del SEPE (NOGUERALES WANDELMER, J.): “Webinar Aportaciones al Tesoro en despidos colectivos” en el canal de Youtube de *LHH España*, de fecha de 7 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Px6tIGQT684&list=WL&index=2&t=887s> (consultado el 15/07/2024).

⁷² CASTRO FRANCO, A.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, pp. 318 y 319.

⁷³ Sobre esta cuestión CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pp. 135 y 136.

⁷⁴ ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, *op. cit.*, p. 409.

trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal⁷⁵, así como los importes abonados por el SEPE por los referidos conceptos a los trabajadores de cincuenta o más años cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) ET, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

Además, en caso de que la empresa haya realizado previamente un ERTE donde se hayan incluido a trabajadores maduros y no hubiera transcurrido un año entre la finalización de la situación legal de desempleo derivada de la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo y la extinción del contrato de cada trabajador por despido colectivo u otras extinciones no inherentes a la persona del trabajador, la empresa también deberá de abonar las cantidades satisfechas por el SEPE (prestación y cotización) durante el ERTE, así como aquellos conceptos que puedan corresponder por la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo. Con esta última precisión se estaría reforzando, aún más, la cláusula de salvaguarda del empleo de 6 meses prevista en la D.A. 44ª TRLGSS, en caso de que fuera aplicable.

No obstante, se excluye del importe bruto anterior las cuantías de las prestaciones o subsidios por desempleo, a solicitud de la empresa afectada, cuando el trabajador despedido de 50 o más años haya sido recolocado en la misma empresa, en otra empresa del grupo del que forme parte o bien en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción del contrato de trabajo. En estos casos, la empresa deberá de acreditar estos extremos en el procedimiento de liquidación, conforme a lo que se establece en el art. 6.3 RD 1484/2012⁷⁶. Así, el desarrollo reglamentario precisa que: “[ú]nicamente se entenderá realizada la recolocación a tal fin cuando ésta se haya producido en los seis meses siguientes a la fecha de la extinción de sus contratos de trabajo a través de un nuevo contrato de trabajo de análoga naturaleza y con una jornada de trabajo equivalente a la que tenía en el contrato extinguido y cuya duración haya alcanzado, al menos, los tres años, salvo que se extinga por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez”. Dicha posibilidad de reducir el importe de la aportación empresarial en caso de una recolocación “seria”⁷⁷ de la persona trabajadora madura resulta acorde con la política de promoción de mantenimiento del empleo en este colectivo, a lo cual se añade la labor que desempeña el plan de recolocación externa del art. 51.10 ET en este sentido.

Aclarado lo anterior, la norma expone que el importe de la aportación al Tesoro Público se determinará anualmente, aplicando un determinado porcentaje sobre cada uno de los citados conceptos:

a) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por prestaciones por desempleo de nivel contributivo de los trabajadores de cincuenta o más años afectados por los despidos, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió su despido⁷⁸.

⁷⁵ Por mor de la Ley 3/2023 de Empleo el Servicio Público de Empleo Estatal se convertirá en la Agencia Española de Empleo.

⁷⁶ Para ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La obligación de...”, *op. cit.*, pp. 917 y 918, que se le atribuya a la empresa la obligación de alegar y probar la recolocación de la persona trabajadora, más aún si no tiene que llevar a cabo plan de recolocación externa, resulta excesivo y podría generar una situación de indefensión.

⁷⁷ La doctrina judicial (STSJ de Madrid de 6 de julio de 2016, rec. 144/2016) ha determinado que la recolocación con contratos suscritos con condiciones distintas o de breve duración no justifican la reducción de la aportación empresarial al Tesoro Público.

⁷⁸ Dichas prestaciones podrán ser percibidas de una sola vez y sin solución de continuidad, así como en varios periodos de tiempo separados por concurrir causa legal que permita la suspensión y reanudación de las prestaciones por

b) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por los trabajadores afectados, durante el periodo de percepción de la prestación contributiva (véase art. 273 TRLGSS y, en concreto, su apartado tercero donde se indica que: “[c]uando se haya extinguido la relación laboral, la cotización a la Seguridad Social no comprenderá las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional”, por lo que solo se cotizará por contingencias comunes).

c) Un canon fijo por cada trabajador que acceda a la prestación no contributiva por desempleo. En este punto sería necesaria una reforma del tenor literal de la D.A. 16ª Ley 27/2011 y de su desarrollo reglamentario ya que siguen refiriéndose a subsidios por desempleo previstos en el antiguo Real Decreto Legislativo de 1994 de la LGSS. En cualquier caso, la norma remite a unos subsidios que, si bien han sido ampliamente modificados por el RD-ley 2/2024, de 21 de mayo, siguen estando vigentes, al menos en sus presupuestos iniciales: el subsidio de desempleo “por agotamiento”, por cotizaciones insuficientes para acceder a la prestación contributiva y, en último lugar, para mayores de 52 años (respectivamente, art. 274.1 apartados a) y b) y art. 280 TRLGSS). No obstante, cabe preguntarse qué ocurre con el nuevo “complemento de apoyo al empleo” (arts. 282.3 y D.A. 59ª TRLGSS).

Este canon se calculará mediante la totalización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo más el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año del agotamiento. No obstante, no por todos los subsidios de desempleo se cotiza por jubilación, ya que ello solo ocurre en el subsidio para trabajadores mayores de 52 años (art. 280.9 TRLGSS), por lo que solo se incluirán tales cotizaciones en el canon cuando deban de realizarse⁷⁹.

Además, el canon se devenga en su totalidad cuando se cobra el subsidio por desempleo, con independencia de cuánto tiempo se cobre efectivamente el mismo⁸⁰. De este modo, se imputarán a la empresa los costes correspondientes a un periodo de seis años, al margen de que el beneficiario haya cobrado el subsidio durante un mes o durante doce años, ya que el único presupuesto para que se genere esta obligación es que el trabajador maduro afectado por el despido colectivo acceda a la protección de nivel asistencial, ya sea porque haya agotado la prestación contributiva por desempleo y comience a percibir el subsidio o ya sea porque, no teniendo derecho al cobro de aquella, acceda directamente al subsidio⁸¹. Es aquí donde se puede apreciar la función punitiva de la aportación económica al Tesoro Público, ya que no todos los subsidios por desempleo pueden alcanzar la duración de seis años, a excepción del subsidio de prejubilación, por lo que, llegado el caso, se pretende cargar a las empresas con unos costes mayores que los realmente satisfechos por las arcas del Estado a razón de unos trabajadores especialmente vulnerables que ni siquiera tienen derecho de acceso al subsidio del art. 280 TRLGSS⁸².

desempleo (STS de 9 de mayo de 2018, rec. 110/2017).

⁷⁹ CABEZA PEREIRO, J.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁰ CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos...*, *op. cit.*, p. 128, con cita en STSJ de Madrid de 26 de junio de 2017 (rec. 837/2016).

⁸¹ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La obligación de ingresar la aportación...”, *op. cit.*, pp. 915 y 916.

⁸² ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El deber empresarial...”, *op. cit.*, p. 80. CASTRO FRANCO, A.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, p. 324 plantea que se establezca el canon en función de la duración máxima del correspondiente subsidio, prescindiendo de la referencia de los seis años.

Tipo aplicable para calcular la aportación económica

Porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos	Porcentaje de beneficios sobre los ingresos	Número de trabajadores en la empresa		
		Más de 2.000	Entre 1.000 y 2.000	Entre 101 y 999
Más del 35 %.	Más del 10 %.	100 %	95 %	90 %
	Menos del 10 %.	95 %	90 %	85 %
Entre 15 % y 35 %.	Más del 10 %.	95 %	90 %	85 %
	Menos del 10 %.	90 %	85 %	80 %
Menos del 15 %.	Más del 10 %.	75 %	70 %	65 %
	Menos del 10 %.	70 %	65 %	60 %

El tipo aplicable a cada uno de los anteriores conceptos se recoge en la siguiente tabla, en función del porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos, el porcentaje de beneficios sobre los ingresos y el tamaño de la plantilla de la empresa o del grupo:

Esta aportación anual debe satisfacerse no solo cuando la empresa continúa con su actividad sino también en los supuestos de cesación de la actividad “en el territorio español”, puesto que se establece que se podrán adoptar las medidas cautelares oportunas para asegurar el cobro de la deuda correspondiente, aun cuando esta no haya sido objeto de cuantificación y liquidación con carácter previo (apartado 9 de la D.A. 16ª Ley 27/2011). Este supuesto está más pensado, no tanto para cierres de empresa, sino más bien para operaciones de deslocalización, aunque la doctrina viene criticando la dificultad práctica de articular tales medidas cautelares en grupos de empresas, especialmente si ninguna de ellas opera en territorio nacional⁸³.

3.4. Destino de los fondos recaudados

En virtud de lo que se entiende como Tesoro Público (*vid.*, art. 90 Ley General Presupuestaria), es la Administración General del Estado quien se encarga de recibir y de gestionar lo recaudado. La D.A. 16ª Ley 27/2011 configura a la Administración General del Estado como la entidad receptora de los fondos, aunque hubiera tenido más sentido que hubiera sido la Seguridad Social la encargada de administrar y de decidir el destino de la recaudación de la aportación económica, en la idea de compensar el mayor coste que ha tenido que soportar esta institución a razón de prestaciones, subsidios y cotizaciones de trabajadores maduros despedidos.

No obstante, con la modificación emprendida por la Ley 3/2012 se ha reducido considerablemente el margen de maniobra de la AGE en cuanto al destino de la aportación empresarial por estos tipos de despidos. Así, a partir de ahora el 50% de la recaudación anual debe de destinarse al presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal, “con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años” que se encuentren en situación legal de desempleo⁸⁴.

En este sentido, al menos la mitad de los ingresos anuales por aportación económica al Tesoro Público deben de invertirse en la reinserción laboral del trabajador de 50 años o más desempleado, lo cual resulta coherente con el objetivo de proteger el empleo “maduro” y de garantizar, al menos de forma parcial, la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social a la hora

⁸³ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, *op. cit.*, p. 45.

⁸⁴ Con anterioridad el margen de actuación era mucho mayor: “Las aportaciones a que se refiere esta disposición podrán, en su caso, destinarse total o parcialmente a generar créditos para la financiación de políticas activas de empleo de los trabajadores de más edad, en los términos que se determine reglamentariamente”.

de que el mercado de trabajo gane a una persona trabajadora en edad laboral y, por el contrario, el sistema pierda a una persona inactiva dependiente de este⁸⁵.

3.5. Procedimiento para la liquidación y pago

El procedimiento para la liquidación y pago de la aportación económica al Tesoro Público viene determinado reglamentariamente, a través del capítulo III del Real Decreto 1484/2012, sin perjuicio de algunas novedades que han sido introducidas en la D.A. 16ª Ley 27/2011.

Este se inicia (aunque no necesariamente, como se detallará) a través de un certificado que debe de emitir la empresa cuando se cumplan los requisitos de la aportación y que debe de ser entregado directamente al Servicio Público de Empleo Estatal. Es aquí donde nos encontramos una novedad introducida por el RD-ley 2/2024, de 21 de mayo⁸⁶, ya que con anterioridad el certificado de empresa debía de ser entregado a la autoridad laboral y luego esta debía de remitírselo a la oficina pública de empleo estatal (sin embargo, el reglamento no ha sido modificado en este aspecto)⁸⁷. El mencionado RD-ley justifica tal modificación sobre la base de garantizar la comunicación electrónica con el SEPE a través de Certific@2, “lo que redundará en una gestión automatizada desde su inicio y por ello, más eficaz” (Exposición de motivos). Sin duda, se trata de un cambio que mejora y agiliza la gestión de la aportación económica al Tesoro Público, evitando que por retrasos injustificados de la Administración prescriba la liquidación y el derecho de cobro (*vid.*, STS de 19 de septiembre de 2023, rec. 37/2023, en la que la autoridad laboral tardó más de cuatro años en remitir al SEPE el certificado de empresa entregado en plazo).

Respecto al tiempo en el que debe de enviarse el certificado de empresa, tal envío debe de realizarse en un plazo de tres meses desde que finalice el año siguiente al inicio del procedimiento de despido colectivo o bien antes de que finalice el ejercicio inmediatamente posterior a aquel en el que se cumpla la condición del apartado 1.c).2ª de la D.A. 16ª Ley 27/2011⁸⁸. Este certificado debe de contener los datos a los que se refiere el art. 5 RD 1484/2012, los cuales consisten fundamentalmente en la identificación de la empresa responsable y en la concurrencia de los requisitos exigidos para la activación de la aportación económica⁸⁹, además de identificar a los trabajadores seniors afectados.

En caso de no presentar el certificado, en tiempo y forma, así como de presentar información que resulte falsa o inexacta se producirá la comisión de la infracción administrativa muy grave del art. 8.18 TRLISOS⁹⁰. Se puede observar de qué modo la consecuencia de no aportar certificado solo pasa por una multa pecuniaria y no por una obligación “de hacer”, lo cual le puede salir más barato a la propia empresa que la efectiva aportación económica al Tesoro Público⁹¹. En efecto, mientras que la aportación económica puede rondar de los 60.000 a los 100.000 euros por trabajador senior afectado, según el nivel salarial del trabajador, la sanción administrativa

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

⁸⁶ Con entrada en vigor el 1 de noviembre de 2024.

⁸⁷ El apartado séptimo de la D.A. 16ª Ley 27/2011 en la actualidad establece que: “el Servicio Público de Empleo Estatal remitirá el certificado recibido a la Autoridad laboral competente en el procedimiento de despido colectivo”.

⁸⁸ “Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha”.

⁸⁹ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La obligación de ingresar la aportación...”, *op. cit.*, p. 921.

⁹⁰ Este precepto también ha sido modificado por el RD-ley 2/2024, ya que antes se sancionaba no entregar el certificado de empresa a la autoridad laboral y, en la actualidad, esto ha sido sustituido por la entidad competente para la gestión de las prestaciones.

⁹¹ A ello apunta CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos...*, *op. cit.*, p. 136.

por el incumplimiento de la D.A. 16ª Ley 27/2011 va desde los 7.501 a los 225.018 euros; una diferencia bastante considerable. No obstante, como se comentará a continuación, la imposición de la sanción no imposibilita la liquidación de la aportación al Tesoro Público a través de una actuación de oficio por parte del SEPE⁹².

El Servicio Público de Empleo Estatal es el órgano encargado de determinar el importe de la aportación económica a la luz del certificado de empresa, así como de otra información que este órgano recabe, con base en el control que realice de forma directa o bien a través de los mecanismos de cooperación y colaboración administrativa correspondientes. El reglamento se encarga de precisar que el SEPE puede iniciar procedimiento de liquidación no solo cuando reciba dicho certificado, sino también cuando verifique la concurrencia de los requisitos a través de los mecanismos de control ya mencionados (v.gr.: cuando la ITSS detecte que la empresa reúne los requisitos de la aportación económica a la hora de realizar el informe de despido colectivo y lo comunique al SEPE). De este modo se favorece la actuación de oficio por parte del SEPE, reforzando la aplicación y ejecutividad de la D.A. 16ª, con independencia de que la empresa no envíe el certificado de empresa, de forma consciente o inconsciente si desconoce que cumple con los requisitos⁹³.

El SEPE remitirá en cada ejercicio a las empresas obligadas al pago una propuesta de liquidación, según el contenido que establece el art. 7 RD 1484/2012. Las empresas dispondrán de un plazo de quince días para realizar las alegaciones que estimen oportunas (como puede ocurrir en el caso de la reducción de la aportación por recolocación de persona trabajadora madura afectada⁹⁴), transcurrido el cual y teniendo en cuenta las alegaciones presentadas, el Director General del SEPE dictará una resolución de liquidación. Según el art. 6.4.bis RD 1484/2012, introducido por el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, el plazo máximo para dictar la resolución del procedimiento de liquidación será de seis meses. Contra esta resolución se podrá interponer recurso de alzada, que no suspenderá la ejecución de la resolución impugnada, salvo que se solicite y se proceda a garantizar el importe de la liquidación mediante aval bancario solidario.

Es necesario indicar que la liquidación efectuada se referirá al periodo que comprenda, por regla general, el año inmediatamente anterior a aquel en el que se realiza la propuesta de liquidación. No obstante, si esto se incumple y, por ejemplo, se efectúa una liquidación de ejercicios anteriores, tal situación no anula la deuda ni afecta a la prescripción, aunque la empresa sí que puede exigir algún tipo de responsabilidad patrimonial (STS de 31 de octubre de 2017, rec. 235/2016 y STSJ Madrid de 6 de febrero de 2023, rec. 1152/2022).

Las empresas deberán ingresar en el Tesoro Público el importe de las aportaciones contenidas en cada una de las resoluciones anuales en el plazo de 30 días desde el que se hubiera producido su notificación. Como ya se ha indicado, los órganos encargados de la recaudación serán las Delegaciones de Economía y Hacienda en periodo voluntario y la Agencia Estatal de Administración Tributaria en periodo ejecutivo⁹⁵.

Por último, cabe precisar que, al tratarse de un derecho de naturaleza pública no tributario, el plazo de prescripción será de cuatro años, en virtud del art. 15 de la Ley 47/2003 General Presupuestaria (SSTS de 31 de octubre de 2017, rec. 235/2016, y de 13 de marzo de 2019, rec.

⁹² CASTRO FRANCO, A.: "La aportación económica...", *op. cit.*, p. 327.

⁹³ CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos...*, *op. cit.*, p. 134.

⁹⁴ La empresa tendrá que alegar este extremo, por regla general, a los tres años de la recolocación, cuando ya haya pagado la prestación contributiva, ya que la norma exige que se realice dicha recolocación con un contrato estable. ARAGÓN GÓMEZ, C.: "La obligación de ingresar la aportación...", *op. cit.*, p. 918.

⁹⁵ CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

233/2017). Un plazo que comienza desde el día siguiente en el que la Administración pudo efectuar la liquidación. Por ello, siguiendo de forma analógica la argumentación de la STS 19 de septiembre de 2023 (rec. 37/2023), el *dies a quo* del plazo de prescripción se fija desde el momento de la entrega del certificado de empresa al Servicio Público de Empleo Estatal (la citada sentencia lo fijaba desde el momento de la entrega a la autoridad laboral), a salvo de que concurran elementos extraordinarios que justifiquen una actuación tardía de la Administración⁹⁶. Para la realización de las liquidaciones posteriores a la inicial el plazo de 4 años de prescripción se inicia desde el 1 de enero del año siguiente a la anualidad objeto de liquidación, al igual que para el caso de devoluciones o de liquidaciones adicionales de anualidades con liquidación definitiva, cuyo plazo de 4 años comienza desde la notificación de la resolución correspondiente⁹⁷.

4. Problemas aplicativos y cuestiones conflictivas de la aportación económica al Tesoro Público

A la vista de todo lo anterior, se puede llegar a decir que la aportación económica al Tesoro Público es una medida que, aunque imperfecta, puede llegar a ser útil frente a una expulsión desproporcionada de trabajadores maduros del mercado de trabajo por procesos de adaptación empresarial a las nuevas tecnologías. No obstante, es una herramienta que puede y debe de estar sujeta a mejoras con el fin de que despliegue todo su potencial.

Entre las críticas más frecuentes⁹⁸ destaca su elevada complejidad, a la luz de los numerosos cambios normativos que ha experimentado en un plazo breve de tiempo⁹⁹, así como a causa de los escasos recursos con los que cuenta el SEPE para tramitar de forma eficaz los expedientes. Además, se trata de una medida que solo se aplica a las empresas de más de 100 trabajadores, por lo que en principio se circunscribe a empresas de un tamaño considerable con beneficios y que realicen despidos colectivos, y que no suponen ni siquiera el 1% de las estadísticas oficiales de empresas en España, aunque sí que proveen de más de un tercio del empleo en el sector privado¹⁰⁰.

Por ello, los efectos que produce esta figura pueden ser mejorados si se reduce el umbral de plantilla exigido para su aplicación, así como si se implementa una mejor gestión en su tramitación y recaudación, sobre todo si atendemos a la función económica de la D.A. 16ª Ley 27/2011 en cuanto a la cobertura de los gastos anudados a la expulsión de trabajadores maduros del mercado laboral. En este sentido, autorizada doctrina propone¹⁰¹, entre otras modificaciones: disminuir el umbral de plantilla computable a 50 personas trabajadoras para que nazca la obligación legal (e igualarlo con la activación del plan de recolocación externa del art. 51.10 ET)¹⁰²; dotar de sencillez, simplicidad y dinamismo al sistema (aplicando las normas recaudatorias de la Seguridad Social e instaurando a la TGSS como órgano competente para la

⁹⁶ MUROS POLO, A.: “La prescripción de la aportación económica al Tesoro Público en caso de despido colectivo”, en VV.AA., *Derecho vivo de la Seguridad Social. VII Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2023* (RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E., Dirs.), Murcia, Laborum, 2024, pp. 185-189.

⁹⁷ Subdirector General de Gestión Financiera del SEPE (Noguerales Wandelmer, J.): “Webinar Aportaciones al Tesoro...”, *op. cit.*

⁹⁸ CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pp. 168 y ss.

⁹⁹ Para un análisis de los cambios experimentados en la normativa véase BARROS GARCÍA, M.: “La aportación económica...”, *op. cit.*, pp. 79-81.

¹⁰⁰ Estadística elaborada por Subdirección General de Emprendimiento y Pyme: “Cifras PyME” de junio de 2024, disponible en: <https://ipyme.org/Publicaciones/Cifras%20PYME/CifrasPyme-junio2024.pdf> (visitada el 18/07/2024).

¹⁰¹ Un análisis exhaustivo en CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos...*, *op. cit.*, *passim*. Respecto a las conclusiones y propuestas de reforma, véase *Ibidem*, pp. 143-145 y 168-173.

¹⁰² Recuérdese que el plan de recolocación externa se sitúa como obligación empresarial en el despido colectivo cuando este afecta a más de 50 personas trabajadoras, por lo que habría que reformar también en este sentido el art. 51.10 ET.

recaudación); revisar el plazo de recolocación que determina la exoneración de la aportación al Tesoro Público e incrementarlo hasta el año, en línea con el plazo general para el ejercicio de acciones laborales (art. 59 ET) y la consideración del desempleado como de larga duración; así como reforzar las labores de comprobación y control del cumplimiento de la D.A. 16ª Ley 27/2011 por parte de la Administración laboral.

En cuanto a la función “antidiscriminatoria” por razón de edad de la presente herramienta, cabe preguntarse si esta es acorde a derecho. Algunos autores se preguntan hasta qué punto esta penalización económica es adecuada a la ley, ya que la consecuencia en el ordenamiento jurídico de un acto discriminatorio debe de ser la nulidad y no su compensación dineraria, como puede ocurrir en este caso. Por ello, ¿si se abona finalmente la aportación de la D.A. 16ª se convalida o compensa la discriminación por razón de edad? ¿si no existe una afectación desproporcionada de trabajadores seniors y no procede la aportación económica no se podría sancionar, por ejemplo, por la vía del art. 8.12 TRLISOS? ¿no se está instaurando una diferencia de trato respecto a las empresas de menos de 100 trabajadores que despidan de forma desmesurada a trabajadores de mayor edad? ¿las empresas sin beneficios tienen “carta blanca”?¹⁰³.

Al margen de que se comparta la visión de la diferencia de trato injustificada respecto a las empresas de menor tamaño, coincidimos con otra parte de la doctrina científica que no cataloga a esta medida como la consecuencia o el resarcimiento de un acto discriminatorio, sino como la cobertura del “riesgo” de que se produzca finalmente tal discriminación por razón de edad. Es decir, la penalización económica tiene una función disuasoria, o si se quiere preventiva, a la hora de que las empresas de cierto tamaño con beneficios incluyan de forma desproporcionada en sus despidos colectivos a trabajadores maduros, con independencia de que en última instancia se constate una actuación o política discriminatoria, que llegado el caso desplegará sus correspondientes efectos (nulidad y sanción administrativa). La D.A. 16ª, por ende, no constituye una herramienta global o general de lucha contra la discriminación por razón de edad, pues su función es la de orientar las conductas empresariales en un determinado sentido como tributo que es con finalidades no fiscales¹⁰⁴.

En cuanto a la tercera función o lógica de la aportación económica al Tesoro Público relacionada con el empleo de los trabajadores seniors, esta se sitúa en la línea de las orientaciones del Pacto de Toledo de 2020, puesto que “resulta clave que una de las prioridades de las políticas activas de empleo sea la recolocación de las personas de más edad y su mantenimiento en activo” para garantizar, al menos parcialmente, la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social¹⁰⁵. Un objetivo al que, tradicionalmente, se le ha prestado escasa importancia¹⁰⁶, con alguna excepción en la “Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y Trabajadoras de Más Edad 2014-2016” (“Estrategia 55 y más”) que, de hecho, no se desarrolló de forma adecuada¹⁰⁷.

No obstante, garantizar la empleabilidad y la reinserción laboral de los trabajadores maduros a través de la aportación económica al Tesoro Público es una cuestión que es cuando

¹⁰³ A todas estas preguntas apunta en cierto modo DEL REY GUANTER, S.: “Aproximación crítica...”, *op. cit.*, pp. 549-553 y 565-569.

¹⁰⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El deber empresarial...”, *op. cit.*, pp. 84 y 85.

¹⁰⁵ En ello coinciden ORTEGA LOZANO, P.G., “Trabajadores maduros y su papel en la Sociedad 4.0”, *op. cit.*, p. 241 y SUÁREZ CORUJO, B.: “Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico”, en VV.AA., *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, p. 764.

¹⁰⁶ Así lo exponen SERRANO FALCÓN, C.: “Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura en la Industria 4.0”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, pp. 469 y 470 y FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Medidas para fomentar el empleo y el autoempleo de los mayores de 45 años”, en AA.VV., *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 241.

¹⁰⁷ ORTEGA LOZANO, P.G., “Trabajadores maduros y su papel en la Sociedad 4.0”, *op. cit.*, p. 251.

menos discutible. Si bien es cierto que la redacción actual de la D.A. 16ª de la Ley 27/2011 en comparación con el tenor anterior refuerza esta finalidad al destinar el 50% de lo recaudado a la financiación de “acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años que se encontraran en situación legal de desempleo”¹⁰⁸, no es menos cierto que tan solo la mitad del dinero se transfiere a la Seguridad Social (que no es la encargada de recaudar) y, en concreto, al Servicio Público de Empleo Estatal. Además, por mucho que la norma indique que tales cantidades deban constar como créditos en el presupuesto inicial del SEPE, no se ha obtenido información fiable acerca de cuál es el destino final de lo recaudado¹⁰⁹.

A la vista de estas deficiencias, si se quiere impulsar de forma efectiva la D.A. 16ª como una vía de protección y promoción del “empleo maduro” se debería de destinar no solo el 50% sino la totalidad de lo recaudado a medidas y acciones concretas para el sector de los desempleados de cierta edad. También es importante que se haga más visible la trazabilidad de dichas medidas ante la opacidad del Servicio Público de Empleo, ya sea a través de un Fondo específico de empleo que gestione lo recaudado según los fines de la Ley o a través de bonificaciones más generosas para el mantenimiento y la contratación de personas trabajadoras maduras¹¹⁰. Tras el desmantelamiento de los incentivos a la contratación y bonificaciones para el mantenimiento del empleo de los trabajadores seniors realizado entre 2010 y 2012¹¹¹, cabe cuestionarse si la aportación económica al Tesoro Público debería de utilizarse en cierto modo para recuperar la derogada bonificación prevista en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para los trabajadores de 60 años ya empleados en la empresa o bien para mejorar los actuales incentivos a la contratación indefinida de personas desempleadas de larga duración de 45 o más años previstos en el art. 21 del RD-ley 1/2023, de 10 de enero, así como para lograr la implantación efectiva de los programas comunes de activación destinados para las personas maduras (arts. 75 y 76 RD 818/2021, de 28 de septiembre).

Un último apunte cabe realizar respecto a la edad elegida para configurar la aportación económica al Tesoro Público y, en consecuencia, respecto al colectivo que debe de ser el destinatario de las medidas de reinserción laboral (personas trabajadoras de 50 o más años). Si acudimos a la Ley 3/2023 de Empleo, al igual que a otras disposiciones ya citadas, esta contempla a los trabajadores de cuarenta y cinco años como un colectivo de atención prioritaria para la política de empleo, atendiendo a sus dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad (art. 50 LE), sobre todo cuando han perdido su empleo o estén en riesgo de perderlo y tienen a cargo menores de dieciséis años o mayores dependientes (art. 52 LE). De este modo, si se busca compensar con la D.A. 16ª Ley 27/2011 la vulnerabilidad social y en el empleo de los trabajadores maduros, sería coherente que se rebajara la edad, al menos de los potenciales beneficiarios de lo recaudado, a la cifra de 45 años. Con esta modificación podrían unificarse los esfuerzos para reinsertar al colectivo de trabajadores seniors en el mercado laboral; algo que debería de ser igualmente acompañado de un refuerzo normativo de la obligación empresarial de recolocación externa en caso de despido colectivo en cuanto a los trabajadores de 45 y más¹¹².

¹⁰⁸ La redacción originaria de la D.A. 16ª no establecía un porcentaje mínimo, ya que solo indicaba que, en su caso, las cuantías recaudadas podrían destinarse total o parcialmente a generar créditos para la financiación de políticas activas de empleo de los trabajadores de más edad.

¹⁰⁹ También es opinión de ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El deber empresarial...”, *op. cit.*, p. 86.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ DESBARATS, I. y ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Incentivos y medidas contractuales para el fomento del empleo de trabajadores maduros. Propuestas de mejora desde la experiencia francesa”, *IUSLabor*, N.º 3, 2016, pp. 18-22.

¹¹² En este sentido, MUROS POLO, A.: “El plan de recolocación externa en la recualificación y transición profesional”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 12, N.º 1, 2024, pp. 358-406.

5. Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La obligación de ingresar la aportación al Tesoro Público en caso de despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros”, en VV.AA. (GODINO REYES, M., Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- BARROS GARCÍA, M.: “La aportación económica al Tesoro por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º 49, 2018.
- BASCÓN MARÍN, J., “La política activa de empleo y los colectivos vulnerables en un contexto de escasez de oportunidades de empleo”, *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, Vol. 10, N.º 1, 2023.
- CABEZA PEREIRO, J.: “La aportación económica al Tesoro público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios”, *Justicia laboral: revista de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 50, 2012.
- CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M.B.: “Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Fundación HelpAge Internacional España, Madrid, 2022.
- CASTRO FRANCO, A.: “La aportación económica al Tesoro Público en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta o más años de edad. Problemas suscitados en la praxis”, *Lan Harremanak*, N.º 51, 2024.
- CASTRO MEDINA, R.: *Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales. La importancia de un cambio de paradigma*, Barcelona, Atelier, 2023.
- CEGARRA CERVANTES, F.: *La protección jurídica de las personas maduras en los despidos colectivos. Especial referencia a la aportación al Tesoro Público*, Aranzadi, Navarra, 2022.
- DEL REY GUANTER, S.: “Despido y protección de los trabajadores de mayor edad: sobre la disposición adicional decimosexta de la ley 27/2011, sus sucesivas modificaciones y la necesidad de su redefinición”, *IUSLabor*, N.º 3, 2014.
- “Aproximación crítica a la disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011: aportaciones económicas al Tesoro Público por discriminación por razón de edad en caso de despido colectivo”, en VV.AA., *El Estatuto de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Madrid, Tecnos, 2015.
- DESBARATS, I. y ESTEBAN LEGARRETA, R.: “Incentivos y medidas contractuales para el fomento del empleo de trabajadores maduros. Propuestas de mejora desde la experiencia francesa”, *IUSLabor*, N.º 3, 2016.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El deber empresarial de realizar aportaciones al tesoro público por el despido de trabajadores de cincuenta o más años mediando beneficios. Un análisis de datos y finalidades”, en AA.VV., *Finding Solutions for a Post-Crisis Society: 1st International Virtual SBRLab Conference*, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, 2015.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Medidas para fomentar el empleo y el autoempleo de los mayores de 45 años”, en AA.VV., *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

- FUNDACIÓN ADECCO: “16º INFORME #TUEADESUNTESORO”, disponible en: <https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2024/06/190624NDP-TUEADESUNTESORO-.pdf> (consultado el 15/07/2024).
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “Capítulo 9. La prejubilación”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. *et al.*, Dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo II*, Murcia, Laborum, 2017.
- *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones”, *e-Revista internacional de la protección social*, N.º 1, 2018.
- “Los trabajadores mayores como colectivo vulnerable: derecho al trabajo versus protección social”, en VV.AA., *40 Años de Propuestas Jurídicas sobre Empleo, Negociación Colectiva y Solución de Conflictos Laborales en Andalucía. XL jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2024.
- MALDONADO MOLINA, J.A., “La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 30, 2022.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 430, 2019.
- MERINO SEGOVIA, A., “Las discriminaciones más comunes de las personas mayores en el trabajo”, en AA.VV., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Fundación HelpAge Internacional España, Madrid, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “La reforma del derecho del empleo: notas sobre la ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo”, *Revista crítica de relaciones de trabajo. Laborum*, N.º 7, 2023.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., “Igualdad y no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores”, en AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L., Dirs.), *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º Extra 1, 2010.
- *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013.
- “La garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores maduros”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A., Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019.
- “Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación”, en VV.AA., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Laborum, Murcia, 2019.
- MONTES ADALID, G.M.: *La respuesta del Derecho Social a los desafíos del siglo XXI desde una perspectiva comparada (España e Italia). Empleo, envejecimiento y despoblación en la era digital*, Barcelona, Atelier, 2023.

- MUROS POLO, A.: *El despido colectivo en un contexto de transformación permanente*, Murcia, Laborum, 2024.
- “La prescripción de la aportación económica al Tesoro Público en caso de despido colectivo”, en VV.AA., *Derecho vivo de la Seguridad Social. VII Seminario Permanente de Estudio y Actualización URJC-AESSS 2023* (RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E., Dirs.), Murcia, Laborum, 2024.
 - “El plan de recolocación externa en la recualificación y transición profesional”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 12, N.º 1, 2024.
- OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES: *Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años. Estatal. Datos de 2022*, SEPE, 2023.
- *Informe del Mercado de Trabajo de los Mayores de 45 años. Estatal. Datos de 2023*, SEPE, 2024.
- OFICINA NACIONAL DE PROSPECTIVA Y ESTRATEGIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA (Coord.), *España 2050: Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional de Largo Plazo*, Ministerio de la Presidencia, 2021.
- OLARTE ENCABO, S.: “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, *Temas laborales*, N.º 138, 2017.
- ORDÓÑEZ CASADO, M.I.: “Los trabajadores maduros y las nuevas tecnologías. ¿Una causa de discriminación?”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, N.º 5, 2022.
- ORTEGA LOZANO, P.G., “Trabajadores maduros y su papel en la Sociedad 4.0”, en VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, Comares, Granada, 2023.
- ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: “Seguridad Social y despidos colectivos”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, (ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S., Dirs.), Granada, Comares, 2022.
- RUBIO RUBIO, L. y RUBIO HERRERA, R., “Envejecimiento activo: su significado y fundamento actual. Teorías y estereotipos sobre el envejecimiento”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019.
- SERRANO FALCÓN, C.: “Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura en la Industria 4.0”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019.
- SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: *Informe Anual 2022*.
- “Reclamación de cantidades a empresas con beneficios que han adoptado medidas colectivas de regulación de empleo afectando a trabajadores mayores de 50 años”, disponible en: https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/quienes_somos/pdf/2024/EREB-2024.pdf
- SOLÀ I MONELLS, X.: “La afectación prioritaria de los trabajadores de mayor edad en el despido colectivo”, *Anuario IET*, Vol. 3, 2016.

SUÁREZ CORUJO, B.: “Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico”, en VV.AA., *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.

SUBDIRECTOR GENERAL DE GESTIÓN FINANCIERA DEL SEPE (NOGUERALE WANDELMER, J.): “Webinar Aportaciones al Tesoro en despidos colectivos” en el canal de Youtube de *LHH España*, de fecha de 7 de mayo de 2021, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=Px6tlGQT684&list=WL&index=2&t=887s> (consultado el 15/07/2024)

VILLAR CAÑADA, I.M.: “Capítulo XIII. Expedientes de regulación de empleo, trabajadores de edad avanzada y principio de igualdad: la sentencia del Tribunal Constitucional 66/2015, de 13 de abril de 2015”, en VV.AA., *La protección por desempleo en España*, Murcia, Laborum, 2015.

DISCRIMINACIÓN EN EL TRATO A LAS PROFESIONALES COLEGIADAS POR CUENTA PROPIA INCORPORADAS EN MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL EN RELACIÓN CON LAS INCORPORADAS AL RETA EN MATERIA DE PROTECCIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR

M CARMEN LEGUA RODRIGO

Profesora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la UV. Letrada en ejercicio icav. Técnica Superior en prevención de riesgos laborales

1. Introducción

Los profesionales liberales que para el ejercicio de su profesión requerían de la incorporación a un colegio o asociación profesional se encontraban ante una situación particular, por cuanto el hecho de ser obligatorio la colegiación no podían optar, de manera individual, a solicitar darse de alta en el Régimen Especial del Trabajador Autónomo (RETA en adelante), frente a las personas que, de manera habitual y directa, sin precisar su colegiación, desempeñan una actividad por cuenta propia, tienen la obligación de solicitar su afiliación en el sistema de la seguridad social y el alta en el RETA.

En un principio, y de conformidad con el art. 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto¹, después de la reforma realizada por el Decreto 2504/1980, de 24 de octubre, no era de aplicación general la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de los profesionales colegiados o integrados en asociaciones profesionales porque, no era suficiente el hecho de trabajar por cuenta propia, era necesario que el colegio o asociación solicitara la incorporación al régimen especial de todos los colegiados por los órganos superiores que los representaran².

2. Evolución normativa

2.1. La obligatoriedad de incorporarse a un sindicato

Durante la dictadura franquista trabajadores, productores y empresarios estaban legalmente obligados a estar afiliados al sindicato vertical.

Siguiendo en la misma línea, el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, en el texto original, en el art. 3.1.a) exigía, junto a los requisitos objetivos³ y subjetivos⁴, otra formalidad, refiriéndose a la necesidad de que el trabajador estuviera integrado en la entidad sindical donde se encontrara encuadrada su actividad,. Lo decisivo es que la actividad desarrollada por el trabajador autónomo estuviera encuadrada sindicalmente⁵, porque si la actividad no estaba amparada de ninguna manera podría el trabajador quedar protegido.

La Ley Sindical, de 17 de febrero de 1971, establecía la condición de encuadrar sindicalmente a los colegios profesionales implicaba la imposibilidad de extender al RETA de numerosos profesionales, aquellos que el colegio no considerara oportuno constituirse en colegio sindical, motivo por lo que era exigido por doctrina destacada la supresión por vía legal de este requisito⁶.

La exigencia de sindicación obligatoria fue eliminada definitivamente por el RDL 31/1977, de 2 de junio⁷.

2.2. Real Decreto 2504/1980

Una vez eliminada la obligatoriedad de sindicación parecía allanar las expectativas, pero la adecuación a la normativa que regulaba el RETA se demoró hasta el Real Decreto 2504/1980⁸, de 24 de octubre, por el que se modifican los arts. 2º y 3º del Decreto 2530/1970⁹.

¹ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (Decreto que constituyó el RETA)

² Art. 3 Decreto 2530/1970 “No obstante lo dispuesto en los números anteriores, la inclusión obligatoria en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos de aquellos trabajadores de esta naturaleza que para el ejercicio de su actividad profesional necesiten, como requisito previo, integrarse en un Colegio o Asociación Profesional se llevará a cabo a solicitud de los Órganos superiores de representación de dichas Entidades y mediante Orden ministerial

³ Desarrollo de una actividad económica lucrativa no asalariada de forma habitual, personal y directa.

⁴ Residencia y nacionalidad española, edad mínima de 18 años.

⁵ LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Profesiones colegiadas y Seguridad Social: ¿ante el final de un desencuentro?, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. extra 2 (especial monográfico) Murcia 2016, págs. 162-163.

⁶ LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Profesiones colegiadas y Seguridad Social: ¿ante el final de un desencuentro?, *op. cit.*, pág. 164.

⁷ RD Ley 31/1977, de 2 de junio, sobre extinción de la sindicación obligatoria, reforma de estructuras sindicales y reconversión del Organismo autónomo “Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales”

⁸ Real Decreto 2504/1980, de 24 de octubre, por el que se modifican los arts. 2 y 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2000. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB 2000/152.

Pero el art. 3 del Decreto 2530/1970, tras la reforma del RD 2504/1980, requería dos condiciones para la incorporación al RETA¹⁰, por una parte, la solicitud por los Órganos de representación de colegios o asociaciones, solo si existía obligación de colegiarse o asociarse, y la efectiva incorporación mediante una Orden Ministerial¹¹.

El Tribunal Constitucional en Sentencia de 22 de noviembre de 1982¹² respalda esta posición establecida en la norma, en el fundamento jurídico cuarto establece que “el hecho de que exista una diferencia en el trato jurídico o en los regímenes jurídicos aplicables a una u otra persona no significa por sí solo violación del art. 14 de la Constitución, siempre que la diferencia que se introduce posea una justificación razonable, de acuerdo con el sistema de valores que la Constitución consagra”, y finaliza el fundamento quinto “de admitirse la inclusión individual se alteraría, fundamentalmente, la naturaleza del sistema de protección de la Seguridad Social y se alteraría el sistema de financiación y cobertura de riesgos”. Pero estos argumentos han sido superados por el legislador¹³ que al final regulo la integración individual.

Dado que la particularidad consistía en la exigencia de darse de alta en el colegio o asociación profesional correspondiente para poder realizar el ejercicio de su profesión, por tanto, era necesario tener en cuenta la definición de colegios profesionales, como “corporaciones de derecho público amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”¹⁴, se les reconocía competencias para organizarse, a nivel nacional, tanto institucionalmente como dando servicios de asistencia y previsión social, y siempre colaborando con la Administración con la finalidad de adjudicar a los profesionales colegiados el sistema de Seguridad Social más oportuno¹⁵.

En este aspecto, la gran mayoría de los colegios profesionales instituyeron sus propias mutualidades de previsión social de conformidad con la, ya derogada, Ley de Mutualidades de

¹⁰ LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El régimen de opción de las profesiones colegiadas: un sistema obsoleto y contrario al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres” en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191/2016. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB 2016/80421

¹¹ Así se integraron al Régimen de Trabajador Autónomo los siguientes colectivos: a) economistas (Orden 17/07/1981); b) odontólogos y estomatólogos (Orden 25/09/1981); c) veterinarios (Orden 03/10/1981); d) agentes y comisionistas de aduanas (Orden 07/10/1981); e) agentes de la propiedad industrial (Orden 20/10/1981); f) titulados mercantiles (Orden 18/12/1981); g) ingenieros técnicos, facultativos y peritos de minas (Orden 01/04/1982); h) censores jurados de cuentas (Orden 13/04/1982); i) diplomados en trabajo social y asistentes sociales (Orden 29/07/1987); j) doctores y licenciados en Ciencias Políticas y Sociología (Orden 24/10/1988); Vid: PANIZO ROBLES, J.A.: “El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF núm. 190, enero 1999.

¹² La STC de 22 de noviembre de 1982 (recurso núm. 87/1982), D^a Carmen impugnaba la STCT donde se le denegaba la afiliación al RETA. D^a Carmen ejercía la medicina por cuenta propia, por lo que pidió la afiliación a la Mutualidad Laboral de Trabajo Autónomo de Valencia, siendo rechazada la petición por la Mutualidad por considerar que la actividad profesional de los médicos se encuentra excluida del campo de afiliación del Mutualismo Laboral de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos. La Magistratura de Trabajo de Valencia considera que la actora si tiene la condición de trabajador autónomo porque reúne los requisitos del art. 2 del Decreto 2530/1970. Contra la sentencia de la Magistratura interpuso recurso ante TCT la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos, admitiendo el recurso estableciendo que, el tema ya había sido resuelto en relación con médicos y otras profesiones, como abogados, indicando que la incorporación al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos no se ha concebido nunca como una iniciativa individual sino que ha de haber venido precedida por la integración del colectivo. D^a Carmen interpone recurso de amparo ante el TC por considerar que se ha violado el principio de igualdad del art. 14 Constitución Española, el art. 25 de CE por privarle del derecho a la afiliación y violación art. 28.1 CE donde queda prohibido la obligación de afiliarse a un sindicato. El Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado, al considerar que es preciso el carácter obligatorio de la colegiación.

¹³ ARADILLA MARQUÉS, M.J.: “El trabajo por cuenta propia del Abogado: cuestiones de encuadramiento en la Seguridad Social”, en AA.VV. (Coordinador BASCO PELLICER, A.): *El trabajo profesional de los abogados*. Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 139.

¹⁴ Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, arts. 1 y 9.1.1).

¹⁵ ARADILLA MARQUÉS, M.J.: “Un nuevo diseño para las Mutualidades alternativas al RETA” en *Aranzadi Social*, núm. 10 febrero 2012. BIB 2012/133

Previsión Social de 1941, de 6 de diciembre¹⁶ y por el Reglamento sobre régimen de Mutualidades y Montepíos¹⁷. Varias Mutualidades de Previsión Social se establecían como afiliación obligatoria para los colegiados que ejerciesen su actividad, en este supuesto se encontraban los profesionales dedicados al ejercicio de la abogacía¹⁸, donde la mutualidad previsión social era la General de la Abogacía, obligatoria para los profesionales que ejercieran la profesión.

El legislador fue muy respetuoso con los colegios profesionales que ya contaban con sus propias Mutualidades de Previsión Social¹⁹, respetando la gestión y la regulación de las propias instituciones colegiales. De hecho, eran los órganos superiores de colegios o asociaciones profesionales quienes debían solicitar la inclusión en el RETA..

El legislador acabo regulando la posible integración²⁰ de manera individual de los trabajadores profesionales que ejercían el trabajo por cuenta propia y además era obligatorio colegiarse.

Ciertas Mutualidades de Previsión Social se habían configurado como obligatorias para aquellos colegiados que realizasen su actividad por cuenta propia²¹, aunque la Ley 33/1984²², de 2 de agosto de Ordenación del Seguro Privado²³, constituía a las Mutualidades de Previsión Social como de incorporación voluntaria, sin embargo no alteraba el modelo de aseguramiento de aquellas Mutualidades que pertenecían a grupos de profesionales que no estuvieran integrados en la Seguridad Social, esta norma se complementa con el Reglamento de Entidades de Previsión Social²⁴. Además de contar con el respaldo normativo la obligación de incorporarse a la mutualidad de previsión social también lo respalda la doctrina judicial, el Tribunal Constitucional²⁵ encomienda la legitimidad del carácter obligatorio de la integración obligatoria en la Entidad de Previsión Social porque la entidad de referencia actúa cumpliendo objetivos constitucionales que se imponen a los poderes públicos²⁶.

Por otra parte, el hecho de que la Ley 33/1984 implicara un cambio importante en el régimen jurídico de las mutualidades de previsión social no conllevaba que adquirieran la condición

¹⁶ Desarrollada por el Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por Decreto de 2 de mayo de 1943.

¹⁷ Decreto de 26 de mayo de 1943.

¹⁸ PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R; PANIZO ROBLES, J.A.: “Si has causado pensión en el Régimen Especial de Autónomos como abogado no puedes seguir ejerciendo la actividad profesional, aunque te incorpores a la Mutualidad General de la Abogacía” en *Aranzadi Digital*, núm. 1, 2016, S.A.Ú. Cizur Menor, 2016. BIB 2016/2526

¹⁹ La Mutualidad de los Abogados de España inicio su andadura en 1948, el 9 de diciembre se aprueban los Estatutos de la Mutualidad: una entidad sin ánimo de lucro que nació con vocación de servicio y como única entidad de previsión obligatoria para abogados y abogadas, pero su cobertura solo era en caso de fallecimiento, invalidez y viudedad, a partir del 19 de julio de 1951 se llamó Mutualidad General de la Abogacía de España. En 1971 se extiende la cobertura, incluyendo la jubilación bajo un sistema de reparto o solidaridad intergeneracional. Nace el primer Plan Profesional para profesionales del derecho, origen del Plan Universal de Derecho.

²⁰ ARADILLA MARQUÉS, M.J.: “El trabajo por cuenta propia del Abogado”, *op. cit.*, pág. 139.

²¹ PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R; PANIZO ROBLES, J.A.: “Si has causado pensión en el Régimen Especial de Autónomos como abogado no puedes seguir ejerciendo la actividad profesional, aunque te incorpores a la Mutualidad General de la Abogacía” *op. cit.*

²² Esta Ley deroga la Ley de 6 de diciembre de 1941.

²³ La ley 33/1984 implico la integración de las Mutualidades de Previsión Social en el ámbito del seguro privado.

²⁴ RD 2615/1985, de 4 de diciembre, que en el art. 1.2 establece: “El carácter voluntario de las Entidades de Previsión Social a que se refiere el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las formas de previsión complementaria que pudieran establecerse con carácter obligatorio a través de la negociación colectiva o de actos de autonomía corporativa de grupos profesionales”.

²⁵ STC 244/1991, de 16 de diciembre, se cuestionaba si era forzosa la pertenencia a la Asociación Mutuo-benéfica de la policía nacional. En el mismo sentido STS 15 de julio 1988; STS de 18 de julio 1992, respecto de la Mutualidad de los Procuradores; STSJ Cataluña 7290/1992, de diciembre en relación al abogado que solicita la incorporación al RETA estableciendo “una función corporativa primordial, cual es la de organizar, en interés de los colegiados, los pertinentes servicios comunes de carácter asistencial o de previsión”

²⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía”, *op. cit.*

de sustitutorias de la Seguridad Social porque seguían manteniendo sus peculiaridades²⁷. La doctrina judicial también seguía este criterio, en relación al ejercicio de la abogacía afirmaba que el ejercicio libre no está amparado por el sistema de la Seguridad Social²⁸; o que las relaciones que rigen los asociados con las Mutuas quedan fuera del marco de los sistemas de previsión de la Seguridad Social²⁹.

2.3. La determinante Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados y las concreciones realizadas por Ley 50/1998, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social

La posible afiliación de los profesionales liberales³⁰ por cuenta propia en el RETA se produjo mediante la Ley 30/1995, (en adelante LOSSP), esta ley incorporo una nueva regulación para las Mutualidades de Previsión Social³¹, porque implicaba que los colegiados pudieran adquirir de manera voluntaria la condición de mutualista, ya no era obligatorio adquirirla junto a la colegiación. Se regula con carácter individual de cada profesional.

Es importante destacar que la Ley 30/1995 abandono, por fin, el criterio de opción colegial, donde la solicitud debían realizarla los órganos representativos del colegio, por el RETA en beneficio de una elección individual³², de manera que era cada profesional colegiado quien libremente elige el medio de protección social que le interese, la Ley incorpora la posibilidad de elegir, entre el RETA o la mutualidad, y esta posibilidad es a nivel individual, no los órganos del colegio.

Las personas que ejercen una actividad por cuenta propia, de forma habitual y directa, están obligadas a darse de alta en el RETA, pero los profesionales que para ejercer su actividad profesional deben de estar colegiados en un colegio o a una asociación profesional se encuentran en una situación particular³³, porque aunque se establece la obligación de afiliarse a la Seguridad Social, pero se cumple, bien dándose de alta en el RETA o bien incorporándose a la mutualidad del colegio profesional, y a efectos de la Seguridad Social la mutualidad adquiere naturaleza de entidad alternativa³⁴. Se puede elegir entre darse de alta en el RETA o en la mutualidad de previsión social, si optara por el RETA también puede incorporarse de manera simultánea en la Mutualidad, pasando esta a tener un carácter complementario.

²⁷ El art. 16 de la Ley 33/1984 establecía: Las Mutualidades de Previsión Social son entidades privadas, que operan a prima fija o variable, sin ánimo de lucro, fuera del marco de los sistemas de previsión que constituyen la Seguridad Social obligatoria, y ejercen una modalidad aseguradora de carácter fortuito y previsible, mediante aportaciones directas de sus asociados o de otras entidades o personas protectoras.

Y el RD 2615/ 1985 Reglamento de Entidades de Previsión Social en el art. 1 establece que las Mutualidades de Previsión Social actúan fuera del marco de los sistemas de previsión que constituyen la Seguridad Social obligatoria; el art. 4.1 del Reglamento destaca que la relación entre la Entidad de Previsión Social y cada asociado se regirá por sus propios Estatutos.

²⁸ STSJ CATALUÑA NÚM. 7290/1992 de 3 de diciembre las mutuas de los colegios profesionales no tienen carácter de servicio público de la Seguridad Social.

²⁹ STSJ País Vasco de 30 de diciembre de 1992.

³⁰ Profesiones que para su ejercicio sea necesario incorporarse a un colegio o a una asociación. El art. 36 Constitución Española describe los aspectos básicos de estos profesionales: "La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos".

³¹ ARADILLA MARQUÉS, M.J.: "Un nuevo diseño para las Mutualidades alternativas al RETA" *op. cit.*

³² SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía", *op. cit.*

³³ PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R; PANIZO ROBLES, J.A.: "Si has causado pensión en el Régimen Especial de Autónomos como abogado no puedes seguir ejerciendo la actividad profesional, aunque te incorpores a la Mutualidad General de la Abogacía" *op. cit.*

³⁴ Hay que distinguir las Mutualidades alternativas de las Mutualidades sustitutorias, estas daban cobertura pública de Seguridad Social a determinados colectivos de trabajadores por cuenta ajena.

La LOSSP, en concreto la disposición adicional decimoquinta implicó una importante modificación en relación al encuadramiento de los profesionales colegiados³⁵, dado que junto a la obligación de afiliarse al RETA establece una peculiaridad en relación a los colegiados pertenecientes a un Colegio Profesional que hubiera constituido una mutualidad de previsión social³⁶, según RD 2615/1985, para cubrir a los asociados, si se cumplía esta premisa los colegiados podrían elegir entre incorporarse al RETA o a la mutualidad, siempre y cuando la Mutua adaptase sus Estatutos a las normas que exigía la disposición transitoria quinta de LOSSP, que establecía un periodo de cinco años, finalizando el 10 de noviembre de 2000³⁷.

2.3.1. Instrucciones de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) de Ley 30/1995 tras la reforma por Ley 50/1998

Se tuvieron que dictar instrucciones por TGSS para la aplicación de las disposiciones en materia de seguridad social establecidas en la LOSSP, la Resolución de 26 de febrero de 1996³⁸ intentó resolver los problemas aplicativos, partiendo de que el art. 3 del Decreto 2530/1970 había sido solo modificado³⁹, por consiguiente si los profesionales incorporados antes de 10 de noviembre de 1995 a un colegio profesional donde el colectivo no hubiera sido integrado en el RETA y no contara con una mutualidad de previsión social, en virtud de esta disposición quedarán fuera del Sistema, y el encuadramiento solo podrá realizarse por la vía prevista del art. 3, (la inclusión en el RETA se llevara a cabo por los órganos superiores de representación del colegio y por Orden Ministerial).

La disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995 regulaba el encuadramiento en la Seguridad Social de los profesionales que ejercían por cuenta propia su profesión y para realizarlo debían colegiarse en el correspondiente colegio profesional, para darse de alta en RETA ya podían realizarlo de manera individual sin necesidad de que medie la solicitud por los órganos representativos del colegio. Esta norma tiene algunas excepciones⁴⁰ y matizaciones que se realizaron por la Ley 50/1998, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social en el art. 33, estas medidas se incorporan a la disposición adicional decimoquinta de Ley 30/1995.

La disposición derogatoria de RD Legislativo 6/2004⁴¹, establece que quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en la misma, en concreto se deroga la Ley 30/1995 excepto, entre otras disposiciones, la disposición adicional decimoquinta.

La Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación y Supervisión de Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras deroga el RDL 6/2004 pero se mantiene en vigor la disposición

³⁵ Vid. BLASCO LAHOZ, J.F.: "Campo de aplicación del régimen especial de Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos en relación con los colegiados profesionales. (A propósito de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados", en *Actualidad Laboral* núm. 3 1996, págs.935-932.

³⁶ PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R; PANIZO ROBLES, J.A.: "Si has causado pensión en el Régimen Especial de Autónomos como abogado no puedes seguir ejerciendo la actividad profesional, aunque te incorpores a la Mutualidad General de la Abogacía" *op. cit.*

³⁷ La Mutualidad General de la Abogacía realizó la adaptación de los Estatutos a las exigencias de LOSSP el 1 de julio de 1996, no agotó los plazos máximos.

³⁸ De la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.

³⁹ LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "El régimen de opción de las profesiones colegiadas: un sistema obsoleto y contrario al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres", *op. cit.*, pág.15-16.

⁴⁰ ARADILLA MARQUÉS, M.J.: "El trabajo por cuenta propia del Abogado", *op. cit.*, pág. 14.

⁴¹ De 29 de octubre por el que se aprueba texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Regímenes Privados.

adicional decimoquinta de la Ley 30/1995 LOSSP. En la actualidad, se encuentra en la disposición adicional decimoctava de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS)⁴².

Por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS), en circular núm. 3-016, de 7 de mayo de 1999, se establecieron instrucciones⁴³ para dar respuestas a las posibles dudas que pudieran surgir⁴⁴, como todas las mutualidades no tienen el carácter de alternativas, la Ley 30/1995 solo atribuía esta cualidad a las constituidas con carácter obligatorio antes de 10 de noviembre de 1995, la TGSS en informe de consulta 147/1999, de 21 de octubre, matizando los requisitos y la instrucción cuarta de la Circular núm. 3-016, de 7 de mayo de 1999⁴⁵ se clasifican: mutualidades obligatorias a 10 de noviembre de 1995 que tienen carácter alternativo⁴⁶; y mutualidades obligatorias a 10 de noviembre de 1995 que no son alternativas⁴⁷.

Los trabajadores que hubieran iniciado su actividad profesional antes de 10 de noviembre de 1995 y que pertenecían a un colegio profesional sin mutualidad alternativa, estos trabajadores si podían acreditar mediante cualquier medio de prueba⁴⁸ admitido en derecho, no estaban obligados a solicitar su alta en RETA. Esta exención, prevista en la ley 30/1995 en la disposición adicional decimoquinta apartado 2º primer apartado, se reconocía, aunque haya interrupciones del ejercicio de la actividad y reinicios posteriores de la misma.

Los profesionales que se encontraban en esta situación pudieron durante todo el año 1999 solicitar el alta en RETA por una sola vez.

Los trabajadores que hubieran iniciado su actividad profesional antes del 10 de noviembre de 1995 pertenecientes a un colegio profesional con mutualidad alternativa, se les denegaba la solicitud de alta en RETA si la mutua no tuviera sus Estatutos adaptados a la Ley 30/1995⁴⁹, por

⁴² RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS.

⁴³ LÓPEZ ANIORTE, M.C.: "El régimen de opción de las profesiones colegiadas: un sistema obsoleto y contrario al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres", *op. cit.*, págs. 16-20.

⁴⁴ En atención a la fecha de colegiación, si es anterior o posterior al 10-11-1995, la existencia o no de mutualidad en el colegio, si existe o no una expresa integración previa del colectivo al RETA.

⁴⁵ En la instrucción cuarta establece las Mutualidades de Previsión Social que tiene la consideración de alternativas a efectos de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, según redacción dada por Ley 50/1998, la Dirección General de Ordenación de Seguros remitió a la TGSS las mutualidades consideradas alternativas al encuadramiento obligatorio en el RETA

⁴⁶ La Dirección General de Ordenación Seguros remitió a la TGSS la relación de mutualidades de previsión social consideradas alternativas al RETA:), Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores, Previsión Mutua Aparejadores y Arquitectos Técnicos, Mutualidad de Previsión Social de Procuradores de los Tribunales de España, Mutualidad de Gestores Administrativos, Mutualidad Peritos e Ingenieros técnicos Industriales, Mutualidad de la Abogacía, Mutualidad General de Previsión Social de los Químicos españoles.

En la Instrucción cuarta, apartado 4.1 epígrafe H) señala la Mutualidades de ámbito territorial distinto al Estatal, estableciendo Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social las Mutualidades de Previsión Social sobre las que el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma expida la certificación acreditativa, Alter Mutua (abogacía Barcelona) Asociación Mutualista Ingeniería Civil, Mutual Médica, Mutua de Ingenieros Industriales.

Las Mutualidades vinculadas a colegios territoriales, que tengan previsto su ámbito de cobertura a una determinada Comunidad Autónoma, reconocidas como alternativas al RETA, podrán de manera indirecta extender su cobertura a profesionales que manteniendo su colegiación originaria, pasen a ejercer su actividad profesional por cuenta propia a otra Comunidad Autónoma, tanto en este caso como en el supuesto que profesional que ejerce su actividad en una Comunidad pero se inscribe en un colegio de otra Comunidad que tiene establecida una Mutualidad alternativa se acepta la afiliación alternativa a la Mutualidad quedara el profesional exonerado de alta en RETA.

⁴⁷ La instrucción 4.2 establece las mutualidades obligatorias no alternativas: Mutualidad de Cuerpo de Corredores de Comercio Colegiados, la Dirección General de Ordenación entiende que no debe ser alternativa por cuanto los corredores de comercio a pesar de sus peculiaridades constituyen una categoría especial de funcionarios, figura aproximada a los notarios; Mutualidad de previsión social fondo de asistencia mutua del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, porque esta mutualidad se limita a la prestación económica a la prestación denominada subsidio por fallecimiento, si bien cumple el requisito de obligatoriedad la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

⁴⁸ Impuesto de Actividades Económicas, licencia Fiscal de Actividades Profesionales o cualquier otro medio.

⁴⁹ El art. 64 de la Ley 30/1995 establecía en el aparta 3 los requisitos que deberían cumplir las mutualidades de previsión social.

tanto, cuando se produjera la adaptación se abría la opción para el profesional colegiado entre solicitar el alta en RETA o mantenerse en la mutualidad. La TGSS cuando se producía alguna adaptación de los Estatutos concedía un plazo para que los trabajadores afectados solicitaran el alta con efectos desde el día primero del mes en que se haya producido la adaptación.

3. Opción entre RETA y Mutualidad: STS de 25 de enero 2000

Antes de la LOSSP los profesionales que ejercieran una actividad por cuenta propia a título lucrativo y, además, era necesario estar colegiado en un Colegio o Asociación Profesional no podían acceder al RETA⁵⁰, era obligatorio adscribirse en las mutualidades de previsión social establecidas en los diferentes colegios.

A partir de la LOSSP, aparece la cuestión entre la disyuntiva si la inclusión en la mutualidad alternativa al RETA no permitía la inclusión en RETA, porque para poder darse de alta en el Régimen Especial había que causar baja en la mutualidad⁵¹, excluía el alta en ambos conjuntamente⁵², o por el contrario era posible la doble incorporación, en el RETA y, asimismo, en la mutualidad colegial, actuando complementariamente.

En un principio se interpretaba que el profesional colegiado debería acceder a la protección social solo mediante una de las dos opciones⁵³, pero dado que el RETA y la mutualidad tienen peculiaridades diferentes nada debería impedir que pudieran superponerse.

Esta cuestión es solucionada, si bien el supuesto se plantea sobre el ejercicio de un abogado⁵⁴, por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de enero de 2000⁵⁵, porque la opción establecida en la LOSSP⁵⁶ no viene configurada como obligatoria a elegir entre afiliación al RETA o a la mutualidad, sino como una opción voluntaria entre uno o la otra, pero además no implica la prohibición de permanencia en ambas⁵⁷.

⁵⁰ STS núm. 68 de 22-11-1982; STSJ Cataluña núm. 7290 de 3 de diciembre de 1992; STSJ Castilla- la Mancha de 22 de septiembre 1995 (recurso núm. 7290/1995).

⁵¹ PANIZO ROBLES, J.A.: “De nuevo sobre Seguridad Social y profesionales colegiados (a propósito de la STS de 25 de enero de 2000)” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 35, 2000.

⁵² De conformidad con las tesis de la Administración, estaba prohibida la inclusión múltiple obligatoria, a tenor del art. 8 de la LGSS, las personas comprendidas en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social no pueden estar incluidas, por el mismo trabajo, con carácter obligatorio, en otros regímenes de previsión distintos de los que integran dicho sistema.

⁵³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía”, *op. cit.*

⁵⁴ Pero se puede extender a todas las mutualidades de conformidad con LOSSP, que antes de la entrada en vigor de dicha Ley se configuraran de incorporación obligatoria y que se hubieran adaptado a la disposición transitoria quinta 3 LOSSP.

⁵⁵ Recurso núm. 1317/1999, el supuesto planteado se refiere a un abogado en ejercicio que solicita alta en RETA, que en principio es admitida por la TGSS, pero después se le requiere para que aporte acreditación de baja en la mutualidad de la abogacía, como no se le aporta la TGSS reclama judicialmente la revisión del acto declarativo de derecho del alta que se había practicado.

El Juzgado de lo Social da la razón a la Tesorería y revoca la resolución de alta en RETA, tras interposición de recurso suplicación por interesado la STSJ de Castilla y León revoca la sentencia de instancia declarando el derecho del interesado a solicitar el alta en RETA y permanecer al mismo tiempo incorporado en la mutualidad abogacía.

La Administración interpone recurso de casación para unificación de doctrina, aportando sentencia de contraste la STSJ del mismo tribunal de 7 de octubre de 1997, donde se resuelve en sentido de desestimar la posibilidad de que un arquitecto técnico afiliado a la correspondiente mutualidad pudiera simultanear el alta en RETA y permanecer en mutualidad.

⁵⁶ Cuando es un profesional colegiado que, en el ejercicio de su actividad, la realiza mediante la constitución de una sociedad donde el colegiado posea el control efectivo, las normas que procede aplicar son las relativas al profesional colegiado, tiene prioridad la condición de colegiado frente a la de socio o administrador societario. Si la actividad de la sociedad es coincidente con la del profesional colegiado, donde no se puede separar la actividad de organización y administración del ejercicio profesional, tiene prioridad la condición de profesional sobre la del administrador o socio, por tanto procede la inclusión en el RETA o en la mutualidad, si esta es alternativa, en cuanto a profesional colegiado

⁵⁷ En el mismo sentido STS Sala contencioso Administrativo Sección 3ª de 22 de junio de 2004 (recurso núm. 52/2003); STSJ Castilla y León, Valladolid, de 24 de abril de 2002 (recurso núm. 742/2002); STSJ de Comunidad Valenciana de 8 de junio de 2000 (recurso núm. 140/1997).

Para el Tribunal Supremo la LOSSP incorpora la posibilidad de pertenecer al RETA o a la mutualidad⁵⁸, “pero es una opción vinculada a la obligatoriedad de figurar necesariamente incorporados en uno u otro Régimen, sin que en ningún momento se haya dispuesto prohibición alguna de permanecer en ambos como la Tesorería sostiene”, el ordenamiento jurídico se conforma con la incorporación a una mutualidad si el interesado ha optado por ello en vez de por el RETA, sin embargo no establece prohibición ni incompatibilidad entre ambas como de la simple literalidad del precepto pudiera desprenderse.

La Sentencia destaca importantes afirmaciones:

- a) la ley impone la obligación de alta en el RETA pero acepta como sustitutoria la incorporación a la mutualidad.
- b) la LOSSP y la Ley 50/1998 van dirigidas a obtener que los trabajadores autónomos con colegiación obligatoria puedan afiliarse o darse de alta por su cuenta, sin la necesaria intervención de los órganos directivos de los colegios.
- c) la LOSSP establece la necesidad de cubrir unos mínimos, siendo suficiente con la incorporación a la mutualidad cuando el interesado ha optado ‘por ello.
- d) “el art. 64 LOSSP atribuye a las mutualidades una modalidad aseguradora de carácter voluntario que es complementario al sistema previsto en la Seguridad Social obligatoria que, salvo disposición expresa que no existe, debe mantenerse, lo que no se respetaría si aceptáramos que la incorporación a la mutualidad sustituye a todos los efectos, haciéndola imposible, la afiliación al Régimen de Autónomos”.

De conformidad con la sentencia comentada⁵⁹, la mutualidad de previsión de la abogacía se presenta como alternativa al RETA, pero de ningún modo significa que se considere a la mutualidad como un Régimen “sui generis” de la Seguridad Social⁶⁰ o como una manera de articular las prestaciones del RETA, por este motivo no actúa la prohibición de inclusión múltiple que nuestras normas en materia de Seguridad Social. Por ello, si el profesional en ejercicio quiere puede afiliarse al RETA y pertenecer a la mutualidad, pero no podría si la mutualidad tuviera una naturaleza jurídica similar a la del RETA.

En consecuencia, si el profesional por cuenta propia optara por afiliarse o darse de alta en RETA y al mismo tiempo continuar incorporado en la mutualidad, en estos casos la mutualidad⁶¹ no tiene la naturaleza de alternativa al RETA pero adquiere carácter complementario a los dispositivos de protección ofrecidos por el Régimen Especial.

4. Consecuencias del régimen de opción entre RETA y Mutualidad para prestaciones y permiso nacimiento y cuidado del menor

De conformidad con la disposición adicional quinta de la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajador Autónomo (en adelante LETA), de 11 de julio, donde se establece que las normas sobre cobertura de la seguridad social de los trabajadores autónomos incluidos en esta ley no serán de aplicación a los trabajadores autónomos o por cuenta propia en los términos establecidos en la

⁵⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía”, *op. cit.*

⁵⁹ Que se refiere a la actividad profesional de un abogado, pero se extiende a todos los profesionales que ejerzan su actividad y necesiten colegiarse en para realizarla.

⁶⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía”, *op. cit.*

⁶¹ PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R; PANIZO ROBLES, J.A.: “Si has causado pensión en el Régimen Especial de Autónomos como abogado no puedes seguir ejerciendo la actividad profesional, aunque te incorpores a la Mutualidad General de la Abogacía” *op. cit.*

disposición adicional decimoquinta de la LOSSP, hoy la disposición decimoctava de la LGSS, que hubieran optado u opten en el futuro por adscribirse a la mutualidad de previsión social constituida en el colegio profesional al que pertenezca y que actúa como alternativa al RETA.

El régimen de los trabajadores autónomos en materia de seguridad social, normalmente, ha ido por detrás del trato recibido por los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General⁶².

4.1. La nueva perspectiva tras Ley 27/2011, la disposición adicional cuadragésima sexta

La disposición adicional 46ª de la Ley 27/2011⁶³ indica lo que deben ofrecer las mutualidades alternativas, en virtud de lo establecido en la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, a sus afiliados a partir del 1 de enero de 2013 un nivel mínimo de cobertura en relación a las contingencias cubiertas⁶⁴, y entre estas coberturas y dentro de la incapacidad temporal se encuentran la maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo. La norma no menciona el riesgo durante la lactancia ni el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, por lo que se deduce que no existe plena equitación con el sistema de la seguridad social.

5. La precaria protección de la maternidad y paternidad en las mutuas previsión social

Como se ha descrito y analizado en páginas anteriores, en el sistema de seguridad social establecido en la Ley 1966⁶⁵ no estaban incluidos los profesionales que ejercían su profesión libremente cuando era necesario incorporarse a un colegio profesional, por lo que para obtener una protección social se incorporaban a la mutualidad alternativa correspondiente, en el caso que el colegio profesional la tuviera.

A partir de la LOSSP comienza una etapa donde el profesional por cuenta propia puede optar entre afiliarse al RETA o a la mutualidad alternativa.

5.1. Cuando la madre en el ejercicio libre de su profesión está afiliada al RETA y su posible cesión al padre de la prestación

En principio se negaba la posibilidad de ceder al padre en todos los casos cuando la madre, en el ejercicio de su profesión liberal por cuenta propia, estuviera afiliada al RETA. En el caso concreto de la registradora de la propiedad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2000⁶⁶ avala esta posición dado que en su estatuto profesional⁶⁷ no se prevé la posibilidad del disfrute compartido de la licencia por el marido de la titular, porque “el art. 549.g) concede a las Registradoras, en los supuestos de embarazo y maternidad del derecho de licencia especial por un plazo de dos meses, que es notoriamente inferior al reconocido por el Estatuto de los Trabajadores a las mujeres trabajadoras”, por tanto “la situación que se contempla cuenta con normativa específica, y estando la titular del derecho a licencia al margen de las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores, sin que se haya previsto la posibilidad en dicho régimen especial el disfrute compartido de la licencia por el marido de la titular, no es posible acceder a lo pedido en la demanda”.

⁶² FERNÁNDEZ ORRICO, F.: “Los autónomos siguen abriendo brecha en la forma de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 203/2017, Thomson Reuters ProView.

⁶³ De 1 de agosto, sobre la actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

⁶⁴ LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El régimen de opción de las profesiones colegiadas: un sistema obsoleto y contrario al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, *op. cit.*, p. 30

⁶⁵ Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero la Ley 193/1966, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

⁶⁶ Recurso núm. 1479/2000.

⁶⁷ El Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, en el art. 549.g) c.

Esta sentencia generó, de manera errónea, resoluciones similares al considerar⁶⁸ que si se negaba a las registradoras de la propiedad era correcto opinar lo mismo de abogadas, médicos, procuradoras, que estuvieran afiliadas a las mutualidades alternativas porque la mutualidad no cubría la maternidad⁶⁹, en este sentido la STS de 20 de noviembre de 2001⁷⁰, basándose esta sentencia en la fundamentación general de que la madre ejerce una profesión liberal, pero olvida lo fundamental en cuanto que no está afiliada al RETA, porque en este caso sí que tendría derecho a la maternidad y por tanto podría cederla al padre. Estas trabajadoras por cuenta propia⁷¹, al no estar incorporadas a ningún régimen especial de la seguridad social no se les podía aplicar la disposición adicional undécima bis de la LGSS de 1994⁷², hoy art. 318 a) LGSS⁷³.

Posteriormente la Sentencia de Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002⁷⁴ sigue el mismo criterio al aplicar la misma doctrina en esos momentos, al plantear si la madre afiliada al RETA, que ha dado a luz, pueda optar y parte del periodo de descanso por maternidad lo disfrute el padre, trabajador por cuenta ajena afiliado al RGSS, y concluir equivocadamente que ni el art. 48.2 ET ni las prestaciones por maternidad otorgadas en LGSS permitían a la mujer trabajadora por cuenta propia pueda gozar del permiso por maternidad, “presupuesto primero para que el padre pueda disfrutar de parte del mismo por opción, en este sentido, de la madre. Criterio concordante con la sentencia de esta Sala de 28 de diciembre de 2000”.

Pero de conformidad con doctrina destacada⁷⁵, esta solución es bastante desproporcionada, dado que las entidades gestoras parece que no se han opuesto a la cesión al padre de parte de permiso de maternidad cuando se trata de profesionales liberales (abogadas) que están afiliadas al RETA, solo se oponen cuando están afiliadas a la mutualidad⁷⁶, y en la Sentencia de 18 de marzo de 2002 la cuestión se plantea entre Telefónica de España⁷⁷ y el padre, trabajador por cuenta ajena de esta empresa.

Pero, el Tribunal Supremo comienza a ceder con la Sentencia de 28 de febrero de 2006⁷⁸, en este caso el Tribunal condena a la empresa, Telefónica de España, a indemnizar al padre por denegarle el descanso por maternidad cedido por la madre abogada que esta afiliada al RETA, la empresa recurre en unificación alegando de contraste la Sentencia del Tribunal Supremo de 18

⁶⁸ LOUSANA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: “La protección de la maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre” en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Estudios doctrinales*. Laborum, núm. 17 (4º Trimestre 2018) p.144

⁶⁹ El RD 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, cambio las prestaciones, maternidad y paternidad se unifican en una única prestación denominada nacimiento y cuidado del menor.

⁷⁰ Recurso núm. 201/2001. En el mismo sentido STSJ Castilla-León, Valladolid, de 17 de abril de 2001 (recurso núm. 297/2001) madre procuradora de los Tribunales incluida en mutualidad alternativa; STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2006 (recurso núm. 5311/2005) madre médica afiliada a Mutualidad médica.

⁷¹ LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El régimen de opción de las profesiones colegiadas: un sistema obsoleto y contrario al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, *op. cit.*, pág. 26.

⁷² RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio.

⁷³ RD Legislativo 30/2015 de 30 de octubre.

⁷⁴ Recurso núm. 1042/2001.

⁷⁵ LOUSANA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: “La protección de la maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre” *op. cit.*, p. 145.

⁷⁶ Mutualidad General de la Abogacía, Mutua Médica, Mutualidad de Previsión de Procuradores, o cualquier colectivo en idénticas situaciones.

⁷⁷ Telefónica de España es parte en muchos casos donde se planteaba madre abogada afiliada al RETA. STSJ Galicia 19 de junio de 1999; STSJ Murcia de 30 de septiembre de 2002 (recurso núm. 757/2002), “el demandante solicita a la empresa Telefónica de España permiso de paternidad por cesión del derecho de su esposa pero la empresa se opone en base a la condición de trabajadora autónoma de la esposa”. La normativa vigente en el momento establecían que el padre solo podía disfrutar del permiso de maternidad si la madre esta vinculada por un contrato laboral, no siendo suficiente con tener una actividad laboral por cuenta propia.

⁷⁸ Recurso núm. 1232/2005.

de marzo de 2002, rechazándose la contradicción, no prospera porque la sentencia recurrida se argumentaba en el RD 1251/2001⁷⁹ y esta norma no era de aplicación a la STS de 18 de marzo de 2002, por lo que viene a reconocer de manera genérica el derecho a la maternidad de las trabajadoras autónomas.

La Ley de igualdad⁸⁰, con la finalidad de ofrecer un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares, añadió un nuevo párrafo, el tercero, al art. 48.4 del ET, ratificando el disfrute paterno por cesión de la madre.

5.1.1. Comparación de prestación maternidad de profesionales incorporadas al RETA y prestación maternidad en RGSS

Las profesionales incorporadas al RETA tienen una serie de privilegios en relación a las que están afiliadas a la mutualidad alternativa, de conformidad con el art. 318.a) de la LGSS se aplicara a este régimen especial en materia de maternidad y paternidad, lo dispuesto en el capítulo VI del Título II, regula las prestaciones de maternidad y paternidad en el RGSS, matizando por una parte que “los periodos durante los que el trabajador por cuenta propia tendrá derecho a percibir el subsidio por nacimiento y cuidado de menor serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los periodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena”, y por otra parte “los trabajadores de este régimen especial podrán igualmente percibir el subsidio por nacimiento y cuidado de menor en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”⁸¹.

No obstante, la cobertura de la maternidad en el RETA, tras un análisis más detallado⁸², admite valorar ciertas diferencias⁸³ con la cobertura del nacimiento y cuidado del menor en el RGSS:

- a) para percibir cualquier prestación del RETA es necesario estar al corriente en el pago de las cuotas con posibilidad de subsanación a través de la invitación al pago, justificando su aplicación a la maternidad en la misma medida en que se justifica en relación a las demás prestaciones del RETA.
- b) será necesario presentar la declaración de situación de actividad cuando la entidad gestora lo estime conveniente⁸⁴.
- c) en cuanto al descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, para percibir los subsidios y la reducción de la actividad solo se podrá realizar en el porcentaje del 50 por 100⁸⁵, siendo la finalidad la de evitar dificultades de fiscalización de la jornada efectivamente realizada por la trabajadora autónoma⁸⁶. En cambio, en las trabajadoras por cuenta ajena para el disfrute parcial solo se exige llegar a un acuerdo con la empresa.

⁷⁹ De 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad y riesgo durante el embarazo, norma derogada por RD 2957/2009, de 6 de marzo

⁸⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁸¹ Disposición adicional primera apartado 8 del RD 295/2009.

⁸² LOUSANA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: “La protección de la maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre” *op. cit.*, p. 141.

⁸³ *Vid.* GARCÍA ROMERO, B.: “La protección por maternidad de las profesionales colegiadas: diferencias entre autónomas integradas en el reta o en una mutualidad alternativa” en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, volumen II núm. 2, 2017.

⁸⁴ Art. 14.2.8 de RD 295/2009.

⁸⁵ Disposición Adicional primera apartado 8 del RD 295/2009 párrafo primero.

⁸⁶ LÓPEZ ANIORTE, M.C. y RODRÍGUEZ EGIO, M.M.: “¿Favorece el emprendimiento femenino el vigente régimen jurídico de la protección por maternidad biológica?” en *Revista de Derecho Social*, núm. 70, 2016 p. 87.

- d) la cuantía de la prestaciones por nacimiento en RGSS y RETA eran coincidentes, subsidio del 100 por 100 de una base reguladora equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, pero a partir de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, se modifica el art. 318.a) de LGSS, estableciéndose que “la prestación por nacimiento y cuidado del menor en RGSS y en RETA consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de una base reguladora cuya cuantía diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas a este régimen especial durante los seis meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante entre ciento ochenta. De no haber permanecido en alta en el régimen especial durante la totalidad del referido período de seis meses, la base reguladora será el resultado de dividir las bases de cotización al régimen especial acreditadas en los seis meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante entre los días en que el trabajador haya estado en alta en dicho régimen dentro de ese período”.
- e) el RD 295/2009⁸⁷ no contempla de manera expresa la situación de asimilación al alta a efectos de maternidad si el parto se produce en los 90 días siguientes a la baja en RETA, asimilación que si esta prevista en RGSS, pero la jurisprudencia mantiene su admisión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014⁸⁸ establece que “los trabajadores por cuenta propia tendrán derecho a la prestación por maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores por cuenta ajena”, a efectos de la prestación por maternidades también es situación asimilada al alta de la trabajadora durante el periodo de 90 días posteriores a la baja en RETA, aunque no lo contemple el RD 295/2009 es consecuente aplicar la jurisprudencia tradicional que si lo contemplaba⁸⁹

Incluso la jurisprudencia considera situación asimilada al alta, a efectos de prestaciones por nacimiento y cuidado de menor, la incapacidad temporal que persiste después de la extinción del contrato de trabajo, de conformidad con el art. 10.4.2 del RD 295/2009⁹⁰, si bien el art. se refiere a la extinción del contrato de trabajo, de manera analógica entiende que es aplicable a cese de la actividad autónoma, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2016⁹¹ establece que aunque se hayan superado los 90 días establecidos desde el cese en la actividad de forma temporal, no puede negarse que la actora se encuentra en una situación asimilada al alta a efectos de percibir la prestación por maternidad. En situaciones similares y más recientes se han manifestado en el mismo sentido, así la Sentencia del Tribunal Superior de justicia Galicia de 23 de febrero de 2023⁹² es el caso de trabajadora autónoma se encuentra en situación de incapacidad temporal antes del parto y ha cesado temporalmente su actividad, se considera que esta en situación asimilada al alta para acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor.

⁸⁷ De 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁸⁸ Recurso núm. 2456/2013.

⁸⁹ STS de 26 de enero 2005 (recurso núm. 3499/2003; STS de 25 de enero de 2007 (recurso núm. 5139/2005); STS de 25 de junio de 2008 (recurso núm. 3432/2007).

⁹⁰ “Si la extinción del contrato se produce antes del inicio del descanso por maternidad, causará derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la incapacidad temporal anterior al parto y el abono del subsidio correspondiente que se sustituirá desde el día de inicio de la situación de maternidad por el subsidio asignado legalmente a esta última”.

⁹¹ Recurso núm. 602/2015.

⁹² Recurso núm. 4225/2022; en el mismo sentido STSJ Galicia de 20 de septiembre de 2021 (recurso núm. 1221/2021) establece un criterio apropiado para proteger los derechos de las trabajadoras autónomas en situación de maternidad; STSJ Canarias, Sta. Cruz, de 7 de julio de 2021 (recurso núm. 141/2021) peluquera que inicia su incapacidad temporal por riesgo de embarazo al considerarse situación asimilada al alta tiene derecho a las prestaciones por maternidad; STSJ Comunidad Valenciana de 17 de noviembre de 2020 (recurso núm. 350/2020) se considera situación asimilada al alta el periodo de gracia de 90 días; STSJ Galicia de 19 de enero de 2021 (recurso núm. 2033/2020).

6. Cuando la madre en el ejercicio libre de su profesión esta afiliada a mutualidad alternativa

En la disposición adicional 19ª LGSS las coberturas mínimas que las mutualidades alternativas debe ofrecer, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo dentro de la incapacidad temporal, al contrario de lo que ocurre en el RETA. El colectivo de trabajadoras profesionales por cuenta propia incorporadas a mutualidad alternativa⁹³, al no estar incluidas en RETA, obstaculizaba la conciliación de la vida familiar y laboral de estas profesionales y la de los padres con sus hijos, limitándose la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres⁹⁴ en el desarrollo de la misma actividad profesional, estas profesionales no podían ceder al otro progenitor un derecho que ellas mismas no tenían, y además el legislador no reconocía al padre un derecho de descanso por nacimiento de hijo independientemente del de la madre.

6.1. Evolución hacia un reparto de responsabilidades familiares

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo⁹⁵, con la finalidad de contribuir a una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares añadió un nuevo párrafo al art. 48.4 ET, así se terminaba con una regulación desafortunada, estableciendo que “en el caso de que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, y de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor, en el caso de trabajador por cuenta ajena, tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que le hubiera correspondido a la madre”, pero esto no se incorpora al Estatuto Básico del Empleado Público⁹⁶.

Pero, con anterioridad a la Ley 3/2007 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida plantea en 2004 una cuestión de inconstitucionalidad⁹⁷ porque dudaba de la adecuación del art. 48.4 ET a los arts. 14,38 y 41 de la Constitución Española (en adelante CE) en relación a que los padres solo pueden disfrutar del descanso por maternidad cuando lo ceda la madre, no obstante nada se les puede ceder cuando la madre carece de derecho al ser una profesión liberal no afiliada al Sistema de seguridad social, dado que la procuradora estaba afiliada a mutualidad alternativa. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/2011 de 19 de mayo⁹⁸, niega la inconstitucionalidad porque “si la madre no realiza actividad profesional por cuenta ajena o propia, o si realiza actividad que no dé lugar a inclusión en régimen de la seguridad social no se puede ceder al padre, aunque sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese periodo de descanso, porque nadie puede ceder a otro un derecho que no se tiene”.

El mismo caso, a pesar de la respuesta del Tribunal Constitucional, el Juzgado núm. de Lleida plantea una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en Sentencia de la Sala 4ª, de 19 de septiembre de 2013, Caso Betriu Montull (C-5/12) declarando que las Directivas

⁹³ Arquitectas, médicas, abogadas, procuradoras de los Tribunales, ingenieras, químicas, gestoras administrativas, no trabajan en régimen de dependencia y de conformidad con la DA 18ª de LGSS al haber optado por una mutualidad alternativa están exoneradas de la obligación de causar alta en el RETA.

⁹⁴ LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El régimen de opción de las profesiones colegiadas: un sistema obsoleto y contrario al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, *op. cit.*, pág. 26.

⁹⁵ Para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE 23 de marzo de 2007.

⁹⁶ Aprobado por RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

⁹⁷ LOUSANA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: “La protección de la maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre” *op. cit.*, p. 145

⁹⁸ Cuestión de inconstitucionalidad núm. 3515/2005. Hay otros procesos similares que se plantean antes de la Ley 3/2007 planteándose la constitucionalidad cuando la madre abogada afiliada a la mutualidad y el padre funcionario, STC 78/2011, de 6 de junio y STC 152/2011, de 29 de septiembre, reiterando la doctrina de la STS 75/2011.

92/85/CE⁹⁹ y 76/207/CEE¹⁰⁰ deben interpretarse en le sentido de no oponerse a una medida nacional como la controvertida.

La Ley 3/2007 ha sido desarrollada reglamentariamente por el art. 3.4 del RD 295/2009, se reconoce el derecho a protección de la maternidad al otro progenitor, en caso de parto, cuando la madre trabajadora por cuenta propia afiliada a una mutualidad alternativa no tuviera derecho a prestaciones¹⁰¹, pero si la madre tuviera derecho a prestaciones por maternidad en el sistema RETA no se reconocerá el derecho al otro progenitor. Si tendrá derecho el otro progenitor si la madre iniciara su actividad profesional con anterioridad a 10 de noviembre de 1995 y su colegio o asociación profesional no tuvieran una mutualidad alternativa.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, como las mutualidades alternativas tenían la obligación de cubrir la prestación por maternidad, e independientemente de la duración de la prestación y de la cuantía¹⁰² quedaba sin aplicación lo previsto en el art.48.4.III ET, por tanto parece que existía una deficiente protección por maternidad biológica de las profesionales colegiadas, incorporadas a la mutualidad, dada la imposibilidad de poder ceder al otro progenitor el disfrute de la prestación. Pero, también se podría interpretar¹⁰³ que el otro progenitor podría disfrutar de la prestación por cesión de la madre al amparo del art. 48.4.II ET cuando la madre está afiliada a una mutualidad alternativa, dado que la madre ya tiene un derecho semejante a prestaciones del sistema público que puede ceder al padre.

Es interesante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Valladolid, de 5 de marzo de 2018¹⁰⁴, la madre cambio del sistema de protección social, abogada en ejercicio estaba afiliada a la mutualidad alternativa, pero al quedar embarazada comprobó que las prestaciones eran menores que las de la seguridad social, por lo que poco tiempo antes del parto solicita el alta en RETA y la posibilidad de ceder al derecho de descanso al otro progenitor es un derecho de opción permitido, de conformidad con la DA 18ª de la LGSS “la mutualista puede optar, por una única vez, por el RETA como sistema de protección social y el cambio resulta lícito” declarándose el derecho de la actora a percibir prestación no contributiva por maternidad y en consecuencia a ceder al otro progenitor 10 semanas de descanso, la madre disfruta de las 6 semanas obligatorias, con todas las consecuencias jurídicas y económicas que deriven¹⁰⁵.

Por otra parte, tanto en el EBEP como en el Reglamento de la Carrara Judicial, no se reconoce al padre un derecho similar pero la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo de 28 de junio de 2018¹⁰⁶, reconoce un derecho originario paterno al descanso por maternidad, incrementa de 10 a 16 semanas, posicionándose en paridad con la madre, así supera la idea de cesión del derecho que lo colocaba en una posición secundaria.

⁹⁹ Del Consejo de 19 de octubre de 1992.

¹⁰⁰ Del Consejo de 9 de febrero de 1976.

¹⁰¹ LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El régimen de opción de las profesiones colegiadas: un sistema obsoleto y contrario al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, *op. cit.*, pág. 27.

¹⁰² LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El régimen de opción de las profesiones colegiadas: un sistema obsoleto y contrario al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, *op. cit.*, pág. 29.

¹⁰³ LOUSANA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: “La protección de la maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre” *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁴ Recurso núm. 1194/2017.

¹⁰⁵ SSTSJ Murcia de 3 de noviembre de 2014 (recurso núm. 330/2014) y de 30 de marzo de 2015 (recurso núm. 931/2014) realizando una interpretación amplia del art. 3.4 RD 295/2009 reconocen el derecho a la protección por maternidad al padre en estos supuestos de maternidad subrogada. Por otra parte se reconoce un derecho originario paterno

¹⁰⁶ Recurso núm. 183/2017

La reforma por RD Ley 6/2019, de 1 de marzo¹⁰⁷, modificando el art. 48.4 ET suprime el apartado III, eliminando la posibilidad de transferir parte del derecho del permiso por nacimiento entre los progenitores, además el párrafo séptimo del art. 48.4 ET declara que el permiso por nacimiento es un derecho individual de la persona trabajadora y que, por tanto, no podrá transferirse su ejercicio, unificando la licencia por maternidad biológica y el permiso por paternidad en una sola institución denominada permiso por nacimiento y cuidado de menor¹⁰⁸. Así se inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina porque no corresponde el derecho al cónyuge de una abogada, dado que la mutualidad a la que pertenece la madre protege la maternidad por lo que el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio del sistema público, art. 48.4 ET y art.3.4 RD 295/2009, Auto del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2023¹⁰⁹.

La Directiva de Unión Europea 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019 establece una serie de responsabilidades en materia de conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y los cuidadores, y el RD-Ley 5/2023¹¹⁰ procede a la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de esta Directiva, porque en la sociedad actual hay una convicción fuertemente basada en la necesidad de compatibilizar la vida personal, familiar con la actividad laboral, potenciando la conciliación¹¹¹. El objetivo de la Directiva es eliminar cualquier desventaja o merma en términos de mejora que pueda repercutir en las carreras profesionales de las personas que se encargan del cuidado de familiares, la Directiva establece la obligación a los Estados miembros para que establezcan procedimientos con la finalidad de no repercutir ningún trato discriminatorio las personas que ejerzan derechos de conciliación, sin que suponga el ejercicio de esos derechos un perjuicio a la persona que los solicita.

Este RD-Ley pretende avanzar en la igualdad real al reconocer de manera efectiva el derecho de conciliación como parte de la lista de derechos básicos de cualquier persona trabajadora, incorporando un apartado al art. 46.6 ET “en caso de haber una única persona progenitora, ésta podrá disfrutar de las ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras, por tanto las 16 semanas de cada progenitor se multiplican por dos con la finalidad de proteger a las familias monoparentales¹¹²”.

También se establece, de conformidad con la Directiva el denominado permiso parental¹¹³ de 8 semanas, la mitad de lo establecido en la Directiva para cuidar a un menor de 8 años, derecho individual de las personas trabajadoras, sin poderse transferir, no es necesario acreditar antigüedad en la empresa, hasta que el menor cumpla 8 años. Estableciéndose el régimen jurídico en el art. 48 bis ET¹¹⁴.

¹⁰⁷ De medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en la ocupación. Este RD también adopta la normativa de aplicación al personal laboral de la Administración.

¹⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCACIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en RD-Ley 5/2023: Panorámica general”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo* 4º trimestre 2023, núm. 9, Laborum, p. 26.

¹⁰⁹ En el mismo sentido STS de 30 de junio de 2020 (recurso núm. 1990/2018).

¹¹⁰ De 28 de junio por el que se adoptan y prorrogan determinadas medida de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de las Directivas de la UE en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la UE

¹¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCACIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en RD-Ley 5/2023: Panorámica general, *op. cit.*, pp 19-21.

¹¹² MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCACIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en RD-Ley 5/2023: Panorámica general, *op. cit.*, p 26

¹¹³ MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCACIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en RD-Ley 5/2023: Panorámica general, *op. cit.*, pp. 27-28

¹¹⁴ Se modifica por el art. 127.5 del RD Ley 5/2023.

6.2. Prestaciones por nacimiento y cuidado del menor en mutualidades alternativas

En la Asamblea General de la Abogacía se aprobaron los Estatutos de la mutualidad de la Abogacía¹¹⁵, el 17 de junio de 2023, y el Reglamento de Prestaciones y Aportaciones Plan Universal.

En el Título Segundo de los Estatutos establece las disposiciones específicas para los mutualistas que opten por la Mutualidad para cubrir la previsión social obligatoria, concretando el art. 52.1 que la “Mutualidad es alternativa al sistema público de la seguridad social para aquellos abogados ejercientes por cuenta propia que opten para cubrir su previsión social obligatoria a través de la Mutualidad, de conformidad con las disposiciones adicionales 18ª y 19ª de la LGSS”

En el Libro Tercero de los Estatutos se regula la acción protectora de la mutualidad, en concreto en el art. 58.1.a) establece que “se podrán cubrir los riesgos de jubilación, incapacidad permanente, incapacidad temporal que incluye maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo”. De este art. hay que destacar la gran diferencia que existe entre la mutualidad y el sistema de la seguridad social, al incluir la maternidad dentro de la contingencia de la incapacidad temporal la mutualidad¹¹⁶. El art. 59 establece la compatibilidad de las prestaciones de mutualidad con los que puedan corresponder a la profesional cuando esté incluido en cualquiera de los sistemas de previsión, públicos o privados, por tanto, si se optó por el RETA y complementariamente la mutualidad podrá percibir ambas prestaciones.

Pero, no solo son culpables los mutualistas de las normas reguladas en sus estatutos¹¹⁷, porque estos, si bien hubieran podido mejorarlas, se limitan a recoger lo establecido en la disposición adicional 19ª de la LGSS¹¹⁸.

El Reglamento de Aportaciones y Prestaciones del Plan Universal de la Abogacía desarrolla la normativa de la prestación en materia de maternidad y el resto de las prestaciones que contempla los Estatutos, y la prestación por maternidad se recoge en el art. que regula la incapacidad temporal profesional¹¹⁹.

El art. 26 del Reglamento titulado “Incapacidad Temporal Profesional” en el apartado 26.1.c.1) Prestación por maternidad, adopción o aborto espontáneo “La prestación por maternidad o adopción de hijos menores de 6 años cubre la pérdida de ingresos como consecuencia del disfrute de descanso. La prestación por maternidad alcanza un importe máximo de 3600 euros (120 días a razón de 30 euros día). La indemnización por aborto espontáneo es un pago único de 600 euros y, también hay una indemnización por lactancia de 5 días, a razón de 60 euros días, indemnización por peligro vital de la madre y del feto, así como por hospitalización por patologías del embarazo.

¹¹⁵ www.mutualidad.com

¹¹⁶ La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, configuro la maternidad como contingencia específica desligada de la incapacidad laboral transitoria.

¹¹⁷ LOUSANA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: “La protección de la maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre” *op. cit.*, p. 138.

¹¹⁸ En esta disposición se establece la protección mínima, y obligatorias, que las mutualidades alternativas al RETA deben ofrecer a sus afiliados, mediante el sistema de capitalización individual y la técnica aseguradora bajo los que operen, las coberturas, entre otras, de incapacidad temporal, incluyendo maternidad, paternidad y riesgo.

¹¹⁹ Pero los otros colegios profesionales con mutualidades alternativas ofrecen similares prestaciones, o inferiores en el caso del Reglamento Mutual Médica por complicaciones durante la gestación, por cese del ejercicio de la actividad por riesgo durante el embarazo relacionadas con su puesto de trabajo y por nacimiento o cuidado del menor, adopción o acogida se abonará la prestación máxima de 1000 euros al mes por cada una de estas contingencias, se entiende, con máximo de 30 días por cada una, estableciéndose una carencia de 8 meses.
https://www.mutualmedica.com/documents/d/guest/informe_justificativo_y_cambios_reglamento_30_primeros_dias_mutualmedica_2023

Pero se hace una distinción entre las profesionales que optaron por la mutualidad como opción alternativa al sistema público de seguridad social no se exige periodos de carencia, en cambio si se contrato la mutualidad como complementario o ampliaciones de garantía se exige un periodo de carencia de 240 días.

En cuanto a la indemnización por paternidad se corresponde con la madre, la suma 3600 euros, distinguiendo entre si se opto por la mutualidad como opción o como complementario o ampliaciones de garantía, en este caso se exige periodo de carencia de 240 días.

Pero es evidente que, tanto si es como alternativa o como complementaria, la prestación por maternidad es muy débil, solo se puede acceder al disfrute a partir de la fecha del parto, por tanto, no se puede descansar en el preparto, ni se puede disfrutar a tiempo parcial, se merman las opciones de organizarse el tiempo de descanso, pero es muy desalentadora la cantidad a percibir, por ello no es de extrañar que algunas profesionales han solicitado el alta en el RETA y darse de baja en la mutualidad¹²⁰, si bien el INSS se opone pero la Sala considera que es el ejercicio de un derecho que la ley reconoce “ de conformidad con la disposición adicional 18ª la mutualista, por una única vez puede optar por el RETA como sistema de protección social, y el cambio es lícito conforme a ley, motivado por circunstancias personales”.

Evidentemente todos los beneficios establecidos en el RD Ley 5/2023 no se establecen en las mutualidades alternativas, tanto que la única persona progenitora, pueda disfrutar de las ampliaciones el caso de familias con dos personas progenitoras, como el permiso parental. Por tanto, se evidencia la grave discriminación que ofrecen las mutualidades¹²¹ alternativas al RETA y que será difícil de equiparar en materia de nacimiento y cuidado de menor

7. Bibliografía

- ARADILLA MARQUÉS, M.J.: “El trabajo por cuenta propia del Abogado: cuestiones de encuadramiento en la Seguridad Social”, en AA.VV. (Coordinador BASCO PELLICER, A.): *El trabajo profesional de los abogados*, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2012.
- “Un nuevo diseño para las Mutualidades alternativas al RETA en *Aranzadi Social*, núm. 10 febrero 2012. BIB 2012/133.
- BLASCO LAHOZ, J.F.: “Campo de aplicación del régimen especial de Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos en relación con los colegiados profesionales. (A propósito de la disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, en *Actualidad Laboral* núm. 3, 1996.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.: “Los autónomos siguen abriendo brecha en la forma de compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 203, 2017, Thomson Reuters ProView
- GARCÍA ROMERO, B.: “La protección por maternidad de las profesionales colegiadas: diferencias entre autónomas integradas en el reta o en una mutualidad alternativa” en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, volumen II, núm. 2, 2017.

¹²⁰ STSJ Murcia de marzo de 2018 (recurso núm. durante el embarazo 1194/2017)

¹²¹ Vid. MONERO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “¿Han tocado fondo las mutualidades de previsión social alternativas al RETA?. El encuadramiento obligatorio en RETA de los colectivos profesionales autónomos como destino coherente en un “Sistema” de seguridad social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum. 39-2024, pp 13-32

- LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “Profesiones colegiadas y Seguridad Social: ¿ante el final de un desencuentro?, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. extra 2 (especial monográfico), Murcia, 2016.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El régimen de opción de las profesiones colegiadas: un sistema obsoleto y contrario al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres” en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191/2016. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB 2016/80421.
- LOUSANA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P.: “La protección de la maternidad de las abogadas en el ejercicio libre de la profesión y el disfrute por el padre” en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Estudios doctrinales. Laborum*, núm. 17 (4º Trimestre 2018)
- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCACIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Conciliación laboral y familiar de los progenitores y los cuidadores en RD-Ley 5/2023: Panorámica general”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo* 4º trimestre 2023, núm. 9, Laborum.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “¿Han tocado fondo las mutualidades de previsión social alternativas al RETA?. El encuadramiento obligatorio en RETA de los colectivos profesionales autónomos como destino coherente en un “Sistema” de seguridad social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 39, 2024
- PANIZO ROBLES, J.A.: “De nuevo sobre Seguridad Social y profesionales colegiados (a propósito de la STS de 25 de enero de 2000)” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* núm. 35, 2000.
- PRESA GARCIA-LOPEZ, R; PANIZO ROBLES, J.A.: “Si has causado pensión en el Régimen Especial de Autónomos como abogado no puedes seguir ejerciendo la actividad profesional, aunque te incorpores a la Mutualidad General de la Abogacía” en *Aranzadi Digital*, núm. 1/2016, S.A.U. Cizur Menor, 2016. BIB 2016/2526.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 1, 2000. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB 2000/152.

AUTOMATIZACIÓN Y DESIGUALDAD LABORAL: EFECTOS DE LA INTRODUCCIÓN DE ROBOTS EN LOS COLECTIVOS VULNERABLES¹

AÍDA CABELLO ROLDÁN
Universidad de Málaga
0009-0002-4478-4292

1. Introducción

La rápida introducción de nuevas tecnologías y de robótica, que supone la automatización de numerosas tareas, se está transformando profundamente el mercado de trabajo, generando una revolución que trae consigo tanto ventajas como inconvenientes y numerosas incógnitas relacionadas con la protección de las personas trabajadoras. Por un lado, estas innovaciones impulsan la eficiencia y la productividad, permitiendo a las empresas optimizar los procesos, reducir costes laborales y aumentar su competitividad en un mundo cada vez más globalizado e interconectado. En ese sentido, la automatización abre también la puerta a la creación de nuevos tipos de empleos en sectores emergentes, como la inteligencia artificial, la robótica avanzada y el análisis de *big data*, pero es cierto que estos ámbitos demandan una serie de habilidades especializadas y ofrecen oportunidades de desarrollo profesional y económico para quienes están preparados para aprovecharlas (no para todos/as).

¹ La presente investigación ha sido desarrollada en el marco de los siguientes proyectos de investigación: Proyecto de Investigación Nacional PID2022-140298NB-I00, *La sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica*, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades; Proyecto de investigación perteneciente al II Plan Propio de Investigación de la Universidad de Málaga, *Hacia una transición digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales* (B1-2023_031).

Por ello, junto a los numerosos beneficios que este fenómeno supone, también se están planteando desafíos significativos que giran alrededor de la desaparición de los trabajos más tradicionales, especialmente aquellos que implican tareas repetitivas y de baja cualificación, lo que plantea una amenaza para una gran parte de la fuerza laboral. Es precisamente por esta razón por la que es importante conocer el alcance de sus repercusiones, ya que esto no solo afecta a las personas trabajadoras individuales, sino que tiene repercusiones económicas y de carácter social más amplias, aumentando las tasas de desempleo y la precariedad laboral en determinadas áreas.

En este contexto de cambio, es crucial centrarse en los efectos significativos que estas transformaciones tienen sobre los colectivos vulnerables, que ya se enfrentaban a barreras significativas en el mercado laboral debido a factores como la falta de acceso a la educación, la discriminación y la limitación de recursos. Por ende, ahora se encuentran en una posición especialmente precaria frente a la automatización que, sin una atención adecuada y concreta, puede exacerbar las desigualdades laborales, dejando a aquellas personas trabajadoras más desfavorecidas o con mayores dificultades para su inserción en el mercado de trabajo sin un empleo y sin las habilidades necesarias para adaptarse a las nuevas demandas del mercado.

En ese sentido, el grupo de personas vulnerables es muy amplio, incluyendo a mujeres, la juventud, las personas mayores, las minorías étnicas y las personas trabajadoras con niveles de cualificación bajos, entre diversos otros, siendo especialmente sensibles a estos cambios. Estos colectivos tienden a ocupar los empleos más susceptibles a la automatización (o los que tienen salarios más bajos) y, a menudo, tienen un menor acceso a las oportunidades de reentrenamiento y educación continua.

Para tratar de mejorar su situación, normalmente acuden a las redes de Seguridad Social, que en ocasiones son deficientes y, claramente insuficientes para revertir los efectos de este tipo de situaciones, lo que agrava aún más la problemática e incrementa el riesgo de pobreza y exclusión social para estos grupos. Por ello, para evitar una mayor desigualdad laboral y protegerles, es esencial el desarrollo de políticas y estrategias que aborden estos desafíos de manera integral, lo que incluye la implementación de programas tanto de capacitación como de reconversión profesional que permitan a las personas trabajadores adquirir las habilidades necesarias para los empleos del futuro; así como fortalecer las redes de seguridad social para asegurar que aquellas que pierdan sus empleos debido a la automatización tengan acceso a apoyo financiero y servicios de reubicación laboral.

Asimismo, es necesario fomentar un diálogo inclusivo entre todos los agentes sociales, como gobiernos, empresas, sindicatos, personas trabajadoras afectadas y organizaciones de la sociedad civil para el desarrollo de soluciones que beneficien a todos los sectores de la sociedad, por lo que la colaboración entre estas partes interesadas puede ayudar a diseñar políticas que promuevan una transición justa hacia un mercado laboral más automatizado, utilizando adecuadamente las oportunidades que la tecnología aporta (no solo al mercado de trabajo) y garantizando que estas ventajas de la robótica se distribuyan de manera equitativa para que nadie quede atrás.

2. La automatización en la era de la transformación digital

Las últimas décadas se han visto extremadamente afectadas por la masiva incorporación de nuevas tecnologías e inteligencia artificial (en lo sucesivo, IA) en una gran mayoría de ámbitos, coincidente tanto con situaciones de crisis de muy diversa índole (económicas, demográficas, sanitarias, financieras, etc.), como con la generalizada falta de trabajo por cuenta propia y ajena que impacta negativamente en el empleo, de tal manera que se debilita el sistema de protección

social y las garantías de disfrute del mercado laboral que tienen (o deberían tener) todas las personas trabajadoras en el mismo².

En este sentido, la utilización de nuevas tecnologías y, concretamente, de la tecnología digital y la robótica, permite no solo el surgimiento de nuevos productos y servicios³, sino también de nuevas fórmulas de organización y de prestación de servicios⁴, lo que permite la optimización de la toma de decisiones, la eficiente asignación de los recursos disponibles y la capacidad de resolución de problemas mediante dominios muy diversos⁴ sin necesidad de contar con personas humanas que lo lleven a cabo. Todo ello producido como consecuencia de la llegada de la “Industria Digital”, “cuarta revolución” o “Industria 4.0”⁵. Esta etapa ha sido definida como aquella que “consiste en la introducción de las tecnologías digitales en la industria. Éstas permiten que dispositivos y sistemas colaboren entre ellos y con otros sistemas permitiendo modificar los productos, los procesos y los modelos de negocio”⁶.

A pesar de que pueda ser vista como una oportunidad para la mejora de la competitividad industrial española, también puede ser una amenaza para una serie de empleos tradicionales o de fácil sustitución por la introducción de nuevas tecnologías, donde las barreras existentes entre las personas trabajadoras y la maquinaria se difuminan⁷, lo cual no afecta de manera igualitaria a todos los colectivos y provoca el cuestionamiento de la viabilidad del futuro del empleo y de la sostenibilidad del sistema público de Seguridad Social.

A tal respecto, estas tecnologías han permitido la automatización de numerosos procesos, que además siguen en incremento en un mayor número de sectores, de tal forma que cada vez es necesario un menor número de personal por ser la maquinaria y la robótica totalmente autosuficiente en relación con sus funciones, sobre todo en aquellas meramente rutinarias y repetitivas⁸, lo que suele coincidir con bajos niveles de estudios de las personas trabajadoras que las llevan a cabo.

Consecuentemente, uno de los aspectos más preocupantes de esta situación radica en la reubicación de las personas trabajadoras que han sido desplazadas de sus puestos de trabajo (que, como hemos especificado, suelen tener niveles de estudios relativamente bajos), lo que, en muchas ocasiones supone que estas terminen perdiendo sus empleos, por lo que tendrán que depender de los sistemas de protección social durante el período de tiempo que transcurra hasta que encuentren otro puesto de trabajo, lo que no suele ser tarea fácil.

2.1. Concepto y objetivos principales de la automatización

Es importante entender qué se entiende por automatización y cómo funciona para poder identificar las tareas y los sectores más susceptibles a ser sustituidos por maquinaria, lo que

² VV.AA.: *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de seguridad social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida*, MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2016, p. 420.

³ GÓMEZ SALADO, M. Á.: “La cuarta revolución industrial: ¿una gran oportunidad o un verdadero desafío para el pleno empleo y el trabajo decente?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 4, 2019, p. 279.

⁴ ÁLVAREZ MARÍN, N.: “Automatización e inteligencia artificial (IA): revolución y desocupación laboral”, 2024.

⁵ ISPIZUA DORNA, E.: “Industria 4.0: ¿Cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?”, *Lan Harremanak: Revista De Relaciones Laborales*, núm. 40, 2018, pp. 13-14.

⁶ Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Gobierno de España: *Industria Conectada 4.0: La transformación digital de la industria española. Dossier de prensa*, Madrid, 2015, p. 2.

⁷ BLANCO, R., FONTRODONA, J. y POVEDA, C.: “La industria 4.0: El estado de la cuestión”, *Economía industrial*, núm. 406, 2017, p. 151.

⁸ BERG, J., FURRER, M., HARMON, E., RANI, U. y SILBERMAN, M. S.: *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ginebra, 2019, p. 18.

a su vez facilita una evaluación precisa de los puestos de trabajo que podrían ser desplazados o transformados en el mercado laboral. Además, este conocimiento puede ayudar a anticipar los cambios necesarios en la formación y las habilidades de la fuerza laboral, permitiendo a las empresas y personas trabajadoras prepararse mejor para la transición hacia un entorno de trabajo más automatizado, mitigando así los posibles impactos negativos y aprovechando las oportunidades que la automatización puede ofrecer en un contexto globalizado.

A pesar de que son numerosas las definiciones otorgadas al concepto de automatización industrial, la mayoría coinciden en que “es un medio por el cual los procesos de producción utilizan el avance de la computación para controlar las variables de entrada, de proceso y de salida que gobiernan el sistema de producción”⁹, lo que inevitablemente implica una fusión de múltiples procesos y maquinaria que colisionarán, en ocasiones, con la mayoría de las funciones desempeñadas por las personas humanas para ese proceso en concreto.

En definitiva, es aquel sistema capaz de reaccionar de manera automática (esto es, sin necesidad de la intervención de una persona operaria) ante todos los cambios que se producen en este, desempeñando aquellas acciones más adecuadas para el cumplimiento de la función o funciones para la o las que ha sido diseñado. A tal respecto, el papel de la persona operaria puede ser de mayor o menor intervención, dependiendo del tipo de máquina de que se trate y de las funciones de las que esta se encargue, pero suele ser común la comunicación de la información sobre el estado específico del proceso, sobre todo en busca de la supervisión de su funcionamiento adecuado.

La masiva introducción de estas metodologías en la mayoría de procesos se debe tanto al desarrollo de nuevas tecnologías como al abaratamiento de las mismas, lo que permite que un mayor número de organizaciones puedan acceder a ellas. Los objetivos principales que persigue la automatización de los procesos de producción, que consecuentemente influyen en el mercado de trabajo, son: a) la mejora de la calidad y el mantenimiento de un nivel de calidad más uniforme; b) la producción de la cantidad necesaria en el momento preciso; c) la mejora de la productividad y la reducción de costes; d) la mayor flexibilidad del sistema productivo, es decir, la facilitación de los cambios en la producción¹⁰.

Al automatizar procesos repetitivos y sencillos, las empresas pueden liberar a aquellas personas trabajadoras para que, en principio, se concentren en actividades más estratégicas y creativas, fomentando la innovación y el desarrollo de nuevas habilidades. No obstante, el problema se avecina cuando quizás estas personas en concreto no sean capaces de desarrollar nuevas habilidades o aptitudes, o no están preparadas para llevar a cabo tareas más difíciles o que requieren adaptación a los cambios. Por lo tanto, como ha sucedido en otras ocasiones en la historia, se vislumbran cambios contundentes en el ámbito del empleo, en relación precisamente con la sustitución de ciertas personas trabajadoras por parte de las nuevas tecnologías y la IA. De hecho, se estima que en una época similar a la actual, donde prima la automatización de las tareas, la transición de la fuerza de trabajo a otros sectores va a ser fundamental, donde más del 15 por ciento de la población del mundo se verá obligada a un cambio de sector laboral¹¹ producido por dicha transición que, en ocasiones, no será posible.

⁹ ACUÑA ACUÑA, J.: “Automatización industrial: definición y conceptos”, *Tecnología en marcha*, vol. 10, núm. 1, 1990, p. 27.

¹⁰ SANCHIS LLOPIS, R., ROMERO PÉREZ, J. A. y ARIÑO LATORRE, C. V.: *Automatización industrial*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010, p. 5.

¹¹ VV.AA.: *Jobs lost, jobs gained: workforce transitions in a time of automation*, BUGHIN, J. (Dir.), Nueva York, McKinsey Global Institute, vol. 150, núm. 1, 2017, p. 8.

Asimismo, la automatización busca minimizar errores humanos y aumentar la seguridad en el lugar de trabajo, al asumir tareas más peligrosas o físicamente exigentes, por lo que en conjunto, estos objetivos apuntan a la creación de un entorno laboral más dinámico, seguro y eficiente, capaz de adaptarse rápidamente a las demandas cambiantes del mercado, pero perdiendo la humanización característica del empleo.

De ahí que surjan dudas acerca de si los procesos de automatización destruyen o crean empleos, aspecto que es abordado por diversos autores. En ese sentido, es evidente que se está produciendo una transformación en el mundo del trabajo que provoca una disminución de empleos, puesto que normalmente, una máquina es programada para que pueda sustituir a varias personas trabajadoras, afectando prácticamente a todos los sectores¹². No obstante, se plantean soluciones y alternativas a esta pérdida de trabajo a través de diversas fórmulas, siendo una de las más extendidas el cambio en la educación para que las personas sepan cómo adaptarse a los cambios que avecina el “futuro del trabajo” y a los “trabajos del futuro”, ya que serán necesarias otro tipo de habilidades complementarias a las de los robots¹³.

Por ende, resulta innegable que la automatización es una herramienta poderosa capaz de transformar la manera en la que se realizan las tareas y los procesos en diversos sectores, lo que tendrá una serie de consecuencias, positivas o negativas, dependiendo de la perspectiva desde la que lo observemos.

2.2. Beneficios y desafíos generales de la automatización del trabajo

La automatización del trabajo se ha convertido en un componente fundamental en la transformación digital de las industrias modernas, ofreciendo una amplia gama de beneficios como el aumento de la eficiencia, la reducción de costos operativos y la mejora en la calidad de los productos y servicios. Sin embargo, esta también presenta desventajas significativas, incluyendo la potencial pérdida de empleos, la necesidad de reentrenar a la fuerza laboral y las complejidades de integrar nuevas tecnologías en los procesos existentes.

Debido precisamente a la importancia que tienen tanto los beneficios como los desafíos de este proceso, debemos explorar con detenimiento estos aspectos para proporcionar una visión equilibrada de su impacto en el entorno laboral contemporáneo y poder así, preparar a las personas trabajadoras para que el impacto en sus empleos no sea tan agravado, lo que supondrá a su vez inconvenientes que serán analizados con posterioridad. A tal respecto, las ventajas que supone la automatización de los procesos de producción para las organizaciones son numerosas y muy variadas, como son la productividad, los altos estándares de calidad y la eliminación de la intervención humana (en los procesos en general y en aquellos ambientes peligrosos para la salud), entre otras.

¹² FORD, M.: *Rise of the Robots: Technology and the threat of a jobless future*, New York, Basics Books, 2015, p. 16.

¹³ Las definiciones del concepto de “robot” son numerosas, entre las que se encuentran: “un mecanismo guiado por controles automáticos”, en ORTEGA KLEIN, A.: *La imparable marcha de los robots*, Madrid, Alianza Editorial, 2016, pp. 14-16; por otro lado, “máquinas que pueden funcionar durante largos periodos de tiempo sin control humano, lo que presagia el surgimiento de una innovación en los procesos y un desarrollo de la productividad (...) y que pueden convertirse en complementos necesarios y, en muchos casos, sustitutos de la mano de obra convencional”, en Mercader Uguina, J. R.: “La robotización y el futuro del trabajo”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 27, 2017, pp. 13-16; así como “aquellas máquinas que no solamente son capaces de realizar tareas durante largos periodos de tiempo sin control humano, sino que también son capaces de operar y de tomar decisiones, adaptándose al entorno y desenvolviéndose en situaciones altamente impredecibles”, en GÓMEZ SALADO, M. A.: “Robótica, empleo y seguridad social: la cotización de los robots para salvar el actual estado del bienestar”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 3, 2018, p. 147; así como las establecidas por el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), que se desglosan en cuatro, siendo la más relevante para este estudio la primera, referida a la “máquina o ingenio electrónico programable que es capaz de manipular objetos y de realizar diversas operaciones”.

Por una parte, la introducción de robótica supone, en la mayoría de los casos y siendo esta uno de los principales motivos que la justifican, el aumento de la eficiencia y la productividad en las empresas, de tal forma que se disminuyen los costes de producción, ya que los robots están programados para trabajar de manera más rápida y eficaz, sin necesidad de descansar, lo que permite que la producción sea continua¹⁴. Además, su implementación permite a las personas empleadas sustituidas que estaban ocupando esos puestos enfocarse en actividades más complejas y creativas, optimizando el uso del talento humano y contribuyendo a una mayor innovación y eficiencia global en los procesos empresariales, lo que presenta serios problemas en la práctica, como bien se especificará posteriormente.

Asimismo, no solo realizan las funciones a mayor velocidad, sino que mejora la calidad de los productos y servicios gracias a su capacidad para realizar tareas con una precisión y consistencia excepcionales, por lo que la variabilidad se reduce de manera significativa¹⁵. Concretamente, los robots minimizan los errores que pueden cometer las personas en los procesos de producción lo que, por tanto, resulta en productos y servicios más uniformes y con un estándar de calidad constante al eliminar las inconsistencias humanas, lo que mejora la satisfacción general de la clientela y reduce la necesidad de retrabajos y desperdicios.

Esto se liga directamente con otro de los beneficios más resaltados, que también puede ser considerado como una clara desventaja, y es la eliminación de la intervención humana. Por un lado, como ya se ha especificado, reduce la variación en las líneas de producción, lo que puede mejorar el nivel de competitividad en el mercado de la organización en concreto y, por otro, puede ser beneficioso al permitir la aplicación de robots en ambientes en los que exista riesgo para la salud humana, siendo crucial para la mejora de la seguridad y el bienestar de las personas trabajadoras.

En ese sentido, pueden asumir tareas insalubres, como la manipulación de tóxicos, trabajar en condiciones extremas de temperatura o realizar operaciones en entornos radiactivos, por lo que se reduce significativamente el riesgo de sufrir accidentes y enfermedades laborales en determinados sectores de actividad, lo que implica un cambio considerable en la dinámica de los riesgos laborales, proporcionando oportunidades para fortalecer la seguridad en ciertos sectores donde prima la peligrosidad y el riesgo¹⁶.

Por ende, ello evidencia que la automatización también supone unos fuertes desafíos para la sociedad productiva de los países, como son un posible aumento de la tasa de desempleo, la relegación del ser humano por la máquina, así como la reducción del poder de compra de las personas consumidoras. En concreto, por razón del objeto de estudio, una de las mayores desventajas que supone la implantación de tecnologías autónomas es el impacto en el empleo, de tal forma que se desplaza a las personas trabajadoras de determinadas o todas sus tareas, especialmente de aquellas que son más simples, repetitivas y no requieren mucha habilidad, por lo que la mayor o menor influencia va a depender del tipo de actividad realizada¹⁷.

Sin embargo, aquellos “empleos altamente cualificados que implican las capacidades de resolución de situaciones, la intuición y la creatividad, y tareas que se realizan “en persona” y

¹⁴ PALACIOS GONZALO, A.: *El impacto de la automatización en la sustitución de mano de obra humana por robots en la industria. Perspectivas: sociales, económicas y laborales*, Trabajo Fin de Grado, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2024, p. 11.

¹⁵ ACUÑA ACUÑA, J.: “Automatización industrial: definición y conceptos...”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶ CAYO-LEÓN, J. F. y SILVA-CAICEDO, R. F.: “Sinergia entre automatización y seguridad laboral en trabajos industriales”, *CIENCIAMATRIA: Revista Interdisciplinaria de Humanidades, Educación, Ciencia y Tecnología*, vol. 10, núm. 1, 2024, p. 343.

¹⁷ AGUILERA DURÁN, J.: “Derecho al trabajo, automatización laboral y derechos de afectación por el uso de tecnología”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 29, 2019, p. 14.

que precisan de ciertas destrezas y habilidades de comunicación social flexible para una mejor prestación de servicios (atención, trato, etc.), son más difíciles de convertir en rutina¹⁸ lo que implica que las necesidades del mercado han cambiado, y no afectarán a todas las personas trabajadoras de la misma forma, sino que aquellas que suelen realizar tareas más sencillas son las que se verán más perjudicadas, coincidentes con las que tienen un nivel de estudios más bajos y, por ende, tienen mayores dificultades en el mercado de trabajo.

No obstante, también se defiende la idea de que el impacto de las nuevas tecnologías en el mercado de trabajo no es tan extremo, sino que este se irá adaptando y expandiendo por estos cambios, viéndose desde una postura más optimista. A tal respecto, se contempla el proceso de automatización no como un reemplazo o sustitución de personas de sus puestos de trabajo completamente, sino que se opta por la complementariedad entre ambos¹⁹ (por ejemplo, en cuanto a la programación, mantenimiento y reparación de los robots por parte de las personas trabajadoras), lo que aumentará aún más la productividad.

A mayor abundamiento, se incide en que, la mera existencia de empleos que sean factibles de ser automatizados (viabilidad técnica)²⁰ no implica necesariamente que estos vayan a serlo, debido a las numerosas barreras económicas e institucionales (viabilidad económica y legal) que actúan como límite de los incentivos para sustituir a las personas trabajadoras por maquinaria autónoma, como pueden ser los robots.

En definitiva, los beneficios y desafíos de la automatización son variados y complejos. Si bien es cierto que puede crear nuevas oportunidades laborales y aumentar la eficiencia y la productividad en múltiples sectores, no resulta algo tan optimista para determinadas personas trabajadoras por verse desplazadas de sus puestos susceptibles de ser realizados por robots, lo que requiere una cuidadosa gestión de su impacto en la fuerza laboral, de tal manera que no se produzcan desigualdades en el mercado de trabajo que perjudique a los colectivos más vulnerables²¹, de conformidad con lo establecido en el artículo 50.1 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo²².

Por lo tanto, es crucial que se produzca un equilibrio entre la automatización y el empleo, estando involucrados numerosos agentes sociales para asegurar que las personas empleadas cuenten con las destrezas y habilidades necesarias²³ para ajustarse debidamente a todas las

¹⁸ MERCADER UGUINA, J. R.: "El impacto de la robótica y el futuro del trabajo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVII, núm. 269, 2017, p. 158.

¹⁹ RUBBI, L. N., BARLARO ROVATI, B. y PETRAGLIA, A.: "¿Perdidos o salvados?: El futuro del trabajo frente a la cuarta Revolución Industrial", *Desde el Sur*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 328.

²⁰ ACEMOGLU, D. y RESTREPO, P.: "The race between machine and man: implications of technology for growth, factor shares and employment", *NBER Working Paper Series 22252, National Bureau of Economic Research*, 2016, p. 5.

²¹ Se consideran colectivos vulnerables de atención prioritaria para la política de empleo "a las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas mayores de cuarenta y cinco años, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales, entre otros colectivos de especial vulnerabilidad, que son de atención prioritaria en las políticas activas de empleo, u otros que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo. Asimismo, los programas específicos y las medidas de acción positiva se reforzarán en los supuestos en que se produzcan situaciones de interseccionalidad".

²² BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

²³ PALACIOS GONZALO, A.: *El impacto de la automatización en la sustitución...*, op. cit., p. 11.

transformaciones que surgen en el mercado de trabajo por los avances producidos en ámbitos como el tecnológico y de la digitalización. Un equilibrio adecuado permitirá aprovechar aquellos beneficios de la automatización sin deshumanizar el entorno laboral, manteniendo una fuerza laboral verdaderamente motivada y adaptable, capaz de enfrentar los desafíos de un mercado en constante evolución y cambio. Este enfoque garantizará que los avances tecnológicos (al igual que se han producido otros cambios de gran calado a lo largo de la historia), contribuyan tanto al crecimiento económico inclusivo como al progreso social.

3. Consecuencias de la automatización: ¿transformación en el empleo?

Debemos partir de la idea de que, en la actualidad, el desarrollo de nuevas tecnologías es un hecho objetivo que se encuentra en puro crecimiento y que tiene impacto en numerosas esferas de la sociedad, como es el ámbito del empleo. Por ello, es importante considerar esta situación de manera amplia y teniendo en cuenta que se desarrolla en un contexto económico, social y político²⁴ que, en ocasiones, dificulta la inserción y establecimiento de esta evolución tecnológica en el mercado de trabajo, por lo que será necesaria una adaptación del marco jurídico actual en relación con las políticas de empleo por el desafío que supone, sobre todo, la introducción de robots en el empleo.

Si analizamos precisamente cuáles son los objetivos que pretende conseguir la política de empleo en nuestro país, la Ley de Empleo establece una extensa lista, entre los que podemos encontrar: a) el favorecimiento de condiciones para generar mercados laborales inclusivos en base al principio de igualdad de oportunidades y no discriminación; b) la creación de empleos estables y de calidad que garantice niveles de bienestar económico adecuados; c) la mejora y ampliación de habilidades, conocimientos, etc. de las personas y su adaptación a los perfiles profesionales demandados por las empresas y sectores de producción; d) el mantenimiento del empleo y la progresión profesional, entre otros.

Esto es, entre los objetivos principales se encuentra la mejora de la calidad del empleo y el mantenimiento del mismo, de tal manera que se pretende una mejora cualitativa del capital humano en los procesos de producción²⁵, lo que puede colisionar con la masiva e incesante introducción de maquinaria y robótica en el mercado laboral. Concretamente, es importante analizar los puestos de trabajo que tienen un mayor riesgo de ser automatizados, para poder realizar una adaptación a esta nueva realidad que requiere tanto un reajuste de habilidades por parte de la fuerza laboral como de una reevaluación de las estrategias empresariales.

En ese sentido, la pregunta sobre si la robotización crea o destruye empleos sigue siendo objeto de intenso debate. No obstante, queremos incidir en la idea de que no es solo el número de empleos sustituidos lo más relevante, sino a quiénes afectan estos cambios, y ello se debe, principalmente, a que los robots tienden a sustituir a personas trabajadoras en roles de baja cualificación y repetitivos, lo que puede dejar a estas personas en una posición vulnerable y aumentar la desigualdad económica.

En cambio, se generan mayores oportunidades para aquellas personas trabajadoras que tienen habilidades técnicas más avanzadas y capacidad de adaptación a los cambios (en este caso, debido a la implantación de nuevas tecnologías), por lo que evaluar esta dualidad es crucial para diseñar y desarrollar políticas que maximicen los beneficios de la robotización mientras se mitigan sus posibles efectos negativos en la fuerza laboral más vulnerable.

²⁴ VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: "La inclusión de la robotización en la política de empleo", *International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies (IJISEBC)*, vol. 6, núm. 1, 2019, p. 100.

²⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: *La naturaleza, los objetivos y el régimen jurídico de la política de empleo*, DAL-RÉ, V. y GONZÁLEZ, S. (Dirs.), Comentarios a la Ley de Empleo, Madrid, 2012, p. 12.

3.1. La influencia de la introducción de robótica en el mercado de trabajo

Actualmente, estamos viviendo una era de transformación tecnológica continua que está redefiniendo nuestra concepción tradicional del trabajo. Uno de los asuntos más inquietantes es la acelerada automatización y cómo esta afecta a un mercado laboral ya caracterizado por la inestabilidad, la precariedad laboral y una tasa de desempleo elevada²⁶.

Aunque es evidente que la incorporación de robótica conlleva múltiples beneficios, como se ha especificado con anterioridad en relación con la sustitución de seres humanos de tareas peligrosas y el aumento de la productividad y los estándares de calidad, su implementación masiva en ciertos sectores productivos también puede resultar en una pérdida considerable de puestos de trabajo²⁷. En este contexto, la industria ha sufrido mejoras tanto empresariales como sociales gracias a los robots, ya que han incrementado la producción, reducido costes laborales y mejorando la seguridad al disminuir los accidentes laborales por la introducción de tecnología avanzada.

Uno de los retos actuales es encontrar la manera adecuada de abordar esta tecnología (que no es cosa del presente sino que seguirá avanzando de cara a un futuro cercano), ya que, de no hacerlo, podría excluir a un número verdaderamente significativo de personas del mercado de trabajo, por lo que es crucial establecer una regulación estatal o comunitaria común en el ámbito de la robótica y las nuevas tecnologías.

A tal respecto, la unión Europea (en adelante, UE), ha venido considerando la regulación de este ámbito o bien delegar su legislación a los diferentes Estados miembros dependiendo de las necesidades específicas de cada país, ya que no todos están sufriendo la digitalización con igual impacto. Inicialmente, ha formulado una Estrategia²⁸ para el mercado único digital europeo con el objetivo de transformar la sociedad y asegurar su competitividad, en la que se incluyen medidas como la implementación de normas sociales y fiscales para los casos en los que se produzcan relaciones laborales por Internet, además del establecimiento de una regulación que determine la responsabilidad por los daños causados por los robots²⁹.

Por ello, será importante analizar las profesiones que se verán modificadas o eliminadas (lo que tiene una vinculación relativamente directa con la cualificación y habilidades de las personas trabajadoras que las ejercen), así como los nuevos perfiles profesionales que está demandando el mercado de trabajo actual. Para conocerlo, el Informe sobre el Futuro del Empleo realizado por el Foro Económico Mundial en el pasado 2023³⁰ refleja de manera muy extensa el panorama del mercado de trabajo global y su transformación, analizando tanto los puestos de trabajo como las habilidades y aptitudes de las personas trabajadoras actuales y de un futuro próximo.

En ese sentido, en los próximos cinco años se prevé la creación de 69 millones de nuevos puestos de trabajo (debido a la introducción de nuevas tecnologías y la transición a empleos ecológicos) y la eliminación de 83 millones (puestos en riesgo por las presiones económicas,

²⁶ CABELLO ROLDÁN, A.: “Incógnitas de la digitalización de la seguridad social: ¿cotización de los robots?, Asociación Española de Salud y Seguridad Social (Coord.), *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva. Tomo I: VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, vol. 1, 2023, p. 477.

²⁷ SIERRA BENÍTEZ, E. M.: “La Protección Social de los Trabajadores ante el desafío del Nuevo Trabajo a Distancia, del Trabajo Digital y la Robótica”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 11, 2017, p. 157.

²⁸ COM (2015) 192 final.

²⁹ Asunto que ha sido tratado con posterioridad en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html?redirect.

³⁰ Foro Económico Mundial, *Informe sobre el Futuro del Empleo*, Suiza, mayo 2023, pp. 1-295.

la elevada inflación y el proceso de automatización), lo que implica un descenso neto de 14 millones de empleos; esto es, el 2 por ciento del empleo actual.

Si procedemos a analizar los puestos de trabajo que más rápido están tanto creciendo como disminuyendo, podemos encontrar que la sostenibilidad y revoluciones técnicas provocan un incremento de las funciones digitales, de tal forma que disminuye la prevalencia de ciertas funciones más tradicionales, como las que se contemplan en la Tabla 1.

Tabla 1. Puestos de trabajo con mayor y menor crecimiento en el mundo (2023)

Puestos con mayor crecimiento	Puestos con menor crecimiento
Especialista en IA	Cajero bancario y empleado similar
Especialista en sostenibilidad	Empleado de servicios postales
Analista de inteligencia de negocios	Cajero y empleado de venta de billetes
Analista de seguridad de la información	Empleado de entrada de datos
Especialista en finanzas tecnológicas	Secretario administrativo y ejecutivo
Analista de datos y científico	Empleado de registro de existencias
Ingeniero en robótica	Auxiliar de contabilidad y nóminas
Ingeniero en electrotecnología	Legislador y funcionario
Operador de equipos agrícolas	Auxiliar de estadística, finanzas y seguros
Especialista en transformación digital	Vendedor ambulante y de noticias

Fuente: Elaboración propia en base al Informe sobre el Futuro del Empleo del Foro Económico Mundial de 2023.

Por tanto, se observa una reducción de la necesidad de personas trabajadoras relacionadas con el servicio postal, cajeros y personal de introducción de datos, con una probabilidad de que se reduzcan en los próximos años en más de un tercio. Asimismo, la mayor pérdida de puestos de trabajo se prevé en los empleos administrativos (con una pérdida de más de 8 millones de empleos), secretarios y ejecutivos, empleos relacionados con la contabilidad, la teneduría de libros y patrullas que, juntas, representan más de la mitad de la disminución del empleo. Estos resultados son muy similares a los presentados por BBC News³¹ y de otras investigaciones realizadas por la Universidad de Oxford³².

No obstante, no son solo los empleos relacionados con las nuevas tecnologías los que más se están demandando, sino también los derivados de la transición ecológica, de tal manera que se espera que puedan llegar a crear 30 millones de empleos en todo el mundo en ámbitos como las energías renovables, las tecnologías de bajas emisiones, etc. No obstante, a pesar de que el crecimiento de los empleos verdes ha sido constante durante los últimos años, cabe destacar que no se ha producido una mejora de las cualificaciones y habilidades al mismo ritmo, lo que provoca limitaciones en el crecimiento de este sector.

En relación con las habilidades que se consideran necesarias para un correcto desempeño en empleos decentes y estables, el Foro Económico Mundial realiza una serie de estadísticas estatales

³¹ "Will a robot take your job?" (¿Tomará un robot tu trabajo?), publicado en *BBC News* en fecha de 11 de septiembre del año 2015.

³² Informe elaborado por Carl Benedikt Frey y Michael Osborne (dos investigadores de la Universidad de Oxford), publicado en *The Economist*. A este respecto, FREY, C. B. y OSBORNE, M.: *The future of employment: How susceptible are jobs to computerization?* (El futuro del empleo: ¿Cómo de susceptibles son los empleos para la automatización?), 2013, pp. 57-72.

y mundiales³³ en cuyo caso, las de España en comparación con la mundial pueden observarse en la Tabla 2. En este sentido, se contemplan tanto habilidades y conocimientos como actitudes, de tal forma que observamos que lo más demandado son las habilidades de tipo cognitivo (25 por ciento) y la autoeficacia (27 por ciento), mientras que las menores son las habilidades de compromiso (6 por ciento) y las relacionadas con la ética (4 por ciento) y las habilidades físicas (2 por ciento).

Tabla 2. Habilidades necesarias para un correcto desempeño en el empleo (2023)

Habilidad/Conocimiento/Aptitud	España (%)	Global (%)
Habilidades cognitivas	25	26
Habilidades de compromiso	6	6
Habilidades de gestión	11	12
Habilidades físicas	2	3
Habilidades tecnológicas	16	16
Ética	4	3
Autoeficacia	27	23
Trabajo en equipo	10	11

Fuente: Elaboración propia en base al Informe sobre el Futuro del Empleo del Foro Económico Mundial de 2023.

Por ende, además de la aparente pérdida de empleo en ciertos sectores, es importante tener en cuenta que, en base a dichas habilidades y conocimientos, se está produciendo una clara “polarización del empleo”, de tal manera que los trabajos se están concentrando en aquellos puestos que requieren una mayor cualificación profesional y conocimientos tecnológicos y específicos más avanzados, lo que está provocando una disminución constante y progresiva de los empleos más manuales y rutinarios, como los descritos.

Todo esto impacta directamente y plantea un gran desafío para el sistema de protección social, afectando tanto a la sostenibilidad del sistema público de pensiones como lo que se denomina “desempleo tecnológico”, es decir, el desempleo generado por la incorporación de nuevas tecnologías en el mercado laboral, lo que ha tratado de resolverse a través de diversas propuestas (renta básica universal, reducción de la jornada de trabajo semanal para una mejor redistribución del empleo, cotización de los robots, etc., entre otras), asunto que será tratado con posterioridad.

3.2. El auge de la robotización en el ámbito laboral: datos estadísticos

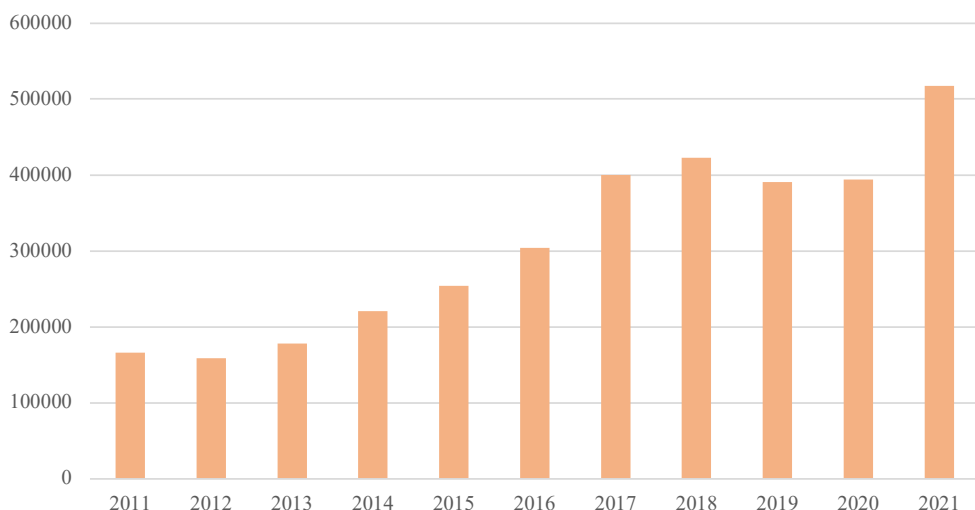
En los últimos años, hemos sido testigos de un avance sin precedentes en la integración de la tecnología en diversos aspectos de nuestras vidas, y el ámbito laboral no es la excepción. La robotización, impulsada por la búsqueda de mayor eficiencia, precisión y reducción de costos, está transformando radicalmente la forma en que las empresas operan y redefiniendo los roles de las personas trabajadoras, lo que no implica necesariamente una sustitución de las mismas, sobre todo porque no todas las empresas pueden permitirse la gran inversión económica que supone la introducción de nuevas tecnologías (sobre todo, las pequeñas y medianas empresas, muy comunes en España), lo que actúa como “cuello de botella”.

³³ Foro Económico Mundial, *Informe sobre el Futuro del Empleo...*, op. cit., p. 165.

Según el Informe de la Federación Internacional de Robótica (IFR) de 2022, es evidente el aumento constante de robots industriales a nivel mundial, tal y como puede observarse en el Gráfico 1, de tal forma que en el pasado 2021 el número de instalaciones anuales de robots alcanzó un total de 517.000 nuevas unidades. No obstante, se ha producido dos excepciones en el período comprendido entre 2007 y 2008 por la “Gran Recesión”, que tuvo un impacto en España hasta los años 2012 y 2013, así como en el período entre 2019 y 2020 derivados de la pandemia por Covid-19.

Sin embargo, es evidente que a nivel mundial la implementación de robots en las empresas es una realidad incesante, por lo que es importante considerar este hecho para adecuarnos a la situación laboral que se deriva del mismo para evitar que ello produzca consecuencias que pudieran tener un impacto negativo en el empleo y en determinados colectivos.

Gráfico 1. Número de instalaciones anuales de robots industriales a nivel mundial (2021)



Fuente: Elaboración propia a partir del Informe de World Robotics de 2022.

En ese sentido, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital publicó un Informe sobre el “Uso de inteligencia artificial y *big data* en las empresas españolas”³⁴ en 2023 que trata de visibilizar la situación actual de las empresas en España y en Europa en relación con el uso de la IA y el *big data*, así como de las personas especialistas en estos ámbitos en las empresas españolas, en base a datos procedentes de dos fuentes principales, el Instituto Nacional de Estadística (en lo sucesivo, INE) mediante la “Encuesta sobre el uso de TIC y comercio electrónico en las empresas”³⁵ y Eurostat³⁶, en base a una encuesta con datos similares. En base a estos resultados, la adopción de IA en las empresas españolas es relativamente limitada, pero continúa avanzando con respecto a años anteriores. En concreto, el 11,8 por ciento de las empresas de más de diez personas trabajadoras en 2022 utilizan esta tecnología (prácticamente 4 puntos porcentuales más que en el año anterior).

³⁴ Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad, *Uso de inteligencia artificial y big data en las empresas españolas*, 2023.

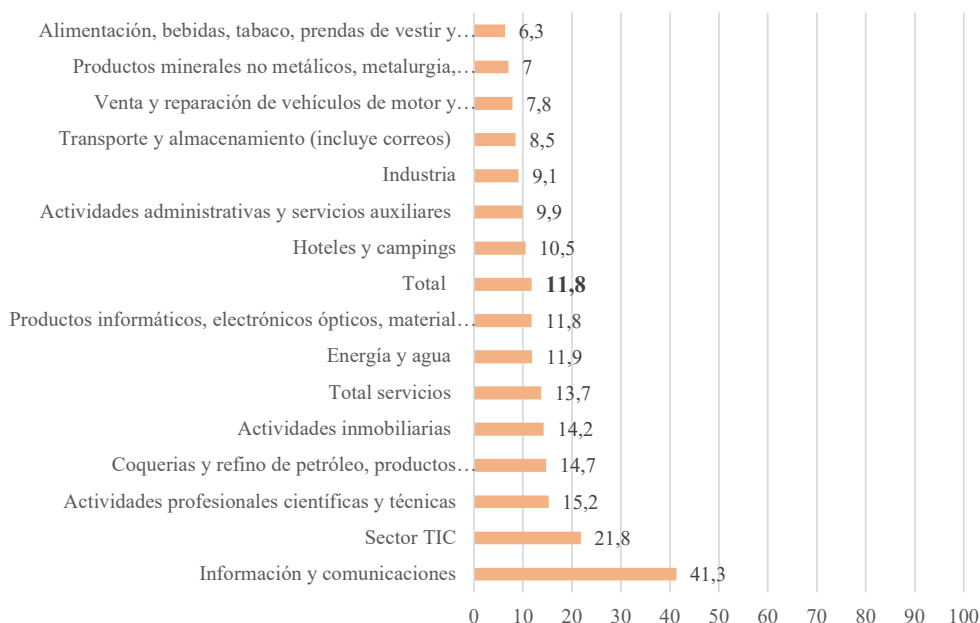
³⁵ Instituto Nacional de Estadística (INE), *Encuesta sobre el uso de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y del Comercio Electrónico en las Empresas*, 2022.

³⁶ Eurostat, *Survey on ICT usage and e-commerce in enterprises*, 2021.

Por otro lado, en el caso de las microempresas (de menos de diez personas empleadas) también se observa una mejora con respecto a 2021, pero de una forma más discreta, de poco más de un punto porcentual, llegando a un 4,6 por ciento de las mismas. El mayor cambio lo han sufrido las grandes compañías, con más de 250 personas trabajadoras, que ha pasado de un 33,1 a un 41,2 por ciento, según datos del INE.

También existen variaciones según los sectores económicos, con una elevada diferencia entre el sector con mayor adopción de IA y el menor, de casi 36 puntos porcentuales, tal y como se puede observar en el Gráfico 2, donde se observa que los sectores donde se produce una mayor adopción es el de la información y las comunicaciones, así como el de las TIC, mientras que el que menos el de la construcción.

Gráfico 2. Empresas que utilizan Inteligencia Artificial por sector de actividad (2022)



Fuente: Elaboración propia en base al Informe sobre el Uso de inteligencia artificial y *big data* en las empresas españolas de 2023.

Por otro lado, si analizamos las empresas españolas que utilizan tecnologías de IA para la automatización de flujos de trabajo o ayudar en la toma de decisiones en comparación con los demás países europeos, España se encuentra por encima de la media europea en 0,1 puntos (3 por ciento respecto a un 2,9 de media), igualando a países como Portugal e Irlanda, pero muy lejos de los países que más utilizan estas tecnologías, que son Dinamarca con un 6,9 por ciento y Finlandia con un 8,6³⁷.

A pesar de la evidente tendencia hacia una mayor automatización en España, es crucial examinar si la adopción de robots en el mercado de trabajo está desplazando a las personas trabajadoras de determinados puestos (y a qué personas en concreto) o si, por el contrario, estos robots están destinados a complementar y apoyar las tareas humanas. En ese sentido, es

³⁷ Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad, *Uso de inteligencia artificial y big data en las empresas españolas*, 2023, p. 37.

importante destacar que muchas de las funciones realizadas por estas máquinas requerirán supervisión, monitoreo y personal especializado para mantener su programación, lo que sugiere que, en lugar de una sustitución directa de mano de obra por tecnologías avanzadas, podríamos estar viendo una transformación que incluye nuevos roles humanos enfocados en el manejo y mantenimiento de los robots. No obstante, es muy probable que esta tarea no pueda llevarse a cabo por las mismas personas que venían ocupando el puesto, por su nivel de estudios o cualificación, que quizás no sea suficiente (o, al menos, respecto al ámbito tecnológico) como para mantener un control de los mismos.

Por consiguiente, es necesario realizar una evaluación de si la introducción de este tipo de tecnologías está efectivamente destruyendo empleos o si está modificando la naturaleza del trabajo existente, de tal forma que se considere el destino de las personas empleadas cuyos puestos puedan ser afectados y analizar tanto los aspectos positivos como negativos de esta transición, así como sus repercusiones para el sistema público en España.

3.3. Creación o destrucción de empleo: ¿una oportunidad o una amenaza para las personas trabajadoras?

La evolución del mercado laboral español en el contexto de la creciente automatización y digitalización plantea una cuestión fundamental: la creación o destrucción del empleo, una dualidad refleja la incertidumbre y el debate en torno a cómo las nuevas tecnologías y las transformaciones económicas impactarán el empleo. Por un lado, se vislumbra la posibilidad de generar nuevas oportunidades laborales, impulsando sectores emergentes y demandando nuevas habilidades y, por otro, surge el temor a la destrucción de empleos tradicionales, incrementando la precariedad y el desempleo en ciertos grupos de la población.

El incremento de los niveles de productividad derivados de la robotización facilitan la competitividad de las empresas en un mundo globalizado, lo que les permite ganar nichos de mercado e incrementar la demanda de sus productos o servicios, lo que puede derivar en un aumento de inversión y, en una consecuente creación de nuevos empleos, mayores que la cantidad de puestos de trabajo sustituidos por la automatización³⁸. En ese sentido, solo se produciría un incremento de la tasa de desempleo si las organizaciones automatizan empleos pero no incrementan su producción, ya que el empleo crecerá inevitablemente si crece la producción³⁹, por lo que la clave está en que ahora “se requerirán nuevas cualificaciones para entrenar, probar y mantener robots que se introduzcan”⁴⁰.

Por lo tanto, existen opiniones muy diversas⁴¹ con respecto a este asunto, pues los tecno-optimistas consideran que la introducción de maquinaria ha sido esencial para la consecución de “procesos productivos más eficaces, certeros y ágiles”⁴², generando disrupciones al igual que todas las revoluciones. Asimismo, aseguran que los beneficios a largo plazo del proceso de

³⁸ GREGORY, T., SALOMONS, A. y ZIERAHN, U.: “Racing With or Against the Machine? Evidence for Europe”, *Institute of Labor Economics Initiated by Deutsche Post Foundation*, 2019, p. 29.

³⁹ ARNTZ, M., GREGORY, T. y ZIERAHN, U.: “The Risk of Automation for Jobs in OCDE countries: A Comparative Analysis”, *OCDE Social, Employment & Migrations Working Papers*, núm. 189, 2016, p. 24.

⁴⁰ STEWART, K., DESHPANDE, A., HOORENS, S. y GUNASHEKAR, S.: “Advanced robotics. Implications of game-changing technologies in the service sectors”, *Eurofound Working Paper WPEF*, núm. 19.001, 2019, p. 36.

⁴¹ Con respecto a la diversidad de opiniones acerca de la digitalización y la automatización, véase: LAHERA SÁNCHEZ, A.: “El debate sobre la digitalización y la robotización del trabajo (humano) del futuro: automatización de sustitución, pragmatismo tecnológico, automatización de integración y heteromatización”, *Revista Española de Sociología (RES)*, núm. 30, 2021, pp. 1-14, donde se contemplan estas cuatro perspectivas sobre el supuesto desempleo masivo producido como consecuencia de las nuevas tecnologías.

⁴² CASTRO FRANCO, A.: “La formación permanente de los trabajadores y las competencias digitales en un mercado laboral signado por la utilización de algoritmos”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 11, 2024, p. 61.

automatización son cruciales, de tal manera que los salarios serán más elevados, existirán menos riesgos laborales y se producirán mejoras tanto en la productividad de las personas empleadas como en su tiempo libre. Sin embargo, existe la perspectiva tecno-pesimista que pone el foco en el elevado número de empleos automatizados (que asciende a más de un 45 por ciento⁴³), de tal forma que será inevitable una reformulación de los puestos de trabajo más mecánicos y repetitivos presentes en la actualidad.

Estudios de tipo más económico que analizan los efectos de la introducción de robótica sobre el empleo, identifican de manera generalizada un efecto positivo⁴⁴. Por ejemplo, tiene implicaciones evidentes en la jornada laboral de las personas trabajadoras que puede llegar a considerarse como un mecanismo de flexibilidad, sin tener que sustituir completamente a la misma de su puesto de trabajo. No obstante, es cierto que la mayoría de este tipo de estudios realizan un análisis de las implicaciones en países desarrollados con salarios elevados, sin entrar a analizar los cambios estructurales que pueden producirse en países con salarios más bajos, lo que actúa como limitación en el análisis de las consecuencias de la digitalización en las zonas de mayor vulnerabilidad o impacto.

Debido precisamente a la amplitud de repercusiones que la automatización tiene sobre el empleo, consideramos que la dualidad entre creación o destrucción del mismo es demasiado básica y restrictiva de todas las oportunidades y desafíos que ello supone. A tal respecto, es cierto que supone la creación de determinados puestos de trabajo relacionados directamente con las nuevas tecnologías, lo que requerirá una mayor amplitud de habilidades, aptitudes y conocimientos en este ámbito (para el que no todas las personas se verán capacitadas), así como la destrucción de otros que, debido a sus características de simpleza en relación con su ejecución y desempeño, tienen un mayor riesgo de automatización (aunque no está claro si se produciría al completo o si, en cambio, es necesaria la intervención humana en parte del proceso).

Por lo tanto, mientras que determinados empleos de carácter más tradicional desaparecen (o, al menos, se ven afectados), también surgen otros nuevos, por lo que más que una creación o destrucción del empleo, consideramos se produce una redefinición del panorama laboral que requiere una adaptación constante de la fuerza de trabajo. Esto afecta de manera mucho más intensa a ciertos colectivos, que es precisamente lo que se pretende abordar para poder así evitar que se produzcan desigualdades en las relaciones laborales como consecuencia de introducir robótica sin considerar las repercusiones que ello tiene en la sociedad así como en el sistema público de protección social.

Por ende, la introducción de nuevas tecnologías en los países de salarios más bajos tiene implicaciones significativas para los colectivos vulnerables, que a menudo ocupan puestos de trabajo manuales y de baja cualificación, por lo que son los más susceptibles al desempleo y desplazamiento laboral debido a la automatización, teniendo pocas opciones de reubicación en el mercado de trabajo. Además, las personas en situación más vulnerable suelen tener un menor acceso a la educación y capacitación en habilidades tecnológicas avanzadas, por lo que quizás no puedan servir de complemento a las tareas rutinarias de los robots, dificultando su capacidad para adaptarse a las nuevas demandas del mercado laboral. Por ello, es esencial abordar estas implicaciones en el empleo con políticas integrales que promuevan tanto la capacitación como la inclusión, asegurando que la transición tecnológica no deje atrás a las personas o grupos poblacionales más desfavorecidos.

⁴³ McKinsey Company: "Four fundamentals of workplace automation", *McKinsey Quarterly*, 2015.

⁴⁴ VERGARA REYES, D. M., ARENAS DÍAZ, G. y HEIJIS, J.: "Impacto de la innovación sobre el empleo en términos cuantitativos: revisión de la literatura empírica basada en microdatos", *Gestión de la innovación para la competitividad: Sectores estratégicos, tecnologías emergentes y emprendimientos*, 2017, p. 13.

4. La desigualdad en el marco de la automatización: Los colectivos vulnerables

A pesar de que resulta extraordinariamente complejo conocer cuáles son las implicaciones a corto y largo plazo que puede suponer la automatización en el empleo, es importante tener en cuenta que esto no afectará de manera igualitaria en todos los grupos poblacionales. A tal respecto, si bien la introducción de nuevas tecnologías supone un indudable aumento de la riqueza, ello no implica necesariamente que esté mejor distribuida⁴⁵, por lo que este proceso está contribuyendo a la polarización laboral, que se refiere a todo “cambio en la estructura ocupacional de un país por la cual los empleos tienden a concentrarse en los extremos de la distribución salarial”⁴⁶.

Este fenómeno se produce porque, si bien se crearán numerosos puestos de trabajo, los más remunerados son los que requerirán unos mayores niveles de formación y conocimientos para que puedan prosperar en un entorno de trabajo digitalizado y de mayor competitividad. Esta transición será especialmente dañina para las personas que no estén preparadas para lograr esos estándares, variando entre países, comunidades y ocupaciones, lo que producirá mayores desigualdades en este ámbito.

No obstante, si analizamos las ocupaciones que mayormente afectadas se verán por dicha “invasión tecnológica”, no son las de cualificación más baja, como se puede pensar en un primer momento, sino aquellas que requieren de tareas físicas y cognitivas de nivel medio, que se caracterizan por ser monótonas y repetitivas. Concretamente, según las estimaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en lo sucesivo, OCDE), se refleja el reemplazo de un tercio de los empleos que requieren un nivel de cualificación medio (fácilmente codificables) por empleos de bajo nivel de cualificación y, en cambio, los dos tercios restantes han sido reemplazados por aquellos con mayor nivel formativo⁴⁷, lo que se puede resumir en dos procesos principales: la descualificación y la recualificación.

En ese sentido, resulta imprescindible establecer una regulación en este ámbito debido a sus implicaciones sociales, que están aumentando la desigualdad entre distintas clases sociales y grupos etarios. Según la propia UE, “la clase media baja está siendo gravemente afectada, al igual que la generación de mayor edad. La sociedad tiene una responsabilidad evidente hacia aquellas personas que, por su edad o falta de habilidades, ya no pueden integrarse en el mercado laboral”⁴⁸.

Por lo tanto, es crucial analizar cuáles son los empleos más automatizados y conocer las características intrínsecas de estos trabajos para valorar las desigualdades que surgen en el empleo como consecuencia del proceso de automatización y así, poder proporcionar apoyo y dar cobertura a las situaciones de vulnerabilidad de los diversos colectivos afectados, de tal manera que puedan fortalecerse las redes de seguridad social para dar una mayor protección en un entorno de trabajo en constante transformación.

⁴⁵ RUBBI, L. N., BARLARO ROVATI, B. y PETRAGLIA, A.: “¿Perdidos o salvados?...”, *op. cit.*, p. 329.

⁴⁶ FERREIRO-SEOANE, F. J., MOGO-CASTRO, C., DEL CAMPO-VILLARES, M. O. y RÍOS-BLANCO, A.: “Polarización y riesgo de automatización del empleo en el mercado laboral español”, *Revista Empresa y Humanismo*, vol. 26, núm. 2, 2023, p. 38.

⁴⁷ OCDE, “OECD Employment Outlook 2024”, *OECD Publishing*, 2024.

⁴⁸ Dictamen del Comité Económico sobre el tema “Industria 4.0 y transformación digital: camino a seguir”, [(COM (2016) 180 final)], en DOUE, asunto 389/50, a fecha de 21 de octubre de 2016.

4.1. Una perspectiva de la reestructuración de los mercados laborales

Los cambios que se están produciendo en el empleo son extremadamente rápidos como consecuencia del avance de las nuevas tecnologías, que traen consigo la digitalización y la robotización de numerosas tareas. No obstante, la reducción de la empleabilidad humana de determinadas tareas no solo supone un desplazamiento de personas de ciertos puestos a otros, sino que estas actividades automatizables tienen una serie de características intrínsecas que afectan directamente a algunos sectores económicos y, por ende, a las personas trabajadoras que suelen desempeñarlos.

Concretamente, la mayoría de los estudios realizados sobre la materia concluyen que este fenómeno creará diversos puestos de trabajo relacionados con la tecnología, a los que solo podrán aspirar aquellas personas con altos conocimientos y habilidades específicas sobre la materia. Como la demanda de este tipo de empleos aumentará y la oferta será limitada, las empresas ofertarán salarios muy elevados y empleos estables, para asegurar el mantenimiento de estos profesionales en sus puestos mediante la retención del talento. Sin embargo, a los efectos del presente estudio, nos interesa conocer la repercusión en los puestos de trabajo con cualificaciones más bajas, que suelen ser desempeñados por colectivos que tienen mayores dificultades en la inserción en el mercado de trabajo así como oportunidades más limitadas en relación con el empleo.

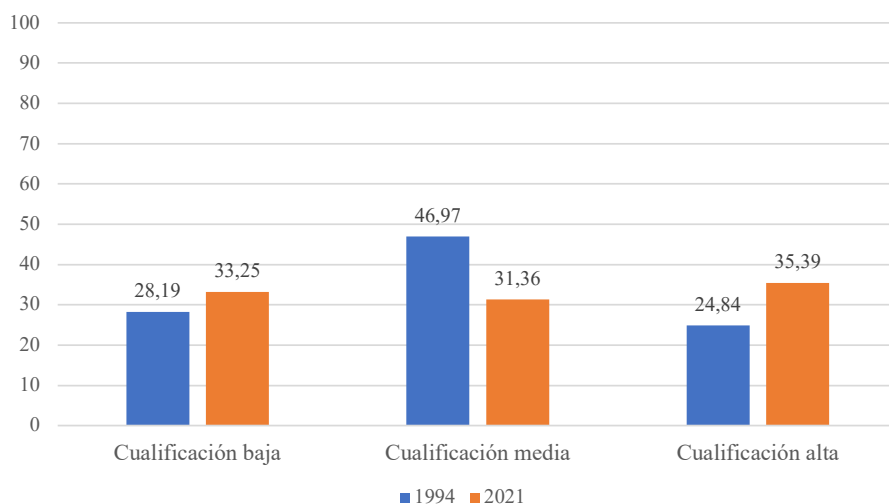
En ese sentido, podemos observar tres niveles generales de capacitación y escala salarial⁴⁹, principalmente: a) puestos de trabajo donde se requieren habilidades cognitivas y concretas con respecto a una determinada materia serán más demandadas y tendrán una clara ventaja competitiva, por lo que aumentará la demanda de mano de obra altamente cualificada como consecuencia del sesgo de habilidades presente en la innovación⁵⁰; b) ocupaciones de nivel medio, características por sus actividades rutinarias que requieren poca implicación física y cognitiva, donde se estima la drástica disminución de la demanda; y, c) puestos de trabajo difícilmente automatizables por su carácter manual y de prestación de servicios (por ejemplo, de limpieza, cuidados, trabajo social, etc.), característicos por sus bajos salarios.

En el Gráfico 3 se observa precisamente esta tendencia, de tal forma que las ocupaciones de nivel medio han sido las que mayor cambio han sufrido, disminuyendo en un 15,61 por ciento de 1994 a 2021, mientras que las de cualificación más baja han incrementado en 5,06 puntos porcentuales y las más altas en un 10,55 por ciento. Por ende, en dicho período los aumentos en el empleo se han concentrado en ambos extremos de la distribución⁵¹, viéndose los de la parte intermedia los más afectados negativamente.

⁴⁹ RUBBI, L. N., BARLARO ROVATI, B. y PETRAGLIA, A.: “¿Perdidos o salvados?...”, *op. cit.*, p. 329.

⁵⁰ ABOAL, D. y ZUNINO, G.: “Innovaciones y habilidades en América Latina”, *INTAL: Integración & Comercio*, núm. 42, 2017, p. 46.

⁵¹ FERREIRO-SEOANE, F. J., MOGO-CASTRO, C., DEL CAMPO-VILLARES, M. O. y RÍOS-BLANCO, A.: “Polarización y riesgo de automatización del empleo...”, *op. cit.*, p. 44.

Gráfico 3. Proporción de personas trabajadoras según el nivel de ocupación (1994-2021)

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la EPA del INE (2021)⁵².

No obstante, cabe resaltar que esta polarización del empleo no ha sido simétrica, puesto que el incremento de las ocupaciones de nivel alto ha sido el doble que el bajo, lo que ha provocado que los puestos de trabajo para los que se requiere niveles de cualificación más elevados sean los mayoritarios, mientras que en 1994 eran los de cualificación media, por lo que las repercusiones en determinadas personas trabajadoras han sido muy notables. A tal respecto, es importante considerar los colectivos que han sufrido mayores repercusiones para así diseñar políticas de protección social adecuadas a la cobertura de sus necesidades.

4.2. Los colectivos más vulnerables frente al fenómeno de la automatización

Uno de los mayores problemas que plantea la automatización es que existen determinados colectivos que percibirán de manera más agravada los cambios que este fenómeno genere, de tal manera que dificultades en el empleo se multiplican, ya que normalmente, son aquellos que ya tenían limitaciones con anterioridad a la introducción de nuevas tecnologías. Aunque es cierto que son escasos los estudios que revelan las dificultades de los grupos más afectados por la automatización, las mujeres, las personas trabajadoras de edad más avanzada, personas con bajos niveles de estudios y personas con discapacidad, son algunos de ellos.

En este sentido, el Foro Económico Mundial ha elaborado un indicador que estima cuál es el empleo vulnerable como consecuencia de este fenómeno, denominado como *vulnerable employment*, que incluye a hombres y mujeres de diversos colectivos. El porcentaje es muy variado según el país de que se trate, siendo uno de los valores más elevados el de países como Tailandia, con un 48 por ciento o Vietnam con un 52 por ciento; mientras que el dato de España se sitúa en un 11 por ciento.

Concretamente, la introducción de tecnologías en el ámbito del empleo parece aumentar la brecha por razón de género, lo que contribuye a una mayor exclusión de las mujeres del

⁵² Instituto Nacional de Estadística (INE), *Encuesta de Población Activa*, 2021.

mercado de trabajo⁵³. Además del hecho de que el ámbito de las STEM⁵⁴ ha sido asociado tradicionalmente a los hombres, constituyendo un claro estereotipo de género referido a la falta de habilidades de las mujeres de desempeñar actividades relacionadas con estas áreas; también es importante considerar el hecho de que las ocupaciones de cualificación más baja reflejadas en el anterior Gráfico 3 son mayoritariamente ocupadas por mujeres. En específico, ellas son las que suelen dedicarse a tareas del hogar, de cuidados, de limpieza, de trabajo social, etc., así como las que tienen una mayor parcialidad y temporalidad.

Ello sumado a que gran parte de las mujeres dedicadas a estos ámbitos son racializadas, lo que provoca una discriminación múltiple⁵⁵ en el empleo no solo por las limitaciones que se encuentran en su inserción al mercado de trabajo, sino que estos suelen tratarse de empleos precarios con salarios muy bajos. Por ende, a pesar de que la demanda de este tipo de empleos de baja cualificación aumente, no se producirá una consecuente mejora en los salarios y en las condiciones de trabajo, sino que simplemente aumentará el número de personas (como se ha especificado, normalmente, mujeres) que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Por otro lado, la introducción de tecnología en el empleo puede tener implicaciones para las personas de edad más avanzada, ya que a menudo enfrentan dificultades para adaptarse a nuevas herramientas y sistemas debido a una menor familiaridad con la tecnología y a una menor capacidad de aprendizaje comparada con la que tiene la juventud. Esto, unido al hecho de una escasez de oportunidades de reentrenamiento y actualización de habilidades concretas para este grupo etario puede resultar en una mayor precariedad laboral y una exclusión del mercado de trabajo temprana debido a su falta de capacidad para adaptarse a la robotización.

Por este motivo, es importante que estos cambios tecnológicos en el mercado de trabajo se complementen con políticas de empleo que generen oportunidades de empleo por relevo generacional⁵⁶, de tal forma que debemos aprovechar que los perfiles actuales demandados son diferentes a los tradicionales, lo que puede ofrecer una gran oportunidad para una mayor incorporación de la mujer y de personas de más edad debido a los beneficios que supone la diversidad en el seno de las organizaciones.

Asimismo, es importante resaltar que, a pesar de que la tecnología tiene el potencial de crear entornos de trabajo más inclusivos, también puede exacerbar las barreras existentes si no se implementa adecuadamente, teniendo las personas con discapacidad que enfrentar unas dificultades adicionales para acceder y utilizar nuevas herramientas y sistemas tecnológicos si estos no están diseñados con accesibilidad. Además, los puestos de trabajo generalmente desempeñados por personas con discapacidad suelen estar caracterizados por la monotonía, la repetición y la simplicidad en la variedad de sus funciones para facilitarles su inserción en el mercado de trabajo. Si son estas precisamente las ocupaciones que mayor índice o riesgo de automatización tienen, está por ver a qué tipo de empleos se desplazarán estas personas.

No obstante, a pesar de la incidencia en estos colectivos, el factor más influyente en cuanto a la pérdida de empleos por la automatización de tareas se refiere al nivel de formación o

⁵³ ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: "Análisis de la robótica inclusiva en el empleo y las empresas con responsabilidad social desde una perspectiva de género: hacia la protección jurídica de la mujer trabajadora", en VV.AA. *Algoritmos, teletrabajo y otros grandes temas del feminismo digital* (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T. y OLARIU, O., Coords.), 2022, p. 43.

⁵⁴ Acrónimo en inglés de "Science, Technology, Engineering and Mathematics" (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas).

⁵⁵ Según el artículo 6.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE núm. 167, de 13 de julio), "se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley".

⁵⁶ LEÓN LLORENTE, C.: "Robotización, ¿sólo cambiará el empleo?", *Revista Empresa y Humanismo*, vol. 23, núm. 1, 2019, p. 24.

preparación académica, siendo las personas más demandadas las que tienen un mayor nivel de cualificación y las que podrán obtener salarios competitivos y condiciones de trabajo con una mayor flexibilidad. Por ende, aquellas personas con menos estudios se enfrentan a un riesgo muy alto de ser sustituidas por maquinaria, lo que aumenta las desigualdades entre las clases sociales más altas (que generalmente tienen un mayor nivel formativo) y las más bajas.

En este contexto, la vulnerabilidad se vuelve evidente, donde ciertas personas trabajadoras quedarán fuera de las posibilidades de reentrenamiento en el espacio laboral y, por ello, en una situación de desprotección producto de los cambios tecnológicos⁵⁷. Así, la integración de herramientas de protección social adaptadas a esta realidad toma una relevancia única para potenciar las posibilidades de la digitalización en el mercado laboral.

4.3. Breves apuntes sobre los efectos en el sistema de la Seguridad Social

Todo lo expuesto tiene una afectación directa en la protección social, que actúa como un verdadero reto para nuestro país; por un lado, en relación al “desempleo tecnológico”, que se refiere a la tasa de desempleo consecuente de la implementación de nuevas tecnologías en el empleo y, por otro lado, en términos de la sostenibilidad del sistema público de pensiones⁵⁸. Para tratar de disminuir las repercusiones de la digitalización en las personas trabajadoras y sus familias, se han planteado una serie de propuestas.

Con respecto al desempleo, se ha propuesto implementar una renta básica universal para la ciudadanía con el objetivo de mitigar las desigualdades y asegurar un ingreso mínimo de subsistencia para quienes se encuentran desempleadas⁵⁹, lo que puede extenderse al hecho de que hayan sido sustituidas por maquinaria. Sin embargo, a pesar de que puede resultar una medida beneficiosa, en otros países ya ha sido implantada (ineficazmente) como en Finlandia durante dos años y en Suiza, rechazada por referéndum, y en España su aplicación también plantea desafíos, como la dificultad de encontrar una fuente de financiación adecuada.

Por otra parte, en España la población cuenta con el Ingreso Mínimo Vital (en lo sucesivo, IMV), una medida implementada en 2020 a través del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo⁶⁰, disposición derogada por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre⁶¹, que garantiza un sistema público de Seguridad Social para apoyar y brindar prestaciones a quienes estén en situaciones de necesidad. En ese sentido, el IMV tiene como objetivo, en parte, corregir las desigualdades en la distribución de la riqueza (que podría ser consecuente del fenómeno que se está estudiando), funcionando como una prestación no contributiva.

Otro tema de debate que está actualmente en el centro de la discusión es la reducción de la jornada laboral semanal, con el objetivo de redistribuir el empleo de manera más equitativa y, en la medida de lo posible, facilitar la inserción laboral de las personas desempleadas, lo que puede beneficiar también a aquellas personas que ocupan puestos de trabajo en riesgo de automatización, pudiendo ser complementadas las tareas humanas con las de los robots. En este contexto, el 25 de enero arrancó la Mesa de Diálogo Social para debatir sobre este tema y, por parte del Gobierno está previsto que la jornada laboral de 37,5 horas entre en vigor el 1 de enero de 2025, pero esta propuesta aún no es una realidad, siendo este el primer paso del fin de llegar

⁵⁷ OCDE, “Informality and Globalisation: In Search of a New Social Contract”, *OECD Publishing*, 2023.

⁵⁸ CABELLO ROLDÁN, A.: “Incógnitas de la digitalización de la seguridad social...”, *op. cit.*, p. 485.

⁵⁹ RAVENTÓS PAÑELLA, D.: “La renta básica: un derecho de existencia ciudadana”, *Temas para el debate*, núm. 103, 2003, p. 15.

⁶⁰ BOE núm. 154, de 1 de junio de 2020.

⁶¹ BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2021.

a las 32 horas máximas semanales en 2032⁶², propuesta aún más lejana de la realidad, ya que no todas las empresas podrán permitirse dicha reducción sin recorte salarial.

Asimismo, además de estas medidas encaminadas a reducir los impactos negativos del desempleo (por ejemplo, por la implementación de nuevas tecnologías), también es objeto de debate la sostenibilidad del sistema de pensiones como consecuencia de la introducción de robots sustitutorios de personas, buscando la consecuente sustitución de sus cotizaciones.

En ese sentido, como consecuencia del rápido proceso de envejecimiento y el aumento de la esperanza de vida de las personas en España, la viabilidad económica del sistema público de pensiones se está debilitando, lo que puede incluso empeorar si se sustituye a personas trabajadoras por robots, que no pagan cotizaciones sociales pero son más productivos⁶³. Por este motivo, se ha planteado la posibilidad de que la introducción de robots contribuya de cierta forma a la sostenibilidad del sistema, a través de cotizaciones especiales o impuestos.

No obstante, esto entra en colisión si analizamos la naturaleza y fin de las cotizaciones, en el sentido de que debería reconocerse su posterior derecho a recibirlas, al igual que ocurre con las personas; además de que un robot no constituye un sujeto obligado a cotizar según la normativa básica que lo regula (Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social⁶⁴) ni se da la característica básica de voluntariedad de realización del trabajo por parte de los mismos.

En definitiva, todo este complejo asunto requiere de especial atención para evitar que las personas se vean perjudicadas, especialmente aquellas de mayor edad y las que tienen unos ingresos más bajos o dificultades en el empleo, sea o no como consecuencia de la robótica. En ese sentido, la realidad está avanzando a mucha más velocidad que la normativa⁶⁵, lo que conlleva que el panorama laboral esté planteando incertidumbres que impiden garantizar las necesidades básicas de los colectivos más vulnerables frente a estas situaciones.

5. Conclusiones: Hacia una robótica inclusiva en el empleo

La automatización y la robotización han emergido como dos de los principales motores de transformación en la economía global contemporánea. Estas tecnologías, si bien prometen un aumento en la eficiencia y la productividad, también están generando profundos cambios en la estructura del empleo, lo que conlleva un impacto significativo en las desigualdades laborales, por lo que resulta crucial analizar en profundidad cómo estas innovaciones están afectando la equidad en el acceso y la calidad del trabajo, y proponer estrategias que puedan mitigar sus efectos adversos.

En cuanto a sus beneficios, este fenómeno trae consigo una mayor eficiencia tanto en la administración como en la prestación de servicios, de tal forma que al automatizar procesos, se agiliza la gestión de registros, se reducen los costos operativos y se mejora la precisión en el cálculo de beneficios y cotizaciones de la Seguridad Social. Además, permite una mejor identificación de las necesidades de las personas beneficiarias, favoreciendo una distribución más equitativa de los recursos. En cuanto a los beneficios sociales, la digitalización puede mejorar la

⁶² PASCUAL CORTÉS, R.: “Así quiere transitar Yolanda Díaz a la jornada laboral de 32 horas semanales”, en *El País*, a fecha de 23 de junio de 2023.

⁶³ HERCE SAN MIGUEL, J. A.: “Robots II: ¿Pagarán los robots nuestras pensiones?”, *Empresa Global*, 2017, pp. 28-29.

⁶⁴ BOE núm. 153, de 25 de junio de 2004.

⁶⁵ RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R. M.ª.: “La sustitución de trabajadores por robots. La frontera entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo en la era digital”, *Revista Lex Mercatoria*, vol. 12, 2019, p. 10.

calidad de vida al reducir las horas de trabajo y minimizar los riesgos laborales mediante el uso de robots en sectores peligrosos.

Sin embargo, este también plantea numerosos desafíos, siendo uno de los principales la polarización del empleo, siendo las tareas rutinarias que no requieren una alta cualificación (y, por tanto, desarrolladas por personas con bajos niveles de estudios y, posiblemente, de tipo económico) las más susceptibles de ser automatizadas. Ello está provocando una disminución en la demanda de personas trabajadoras con habilidades medias-bajas, lo que conlleva a un aumento de la brecha salarial y a una concentración del empleo en los extremos: trabajos altamente cualificados, que requieren competencias tecnológicas avanzadas, y trabajos poco cualificados, que a menudo están mal remunerados y ofrecen poca seguridad laboral.

Como se ha expuesto, esta polarización afecta de forma desproporcionada a ciertos grupos demográficos soliendo estar las mujeres, por ejemplo, sobrerrepresentadas en puestos de tipo administrativo y de servicios, con una mayor tasa de desplazamiento o sustitución debido a la automatización. Además, la juventud, que aún no ha acumulado la experiencia necesaria para acceder a trabajos de alta cualificación, se enfrentan a barreras para ingresar al mercado laboral en condiciones favorables; mientras que las personas de edad más avanzada tampoco tienen muchas posibilidades de reentrenamiento de sus habilidades para ampliarlas al ámbito tecnológico. Por otro lado, las tareas desempeñadas por personas con discapacidad suelen estar caracterizadas por su monotonía, siendo estas precisamente las más automatizables.

Ante todos estos desafíos, es crucial la adopción de medidas que no solo respondan a las necesidades inmediatas de estos colectivos, sino que promuevan un cambio estructural en el mercado laboral, siendo una de las propuestas más urgentes la inversión en programas de reentrenamiento y educación continua para equipar a las personas trabajadoras con aquellas habilidades necesarias para su adaptación a los cambios tecnológicos. No obstante, no basta con ofrecer formación; es esencial que esté alineada con las demandas reales del mercado laboral y que se garantice el acceso equitativo a estas oportunidades, para lo que los gobiernos y las organizaciones deben trabajar en conjunto, identificando las habilidades emergentes y desarrollar currículos que preparen a las personas trabajadoras para los empleos del futuro.

Además, debido a sus implicaciones en el sistema de Seguridad Social, es crucial repensar las políticas de este sistema en el contexto de la automatización, puesto que el desempleo tecnológico puede ser una realidad para muchas personas, especialmente aquellas en sectores altamente susceptibles a la automatización. Por lo tanto, es fundamental fortalecer las redes de protección social para asegurar que las desplazadas no se sitúen en riesgo de exclusión social, ampliando los beneficios de desempleo, la creación de programas de apoyo para la búsqueda de empleo y la implementación de medidas para facilitar la transición hacia nuevas ocupaciones, como subvenciones para la formación o incentivos fiscales para empresas que contraten a personas trabajadoras en reentrenamiento.

En conclusión, la robotización y la automatización son fenómenos inevitables que están remodelando el mercado laboral global. Si bien la importancia para evitar que se produzcan desigualdades en este contexto radica en analizar la necesidad de la introducción de robots en los puestos de trabajo y contemplando las habilidades y necesidades de las personas que ocupan dichos puestos. En ese sentido, sería importante valorar si existe o no la tendencia de afectación de determinados colectivos y, si es así, promover la formación de los mismos a través de programas de capacitación digital que sean accesibles para todas las personas y adaptados

a diferentes niveles de habilidad, a través de un plan estatal⁶⁶ con atención especial a aquellos colectivos más vulnerables (personas desempleadas, mujeres, personas con algún tipo de discapacidad, etc.), así como contar con sistemas de protección social adecuados que garanticen su subsistencia.

6. Bibliografía

- ABOAL, D. y ZUNINO, G.: “Innovaciones y habilidades en América Latina”, *INTAL: Integración & Comercio*, núm. 42, 2017.
- ACEMOGLU, D. y RESTREPO, P.: “The race between machine and man: implications of technology for growth, factor shares and employment”, *NBER Working Paper Series 22252, National Bureau of Economic Research*, 2016.
- ACUÑA ACUÑA, J.: “Automatización industrial: definición y conceptos”, *Tecnología en marcha*, vol. 10, núm. 1, 1990.
- AGUILERA DURÁN, J.: “Derecho al trabajo, automatización laboral y derechos de afectación por el uso de tecnología”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 29, 2019.
- ÁLVAREZ MARÍN, N.: “Automatización e inteligencia artificial (IA): revolución y desocupación laboral”, 2024.
- ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: “Análisis de la robótica inclusiva en el empleo y las empresas con responsabilidad social desde una perspectiva de género: hacia la protección jurídica de la mujer trabajadora”, en VV.AA. *Algoritmos, teletrabajo y otros grandes temas del feminismo digital* (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T. y OLARIU, O., Coords.), 2022.
- ARNTZ, M., GREGORY, T. y ZIERAHN, U.: “The Risk of Automation for Jobs in OCDE countries: A Comparative Analysis”, *OCDE Social, Employment & Migrations Working Papers*, núm. 189, 2016.
- BERG, J., FURRER, M., HARMON, E., RANI, U. y SILBERMAN, M. S.: *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ginebra, 2019.
- BLANCO, R., FONTRODONA, J. y POVEDA, C.: “La industria 4.0: El estado de la cuestión”, *Economía industrial*, núm. 406, 2017.
- CABELLO ROLDÁN, A.: “Incógnitas de la digitalización de la seguridad social: ¿cotización de los robots?, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (Coord.), *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva. Tomo I: VII Congreso Internacional y XX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ediciones Laborum, vol. 1, 2023.
- CASTRO FRANCO, A.: “La formación permanente de los trabajadores y las competencias digitales en un mercado laboral signado por la utilización de algoritmos”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, núm. 11, 2024.
- CAYO-LEÓN, J. F. y SILVA-CAICEDO, R. F.: “Sinergia entre automatización y seguridad laboral en trabajos industriales”, *CIENCIAMATRIA: Revista Interdisciplinaria de Humanidades, Educación, Ciencia y Tecnología*, vol. 10, núm. 1, 2024.

⁶⁶ MONTOTOYA MEDINA, D.: “Crisis del mercado de trabajo y retos de protección social en la nueva era tecnológica. Especial referencia al caso español”, *Revista Ibérica do Direito*, vol. 1, núm. 2, 2020, p. 17.

- EUROSTAT, *Survey on ICT usage and e-commerce in enterprises*, 2021.
- FERREIRO-SEOANE, F. J., MOGO-CASTRO, C., DEL CAMPO-VILLARES, M. O. y RÍOS-BLANCO, A.: “Polarización y riesgo de automatización del empleo en el mercado laboral español”, *Revista Empresa y Humanismo*, vol. 26, núm. 2, 2023.
- FORD, M.: *Rise of the Robots: Technology and the threat of a jobless future*, New York, Basics Books, 2015.
- FORO ECONÓMICO MUNDIAL, *Informe sobre el Futuro del Empleo*, Suiza, mayo 2023.
- FREY, C. B. y OSBORNE, M.: *The future of employment: How susceptible are jobs to computerization? (El futuro del empleo: ¿Cómo de susceptibles son los empleos para la automatización?)*, 2013.
- GÓMEZ SALADO, M. Á.: “La cuarta revolución industrial: ¿una gran oportunidad o un verdadero desafío para el pleno empleo y el trabajo decente?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm. 4, 2019.
- GÓMEZ SALADO, M. A.: “Robótica, empleo y seguridad social: la cotización de los robots para salvar el actual estado del bienestar”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, núm. 3, 2018.
- GREGORY, T., SALOMONS, A. y ZIERAHN, U.: “Racing With or Against the Machine? Evidence for Europe”, *Institute of Labor Economics Initiated by Deutsche Post Foundation*, 2019.
- HERCE SAN MIGUEL, J. A.: “Robots II: ¿Pagarán los robots nuestras pensiones?”, *Empresa Global*, 2017.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), *Encuesta de Población Activa*, 2021.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), *Encuesta sobre el uso de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y del Comercio Electrónico en las Empresas*, 2022.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF ROBOTICS (IFR), *Welcome to the presentation of World Robotics 2022*, 2022.
- ISPIZUA DORNA, E.: “Industria 4.0: ¿Cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 40, 2018.
- LAHERA SÁNCHEZ, A.: “El debate sobre la digitalización y la robotización del trabajo (humano) del futuro: automatización de sustitución, pragmatismo tecnológico, automatización de integración y heteromatización”, *Revista Española de Sociología (RES)*, núm. 30, 2021.
- LAHERA SÁNCHEZ, A.: “Digitalización y robotización del trabajo del futuro: ¿demasiadas grandes esperanzas?: Una propuesta para la evaluación empírica de la calidad del trabajo digital(izado)”, *Panorama Social*, núm. 34, 2021.
- LEÓN LLORENTE, C.: “Robotización, ¿sólo cambiará el empleo?”, *Revista Empresa y Humanismo*, vol. 23, núm. 1, 2019.
- MARTÍN VALVERDE, A.: *La naturaleza, los objetivos y el régimen jurídico de la política de empleo*, DAL-RÉ, V. y GONZÁLEZ, S. (Dirs.), Comentarios a la Ley de Empleo, Madrid, 2012.
- MCKINSEY COMPANY: “Four fundamentals of workplace automation”, *McKinsey Quarterly*, 2015.
- MERCADER UGUINA, J. R.: “El impacto de la robótica y el futuro del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 67, núm. 269, 2017.

- MERCADER UGUINA, J. R.: “La robotización y el futuro del trabajo”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 27, 2017.
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y TURISMO, GOBIERNO DE ESPAÑA: *Industria Conectada 4.0: La transformación digital de la industria española. Dossier de prensa*, Madrid, 2015.
- MONTOYA MEDINA, D.: “Crisis del mercado de trabajo y retos de protección social en la nueva era tecnológica. Especial referencia al caso español”, *Revista Ibérica do Direito*, vol. 1, núm. 2, 2020.
- OBSERVATORIO NACIONAL DE TECNOLOGÍA Y SOCIEDAD, *Uso de inteligencia artificial y big data en las empresas españolas*, 2023.
- OCDE, “OECD Employment Outlook 2024”, *OECD Publishing*, 2024.
- OCDE, “Informality and Globalisation: In Search of a New Social Contract”, *OECD Publishing*, 2023.
- ORTEGA KLEIN, A.: *La imparable marcha de los robots*, Madrid, Alianza Editorial, 2016.
- PALACIOS GONZALO, A.: *El impacto de la automatización en la sustitución de mano de obra humana por robots en la industria. Perspectivas: sociales, económicas y laborales*, Trabajo Fin de Grado, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2024.
- PASCUAL CORTÉS, R.: “Así quiere transitar Yolanda Díaz a la jornada laboral de 32 horas semanales”, en *El País*, a fecha de 23 de junio de 2023.
- RAVENTÓS PAÑELLA, D.: “La renta básica: un derecho de existencia ciudadana”, *Temas para el debate*, núm. 103, 2003.
- RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R. M.^a: “La sustitución de trabajadores por robots. La frontera entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo en la era digital”, *Revista Lex Mercatoria*, vol. 12, 2019.
- RUBBI, L. N., BARLARO ROVATI, B. y PETRAGLIA, A.: “¿Perdidos o salvados?: El futuro del trabajo frente a la cuarta Revolución Industrial”, *Desde el Sur*, vol. 12, núm. 1, 2020.
- SANCHIS LLOPIS, R., ROMERO PÉREZ, J. A. y ARIÑO LATORRE, C. V.: *Automatización industrial*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010.
- STEWART, K., DESHPANDE, A., HOORENS, S. y GUNASHEKAR, S.: “Advanced robotics. Implications of game-changing technologies in the service sectors”, *Eurofound Working Paper WPEF*, núm. 19.001, 2019.
- VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: “La inclusión de la robotización en la política de empleo”, *International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies (IJISEBC)*, vol. 6, núm. 1, 2019.
- VERGARA REYES, D. M., ARENAS DÍAZ, G. y HEIJS, J.: “Impacto de la innovación sobre el empleo en términos cuantitativos: revisión de la literatura empírica basada en microdatos”, *Gestión de la innovación para la competitividad: Sectores estratégicos, tecnologías emergentes y emprendimientos*, 2017.
- VV.AA.: *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de seguridad social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida*, MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.), Granada, Comares, 2016.

VV.AA.: *Jobs lost, jobs gained: workforce transitions in a time of automation*, BUGHIN, J. (Dir.), Nueva York, McKinsey Global Institute, vol. 150, núm. 1, 2017.

Panel Cuarto

Las instituciones ante la igualdad de trato y no discriminación en la salud y en la protección social

COMUNICACIONES

LA IMPORTANCIA DEL TRATO HUMANO EN LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA EVITAR DESIGUALDADES EN SU DERECHO

ALVARO JAVIER SAN MARTÍN RODRÍGUEZ

Doctor en Derecho

Abogado Bufete Casadeley

1. Introducción

Cuando la Constitución dividió la asistencia sanitaria entre los arts. 41 y 43, e hizo lo propio con los títulos competenciales que le afectan entre los apartados 16 y 17 del art. 146.1, y la Ley 14/1986, de 25 de abril, lenta y no siempre pacífica, hacia una protección segregada y distinta de la Seguridad Social se abrió una amplia polémica y un profundo debate sobre si esta debía formar parte o no del sistema de la Seguridad Social, y al mismo no faltó ninguna de las plumas más solventes del iuslaboralismo español.

Las voces más referentes en la materia pudieron consolidar¹ una “declaración” de independencia de la prestación, sin embargo no solo siempre persistieron voces defendiendo el mantenimiento del vínculo histórico², sino que últimamente se reavivan al calor del Real

¹ Así, desaparece el Capítulo destinado a “Prestaciones sanitarias”, de su Manual [ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 14ª ed., Madrid (Civitas), 1995]; a la par la monografía de ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones sanitarias de Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 1994, ve un nuevo título en ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Madrid (Civitas), 1999.

² Entre otros, APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección a la salud*, Madrid, (Civitas), 1989; QUIROS HIDALGO, J. G.: *La protección farmacéutica de la Seguridad Social*, Valladolid (Lex Nova), 2006, págs. 52 y ss. o

Decreto-ley16/2012, de 20 de abril y Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto³ y de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional defendiendo la neutralidad de la Norma Fundamental en este punto, de estricta configuración legal⁴.

Apuntado el motivo de su –discutible– ubicación, merece su importancia vincularlo en cuanto al discurso interesa que es el derecho de cualquier trabajador, a partir de cuanto dispone el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, a las prestaciones sanitarias derivadas del consumo abusivo de alcohol, drogas y otras sustancias, incluidas como tales en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y la importancia del tratamiento humano de las mismas para una adecuada tutela de la reinserción socio-laboral de la persona afectada.

2. La digitalización del Sistema Nacional de Salud

El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS) aprobó en el año 2021 la Estrategia de Salud Digital del SNS, que constituye el marco de referencia para el desarrollo de las diferentes iniciativas y actuaciones de las administraciones competentes en materia de digitalización sanitaria, promoviendo que el SNS aborde dicha transformación digital de manera armónica y coordinada.

La citada Estrategia de Salud Digital del SNS se enfoca, fundamentalmente, a cuatro objetivos estratégicos, que se relacionan con la capacitación e implicación de las personas en el cuidado de su salud y en el control de la enfermedad, facilitando su relación con los servicios sanitarios; la maximización del valor de los procesos para un mejor desempeño y rendimiento del sistema sanitario público, apoyando el trabajo de los profesionales y facilitando la comunicación entre ellos de manera que se asegure la continuidad asistencial y se refuerce la gobernanza de las organizaciones; la adopción de políticas de gestión y gobierno de los datos que permitan crear un Espacio Nacional de Datos de Salud para la generación de conocimiento científico y la evaluación de los servicios; y la evolución del SNS teniendo en cuenta las exigencias de la sociedad actual, aplicando políticas de innovación orientadas a la medicina 5P (Poblacional, Preventiva, Predictiva, Personalizada y Participativa).

En su propia introducción la estrategia señala que “la introducción de las tecnologías digitales en la sanidad presenta también numerosos aspectos complejos relacionados con los derechos de los pacientes, el acceso a las tecnologías, la transferencia de riesgos en la toma de decisiones, la medicalización innecesaria o los usos secundarios y la propiedad de los datos, por mencionar los más evidentes, que es imprescindible tener en cuenta.

Es preciso, por lo tanto, no perder la perspectiva de que la transformación digital de la sanidad debe estar, sobre todo, al servicio de las personas y servir tanto para implicar a cada individuo en el cuidado de su salud como para reforzar la relación profesional-paciente y profesional como

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del Sistema de Seguridad Social”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L., Dir.): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Granada (Comares), 2008, págs. 400-402.

³ Baste remitir a las posiciones con profundas diferencias que separan los discursos de HIERRO HIERRO, F. J.: “La prestación por asistencia sanitaria: cuestiones de encuadramiento”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31, 2012 o ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “Sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones sanitarias: ¿sanidad o sanidad y Seguridad Social? Reflexiones tras la publicación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la celeridad y seguridad de sus prestaciones”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 161, 2014, págs. 113-144

⁴ Acabada la presentación en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, G.: “La prescripción y dispensación de medicamentos en la doctrina del Tribunal Constitucional: algo más que una cuestión competencial”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14, 2018, págs. 52-57.

elementos centrales en los procesos de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y la discapacidad, asistencia sanitaria y cuidados de la salud”⁵.

Entre muchos desafíos, la estrategia presenta medidas como mecanismos digitales de información del paciente de la evolución de su proceso, apoyar los recursos de identificación digital necesarios para el acceso de profesionales y pacientes a los diferentes servicios digitales del SNS o ampliar y mejorar los servicios dentro y fuera de los edificios sanitarios, trascendiendo el enfoque de la atención sanitaria basada en el centro, y facilitando la realización de determinadas prestaciones y servicios a través de una red de cuidados virtual e inteligente, centrada en el paciente e integrada en el proceso continuo de la salud.

Señala que “la digitalización debe concebirse con un enfoque que integre todas las funciones que desarrolla el sistema sanitario, facilitando el desempeño específico de cada nivel asistencial y asegurando el trabajo conjunto sobre un mismo paciente”⁶ y reconoce que debe adaptarse a las circunstancias de cada uno de los actores y a la evolución de la demanda de la sociedad.

En este residual y ultimo apunte señalado debe dirigirse la atención a la hora de completar el proceso de digitalización de los servicios de asistencia sanitaria suministrados por el sistema de la Seguridad Social. La adaptación adecuada de este sistema a la era digital no solamente precisa de un adecuado equilibrio entre las posibilidades digitales y la no destrucción de empleo, sino la necesidad de no dejar al paciente atrás por no existir recursos humanos suficientes que empaticen con las carencias que presenta por su enfermedad o sus circunstancias personales. Un ejemplo de ello es la vulnerabilidad que pueden llegar a manifestar las personas adictas a sustancias psicoactivas en distintos estadios de la enfermedad en relación con la exigencia del dominio de las nuevas tecnologías para acceder a un tratamiento adecuado en la sanidad pública. En los puntos siguientes se observará la importancia de la cobertura de este fenómeno en el sistema y la relevancia del facultativo de atención primaria que tutele personalmente su caso.

3. La cobertura legal de las drogodependencias en el sistema en el Sistema Nacional de Salud y la importancia de la facilidad en los medios para el paciente

Cabrá atender a cuanto dispone el Anexo II del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, el cual, dentro de la Atención Primaria recoge los siguientes aspectos de cobertura⁷:

- Todas aquellas actividades asistenciales de atención individual, diagnóstico, terapéuticas y de seguimiento de procesos agudos o crónicos, dentro de las cuales se mencionan expresamente las intoxicaciones (apartado 1); la realización de anamnesis [apartado 2.1.1 a)]. Las actuaciones dirigidas a la promoción y educación para la salud (que comprende las dirigidas a modificar o potenciar hábitos y actividades que conduzcan a formas de vida saludables, así como a promover al cambio de conductas relacionadas con factores de riesgo de problemas de salud específicos y las orientadas al fomento de los autocuidados, incluyendo la información y asesoramiento sobre conductas o factores de riesgo y sobre estilos de vida y actividades para la salud grupales y en centros educativos) y preventivas (incorporando las actividades para prevenir la aparición de enfermedades actuando sobre

⁵ MINISTERIO DE SANIDAD: *Estrategia de salud digital del Sistema Nacional de Salud*, Madrid, 2021, pág. 8.

⁶ MINISTERIO DE SANIDAD: *Estrategia de salud digital del Sistema Nacional de Salud*, cit., pág. 36.

⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: *Análisis de la problemática demanda del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral*, cit., págs. 337 y 338.

los factores de riesgo –prevención primaria– o para detectarlas en la fase presintomática –prevención secundaria–) [apartados 3.1.1 y 3.1.2 c), respectivamente].

Servicios de atención a la adolescencia, mentando la anamnesis y consejo sobre hábitos que comporten riesgos para la salud, como el uso de tabaco, alcohol y sustancias adictivas [apartado 6.2.1].

Atención al adulto, grupos de riesgo y enfermos crónicos, dentro de los cuales se menciona la atención a fumadores y apoyo a la deshabituación de tabaco (incluyendo la valoración del fumador, la información sobre riesgos, el consejo de abandono, el apoyo sanitario y, en su caso, la intervención con ayuda conductual individualizada), atención al consumidor excesivo de alcohol (incorporando la detección y cuantificación del consumo y frecuencia de la ingesta, la valoración de la dependencia, el consejo de limitación o eliminación de consumo, la valoración de patologías provocadas por el consumo y la oferta de asistencia sanitaria para abandono en caso necesario) y atención a otras conductas adictivas (con la detección, la oferta de apoyo sanitario especializado, si se precisa, para abandono de la dependencia y la prevención de enfermedades asociadas) [apartados 6.4.4. a), b) y c)]. En fin, en su caso, derivación a los servicios de salud mental.

Es de notar, a partir de tales atribuciones, el papel fundamental de los médicos de Atención Primaria, cuyo papel en el ámbito analizado (tanto en aplicación de la cartera de servicios comunes como en las carteras suplementarias de cada Comunidad Autónoma) ha sido ponderado en la evaluación de la Estrategia que finalizó en 2016. Las conclusiones alcanzadas en esta estrategia pueden ser condensado en los siguientes aspectos más significativos:

- Existe una red amplia, diversificada y consolidada de recursos y programas de atención a drogodependientes, con profesionales muy cualificados y con énfasis en la atención obligatoria.
- Obra un aumento del número de recursos y casos atendidos tanto en programas generales como específicos. En estos aumenta el número de mujeres y menores y los programas sustitutivos de opiáceos siguen siendo muy importantes aun cuando disminuye el número de usuarios.
- Hay variaciones significativas en las admisiones a tratamiento: aumentan las relacionadas con el cannabis en primeros ingresos y disminuyen las relacionadas con cocaína y heroína.
- Es baja la proporción de consumidores problemáticos de cannabis y cocaína que llega a tratamiento. El número de años transcurridos entre el inicio de consumo y el tratamiento es muy alto y ha aumentado para todas las drogas, especialmente para la cocaína.
- “Se ha avanzado en la implementación de carteras de servicios y catálogos de programas, aunque su grado de desarrollo es desigual en las CC.AA. Del mismo modo, se ha generalizado la evaluación de las necesidades y de los procesos, y no tanto la evaluación de los resultados del tratamiento”.
- “La heterogeneidad y diferente grado de cobertura de las sustancias de información de las CC.AA. podría afectar a la fiabilidad y exhaustividad de la información sobre los programas”.
- Existe una oferta variada de programas y recursos de reducción de daños, a excepción de los programas de prevención de sobredosis, presentes solo en siete CC.AA.

- Se mantiene la oferta de recursos, con un aumento en los centros de emergencia social y la progresiva incorporación de los centros de la red asistencia.
- Se observa un descenso en el número de personas atendidas y jeringuillas distribuidas, dato relacionado con la notable disminución de usuarios.
- En fin, cabe apreciar un descenso generalizado en el porcentaje de personas infectadas por VIH y hepatitis C, aunque la prevalencia sigue siendo elevada.

El diagnóstico precedente aumenta, sin duda, las previsiones contenidas en materia de atención sanitaria en la nueva Estrategia Nacional de Adicciones 2017-2024. Acomodándose a su estructura, obra un diagnóstico, unos retos, unos valores y unos objetivos estratégicos en las diferentes Áreas de actuación que contempla.

A.- Diagnóstico. Cuatro factores se ponen de relieve en el diseño sanitario contenido en la Estrategia:

- La existencia de una red amplia, consolidada, diversificada y accesible de atención a los problemas de drogas. Con todo se observa un incremento muy significativo del número de casos atendidos en la red (aumento de un 33% en programas generales y del 22% en programas específicos), así como un envejecimiento de la población con consumos de larga duración y problemas crónicos de salud física y mental (ascendiendo en 2 años la edad media de las personas en tratamiento). Por lo demás, cabe dar cuenta de un alto porcentaje de consumidores problemáticos que no llegan a la red y ha aumentado el tiempo transcurrido entre el inicio del consumo y el del tratamiento.
- Los programas de reducción de daños han conseguido grandes logros en la reducción de la infección por VIH y VHC, gracias a la variedad y cobertura de los programas puestos en marcha.
- La coordinación es de vital importancia en áreas como la atención integral, para protocolizar el establecimiento de itinerarios y procesos terapéuticos; también en la prevención, para la cobertura universal de los programas.
- Respecto a la equidad, “es necesario seguir mejorando la accesibilidad de los servicios y los tratamientos y extender las mejores prácticas. La diversidad de oferta de servicios y programas de las CC.AA., no explicable por diferencias en los problemas asociados al consumo en los diferentes territorios, pueden dar lugar a situaciones de desigualdad. Además, se necesita avanzar en la implementación de procesos de acreditación normalizados. Buenas Prácticas y Catálogos de Servicios (metodología, prestaciones mínimas...) que regirán la cooperación y el consenso de todos los PADs”.

B.- Retos. Un triple reto aparece como prioritario:

- La necesidad de impulsar programas centrados en las necesidades de las mujeres (por ejemplo, en la dependencia a psicofármacos), analizando todos los aspectos ligados al consumo y desarrollando alternativas de tratamiento no farmacológicas.
- La atención sociosanitaria a la patología dual, presente en casi la mitad de las personas con problemas de adicción.
- El envejecimiento de la población consumidora y el abordaje del aumento de la cronicidad, incluyendo todo lo relacionado con el deterioro cognitivo asociado.

C.- Sobre los principios rectores dados por la equidad, perspectiva de género y transparencia y los objetivos generales a disminuir los daños asociados al consumo de sustancias con potencial adictivo haciendo lo propio con su presencia y el retraso en la edad de inicio a las adicciones, cuatro son los valores que proclama:

- Enfoque de Salud Pública integral, incluyendo a la persona, su entorno familiar y social y al conjunto de la comunidad: La salud pública tiene una orientación siempre comunitaria con acciones dirigidas al individuo afectado directamente por la adicción, teniendo en cuenta que la acción individual repercute también sobre el conjunto de la comunidad (en términos de seguridad, económicos, y de salud, etc.); primar a las personas para potenciar la salud colectiva porque el consumo de drogas trasciende de quien las consume al conjunto de la sociedad y porque todo el mundo es diana potencial de estos consumos a lo largo de su vida, sin abandonar las acciones de mejora de la salud perdida y de los procesos necesarios para la rehabilitación-reinserción, abarcando además al conjunto de las personas afectadas en el entorno de un adicto.
- Universalidad: Cobertura universal y gratuita, en el marco establecido por el Real Decreto de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y demás normativa estatal y autonómica relacionada con la atención a las adicciones, con actuaciones [globales/universales] con intensidad proporcional a las necesidades y la solidaridad, priorizando la protección a los colectivos más vulnerables.
- Coherencia y colaboración entre Administraciones Públicas: En busca de la homogeneización de políticas, integrando leyes y acuerdos previamente aceptados, evitando la contradicción y las divergencias. Para ello las Administraciones Públicas deben fomentar la colaboración y cooperación en busca de optimizar la transversalidad que las diferentes administraciones proporcionan.
- Atención a la diversidad: De modo que se tomen las medidas necesarias para facilitar el acceso y la atención a las personas con identidades diversas de forma que se pueda dar una respuesta ajustada a sus necesidades, promoviendo paralelamente su integración social.

D.- Dentro de las distintas Áreas de actuación, y en referencia a la atención sanitaria cabría destacar las siguientes:

a) Prevención y reducción del riesgo

- Promover una conciencia social de riesgos y daños provocados por las drogas y las adicciones [10.1.3].
- Promover conductas y hábitos de vida saludable [10.1.6].
- Detectar precozmente y prevenir los consumos de mayor riesgo [10.1.7].

b) Atención integral y multidisciplinar

- Garantizar una atención integral de calidad [10.2.1.] mediante: a) La coordinación de la red de tratamiento a las adicciones con el resto del sistema socio-sanitario. [10.2.1.1.], b) Mejora del tratamiento y seguimiento en los servicios sanitarios y sociales de las personas con adicciones, cronicadas y de aquellas de mayor edad. [10.2.1.2.], c) Integración en los planes de salud comunitaria del abordaje de las adicciones. [10.2.1.3.], d) Evaluación de todas las actuaciones. [10.2.1.4.]

- Consolidar la incorporación a la red asistencial de la atención a las nuevas adicciones (con y sin sustancia). [10.2.2.]
- Fomentar la atención integral mediante itinerarios personalizados para las características de cada paciente (crónicos, patología dual, usuarios sin hogar, entre otros). [10.2.3.]. A tal efecto procederá: a) Diseñar protocolos de actuación con otras instituciones, organizaciones, recursos, que desarrollen actuaciones dirigidas a población vulnerable para realizar una atención integral y facilitar el acceso a los recursos. [10.2.3.1.], b) Implementar recursos y programas para la intervención en Patología Dual. [10.2.3.2.]
- Garantizar la calidad y el ajuste a la evidencia de todas las actuaciones. [10.2.4.]
- Incluir la perspectiva de género en todos los niveles del proceso asistencial. [10.2.5.], con el detalle exhaustivo detallado en los apartados [10.2.5.1, 10.2.5.2 y 10.2.5.3].

c) Reducción de daños

- Mantener, ampliar la cobertura y adaptar a los nuevos perfiles de consumo los programas de reducción del daño. [10.3.1.1.]. Así procederá: a) Ampliar la oferta de medicación sustitutiva de opiáceos, mejorando el acceso dentro del Sistema Nacional de Salud (SNS) a otros agonistas o agonistas/antagonistas opiáceos para las personas que han fracasado con la metadona. b) [10.3.1.2.]. Ampliar la oferta y cobertura de los programas de prevención de sobredosis (p.ej. con inclusión de la prescripción y entrega de naloxona a los consumidores de opiáceos y pacientes en tratamiento con sustitutivos) en diferentes ámbitos. 10.3.1.3. c) Mejorar los programas de intercambio de jeringuillas y ampliar su cobertura en Atención Primaria.
- Mejorar y ampliar el diagnóstico precoz de las infecciones transmisibles (VIH, VHC,...) y el acceso a tratamiento de los usuarios de drogas. [10.3.2.].
- Integrar la metodología de reducción de daños en las redes asistenciales de manera transversal. [10.3.3.]
- Mejorar la coordinación con la Atención Primaria de Salud y Salud Mental para detección de trastornos mentales e intervención temprana. [10.3.4.].

d) Incorporación social, con especial hincapié en la integración laboral.

- Incrementar la cobertura poblacional en coordinación con la red asistencial [10.4.3].
- Mejorar la coordinación interinstitucional [10.4.5]

e) Dentro de las Áreas transversales, destacan las siguientes previsiones:

- Entre las medidas de coordinación procederá garantizar las sinergias, la coherencia y las prácticas eficaces entre las Administraciones a todos los niveles, las diferentes instituciones e iniciativas, evitando la duplicación de esfuerzos, garantizando la eficacia del intercambio de información, utilizando eficazmente los recursos y garantizando la continuidad de las acciones [11.1.1.]; fomentar y alternar la participación en implicación activas y significativas de la sociedad civil [11.1.2.]; fomentar la coordinación dentro y entre las propias CC.AA y las entidades locales

que cuentan con Planes de Adicciones propios para garantizar la continuidad de las acciones [11.1.3.]; y garantizar la coordinación, con las Estrategias y Planes del ámbito social y sanitaria que impulsa el Gobierno de la Nación que inciden sobre los colectivos sociales a los que se dirige la Estrategia [11.1.4].

- En los sistemas de información se aboga por desarrollar y reforzar los sistemas de información y las herramientas de vigilancia epidemiológica para obtener y analizar datos actualizados del fenómeno de las adicciones, sus patrones y tendencias y su impacto en la salud pública y seguridad ciudadana. Todo ello, a fin de mejorar la toma de decisiones y orientar las políticas sobre adicciones, por un lado y, por otro, la evaluación de las mismas, mejorando la respuesta a este fenómeno. [11.2.1.]. Desarrollar el Sistema Español de Alerta Temprana (SEAT). [11.2.1.1]. En fin, integrar los sistemas de información de drogas en los sistemas de información de los servicios sociales y de salud. [11.2.1.2].
- En investigación se apuesta por impulsar la actividad investigadora en áreas complementarias de interés al fenómeno de las adicciones, especialmente en el ámbito socio-sanitario y epidemiológico [11.2.3].
- En fin, y en orden a la función, se considera preciso actualizar los programas [11.2.4], mejorar y ampliar la formación [11.2.5] y mejorar los conocimientos y capacitación de los diferentes colectivos profesionales [11.2.6], entre los cuales siempre se realiza con luz propia a los profesionales sanitarios.

Hasta aquí la regulación legal y la actualización de sus previsiones para dotarla de un contenido concreto en cuanto hace a la atención sanitaria de los problemas de alcohol y droga en Atención Primaria. Al igual que se hizo en materia laboral respecto a la relación del papel de la empresa en la Estrategia, es de lamentar el olvido en este ámbito (salvo menciones generales a la cooperación con los actores de la sociedad civil) de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social respecto de los trabajadores.

A este respecto procederá recordar cómo, a su tradicional competencia para la gestión de las contingencias profesionales, se une al amplio espacio que ha pasado a ocupar, también, en la incapacidad temporal de origen común; en consecuencia, la capacidad para intervenir en los procesos patológicos derivados del alcohol y las drogas. De este modo, no solo los reconocimientos médicos periódicos constituirán una oportunidad magnífica para la detección e intervenciones breves, sino que el seguimiento de los procesos de altas y bajas se convierten en momentos adecuados para cualesquiera de las iniciativas enumeradas en adecuada coordinación con los servicios de Atención Primaria.

Ignorar piezas tan importantes, conformado en una actuación paralela y al margen supondría una lamentable omisión, en particular dado el sistema de emisión de partes de baja, conformación y alta contenido en Real Decreto 371/2017 (con modificación de los arts. 2, 3 y 5 Real Decreto 625/2014), pues, al lado de la atribución otorgada al personal sanitario de los Servicios Públicos de Salud que haya realizado el reconocimiento médico, cuando se trate de contingencias profesionales viene a ser reconocida, también, la competencia de los servicios médicos de la Mutua a este efecto respecto de los trabajadores de la empresa asociada (también de la empresa colaboradora por cuanto afecte a sus trabajadores).

Merece destacar también los resultados de los contados trabajos de campo sobre la incidencia del abuso y adicción al alcohol sobre la capacidad laboral del trabajador coinciden en su valoración final: la falta de sensibilidad a la hora de apreciar el alcoholismo como una

enfermedad incapacitante en sí misma, prefiriendo atender a sus manifestaciones físicas o psíquicas⁸.

Así ocurre de manera paradigmática en los supuestos de incapacidad temporal, donde únicamente los estadios más avanzados, con evidentes repercusiones físicas o psíquicas (hepatologías, depresión, deterioro mental, etc.), se suelen atender a través de bajas para tratamientos dirigidos específicamente a abordar la raíz de la patología⁹.

El ocultamiento del problema por el interesado, quien insta la baja sobre la base de las secuelas de un consumo excesivo que le impide trabajar, y la falta de medios –tiempo de consulta o falta de formación específica– en quienes asumen la Atención Primaria para poder detectar y/o afrontar con solvencia esos episodios en una fase temprana, constituyen las principales barreras. De ahí la importancia conferida en la Estrategia Nacional de Adicciones a la formación adecuada de los profesionales sanitarios para saber detectar a las personas con problemas en los estadios iniciales y llevar a cabo intervenciones breves capaces de evitar un mayor deterioro en la salud; de ahí, también, la insistencia en la previsión de programas preventivos en las empresas (con la cooperación necesaria entre los servicios de Atención Primaria y las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, cuyos servicios médicos también están llamados a conocer y abordar esta patología) a partir de las cuales cabe unir esfuerzos con un triple propósito: de un lado, reconocer la importancia de una enfermedad que puede ser abordada de manera automática desde sus primeras manifestaciones; de otro, la garantía del puesto de trabajo –con las facilidades necesarias a estos efectos– para aquel que inicia el tratamiento; en fin, la comprensión del sistema público que, asumiendo la entidad propia y característica del problema, no dude en conferir la prestación mientras el afectado siga el proceso de curación cuando así lo requieran las pautas médicas indicadas.

Hasta tanto tenga lugar el cambio para introducir una nueva sensibilidad en todos los actores, proseguirá una inercia de todo punto insatisfactoria, en la cual la incapacidad temporal es el refugio buscado por el trabajador para episodios de falta de aptitud por el abuso del alcohol o las drogas sin afrontar –ni reconocer– cuanto pudiera ser el germen de situaciones agravadas con el tiempo y el mantenimiento de la adicción. Todo ello unido a un complejo sistema burocrático digital no tutelado de cerca por un profesional sanitario podría llevar al fracaso en la asistencia sanitaria que se busca suministrar al paciente.

4. Conclusiones

La inversión económica en la digitalización del Sistema Nacional de Salud sin duda provoca efectos positivos en la calidad de la asistencia suministrada por el sistema de la Seguridad Social, sin embargo, como señala la propia Estrategia de salud digital del Sistema Nacional de Salud Publicada por el Ministerio de Sanidad, esta se debe adaptar a las circunstancias de cada uno de los actores y a la evolución de la demanda de la sociedad.

A pesar de que en la Estrategia se defiende que los centros sanitarios digitales contribuirán a facilitar la relación telemática con los pacientes en aquellas actividades que no precisen

⁸ CASTEJÓN CASTEJÓN, J.: *El papel de las condiciones de trabajo en la incapacidad temporal por accidente común y accidente no laboral*, Tesis Doctoral, Barcelona (Universidad de Barcelona), 2002, págs. 76-83., destacando la estadística recogida en pág. 80 o BURGOS RUIZ DE CASTROVIEJO, S.; DÍAZ GARCÍA, A. M. y ROLDÁN LEÓN, J.: “Valoración de la incapacidad laboral. Equipo de Valoración de Incapacidades”, *Rehabilitación. Revista de la Sociedad Española de Rehabilitación y Medicina Física*, Vol. 92, núm. 61, 2008, págs. 291-314.

⁹ Párrafos enormemente descriptivos de tal proceder, por ejemplo, en SSTSJ Cantabria 10 diciembre 2004 (JUR 78013), Aragón 3 mayo 2005 (JUR 163962), Baleares 5 diciembre 2006 (JUR 83645/2007), Castilla y León/Burgos 4 julio 2007 (JUR 308584), Galicia 16 febrero 2016 (JUR 55786), Asturias 23 mayo 2017 (JUR 178254) o Comunidad Valenciana 27 noviembre 2018 (JUR 62348) y 29 octubre 2019 (JUR 199217).

actuaciones presenciales, a organizar las agendas de los y las profesionales en base a las nuevas formas de relación y a agilizar la comunicación entre ámbitos asistenciales, es evidente que una asistencia personalizada es necesaria para el éxito en determinados casos como en el de pacientes asociados a consumo de alcohol y drogas, por los motivos y las evidentes necesidades expuestas en la comunicación.

En la misma se ha señalado la importancia que le otorga el Sistema Nacional de Salud al fenómeno del consumo de drogas y adicciones --sobre todo en el ámbito laboral-- y el amplio catálogo de servicios que ofrece para afrontar el problema. Además, ha podido observarse la necesaria presencia de una tutela cercana al paciente por parte del facultativo (y de las ya presentes dificultades a pesar de la falta de digitalización) para el éxito del tratamiento recibido. Todo ello pretende hacer reflexionar al lector si una digitalización desmedida del sistema pudiera llegar a ofrecer más dificultades de acceso que facilidades a algunos pacientes con vulnerabilidades especiales y también a reflexionar sobre la importancia de no deshumanizar el Sistema Nacional de Salud.

UNA REVISIÓN DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA APLICABLE PARA REGULAR LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA EN EL TRABAJO

BEATRIZ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ

1. Algunas pinceladas sobre el riesgo de discriminación en las decisiones tomadas por la Inteligencia Artificial

La aplicación de la Inteligencia Artificial (IA) a la producción de bienes y servicios está considerada como una de las principales responsables, si no la principal causa responsable de convertirnos en testigos de una nueva etapa de transformación industrial que ya es internacionalmente conocida como la Cuarta Revolución Industrial¹. En este contexto, la gestión de la relación laboral también se ve afectada por el uso de sistemas de IA. La IA puede aportar numerosos beneficios en la mejora de la actividad empresarial, pues como puede apreciarse tras la aplicación de cualquier tecnología al proceso productivo, se automatizan procesos y se acorta su duración, economizando el tiempo que se invierte en producir y reduciendo sus costes. A su vez, genera ciertas desventajas que no deberían pasar desapercibidas. Entre éstas, queremos centrarnos en el aumento del riesgo a que los trabajadores vean vulnerados sus derechos fundamentales, situación que puede verse agravada si tenemos en cuenta la inherente posición

¹ BRKAN, M., "Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond", *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27, 2, 2019, p. 92.

de debilidad que detentan en el marco de la relación laboral. Uno de estos derechos, y sobre el que se enfoca la temática de este trabajo, es el derecho a no ser discriminado.

Antes de entrar en el contenido de este trabajo, se ha considerado conveniente exponer, si bien de forma sucinta y sin la formalidad exigida por los expertos de la materia, el funcionamiento de la IA con el objeto de facilitar la comprensión del mismo. De acuerdo con la definición elaborada por la Unión Europea (UE) y recogida en la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA)², un sistema de IA es “aquel que opera con elementos de autonomía y que, basándose en datos y entradas obtenidos de humanos o máquinas, infiere cómo alcanzar unos objetivos propuestos, usando para ello técnicas basadas en el aprendizaje-máquina o en lógica y conocimiento, y genera como salida contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en el entorno con el que el sistema interactúa”. En consecuencia, podemos identificar tres elementos básicos en todo sistema de IA. En primer lugar, los datos con los que se alimenta, que pueden haber sido introducidos por el ser humano o haber sido generados por su propio sistema de funcionamiento, lo que acrecienta el riesgo de vulnerar derechos fundamentales como la intimidad, la protección de datos o la no discriminación. En segundo lugar, el algoritmo o el patrón de comportamiento que tiene el sistema de IA, aquí es donde reside su mayor complejidad técnica, ya que la IA no consta de un patrón de funcionamiento simple que se repita, sino que toma decisiones compuestas por multitud de factores introducidos mediante el autoaprendizaje³. En tercer lugar, la decisión o predicción que se obtiene como resultado de la aplicación de la IA.

Como ya hemos adelantado, cada vez es más frecuente que la IA se aplique para mejorar la gestión de la relación laboral. A modo de ejemplo, algunos de los ámbitos donde su aplicación probablemente sea más común son: la selección y contratación de trabajadores, la evaluación de capacidades y promoción profesional, la evaluación del rendimiento y la correspondiente modulación de salarios, y la influencia de estas evaluaciones en las decisiones de extinción del contrato⁴. Aunque en un primer momento la aplicación de la tecnología fue vista como una solución capaz de paliar el riesgo de que las decisiones humanas estuviesen sesgadas por la presencia de estereotipos y prejuicios⁵, se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones que el impacto discriminatorio también está presente cuando es la IA quien toma decisiones, riesgo que además adopta unas características especiales al estar basadas en algoritmos. Precisamente por ello, la cuestión que se desea abordar en las siguientes líneas es si el Derecho, y en concreto las normas elaboradas en el seno de la UE, están preparadas para afrontar, prevenir y tutelar, la discriminación basada en el uso de algoritmos.

Los primeros pasos dados por la UE fueron el reconocer que el uso de la IA genera una serie de pros y contras, encontrándose entre éstos últimos el riesgo a que las personas vean su derecho a la no discriminación vulnerado⁶. Más complejo ha sido concretar los pasos posteriores a seguir:

² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).

³ SÁEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 155, 2020, p. 46.

⁴ RIVAS VALLEJO, M. P., *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo: su impacto discriminatorio*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2020.

⁵ KELLY-LYTH, A., “Algorithmic discrimination at work”, *European Labour Law Journal*, vol. 14, 2, 2023, pp. 157-159; MANN, M.; MATZNER, T. “Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination”, *Big Data & Society*, vol. 6, 2, 2019, p. 2.

⁶ Por ejemplo, en el Proyecto de Conclusiones relativas al Plan Coordinado sobre la IA del Consejo de la UE, nº. 6177/19: “Destaca A la importancia de garantizar el pleno respeto de los derechos de los ciudadanos europeos mediante la aplicación de directrices éticas para el desarrollo y el uso de la inteligencia artificial dentro de la Unión Europea y a nivel mundial. Otro ejemplo puede observarse en el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la inteligencia artificial –un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, COM(2020) 65 final, 19 de febrero 2020: “El uso de la inteligencia artificial puede afectar a los valores sobre los que se fundamenta la UE y provocar la conculcación de derechos

llevar a cabo la elaboración de una normativa vinculante que establezca un marco regulatorio común para todos los Estados miembros que garantice unas condiciones mínimas en cuanto al uso y desarrollo de sistemas de IA, y que a la vez sea capaz de frenar los riesgos que se generan de la toma de decisiones discriminatorias basadas en algoritmos.

El compromiso de la UE con la regulación de la discriminación algorítmica tiene mucho que ver con el cumplimiento del principio general de igualdad de trato reconocido en los tratados originarios (arts. 2 y 3 Tratado de Funcionamiento de la UE o TFUE, y artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE o CDFUE), para lo que se concede una facultad legislativa en materia de no discriminación (art. 19 TFUE). La UE ha pasado de la protección del derecho a la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, al desarrollo, en el marco del Derecho derivado, de un derecho a no ser discriminado más amplio, por motivos basados además de en el sexo por motivos de origen racial o étnico, religión o convicción, discapacidad, edad, u orientación sexual.

La discriminación a través de algoritmos es aquella que se produce cuando los sistemas de IA y las técnicas de aprendizaje que emplean son discriminatorias⁷. La discriminación se refiere al trato peyorativo que puede recibir una persona, o grupo de personas, por poseer ciertas características personales o circunstancias sociales que históricamente han venido siendo motivo de exclusión social. Las decisiones susceptibles de catalogarse como discriminatorias tomadas por una IA presentan una serie de peculiaridades en comparación con la discriminación que resulta únicamente del factor humano. Con casi plena convicción podemos decir que su rasgo más característico es la opacidad y falta de transparencia de la decisión adoptada⁸. Esto se debe a que, normalmente, ni los usuarios ni los creadores de la IA tienen acceso al funcionamiento del algoritmo –las llamadas cajas negras–; y aun cuando lo tuviesen, a menudo el código de fuente que describe el funcionamiento del algoritmo resulta incomprensible para el conocimiento humano. Es decir, no puede saberse cuál es el criterio empleado para la toma de decisiones, ni qué rasgos son evaluados por el sistema. Como consecuencia de todo ello, las decisiones discriminatorias, o bien pasan desapercibidas, o se enfrentan a grandes obstáculos para ser juzgadas por la falta de acceso a la información⁹.

Actualmente, la discriminación fruto de la aplicación de la IA es un riesgo que afecta a muchos trabajadores, y es, por tanto, una realidad que no puede desatenderse desde todas las disciplinas de conocimiento que participan en el desarrollo de sistemas de IA, siendo una de ellas el Derecho. En esta investigación se ha hecho un recorrido a través de la normativa dentro del marco jurídico de la UE, a través de la normativa que podría resultar aplicable para regular el uso de la IA en la relación laboral. Hasta el momento, no existe ningún texto que sea jurídicamente vinculante y que de manera específica se refiera a la IA, aunque sí contamos con la Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (RIA), el cual está aprobado a la espera de su publicación para ser definitivamente aplicado, lo que previsiblemente sucederá en un periodo de tiempo no muy largo¹⁰. También queremos introducir en el grupo de normas comunitarias susceptibles de aplicación directa para la regulación de la IA a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a

fundamentales, como la libertad de expresión, la libertad de reunión, la dignidad humana, la ausencia de discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o credo, discapacidad, edad u orientación sexual, y, en su aplicación en determinados ámbitos, la protección de los datos personales y de la vida privada”.

⁷ ITURMENDI RUBIA, J. M., “La discriminación algorítmica y su impacto en la dignidad de la persona y los derechos humanos. Especial referencia a los inmigrantes”, *Deusto Journal of Human Rights*, 12, 2023, [versión en línea].

⁸ RIVAS VALLEJO, M. P. *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo*, cit.

⁹ MANN, M.; MATZNER, T., “Challenging algorithmic profiling”, cit., p. 5.

¹⁰ Téngase en cuenta que este texto se termina de escribir en julio de 2024. El RIA entrará en vigor a los veinte días de su publicación en DOUE y será aplicable dos años después de su entrada en vigor (art. 113 RIA).

la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales¹¹, ya que tiene como objetivo la regulación de un fenómeno producto de la aplicación de la tecnología y de la IA a las relaciones laborales, dando como resultado el trabajo en plataformas. Cuestión distinta es que sean de aplicación otras normas de Derecho comunitario que, pese a no referirse en concreto a la IA, contienen derechos y obligaciones que repercuten en ella y en la gestión laboral a través de algoritmos. Por ello nos referimos también a las Directivas antidiscriminatorias, la normativa en materia de protección de datos y a la Directiva sobre el derecho a unas condiciones de trabajo transparentes.

2. Antecedentes normativos aplicables a la Inteligencia Artificial

Bajo el epígrafe dedicado a antecedentes normativos nos referimos a aquellas normas que el legislador europeo no ha confeccionado con el propósito de regular la IA, pero que sí contienen mandatos que han influido, en mayor o menor medida, en la contención de los riesgos discriminatorios generados por los sistemas de IA. En particular, hablaremos del derecho a no ser discriminado, el derecho a la protección de datos y el derecho a unas condiciones de trabajo transparentes.

2.1. El derecho antidiscriminatorio

La UE se ha preocupado por desarrollar una legislación que aplique el principio de igualdad de trato mediante la garantía del derecho a no ser discriminado. Para ello, cuenta con las llamadas Directivas antidiscriminatorias: Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27.11.2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación; Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Se suman a ellas la Directiva 2006/54/UE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que unificó las normas que se habían aprobado en los años anteriores en materia de igualdad laboral entre hombres y mujeres, que se completó con la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

En los tratados originarios se encuentran referencias a la igualdad como principio, valor fundamental u objetivo a alcanzar por la unión (arts. 2 y 3 Tratado de la Unión Europea). En estos tratados se menciona la prohibición de discriminación por razón de sexo, pero no es hasta que el derecho derivado aborda esta cuestión cuando puede hablarse con propiedad de la existencia un Derecho antidiscriminatorio europeo. La firma y entrada en vigor de la CDFUE también refleja el compromiso adquirido por la UE en materia de igualdad y no discriminación. De hecho, el artículo 21 CDFUE sobre la no discriminación recoge este derecho de manera más amplia que como lo hacen las directivas porque se refiere a más motivos y ámbitos de aplicación. Sin embargo, cualquier posibilidad de introducir modificación alguna que amplíe el marco jurídico del derecho a no ser discriminado queda restringida por el artículo 52 CDFUE, que remite a la redacción de tratados para la determinación del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la UE, por lo que a efectos prácticos sus consecuencias son limitadas¹².

La aprobación de las Directivas antidiscriminatorias supuso un punto de inflexión para el avance del derecho a no ser discriminado en el marco de la UE. Es a partir de entonces cuando

¹¹ COM (2021)726 final, de 9 de diciembre de 2021.

¹² WARD, A., "The Impact of the EU Charter of Fundamental Rights on Anti-Discrimination Law: More a Whimper than a Bang?", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 20, 2018, pp. 50-52.

la UE reconoce un derecho a no ser discriminado aplicable directamente entre particulares. Los Estados miembros quedan obligados a trasponer el contenido de las directivas de acuerdo con el nivel de vinculación que exigen en cuanto al resultado, pero dejando a su libre determinación las forma y el medio empelado para ello (art. 288 TFUE).

No obstante lo anterior, tras más veinte años de vigencia de las Directivas antidiscriminatorias y sin haberse sometido a modificación alguna¹³, es posible referirse a las características de la norma que limitan su efectividad, las cuales se han hecho aún más evidentes en el caso de la discriminación algorítmica. Fundamentalmente, estos obstáculos son tres: su restringido ámbito material de aplicación y la disparidad de regímenes según la causa protegida; su ámbito personal que únicamente se circunscribe a las causas enumeradas en la norma; y, en último lugar, la rigidez que presentan los conceptos de discriminación directa y discriminación indirecta¹⁴.

La principal crítica tiene que ver con las deficiencias en cuanto al ámbito material de aplicación. En efecto, no existe una protección homogénea a nivel europeo para todos aquellos sujetos víctimas de una discriminación, sino que hay una jerarquía en función del rasgo protegido sobre el que se sostiene la discriminación¹⁵. Causas como el sexo o la raza, probablemente por su tradicional reconocimiento jurídico, cuentan con una protección muy amplia; mientras que la edad, orientación sexual, discapacidad, convicciones o religión, únicamente quedan protegidos en el ámbito del empleo y de la ocupación.

Afortunadamente, el ámbito del empleo que lo que a nosotros interesa, está cubierto desde una perspectiva general, incluyéndose también los momentos previos al nacimiento de la relación laboral como son la contratación y la selección de trabajadores. Precisamente, la IA viene siendo empleada para agilizar los procesos de selección en los que cada vez se manejan más datos de los candidatos, aumentando así el riesgo a que determinados aspirantes cuando coinciden en ellos ciertos rasgos se vean excluidas por un funcionamiento discriminatorio y sin control de la IA¹⁶.

Asimismo, el Derecho antidiscriminatorio europeo se centra únicamente en unos concretos rasgos que son mencionados expresamente por las directivas. El TJUE ha indicado que dicha enumeración constituye un *numerus clausus*, no siendo posible la ampliación a otros motivos que no sean los previstos por la norma¹⁷, de modo que el contenido material de las Directivas antidiscriminatorias dependerá del significado que se le dé a cada uno de estos motivos. En el caso de la discriminación algorítmica en el ámbito del trabajo esto se convierte en otro impedimento para su aplicación. El enfoque del derecho antidiscriminatorio europeo se limita a prohibir la discriminación en base a los motivos previstos. Sin embargo, se ha repetido que la opacidad y falta de transparencia en las decisiones tomadas por la IA constituyen una característica inherente a su funcionamiento. Debido a tal opacidad, si no puede argumentarse qué rasgo es que el que se ha tenido en cuenta para tomar la decisión aparentemente discriminatoria, o no

¹³ A excepción de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM (2008) 426 final, 2 de julio de 2008. Esta norma podría ampliar el ámbito de aplicación de las ya existentes directivas, y aunque el procedimiento legislativo para su aprobación parece haberse reactivado, se exige unanimidad para su aprobación final difícil de conseguir.

¹⁴ SCHIEK, D., "A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?", *European Law Journal*, vol. 8, 2, 2002, p. 308; WADDINGTON, L.; BELL, M., "More equal than others: Distinguishing European Union equality directives", *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001.

¹⁵ HOWARD, E., "The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, 4, 2006.

¹⁶ ASQUERINO LAMPARERO, M. J., "Algoritmos y discriminación", J. M. MORALES ORTEGA (ed.), *Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, Murcia, 2022, pp. 360-362.

¹⁷ STJUE de 11 de julio de 2005, Chacón Navas, C-13/05.

puede establecerse con cierta claridad qué grupo resulta afectado, difícilmente podrá aplicarse este derecho¹⁸. Asimismo, en otros casos la discriminación se basa en categorías abstractas, difíciles de determinar, o que no están previstas por la ley¹⁹.

La situación se torna aún más compleja cuando se trata de decisiones discriminatorias en las que participan dos o más rasgos, algo que frecuentemente ocurre con la IA, ya que ella maneja una gran cantidad de datos que informan sobre rasgos protegidos por el Derecho antidiscriminatorio. El derecho a no ser discriminado en el marco europeo se estructura sobre la concurrencia de un único rasgo en la persona víctima de una posible discriminación. La discriminación multicausal o pluricausal, es decir, aquella en la que confluyen más de un rasgo, aun estando todos ellos previstos en la norma, no consta de reconocimiento jurídico a nivel de la UE²⁰. Entonces, podría decirse casi con total certeza que el derecho europeo antidiscriminatorio no es aplicable por limitarse en exclusiva a los motivos referidos en su texto. Una cuestión distinta es que, dado el carácter de derecho mínimo de esta norma, los Estados miembros sean más generosos en el reconocimiento de circunstancias sociales o personales tuteladas por este derecho.

En cuanto a las conductas prohibidas, la normativa se refiere a la discriminación directa, “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”; y la discriminación indirecta, “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”. Trasladando esto al ámbito de la IA quiere decir que, si el algoritmo abiertamente toma un rasgo protegido como criterio para su decisión, esta será directamente discriminatoria. Si, por el contrario, de una decisión resulta afectado un grupo de personas que compartan un rasgo protegido y en la toma de dicha decisión no se ha tenido en cuenta ningún rasgo protegido, estaremos ante una discriminación indirecta. Ahora bien, si no se puede conocer o es difícil acceder al estudio de su funcionamiento, ¿cómo va a poderse argumentar con precisión uno u otro tipo de discriminación? A mayor abundamiento, la diferencia entre uno u otro tipo de discriminación no es algo meramente teórico, ya que sus consecuencias prácticas son diferentes²¹: la discriminación directa está prohibida mientras que la discriminación indirecta es susceptible de ser justificada.

La necesidad de llegar a entender con cierto nivel de exactitud cómo funciona el sistema de toma de decisiones automatizado a efectos de aludir a uno u otro tipo de discriminación, pone sobre la mesa otra cuestión que viene siendo discutida desde tiempo atrás: los difusos contornos entre la discriminación directa e indirecta²². Esto lleva a preguntarse si en el marco de un proceso judicial sería necesario conocer cómo actúa un algoritmo para poder acusarlo de discriminatorio, o si por el contrario, esto supondría exigir un esfuerzo excesivo a la parte demandante²³.

¹⁸ ALOISI, A., “Regulating Algorithmic Management at Work in the European Union: Data Protection, Non-discrimination and Collective Rights”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 40, 1, 2024, p. 54.

¹⁹ MANN, M.; MATZNER, T., “Challenging algorithmic profiling”, *cit*.

²⁰ ATREY, S., “Illuminating the CJEU’s Blind Spot of Intersectional Discrimination in *Parris v Trinity College Dublin*”, *Industrial Law Journal*, vol. 47, 2, 2018, p. 285.

²¹ LÜTZ, F., “Gender equality and artificial intelligence in Europe. Addressing direct and indirect impacts of algorithms on gender-based discrimination”, *ERA Forum*, vol. 23, 1, 2022, p. 41.

²² FORSHAW, S.; PILGERSTORFER, M., “Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in between?”, *Industrial Law Journal*, vol. 37, 4, 2008.

²³ RIVAS VALLEJO, M. P., “Decisiones automatizadas y discriminación en el trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 66, 2023, p. 37.

Con todo, para terminar, cabe señalar que los modelos de discriminación directa e indirecta a veces tienen difícil encaje con las características propias de la discriminación algorítmica. Al fin y al cabo, la IA no es un sistema humano y carece de capacidad de raciocinio. Por ello, nos preguntamos si tiene sentido plantearse una discriminación directa cuando un sistema de IA ha tomado una decisión discriminatoria en base a su autoaprendizaje. La discriminación directa requeriría, por un lado, la constatación de una relación directa entre la posesión de un rasgo protegido y los estereotipos y perjuicios que se asocian al mismo; y por otro, la conducta con un resultado desfavorable. Puede ser muy complejo acreditar esta relación cuando el procesamiento ha sido tomado por una máquina en la que no siempre hay posibilidad de conocer de qué manera se ha tomado esta decisión. Quizá, por esta razón hay opiniones que se inclinan por canalizar todo tipo de discriminación algorítmica hacia una forma de discriminación indirecta. Si en la discriminación directa se evalúa el criterio formal con el que se ha adoptado la decisión, en la indirecta priman los efectos desfavorables que pudiese tener en un colectivo protegido, de modo que no es necesario conocer cuál es el funcionamiento exacto del algoritmo, quedando así superados los problemas que pudiesen derivarse de la inaccesibilidad a las cajas negras o al código de fuente del algoritmo²⁴. Ahora bien, a su vez esto puede desvirtuar la protección de la discriminación siempre que ocurra a través de la IA, ya que, como algunos autores han señalado, la discriminación indirecta es más indulgente con la discriminación que provoca por cuanto puede ser justificada y por ende, la protección que otorga es menor si se compara con la que desencadena la discriminación directa²⁵.

2.2. El derecho a la protección de datos

La IA se caracteriza por funcionar con cierta autonomía en la medida en que los resultados no son siempre predichos por quienes han diseñado el sistema, y tampoco son los usuarios quienes se limitan a introducir datos que serán procesados por dicho sistema ya que ella por sí sola puede generar datos nuevos. En todo caso, los datos se convierten en la fuente de energía primigenia necesaria para que la IA desarrolle su trabajo. Incluso se ha llegado a afirmar que, en la era digital, los datos personales son el nuevo oro²⁶. A mayor abundamiento, el desarrollo tecnológico, y en especial internet, ha generado una cantidad masiva de datos de todo tipo que se almacenan y transmiten a una velocidad vertiginosa y que son capaces de ofrecer información de distinta naturaleza sobre sus titulares, lo cual es conocida como *big data*. Esta cantidad masiva de datos es humanamente inabarcable, por lo que solo puede ser tratada a través de sistemas de procesamiento digitales como la IA. De esta manera, la IA y el *big data* trabajan en simbiosis para procesar una gran cantidad de datos con el objeto de obtener una mayor y más precisa información que será utilizada en todo tipo de ámbitos. Si nos ceñimos al mundo del trabajo, por ejemplo, todo esto se traduce en unas mayores posibilidades de control de los trabajadores que por extensión conlleva situarlos en una posición de mayor vulnerabilidad.

Sin embargo, un mayor acceso a los datos personales de los individuos supone también un mayor riesgo de incumplir la protección de su derecho a la intimidad, a la protección de éstos datos y de tomar decisiones discriminatorias. Por ello, la garantía efectiva de la protección de datos fue uno de los primeros pasos adoptados por la UE para enfrentarse a los retos jurídicos que brindaba el cambio tecnológico. El derecho a la protección de datos personales es el sustrato

²⁴ ALOISI, A., "Regulating Algorithmic Management at Work in the European Union", *cit.*, p. 62; HACKER, P., "Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law", *Common Market Law Review*, vol. 55, 4, 2018, p. 1153.

²⁵ SCHIEK, D., "A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?", *cit.*, p. 298.

²⁶ "Los datos son el nuevo oro y no los protegemos", en Blog Noticias Comillas, fecha 4 de noviembre de 2022, accedido el 29 de junio de 2024..

necesario para asegurar un correcto y acorde a legalidad funcionamiento de la IA²⁷. En 2016 entró en vigor el Reglamento de la UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, en adelante RGPD.

El RGPD persigue la finalidad principal de garantizar el derecho a la protección de datos desde la Unión Europea, creando un régimen de derechos común entre todos los Estados miembros. En lo que al objeto de nuestro trabajo respecta, el RGPD reconoce que los riesgos para los derechos y libertades de los individuos, entre los que está el derecho a no ser discriminado, se mitigará con un correcto régimen jurídico relativo a la protección de datos (c. 85 RGPD).

La relación entre los datos personales y la IA es innegable, ya que los primeros alimentan a la segunda. La decisión final a la que el sistema de IA llegue estará sesgada y será potencialmente discriminatoria en la medida en que los datos introducidos por una persona estén también sometidos a sus prejuicios y estereotipos. Aún más, la situación se hace más compleja debido al funcionamiento natural del algoritmo y a su sistema de autoaprendizaje, pues gracias a la combinación de distintos datos personales puede llegar a conclusiones discriminatorias pese a que la información introducida inicialmente fuese aparentemente neutra.

El RGPD permite el tratamiento de datos personales siempre y cuando se cumplan una serie principios y exista una base jurídica que legitime su uso. Con esto, se pretende controlar los supuestos y evitar un uso abusivo y fraudulento de los datos, pero minimizando los riesgos de que esto sea así. Aunque expresamente no haya mención alguna a la prevención contra la vulneración del derecho a no ser discriminado en el tratamiento de datos personales, un cumplimiento exhaustivo de su contenido servirá para que el riesgo a ser discriminado quede muy aminorado. En concreto, queremos destacar algunos de los principios que pueden contribuir a ello, como son los casos de minimización (art. 5.1.c RGPD) y la limitación de la finalidad (art. 5.1.b RGPD), en la medida en que solo se habrán de emplear los datos estrictamente necesarios para un fin concreto; y el de licitud, lealtad y transparencia (art. 5.1.a RGPD) que facultan al interesado a conocer quién, cómo y para qué están siendo usados sus datos, por lo que se convierten en principios clave del sistema de protección de datos²⁸.

Como regla general, el RGPD además prohíbe el tratamiento de ciertas categorías de datos, aunque si bien es cierto que dicha prohibición contempla algunas excepciones. Ejemplo de ello es que concede un régimen jurídico más estricto a aquellos datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física (art. 9.1 RGPD). Puede establecerse una relación entre este artículo y la garantía de la prohibición de discriminación, pues, aunque su objetivo principal sea preservar el derecho a la intimidad, la información que revelan estos datos puede ser empleada con una finalidad discriminatoria, ya que se refiere a características sociales o circunstancias personales normalmente empleadas como factor de segregación y estigmatización social; y como prueba de ello, estas categorías coinciden en muchos casos con las protegidas por el derecho a no ser discriminado²⁹.

²⁷ SÁEZ LARA, C., "El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación", *cit.*, p. 43.

²⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2019.

²⁹ SORIANO ARNANZ, A., "Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos", *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, vol. 3, 2021, p. 115.

En otro orden de cosas, el artículo 22 del RGPD prohíbe que los individuos, trabajadores incluidos, sean víctimas de una decisión exclusivamente automatizada. Con ello, se contribuye a reducir el riesgo a que la IA adopte una decisión discriminatoria³⁰. Por medio de este artículo queda demostrado el interés del legislador europeo por regular las consecuencias jurídicas de la digitalización. No obstante, el texto de este artículo es cuanto menos confuso y su impacto jurídico se ha catalogado de insuficiente³¹.

Una primera lectura del precepto sirve para apreciar que el mismo se configura como un derecho que se concede al individuo afectado y no como una obligación que recaiga sobre el responsable del tratamiento de datos³². De este modo, en el marco de la relación laboral el RGPD hace responsable de su cumplimiento al trabajador, quien puede ejercitar su “derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento de automatizado, incluida la elaboración de perfiles”. La opción contraria habría sido reconocer una obligación que recayese sobre el responsable del tratamiento de datos (art. 4.7 RGPD), que coincide normalmente con el empresario, lo cual podría haber favorecido al equilibrio de poder entre las partes de la relación laboral³³. Ahora bien, tampoco hubiese sido esto una alternativa exenta de crítica pues no es una obligación de sencillo cumplimiento, especialmente si tenemos en cuenta la configuración del tejido empresarial en donde abundan las pequeñas empresas a quienes la sobrecarga de obligaciones jurídicas puede resultar de imposible cumplimiento muchas veces por el limitado acceso a recursos materiales, jurídicos y económicos.

Mucho más controvertida es la determinación del ámbito material de este artículo 22 RGPD, cuya redacción da lugar a cierta ambigüedad en la interpretación de sus términos. Esto ha hecho que se hayan visto considerablemente limitadas las posibilidades que ha presentado dicho artículo como mecanismo regulador de la IA. No obstante, la existencia de estas debilidades no puede sorprendernos del todo ya que la finalidad con la que ha sido concebido el RGPD es la garantía del derecho a la protección de datos y no el ofrecer una regulación de la aplicación de las nuevas tecnologías a las relaciones jurídicas. Se pueden considerar los siguiente ámbitos de aplicación:

En primer lugar, se refiere solo a las decisiones exclusivamente automatizadas. Pero, ¿cuál es el grado de intervención humana que se exige para que una decisión deje de considerarse exclusivamente automatizada? Por un lado, cabría la posibilidad de que se excluyesen de su aplicación todas aquellas decisiones que hayan sido tomada por la IA aún con una mínima participación humana. A la postre, esto acabaría por abarcar a la gran mayoría de decisiones, ya que resulta complicado encontrarse con decisiones tomadas puramente por la IA³⁴. Por otro lado, y en contraposición con lo anterior, una interpretación más estricta exigiría que la intervención

³⁰ GÓMEZ ABEJA, L., “Inteligencia artificial y Derechos Fundamentales”, en LLANO ALONSO, F. H.; GARRIDO MARTÍN, J.; VALDIVIA GIMÉNEZ, R. D., *Inteligencia artificial y Filosofía del derecho*, Laborum, Murcia, 2022, p. 92.

³¹ PALMA ORTIGOSA, A., “Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019, p. 5.

³² TOSONI, L., “The right to object to automated individual decisions: resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law*, vol. 11, 2, 2021, p. 152.

³³ GÓMEZ ABEJA, L., “Inteligencia artificial y derechos fundamentales”, en LLANO ALONSO, F. H., y otros, *Inteligencia artificial y Filosofía del derecho*, cit., p. 102.

³⁴ BRKAN, M., “Do algorithms rule the world?”, cit., pp. 101-102. Esta autora plantea que la elaboración de perfiles a la que se refiere este artículo tiene un sentido más amplio que el tratamiento exclusivamente automatizado de datos personales, y que la elaboración de perfiles se emplea para tomar decisiones, de manera que al final todo tipo de decisiones aún por mínima que sea la intervención de la IA quedan amparadas por el artículo 22 RGPD. Pese a que esta interpretación ensancha los márgenes de aplicación del artículo 22 RGPD, parece que la intención del legislador europeo es demostrar su escepticismo ante las decisiones totalmente automatizadas, confiando en que en el momento en que puede constatare la intervención humana, los riesgos desaparecen.

humana no se limitase solo a una supervisión, si no que ella supusiese una participación efectiva en la toma de la decisión³⁵.

En segundo lugar, al ajustado margen de aplicación de este artículo 22 RGPD hay que sumar las excepciones que se recogen en su apartado segundo, que sí permiten ser interpretadas de una manera muy amplia. Entre ellas, nos interesa destacar el artículo 2.a) RGPD, que contempla como situación en la que no se aplicará este artículo en el caso de que la decisión automatizada fuera necesaria para la celebración o ejecución de un contrato. Es decir, que pueden darse situaciones en el ámbito del contrato de trabajo donde no se apliquen estas prerrogativas.

En tercer lugar, el contenido material de este derecho también ha sido acusado de insuficiente. Basta para ello con seguir la literalidad del artículo 22: “todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”, para comprobar que no quedan establecidas de una manera clara y concisa las consecuencias que se desencadenarían en caso de que el individuo hiciese uso de su facultad a oponerse al tratamiento automatizado de datos.

Con todo, podría afirmarse que el artículo 22 RGPD no contiene un derecho de explicación que permita al trabajador, o en su caso a los representantes de los trabajadores, conocer el funcionamiento del algoritmo³⁶. En todo caso, podría hablarse de un derecho de información que reconoce al interesado la facultad de que se le comunique que está siendo objeto de un tratamiento de datos automatizados y su finalidad. Sin embargo, esta información encuentra su origen en la aplicación de los principios y derechos reconocidos de manera general en el RGPD (arts. 14 y 15 RGPD) y no llega a ser un contenido nuevo derivado del artículo 22 RGPD³⁷.

El derecho a la información es el anverso del deber de transparencia, tan necesario para que los afectados por una decisión automatizada puedan conocer el criterio que sostiene a dicha decisión y así tener conocimiento de si ésta se ha basado en elementos discriminatorio para que, en caso afirmativo, se cuente además con los elementos necesarios para su enjuiciamiento. De todas formas, la efectividad de este derecho de transparencia dependerá del contenido material con el que se nutra. En este caso, no puede decirse que el artículo 22 RGPD contenga un derecho a la información, equivalente a un derecho a la explicación, a ser conocedor del funcionamiento del algoritmo. A lo que se refiere el artículo 22 RGPD es “el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”. La redacción de este precepto vuelve a ser susceptible de ser catalogada de insuficiente, primero porque no contiene una obligación a que el responsable del tratamiento de datos atienda y de respuesta este derecho; y, segundo, porque tampoco se ha preocupado por establecer qué ocurrirá en el caso en de que las opiniones entre ambas partes discrepen entre sí³⁸, lo que termina por debilitar la efectividad de este derecho.

2.3. El derecho a unas condiciones de trabajo transparentes

El Pilar Europeo de Derechos Sociales ha influenciado considerablemente en la trayectoria legislativa de la Unión, y a su aplicación corresponde la aprobación de diferentes medidas legislativas que pretenden reforzar las garantías de los derechos sociales, los cuales están cada

³⁵ PALMA ORTIGOSA, A., “Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos”, *cit.*, p. 9.

³⁶ BRKAN, M., “Do algorithms rule the world?”, *cit.*, p. 21.

³⁷ PALMA ORTIGOSA, A., “Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos”, *cit.*, pp. 23-28.

³⁸ BRKAN, M., “Do algorithms rule the world?”. *cit.*, pp. 18-19.

vez más expuestos a no ser respetados en un contexto de globalización y digitalización que da primacía al desarrollo económico³⁹. La Directiva 2019/1152 es un ejemplo de ello, que tiene como objetivo mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral (art. 1.1 Directiva 2019/1152). Esta Directiva actualiza el contenido de su predecesora para enfrentarse a los retos que la digitalización de la prestación laboral encierra, y aunque no lo reconozca así expresamente, nosotros entendemos que ello conlleva la aplicación de la IA. Cada vez son más los trabajadores empleados a través de fórmulas de trabajo atípicas; entre los que destaca el trabajo en plataformas, que incluyen a trabajadores cuya prestación se organiza a través de una plataforma digital que toma decisiones a través de sistemas de IA. Pero no puede ignorarse el hecho de que la digitalización también afecta a los trabajadores de relaciones laborales estandarizadas que no cumplen con las características para clasificarse dentro de la definición de trabajadores de plataformas, y determinados aspectos de su relación laboral se ve sometido a decisiones automatizadas. En consecuencia, el clamor por una regulación modernizada era notorio.

Básicamente, esta normativa se refiere a la transparencia en las condiciones de trabajo como derecho que se reconoce a todo trabajador, lo que se traduce en su derecho a ser debidamente informado de unas condiciones mínimas inherentes a su puesto de trabajo. Para ello, se concede un periodo de tiempo concreto a contar desde el inicio de su relación laboral dentro del cual el empresario, responsable de dicha obligación, debe dar cumplimiento a la misma. Se identifican una serie de aspectos relacionados con las características principales de la relación laboral sobre los que debe informarse. De manera resumida, son los siguientes: identificación de las partes contratantes, así como del lugar de trabajo; descripción de las tareas del trabajo; duración del contrato, características del periodo de prueba si lo hubiera; concreción del derecho a formación; determinación de la remuneración y sus componentes; explicación de los requisitos formales a cumplir cuando se extinga la relación laboral, y especificaciones cuando el ritmo de trabajo es imprevisible.

Como ya se ha adelantado, hemos establecido una relación entre la mayor transparencia en las decisiones empresariales y el menor riesgo a que sean discriminatorias. A mayor conocimiento de los elementos y parámetros valorados en la toma de una decisión, menor posibilidad de que se tomen decisiones discriminatorias ocultas bajo la falta de explicación. También en el caso de que se haya llegado a una decisión potencialmente discriminatoria, se facilita el que se disponga de información suficiente para poder enjuiciarla. Esta Directiva destaca por esbozar el deber de información empresarial, pero no llega a concretar su contenido, que seguramente deba ser matizado por los Estados miembros a la hora de su trasposición. El artículo 3 Directiva 2019/1152 establece que será el empresario quien proporcionará de manera accesible esta información, y el artículo 5 de la misma se refiere a los aspectos relacionados con su tiempo y forma. Sin embargo, de nada serviría que el empleador tan solo informase de que está tomando una decisión que puede ser potencialmente discriminatoria si no aporta datos más concretos. Por ejemplo, si no se especifica la causa del criterio el trabajador o trabajadores afectados no podría llevarlo ante los tribunales⁴⁰.

Esta directiva presenta otras limitaciones en su ámbito de aplicación por dos motivos. Su “gran fracaso⁴¹” ha sido su incapacidad para definir qué es trabajador a efectos de su aplicación,

³⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 8, 2, 2018, pp. 253-257.

⁴⁰ HACKER, P., “Teaching fairness to artificial intelligence”, *cit.*, p. 1174.

⁴¹ MIRANDA BOTO, J. M., “Algo de ruido. ¿cuántas nueces? la nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 149, 2019, p. 80.

dejando esta tarea en manos de los Estados miembros –aunque, eso sí, teniendo en cuenta los criterios del Tribunal de Justicia de la UE–, lo que da lugar a una aplicación desigual y alejada de la armonización de condiciones de trabajo pretendida. Situación compleja que se acrecienta por la generalizada aplicación de IA en la toma de decisiones relacionadas con la gestión de la relación laboral, que puede hacer que se difuminen los contornos entre relación laboral por cuenta ajena y por cuenta propia.

Por otro lado, aunque la lista de materias sobre las que versa este deber de información es más amplia que el de la Directiva que la precede⁴², pudiendo a su vez ser ampliada por los Estados miembros, no deja de ser una lista cerrada que puede dejar fuera algunos aspectos de la relación laboral. La relación de los elementos esenciales sobre los que existe obligación de informar se contiene en el artículo 4 de la Directiva 2019/1152 y ya nos hemos referido a ellos con anterioridad. Obligación que debe encontrar un adecuado equilibrio tanto interna como externamente, es decir, entre el usuario o empresario de la IA y el proveedor de la misma, y a su vez entre el usuario o empresario y el afectado o trabajador por la decisión de ésta⁴³.

En resumen, la Directiva 2019/1152 refuerza el derecho del trabajador a ser informado, pues sus cimientos se basan en la idea de que la información equilibra el poder del trabajador. Ahora bien, esta directiva no tiene contenido digital, no existiendo referencia alguna al impacto de la digitalización en la relación laboral y, en consecuencia, tampoco a la IA y al sistema de decisiones automatizado que, debido a la propia naturaleza de su funcionamiento para ser ambos efectivos requerirían un nivel de información más exigente.

3. La reciente regulación de la Unión Europea aplicable a la Inteligencia Artificial

A diferencia del apartado anterior, en éste vamos a hablar de la normativa europea que sí se refiere de una manera directa a la IA en el ámbito del trabajo. Antes de abordarla, haremos una breve reflexión mostrando algunos de los aspectos que explican por qué la normativa anterior, la que no se refiere de una manera directa a la aplicación de la IA, resulta insuficiente para controlar los riesgos que su aplicación desprende.

Dejamos de lado el análisis de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)⁴⁴. La razón no ha sido deliberada, ya que por motivos de extensión de este trabajo y con el propósito de centrar el tema hemos querido tan solo ocuparnos en aquellas normas que contienen derechos y obligaciones que pueden controlar la producción de riesgos en el uso de la IA.

3.1. El insuficiente Régimen Jurídico de la Unión Europea y la necesidad de una norma con contenido digital

Venimos diciendo que la normativa europea, que no aborda específicamente la digitalización de las relaciones laborales, es insuficiente para contener los riesgos generados por la aplicación de la IA, y en concreto, en lo que respecta al ámbito del derecho a no ser discriminado. Algunos hechos son claves para que sostengamos dicha afirmación.

⁴² Directiva del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, DOCE n.º 288, de 18 de octubre de 1991.

⁴³ COTINO HUESO, L.; CASTELLANOS CLARAMUNT, J., *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, 2022, p. [versión en línea].

⁴⁴ COM/2022/496 final, de 29 de septiembre de 2022.

En virtud de la legislación europea para la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, las víctimas de una discriminación basada en la toma de decisión algorítmica se encuentran en una posición que podría calificarse de desesperada. Para que su demanda prospere, primero tiene que aportarse unos indicios que demuestren con cierta razonabilidad y suficiencia que ha existido una discriminación. Refutar la legitimidad de las predicciones hechas por el algoritmo es una tarea casi imposible sin el acceso a los datos que maneja el código de fuente del algoritmo. Estas cuestiones crean un enorme problema a la hora de garantizar la fiabilidad de la aplicación del algoritmo y la aplicación de la normativa, lo que puede acabar reduciendo los incentivos para su cumplimiento.

Una solución que se plantea es garantizar de una manera más efectiva el derecho individual de acceso a la información. Esto es, garantizar el derecho de acceso, reconocido en el artículo 15 RGPD, para que alcance a toda la información y no solo a aquella información que sea relevante, lo que también llevaría a fortalecer las garantías del artículo 22 RGPD⁴⁵

El derecho de información o explicación es crucial para asegurar la transparencia de las decisiones y evitar la discriminación, o poder luchar contra ella en caso de darse⁴⁶. El legislador europeo es consciente de ello y por eso reconoce el derecho de acceso a la información en la toma de decisiones incluso tomadas por IA. Sin embargo, no le dota de un contenido concreto y específico, lo que puede generar cierta inseguridad entre los Estados miembros. El refuerzo del derecho a la información y la garantía de la transparencia es una necesidad imperante, pues con el uso de la IA el poder del empresario ha aumentado; pero también se ha dispersado ya que delega sus decisiones en manos de sistemas de gestión algorítmica respecto de las que no siempre se conoce su funcionamiento. En los casos en los que los aspectos de la relación laboral son fruto de decisiones adoptadas por la IA, el empresario puede encontrar ciertas limitaciones para ofrecer una información que sea adecuada y precisa.

Otra solución podría ser actualizar el derecho antidiscriminatorio europeo, que no parece adaptarse a los cambios tecnológicos. Aunque hay autores que defienden una postura afirmativa al respecto⁴⁷, otros creen que ni la discriminación directa ni la discriminación indirecta parecen estar pensadas para regular los sistemas de decisión basados en algoritmos⁴⁸. El legislador europeo parece asumir una falsa simplicidad en el funcionamiento de la IA y de la configuración de sus decisiones, olvidando que son decisiones complejas, con muchos factores interrelacionados entre sí y con multitud de sujetos involucrados.

3.2. Directiva sobre el trabajo en plataformas

El impacto tecnológico ha tenido otro importantísimo resultado: el desarrollo de las plataformas digitales de trabajo, que son plataformas en línea que facilitan la conexión entre quienes demandan un servicio y quienes lo ofertan derribando barreras temporales y geográficas. En unos casos, el nivel de participación de la plataforma digital puede ser mínimo y limitarse a poner en contacto a ambas partes; pero en otros, juega un rol decisivo en la contratación. Entonces, podría decirse que el trabajador está sometido al control del algoritmo que puede

⁴⁵ HACKER, P., "Teaching fairness to artificial intelligence", *cit.*, pp. 1173-1174.

⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.; FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., "La propuesta de directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo "normativo" el pilar europeo de los derechos sociales", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 211, 2018.

⁴⁷ GINNÈS I FABRELLAS, A. "Sesgos discriminatorios en la automatización de decisiones en el ámbito laboral: evidencias de la práctica", en RIVAS VALLEJO, M. P. (ed.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, España, 2022, p. 312.

⁴⁸ SÁEZ LARA, C., "El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación", *cit.*

influir en aspectos como el salario, la carga de trabajo, o las condiciones del mismo. La plataforma de trabajo digital ha desarrollado un sistema de trabajo novedoso gestionado a través de algoritmos, responsable de tomar decisiones relacionadas con el trabajo. Es decir, que el control que el algoritmo de la plataforma de trabajo digital ejerce sobre el trabajador es concluyente para determinar su estatus, si es trabajador por cuenta ajena o propia.

El trabajo en plataformas está renovando los parámetros del mundo del trabajo al que estábamos acostumbrados generando una situación de mayor vulnerabilidad de los trabajadores que se enfrentan a una gran infrarregulación y desprotección jurídica, ya que en muchas ocasiones su situación laboral de autónomos no se ajusta a la relación real que mantienen⁴⁹. La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales⁵⁰, tiene como objetivo la regulación de este tipo de trabajo. Para ello, esta Directiva establece el que consideramos que puede ser el punto clave de este texto: la presunción de laboralidad del trabajo en plataformas. Sin embargo, y teniendo en cuenta el objeto principal de este trabajo, queramos considerar un segundo aspecto al que también se refiere este texto: la protección frente a los sistemas algorítmicos de los que se compone la plataforma de trabajo digital. A mayor abundamiento, dicha protección no se limita solo a los trabajadores con la categoría de trabajadores por cuenta propia, sino que se garantiza para todos los trabajadores que desempeñen su trabajo en las plataformas digitales de trabajo con independencia de su categoría jurídica.

La importancia que confiere a la gestión algorítmica y a la transparencia es apreciable a simple vista, pues dedica dos capítulos a estos menesteres. Comienza por identificar una serie de prohibiciones, reconociendo qué datos personales que no podrán quedar sometidos al tratamiento del algoritmo de la plataforma digital ni ser objeto de decisiones automatizadas, datos que conforman una larga enumeración y que contienen información susceptible de ser empleada con fines discriminatorios (art. 7 Directiva trabajo en plataformas). Podemos pensar que dicho artículo tendrá consecuencias prácticas apreciables en la medida en que endurece el contenido de los artículos 9 y 22 RGPD al no contener ninguna excepción que permita el tratamiento automatizado de datos personales.

Sobre el deber de información respecto de las características de las decisiones automatizadas en el trabajo en plataformas, destaca su regulación en el artículo noveno de la Directiva. En él obliga a que los Estados miembros hagan efectivo dicho deber y facilita la uniformidad de criterios señalando cómo debe transmitirse esa información, a quien “trabajadores, candidatos, representantes de los trabajadores”, qué características debe cumplir y los plazos temporales en los que debe entregarse. En general, se trata de un derecho de información más garantista que el derecho de información que se contenía en otras normas predecesoras, como la Directiva 2019/1152 o el RGPD.

Especial ímpetu parece hacer este texto en la supervisión y vigilancia humana (arts. 10 y 11). Ya se ha dicho que la garantía protección de datos son los cimientos para respaldar el funcionamiento de algoritmo, pero también es importante asegurarse que las predicciones que ha hecho no se emplean con fines discriminatorios, lo que el legislador se asegura mediante la supervisión humana⁵¹.

⁴⁹ IVANOVA, M.; BRONOWICKA, J.; KOCHER, E.; DEGNER, A., *The App as a Boss? Control and Autonomy in Application-Based Management*, Arbeit | Grenze | Fluss - Work in Progress interdisziplinärer Arbeitsforschung, Frankfurt, Germany, 2018.

⁵⁰ Interinstitutional File: 2021/0414(COD). Versión definitiva disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7212-2024-ADD-1/en/pdf>

⁵¹ PUJOL VILA, O. “Discriminación algorítmica: sesgos discriminatorios en el aprendizaje automático y mitigación”, en RIVAS VALLEJO, M. P. (ed.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, cit., pp. 105-107.

3.3. Reglamento en materia de Inteligencia Artificial

En el año 2021, la Comisión Europea presentó una propuesta de reglamento para regular y armonizar las normas sobre las garantías de uso de los sistemas de IA en los Estados miembros. La forma elegida para su materialización es la de reglamento, hecho que no puede pasarse por alto pues demuestra la clara intención homogeneizadora del legislador europeo al respecto. Recordemos que, a diferencia de las directivas, los reglamentos no requieren de trasposición ya que son obligatorios en todos sus elementos y por ende, directamente aplicables (art. 288 TFUE).

El pasado marzo, del año 2024, el Parlamento Europeo aprobó el texto sobre la propuesta del Reglamento Europeo en materia de IA, aunque para su plena aplicación todavía se hará esperar. La complejidad de la materia nos hace testigos de los largos debates que tuvieron como resultado el largo y denso texto final que hoy tenemos entre manos.

Su fundamento principal reside en la garantía del Mercado Único Digital Europeo, que requiere de unas mínimas condiciones comunes entre los Estados miembros que hagan uso de estos sistemas, otorgándose así cierta seguridad jurídica a los sujetos que participen en este mercado. Ahora bien, aunque destaque su finalidad económica, el reglamento de IA tiene una aplicación transversal, pues resultará de aplicación a todo sistema de IA con independencia del ámbito donde vaya a usarse y sin perjuicio de las excepciones contempladas⁵².

El Reglamento diferencia entre los sistemas de IA según el nivel de riesgo que se le reconozca a cada sistema, que se establece teniendo en cuenta, entre otras cosas, la probabilidad de que del uso de la IA resulten vulnerados derechos fundamentales de los individuos, derechos fundamentales como lo es el derecho a no ser discriminado (véase el considerando 48 RIA). A su vez, a cada uno de los cuatro niveles de riesgo reconocido se les asocia una serie de obligaciones.

Según esta clasificación, todo sistema de AI que se aplique en el ámbito del empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo se considerará sistema de alto riesgo (art. 6 y Anexo III del Reglamento de IA). Como consecuencia, el contenido obligacional que este texto destina a todo sistema de alto riesgo será de aplicación a cualquier sistema de IA relacionado con el empleo. Queda así confirmado su marcado carácter transversal, ya que las obligaciones y derechos que reconoce tendrán impacto en el régimen jurídico de cualesquiera de aquellas áreas allí donde se empleen los sistemas de IA, como es el caso del empleo.

El legislador europeo sabe de la imposibilidad de reducir a cero el riesgo de que en la aplicación de los sistemas de IA no se generen posibles vulneraciones de derechos. Por esta razón, lo que propone es la introducción de garantías que se traduzcan en medidas orientadas a controlar su funcionamiento y así minimizar el riesgo del daño que pueden producir, las cuales se encuentran en la sección segunda, capítulo tercero de dicha norma, que abarca los artículos 8 a 15. Dos son los pilares sobre los que consideramos que ello se sostiene: la información y la transparencia, que como ya hemos señalado, son dos caras de una misma moneda, y se presentan como el más potente instrumento para enfrentarse al que puede ser el mayor reto que suponga la IA que es la opacidad de sus decisiones⁵³. Se ha de insistir en que, cuanto mayor sea el conocimiento que se tenga sobre la forma en que la IA adopta sus decisiones, mayor es la posibilidad de que, o no se basen en criterios discriminatorios, o en caso de hacerlo, la víctima pueda obtener su derecho a una reparación adecuada.

⁵² ROJO TORRECILLA, E., "UE. Aprobación del Reglamento de inteligencia artificial. Primeras notas descriptivas sobre el contenido laboral y de protección social", *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo Una mirada crítica a las nuevas realidades laborales*, fecha 14 de marzo de 2024, accedido el 1 de julio de 2024.

⁵³ PÉREZ DEL PRADO, D., "El Reglamento de IA y la transparencia", *Blog El Foro de Labos*, fecha 23 de mayo de 2024, accedido el 29 de junio de 2026 y A. TODOLÍ, "Riesgos Laborales Derivados del Uso de Algoritmos: Impacto de Género", en RIVAS VALLEJO, M. P., (ed.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, cit., pp. 400 y ss.

Pues bien, en primer lugar, todo sistema de IA de alto riesgo debe contar con sistemas de control de su funcionamiento orientados, por un lado, a la gestión de sus riesgos, y por otro, a la gobernanza de los datos que emplea. Partiendo de la base de que todo sistema de IA genera unos riesgos entre los que se hace especialmente visible el riesgo a que se adopten decisiones discriminatorias, se exige que dichos riesgos sean identificados, explicados y evaluados como primer paso. Posteriormente, se habrán de eliminar aquellos riesgos cuando fuese posible, y en caso negativo, se habrán de diseñar e implantar medidas para su control (arts. 9 y 10 RIA, éste último especialmente referido a la protección de datos).

En segundo lugar, todo sistema de IA deben acompañarse de una serie de documentación, tanto previa a su puesta en funcionamiento como durante el mismo. Esta documentación contendrá la información relativa a sus características técnicas y servirá como garantía de que se cumplen con todos los requisitos legales que se exigen. También se refiere a registros sobre su funcionamiento que puede facilitar su control y limitación de su uso a una finalidad concreta, así como otros documentos relativos a la ciberseguridad y a la precisión técnica (art. 11 y 12 RIA).

En tercer lugar, se refuerza el derecho a la transparencia y a la comunicación (art. 13 RIA). La clave de este artículo es que ya no basta con cumplir la obligación de transparencia ni el derecho a la información en abstracto. Es más preciso en cuando a su definición pues se refiere a la “transparencia adecuada”, a la información transferida en “el formato adecuado (...) pertinente, accesible y comprensible” que sea “concisa, completa, correcta y clara”. Consideramos que para garantizar la calidad del funcionamiento de los sistemas de IA, la transparencia de las decisiones adoptadas, debe traducirse en el la posibilidad de que estas decisiones sean explicadas⁵⁴. Pero además, hay que exigir que dicha explicación se adapte a los requisitos de la persona receptora en función de los conocimientos técnicos que posea. Asimismo, este artículo se preocupa por abordar el equilibrio de información tanto interno y externo que se echaba de menos en la Directiva 2019/1152⁵⁵.

En cuarto y último lugar, nos referimos a la vigilancia humana (art. 14 RIA) como garantía de que se cumpla el principio de transparencia. El RIA confía en la capacidad humana como elemento de control de riesgos. Hay una clara mejoría en este artículo que no se aprecia en otros textos por cuanto es mucho más claro y preciso a la hora de definir en qué debe consistir esta vigilancia humana. Es imprescindible atajar todos los aspectos circuncindantes a la toma de decisiones algorítmicas, y no solo centrarse en la propia técnica del algoritmo.

El contenido obligatorio se reparte entre todos aquellos que participan en la cadena de suministro de los sistemas de IA, y diferencia figuras como importados, distribuidor, operador, representante autorizado, proveedor y usuario. En el diseño y puesta en funcionamiento de los sistemas de IA participan diversos sujetos y a cada uno de ellos, dependiendo de su rol en la cadena de valor de la IA se le asigna una serie de obligaciones. La definición de unas obligaciones concretas es, a nuestro parecer, es uno de los mayores aciertos de la norma, cuyos efectos sean más apreciables. Ahora se define un sistema de obligaciones concreto, superando la dispersión y confusión de obligaciones que dificultaba el cumplimiento de una obligación material específica, y además se exige comúnmente entre todos los Estados miembros.

En concreto, el empresario que hace uso de un sistema de IA se identificaría con el usuario del sistema, que es en última instancia quien hace uso del mismo. Sin embargo, dada la complejidad

⁵⁴ PANIGUTTI C., y otros, “The role of explainable AI in the context of the AI Act”, en *Proceedings of the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, 2023 (FAccT’23), p. 1140.

⁵⁵ COTINO HUESO, L.; CASTELLANOS CLARAMUNT, J., *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, cit., [versión en línea].

técnica del mismo, resultaría no solo poco realista, sino que además sería prácticamente imposible hacer únicamente responsable al empresario de determinadas obligaciones relacionadas con el funcionamiento del sistema que garanticen su adecuación al sistema legislativo vigente ya que es probable que carezca de las competencias para hacer efectivo su cumplimiento. En última instancia, es el trabajador quien se verá afectado por la decisión que toma el empresario, aun basándose en un sistema de IA. Para que el empresario pueda garantizar un mínimo grado de fiabilidad en su decisión es necesario que también el resto de sujetos que participan en la puesta en marcha de un sistema IA tengan reconocidas una serie de obligaciones en orden a garantizar la transparencia y faciliten que, a su vez, el empresario pueda explicar las decisiones que toma aun cuando sean adoptadas por un sistema de IA.

4. Conclusiones

Una legislación realista debe enfocarse hacia un doble objetivo, menos ambicioso que la erradicación a cero de la discriminación en la toma de decisiones mediante gestión algorítmica, pues que desaparezca en su totalidad es una meta prácticamente inalcanzable. A saber, en primer lugar, reducir las posibilidades de que esta discriminación se produzca; y, en segundo lugar, mitigar las consecuencias una vez se ha producido.

Teniendo en cuenta la complejidad técnica inherente al funcionamiento de la IA, el Derecho debe dar una respuesta equilibrada entre la prevención de la discriminación a través del control del funcionamiento del algoritmo; y, puesto que esta prevención a veces falla, también debe regular el establecimiento de unas consecuencias jurídicas una vez que la discriminación se ha producido.

La legislación de la UE realiza la primera para regular la IA y evitar sus riesgos. Para ello refuerza el derecho de información, el principio de transparencia y confía en la supervisión humana. No es nuestra intención evaluar el contenido íntegro de las normas en materia digital, pero nos atrevemos a concluir que, tras la entrada en vigor de la nueva normativa europea, al menos en lo que respecta al control *a priori* del algoritmo, las probabilidades de producir un resultado lesivo con los derechos fundamentales sí podrían fácilmente verse reducidas.

Sin embargo, la legislación antidiscriminatoria propiamente dicha sigue inmóvil. Esto es, una vez se ha producido un resultado discriminatorio, la víctima tiene que acogerse a un marco regulador que puede ser catalogado de insuficiente. Una interpretación flexible y dinámica del derecho a no ser discriminado y de sus tipos, formado esencialmente por el binomio discriminación directa y discriminación indirecta, podrían servir para dar cabida a la discriminación basada en algoritmo. Pero, a veces prevalece una interpretación rígida que impide que se aprecie discriminación en aquellos casos en los que se dan con exactitud los elementos que constituyen cada una de estas formas de discriminación.

Quizá no sea necesaria una modificación de la legislación antidiscriminatoria europea, legislación que actúa como motor del desarrollo del derecho antidiscriminatorio en los Estados miembros. Puede que solo sea suficiente que se lleve a cabo una aplicación eficaz que evalúe los efectos discriminatorios de cada decisión algorítmica sin la rigidez que exige conocer su lenguaje o el ceñirlo solo a los colectivos mencionados por la norma. Sea como sea, la IA es ya una realidad, y habrá que esperar a la relación de Derecho ante este fenómeno que, como suele ocurrir, va un paso por detrás de los cambios contextuales.

5. Bibliografía

- ALOISI, A., “Regulating Algorithmic Management at Work in the European Union: Data Protection, Non-discrimination and Collective Rights”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 40, n.º 1, 2024.
- ATREY, S., “Illuminating the CJEU’s Blind Spot of Intersectional Discrimination in *Parris v Trinity College Dublin*”, *Industrial Law Journal*, vol. 47, n.º 2, 2018.
- BRKAN, M., “Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond”, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27, n.º 2, 2019.
- COTINO HUESO, L.; CASTELLANOS CLARAMUNT, J., *Transparencia y explicabilidad de la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, 2022.
- FORSHAW, S.; PILGERSTORFER, M., “Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in between?”, *Industrial Law Journal*, vol. 37, n.º 4, 2008.
- HACKER, P., “Teaching fairness to artificial intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 55, n.º 4, 2018.
- HOWARD, E., “The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, n.º 4, 2006.
- ITURMENDI RUBIA, J. M., “La discriminación algorítmica y su impacto en la dignidad de la persona y los derechos humanos. Especial referencia a los inmigrantes”, *Deusto Journal of Human Rights*, n.º 12, 2023.
- IVANOVA, M.; BRONOWICKA, J.; KOCHER, E.; DEGNER, A., *The App as a Boss? Control and Autonomy in Application-Based Management*, Arbeit | Grenze | Fluss - Work in Progress interdisziplinärer Arbeitsforschung, Frankfurt, Germany, 2018.
- KELLY-LYTH, A., “Algorithmic discrimination at work”, *European Labour Law Journal*, vol. 14, n.º 2, 2023.
- LLANO ALONSO, F. H.; GARRIDO MARTÍN, J.; VALDIVIA GIMÉNEZ, R. D., *Inteligencia artificial y Filosofía del derecho*, Laborum, Murcia, 2022.
- LÜTZ, F., “Gender equality and artificial intelligence in Europe. Addressing direct and indirect impacts of algorithms on gender-based discrimination”, *ERA Forum*, vol. 23, n.º 1, 2022.
- MANN, M.; MATZNER, T., “Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination”, *Big Data & Society*, vol. 6, n.º 2, 2019.
- MIRANDA BOTO, J. M., “Algo de ruido. ¿cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 149, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, vol. 8, n.º 2, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; FERNÁNDEZ BERNAT, J. A., “La propuesta de directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsibles como desarrollo “normativo” el pilar europeo de los derechos sociales”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 211, 2018.

- MORALES ORTEGA, J. M. (ed.), *Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*, Laborum, Murcia, 2022.
- PALMA ORTIGOSA, A., “Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos.”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 50, 2019.
- PANIGUTTI, C.; HAMON, R.; HUPONT, I.; FERNANDEZ LLORCA, D.; FANO YELA, D.; JUNKLEWITZ, H.; Y OTROS, “The role of explainable AI in the context of the AI Act”, en *Proceedings of the 2023 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, 2023 (FAccT ’23).
- PÉREZ DEL PRADO, D., “El Reglamento de IA y la transparencia”, *El Foro de Labos*, fecha de consulta 29 junio 2024, en <https://www.elforodelabos.es/2024/05/el-reglamento-de-ia-y-la-transparencia/>.
- RIVAS VALLEJO, M. P., “Decisiones automatizadas y discriminación en el trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 66, 2023.
- *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo: su impacto discriminatorio*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2020.
- RIVAS VALLEJO, P. (ed.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, España, 2022.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes*, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2019.
- ROJO TORRECILLA, E., “UE. Aprobación del Reglamento de inteligencia artificial. Primeras notas descriptivas sobre el contenido laboral y de protección social”, *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada crítica a las nuevas realidades laborales*, fecha de consulta el 1 de julio de 2024, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>
- SÁEZ LARA, C., “El algoritmo como protagonista de la relación laboral. Un análisis desde la perspectiva de la prohibición de discriminación”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 155, 2020.
- SCHIEK, D., “A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?”, *European Law Journal*, vol. 8, n.º 2, 2002.
- SORIANO ARNANZ, A., “Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos”, *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, vol. 3, 2021.
- TOSONI, L., “The right to object to automated individual decisions: resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation”, *International Data Privacy Law*, vol. 11, n.º 2, 2021.
- WADDINGTON, L.; BELL, M., “More equal than others: Distinguishing European Union equality directives”, *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001.
- WARD, A., “The Impact of the EU Charter of Fundamental Rights on Anti-Discrimination Law: More a Whimper than a Bang?”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 20, 2018.

GÉNERO, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SALUD LABORAL. EL PAPEL DE LOS AGENTES SOCIALES

TAMARA PRIETO PÉREZ

Investigadora Contratada Predoctoral Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad de Derecho, Universidad de León

ORCID: 0009-0000-5927-1436

1. Introducción

El uso de sistemas de Inteligencia Artificial para gestionar el trabajo es cada vez más común en las empresas, reemplazando a supervisores y expertos en recursos humanos. Aunque esta tecnología optimiza la productividad, mejora la toma de decisiones al analizar grandes cantidades de datos de manera rápida y precisa y automatiza tareas repetitivas y tediosas, permitiendo a los trabajadores enfocarse en actividades más creativas y estratégicas, lo cierto es que también plantea serios riesgos para la salud y puede generar discriminaciones de género.

La falta de transparencia en estos sistemas genera ansiedad y desconfianza entre las personas trabajadoras, planteando cuestiones éticas sobre las decisiones tomadas por algoritmos. Estos sistemas pueden deshumanizar a las personas empleadas, tratándolas como máquinas sin sentimientos, lo que incrementa los riesgos psicosociales. Las mujeres, a menudo, enfrentan más intensamente estos riesgos debido a sesgos algorítmicos que perpetúan desigualdades, como la asignación de tareas menos calificadas y peor remuneradas.

La presente propuesta de comunicación pretende desglosar los riesgos para la salud que puede ocasionar esta nueva forma de gestión tecnológica, con un enfoque particular en la

discriminación de género, puesto que las mujeres, en muchos casos, enfrentan más intensamente estos riesgos laborales derivados de la IA. La monitorización constante a través de sensores, la intensificación del trabajo resultante de decisiones tomadas por una máquina sin empatía ni conocimiento de los límites humanos, la reducción de la autonomía del trabajador sometido a las decisiones de la IA y las discriminaciones disfrazadas de neutralidad algorítmica, pueden provocar graves problemas de salud física y psicológica en las personas empleadas, afectando desproporcionadamente a las mujeres.

El diálogo social constituye una herramienta fundamental para resolver este problema, ya que permite la colaboración entre empleadores, trabajadores, expertos en tecnología y legisladores para establecer políticas y prácticas que garanticen un entorno laboral seguro, equitativo y saludable para todos los trabajadores, independientemente de su género.

2. La toma de decisiones automatizadas como factor de riesgo

En las últimas décadas, nuestra sociedad ha sido testigo de una nueva revolución industrial que comenzó con la introducción de tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito laboral. Con el tiempo, esta evolución ha dado lugar a lo que ahora se conoce como “entorno laboral digitalizado”¹.

La digitalización del entorno laboral abarca la implementación de diversas herramientas destinadas a la automatización del trabajo. Esto incluye desde la automatización de tareas simples hasta la adopción de sistemas de Inteligencia Artificial capaces de almacenar datos, aprender de ellos y aplicar procedimientos cada vez más efectivos con el tiempo.

Si bien las últimas décadas han presenciado una automatización masiva en el entorno laboral, los últimos años han estado marcados por la integración de sistemas de Inteligencia Artificial en las empresas, tanto en los procesos productivos como en la toma de decisiones. Estos avances en Inteligencia Artificial representan un significativo progreso en la digitalización del entorno laboral, ofreciendo numerosas oportunidades pero también planteando desafíos que como sociedad debemos enfrentar.

Los avances en Inteligencia Artificial han revolucionado la capacidad de automatizar tareas que antes requerían intervención humana. Por ejemplo, ahora podemos analizar y comparar grandes cantidades de datos de manera rápida y precisa, lo que resulta en la obtención de resultados predefinidos con mayor eficiencia. Esta tecnología no solo acelera el proceso de toma de decisiones, sino que también mejora su fiabilidad.

Los sistemas de Inteligencia Artificial tienen la capacidad de realizar predicciones fundamentadas en datos históricos y actuales. Estas predicciones proporcionan un respaldo crucial para las decisiones futuras, ya sean tomadas por humanos o automatizadas, con el fin de mitigar o eliminar los riesgos potenciales que podrían afectar la salud de las personas. Esta capacidad predictiva es especialmente útil en entornos donde la seguridad y la salud son prioritarias, permitiendo identificar y abordar proactivamente los factores o elementos que podrían representar riesgos para la salud a largo plazo.

La Inteligencia Artificial se define como el software implementado en una máquina que le confiere habilidades similares a las humanas, como el razonamiento, el aprendizaje, la

¹ Se entiende por digitalización del medio laboral al proceso dirigido a la automatización del trabajo mediante el uso de diferentes tecnologías, con el objetivo de mejorar y automatizar aquellas tareas que son realizadas por los trabajadores. La definición original puede encontrarse en KIRK, D., *Demystifying digital labor*, KPMG Institutes, 2016, pág. 2 Documento disponible en: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/lu/pdf/lu-en-demystifying-digital-labor-june-2016.pdf>

creatividad y la planificación. Según la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, un sistema de Inteligencia Artificial² se caracteriza por su capacidad para percibir su entorno, analizar información y tomar acciones en respuesta a esa información. La implementación de Inteligencia Artificial en máquinas o equipos de trabajo les permite percibir su entorno, almacenar datos relevantes y tomar decisiones basadas en parámetros y reglas predefinidas. En esencia, la Inteligencia Artificial se basa en dos pilares fundamentales: la adquisición de datos, ya sea ingresados directamente o capturados por sensores, y la aplicación de algoritmos previamente configurados que guían el procesamiento de la información para alcanzar objetivos específicos.

Es fundamental reconocer que detrás de cada algoritmo que forma parte de un sistema de Inteligencia Artificial hay personas responsables de su diseño e implementación³. La creciente adopción generalizada de sistemas de Inteligencia Artificial en las empresas es una realidad en constante evolución, que debe ser considerada no solo como un progreso continuo, sino también como una tendencia emergente⁴. Este fenómeno no solo impacta en la eficiencia y la automatización laboral, sino que también tiene implicaciones significativas en la gestión de riesgos laborales, particularmente en el ámbito de los riesgos psicosociales. Estos últimos abarcan tanto desafíos nuevos como tradicionales, que requieren ser abordados de manera integral para garantizar ambientes laborales seguros y saludables.

Es evidente que la implementación de nuevos sistemas de Inteligencia Artificial representa un avance importante para las empresas, permitiéndoles aumentar su productividad y eficiencia operativa. Sin embargo, estos avances también transforman el entorno laboral, introduciendo nuevos desafíos y riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores que interactúan con esta tecnología. Es crucial gestionar adecuadamente estos cambios para garantizar condiciones laborales seguras y proteger el bienestar de las personas empleadas.

Es esencial entender que la tecnología en su esencia es neutral, pero su implementación puede tener repercusiones significativas en la salud mental y emocional de los trabajadores. Además, en algunos casos, también puede implicar riesgos para la seguridad física de las personas empleadas. Es crucial considerar estos aspectos al integrar nuevas tecnologías en el entorno laboral, asegurando medidas adecuadas para proteger tanto el bienestar psicosocial como la seguridad física de los trabajadores.

En el ámbito de la legislación preventiva, es claro que el empresario tiene la responsabilidad de salvaguardar la seguridad y salud de los trabajadores en todas las facetas relacionadas con su labor⁵, mediante la adopción de medidas preventivas adecuadas en cada situación específica.

² El Reglamento de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial, define Sistema de Inteligencia Artificial como aquel que opera con elementos de autonomía y que, basándose en datos y entradas obtenidos de humanos o máquinas, infiere como alcanzar unos objetivos propuestos, usando para ello técnicas basadas en el aprendizaje-máquina o en lógica y conocimiento, y genera como salida contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en el entorno con el que el sistema interactúa.

³ Vid. Art. 3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Documento disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>

⁴ Cfr. VALVERDE ASENSIO, A.J., *Implantación de sistemas de Inteligencia Artificial y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2020, pág. 11.

⁵ ERRANO ARGÜESO, M., "Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral", en *IUS Labor*, nº. 2, 2019, pág. 11. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3885005/227528459/2.+Serrano.pdf/ff554b0b-efc2-c49d-7ba3-32c8349e>

Esto implica no solo cumplir con las obligaciones establecidas por la normativa vigente⁶, sino también anticiparse a riesgos no contemplados inicialmente por el legislador, incluyendo aquellos que surgen con la implementación de sistemas digitales en el entorno laboral. Como destaca ALARCÓN CARACUEL, simplemente cumplir con la normativa puede resultar insuficiente en ciertas circunstancias o cuando esta ha quedado desactualizada.

3. La obligación empresarial de seguridad ante la Inteligencia Artificial

La cuestión de si la Inteligencia Artificial (IA) debe formar parte de las funciones de la prevención en el ámbito laboral depende en gran medida de su capacidad para mitigar los riesgos y garantizar la protección de los trabajadores. Es crucial recordar que la responsabilidad de asegurar la seguridad de los trabajadores no es una opción discrecional para los empleadores; es una obligación inherente que conlleva consecuencias legales significativas cuando se ejerce dentro de la relación laboral.

La naturaleza integral de esta obligación implica que su cumplimiento debe influir en los procesos técnicos, la organización del trabajo y las condiciones laborales en general. Esto incluye cumplir con todas las normativas establecidas en materia de prevención de riesgos laborales y adoptar todas las medidas necesarias para garantizar un entorno seguro. Es esencial que esta responsabilidad se integre en todos los niveles jerárquicos de la empresa, asegurando así una implementación efectiva y coherente en toda la organización.

La integración como parte esencial de la obligación de seguridad implica que su cumplimiento debe reflejarse en los procesos técnicos, la organización del trabajo y las condiciones en las que se desarrolla este último⁷. Para ello, es fundamental cumplir con todas las obligaciones establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales, adoptando todas las medidas necesarias para garantizarla e involucrando a todos los niveles jerárquicos de la empresa⁸.

La claridad de esta obligación de seguridad depende de cómo se concreta su contenido. La necesidad de “adoptar cuantas medidas sean necesarias” a veces puede actuar como un obstáculo para cumplir con la normativa o simplemente llevar a un cumplimiento formal sin efectividad real. Por lo tanto, el plan de prevención, que integra la actividad preventiva de la empresa en su sistema general de gestión y establece su política preventiva, no debe omitir la utilización de todos los recursos disponibles en la empresa, incluso aquellos que no fueron adquiridos inicialmente con fines preventivos.

La claridad en cuanto a la obligación de seguridad en el ámbito laboral depende en gran medida de lo bien definido que esté su contenido específico. En ocasiones, la necesidad de “adoptar todas las medidas necesarias” puede representar un desafío para cumplir efectivamente con la normativa, llegando incluso a convertirse en un cumplimiento meramente formal. Por lo tanto, es fundamental que el plan de prevención, que es la herramienta principal para integrar la actividad preventiva de la empresa dentro de su sistema general de gestión y establecer una política de prevención sólida, no ignore la posibilidad de utilizar todos los recursos disponibles en la empresa, incluso aquellos que originalmente no se adquirieron con propósitos preventivos explícitos.

⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R. “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de los trabajadores”, en OJEDA-AVILÉS, A., *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1996, pág. 106.

⁷ Art. 1.1, RD 39/1997 de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

⁸ Art. 14.3 LPRL, teniendo en cuenta, según se prevé en el art. 1 LPRL, que tendrá la consideración de normativa sobre prevención de riesgos laborales todas las contenidas en la LPRL, “sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito”.

Cuando los recursos empleados en la empresa incluyen software de Inteligencia Artificial o forman parte de la Internet de las Cosas (IoT), su relevancia es significativa siempre que puedan influir directa o indirectamente en la identificación, evaluación o manejo de riesgos laborales, así como en la predicción de comportamientos peligrosos u otros aspectos relacionados con la seguridad y la salud en el trabajo. Esto se debe a la posición de garante que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales asigna al empresario en términos de seguridad laboral.

Además, dado el carácter dinámico y continuamente evolutivo de la obligación de seguridad, cualquier cambio o avance tecnológico en la empresa debe ser evaluado en términos de su impacto en la prevención de riesgos laborales. Es crucial ajustar y desarrollar los procedimientos preventivos de acuerdo con estas innovaciones tecnológicas para asegurar que se mantenga un entorno de trabajo seguro y saludable.

4. Sesgos algorítmicos. Impactos adversos para la salud de las personas trabajadoras

La administración de la fuerza laboral mediante algoritmos se basa en el análisis de patrones recurrentes y correlaciones con el fin de realizar predicciones sobre las estrategias óptimas de gestión de recursos humanos. Estos algoritmos emplean técnicas avanzadas de aprendizaje automático y análisis de datos para procesar grandes volúmenes de información, como el rendimiento de las personas trabajadoras, la productividad, los comportamientos y las tendencias laborales⁹.

El objetivo es identificar factores clave que influyan en la eficiencia y el desempeño de los trabajadores, permitiendo a las organizaciones tomar decisiones informadas sobre asignación de tareas, optimización de horarios, capacitación y desarrollo profesional. Además, estas tecnologías pueden prever problemas potenciales, como el agotamiento o la rotación de personal, facilitando intervenciones preventivas para mejorar el bienestar y la retención de las personas empleadas.

En este contexto, uno de los principales problemas radica en que estos algoritmos pueden tomar decisiones basadas en categorías discriminatorias o, directamente, en criterios discriminatorios¹⁰. Esto puede ocurrir si los datos utilizados para entrenar los algoritmos contienen sesgos inherentes o si las variables seleccionadas reflejan prejuicios sociales, resultando en decisiones que perpetúan la desigualdad y la injusticia en el entorno laboral.

Los algoritmos de Inteligencia Artificial y aprendizaje automático poseen la capacidad de inferir características personales sensibles a partir de datos aparentemente no relacionados¹¹. Este fenómeno se debe a su habilidad para detectar patrones complejos y correlaciones en grandes volúmenes de datos. Aunque la recopilación directa de información sobre afiliación sindical, religión, sexo, orientación sexual o discapacidad esté prohibida, los algoritmos pueden utilizar datos secundarios para realizar estas inferencias.

Por ejemplo, los algoritmos pueden analizar:

- Patrones de comportamiento digital: Datos sobre navegación web, actividad en redes sociales y uso de aplicaciones pueden revelar información sobre las creencias religiosas, preferencias sexuales o afiliaciones políticas.

⁹ ÁLVAREZ CUESTA, H., *El impacto de la Inteligencia Artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2020, pág. 31.

¹⁰ BODIE, M., *The Law and policy of People Analytics*, cit., y AJUNWA, I.; CRAWFORD, K.; SCHULTZ, J., "Limitless Worker Surveillance", *Berkeley Law*, 105 Calif. L. Rev. 735, 2017, 106.

¹¹ CRAWFORD, K. y SCHULTZ, J. *Big data and due process: Towards a framework to redress predictive privacy harms*, Boston College Law Review, 2014, 55, 1.

- Historial de compras: Las transacciones financieras y los productos adquiridos pueden proporcionar pistas sobre la religión (como la compra de alimentos específicos), el género y otras características personales.
- Datos de ubicación y movilidad: La frecuencia y los lugares visitados pueden indicar la participación en actividades religiosas, sindicales o comunitarias.
- Análisis de texto y comunicación: Los mensajes y correos electrónicos pueden ser analizados para inferir la orientación sexual, la afiliación sindical o la discapacidad mediante el análisis de lenguaje natural y patrones de comunicación.

El uso de técnicas avanzadas, como el análisis predictivo y el *clustering*, permite a los algoritmos agrupar individuos con características similares, incluso sin acceso directo a datos explícitos sobre sus características personales. Esta capacidad de inferencia plantea importantes desafíos éticos y legales¹², ya que puede llevar a la violación de la privacidad y a prácticas discriminatorias, a menudo sin el conocimiento o el consentimiento de los afectados.

En muchos casos, las capacidades de un algoritmo para hacer inferencias estadísticas son desconocidas, lo que crea una “imposibilidad” de determinar si el algoritmo está tomando decisiones basadas en información discriminatoria o no. Este desafío surge de la complejidad y opacidad de los algoritmos de Inteligencia Artificial, especialmente aquellos basados en técnicas de aprendizaje profundo.

Cuando un algoritmo dirige las decisiones, las minorías suelen enfrentar desventajas significativas. La ciencia de la estadística otorga mayor fiabilidad a decisiones respaldadas por grandes cantidades de datos¹³. Por lo tanto, para las minorías (en términos de raza, religión, orientación sexual, etc.), donde hay menos datos disponibles, el algoritmo tiende a considerar más arriesgado tomar decisiones favorables hacia estos grupos. Esto se traduce en que, para seleccionar a un candidato de una minoría, el algoritmo puede requerir más cualificaciones, habilidades y conocimientos en comparación con un candidato de un grupo mayoritario, simplemente porque es estadísticamente más sencillo predecir el comportamiento de alguien de un grupo mayoritario.

El tratamiento injusto percibido puede tener consecuencias graves para la salud laboral de las personas trabajadoras, incluyendo ansiedad, frustración, desánimo y depresión. Estos efectos se intensifican cuando los algoritmos se presentan como entidades neutras guiadas únicamente por criterios de mérito aparente. Esta percepción puede llevar al personal laboral a sentirse impotentes ante decisiones que perciben como injustas, lo que afecta negativamente su bienestar emocional y mental en el lugar de trabajo.

Además de los impactos psicológicos, la presión y el estrés causados por la posible discriminación algorítmica pueden aumentar el riesgo de enfermedades relacionadas con el trabajo, síndrome de *burnout*, y otros trastornos de salud mental¹⁴. La falta de transparencia y supervisión adecuada sobre los algoritmos puede exacerbar estos problemas al dificultar la identificación y corrección de sesgos.

¹² TODOLÍ SIGNES, A., “Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la ‘Ley Rider’ y los derechos de información sobre los algoritmos”, *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], 2021, n.º. 2, págs. 28-65.

¹³ PEREZ LUÑO, A.E., *La tercera generación de derechos humanos*, 2006, Thomson Aranzadi, Navarra 2006, 93 y GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “La elaboración de perfiles y su impacto en los DDF. Una primera aproximación a su regulación en el RGUE”, *Derechos y Libertades*, 2018, 109.

¹⁴ TODOLÍ SIGNES, A., “En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/Inteligencia Artificial dirigiendo el trabajo”, *Labour & Law Issues*, vol. 5, n.º. 2, 2019.

5. Afecciones en bienestar emocional

Resulta innegable que la implementación de la gestión algorítmica del trabajo puede conducir a una notable pérdida de control para los trabajadores en diversas dimensiones operativas. Esto abarca desde la capacidad de influir en el contenido y la configuración de sus tareas diarias hasta la autonomía en la planificación y organización de sus actividades laborales¹⁵. Los algoritmos, al establecer directrices y cronogramas basados en datos y patrones predeterminados, pueden restringir la libertad de los trabajadores para tomar decisiones sobre métodos de ejecución eficientes y preferidos. Esta reducción de la autonomía no solo afecta la satisfacción laboral, sino que también puede incrementar el estrés y la frustración entre el personal contratado, lo cual tiene implicaciones negativas para la salud mental y emocional en el lugar de trabajo.

Este nivel de demanda puede inducir a los trabajadores a participar en conductas arriesgadas para su bienestar personal. La percepción de que no hay suficiente tiempo para tomar descansos adecuados puede surgir, mientras que los algoritmos pueden desvalorizar períodos destinados a la interacción social o las pausas para uso personal, considerándolos como ineficientes. Esto potencialmente conduce a consecuencias adversas para la salud de las personas empleadas, ya que se ven obligados a priorizar la productividad sobre el autocuidado, lo cual está documentado en la literatura sobre salud ocupacional como un factor de riesgo significativo para el estrés, la fatiga y otros problemas de salud¹⁶.

Además, el *feedback* comparativo del desempeño entre trabajadores puede inducir mayores niveles de presión psicológica, estrés, ansiedad y una reducción en la autoestima. Este efecto se intensifica cuando se presenta la información bajo la apariencia de objetividad y neutralidad, a pesar de la posible influencia de sesgos o interpretaciones subjetivas.

No es la primera vez que se observan estas repercusiones asociadas con los riesgos tecnológicos. El aumento del estrés laboral derivado de la implementación de nuevas tecnologías ha sido ampliamente estudiado. El tecnoestrés, un estado psicológico adverso vinculado al uso de tecnologías de la información y comunicación, puede resultar en fatiga crónica, desánimo, tensión muscular y otras dolencias físicas, además de dificultades de concentración y cambios de humor, dependiendo de su intensidad¹⁷. Estos síntomas guardan similitud con los del estrés laboral convencional, si bien la causa subyacente es atribuible específicamente al uso de la tecnología¹⁸.

La presencia de un algoritmo como supervisor puede dar lugar a una serie de dolencias, especialmente debido a la resistencia a ser dirigido por una máquina y a la pérdida de autonomía en la gestión del tiempo y el método de trabajo¹⁹. Estos aspectos requieren un análisis más detallado para comprender completamente sus implicaciones en el bienestar laboral y la salud psicológica de las personas trabajadoras.

¹⁵ PÉREZ ZAPATA, Ó., ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, G., CASTAÑO COLLADO, C. y LAHERA SÁNCHEZ, A., (2015). "Sostenibilidad y calidad del trabajo en riesgo: la intensificación del trabajo del conocimiento". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 116, págs. 175-214.

¹⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Los riesgos psicosociales ante una vigilancia empresarial tecnológicamente avanzada: garantías preventivas y posibilidades de resarcimiento", en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J., y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, (dir.), *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Bomarzo, Albacete 2017. Págs 219 y ss.

¹⁷ PÉREZ-ZAPATA, O., ÁLVAREZ-HERNÁNDEZ, G., y REVILLA CASTRO, J., "Digitalización, intensificación del trabajo y salud de los trabajadores españoles" [Comunicación]. Congreso Interuniversitario OIT Sobre El Futuro Del Trabajo, Sevilla. 2020.

¹⁸ PINILLA GARCÍA, F. J. y LÓPEZ PELÁEZ, A., "La intensificación del trabajo en España: Trabajo en equipo y flexibilidad". *Reis: Revista Española De Investigaciones Sociológicas*, 160, 2017. págs. 79-94.

¹⁹ TODOLÍ SIGNES, A., "La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos." *Revista de Derecho Social* nº. 84, 2018.

La opacidad en los motivos que guían las decisiones puede complicar el cumplimiento de las responsabilidades asignadas, especialmente cuando se percibe que las máquinas tienen un papel decisivo y distante en la gestión de la productividad de la empresa. Todo ello puede aumentar la percepción de falta de control y comprensión por parte del personal laboral, lo que a su vez puede afectar su capacidad para cumplir eficazmente con sus funciones. Además, no nos enfrentamos simplemente a un aumento en la intensidad del trabajo, sino que esta intensificación está dirigida por una entidad no humana con la cual es difícil establecer un razonamiento. Esto puede llevar a que los trabajadores desarrollen sentimientos de aversión o frustración hacia la tecnología que supervisa su trabajo y limita su capacidad de autogestión.

6. Sistemas digitales destinados a la gestión de la prevención de riesgos laborales

La gestión de personal mediante sistemas de Inteligencia Artificial, conocida como Artificial Intelligence for Workers Management (AIWM), implica la integración de tecnologías avanzadas que capturan datos en tiempo real sobre el entorno laboral, las personas trabajadoras y las actividades desempeñadas. Estos datos son analizados por un sistema de IA que genera decisiones automatizadas o semi-automatizadas, o proporciona información relevante a los responsables de la toma de decisiones, tales como el equipo de recursos humanos, los servicios de prevención de riesgos laborales, los supervisores de seguridad, los empleadores y los propios trabajadores. Esta tecnología no solo optimiza la gestión del capital humano y mejora la eficiencia operativa, sino que también facilita el cumplimiento de las normativas de salud y seguridad, permite una mayor personalización en la administración del personal y contribuye a la identificación y mitigación proactiva de riesgos laborales²⁰.

Estas plataformas de gestión 4.0 pueden integrar y procesar una gran cantidad de datos provenientes de diversos instrumentos de monitorización basados en Inteligencia Artificial, como dispositivos wearables o Equipos de Protección Individual (EPIs) inteligentes, así como de sistemas de supervisión más convencionales como la videovigilancia, la geolocalización y la grabación de sonido. Además, pueden cruzar esta información con datos históricos del sistema. La información recopilada se procesa en tiempo real, lo que permite responder a los problemas de manera inmediata. Así, estas plataformas de gestión se convierten en herramientas avanzadas para el control y gestión de riesgos laborales, la monitorización continua de la salud de las personas trabajadoras, y también actúan como sistemas de apoyo al trabajador, mejorando la seguridad y eficiencia en el entorno laboral.

Desde una perspectiva técnica, estas plataformas de gestión pueden operar mediante un modelo semi-automatizado, en el cual la decisión final recae en manos humanas, o mediante un modelo completamente automatizado, que no requiere intervención ni supervisión humana en el proceso decisorio. El grado de automatización en la toma de decisiones es crucial desde la óptica de la prevención de riesgos laborales, ya que influye directamente en la capacidad de los trabajadores para gobernar dichos sistemas y en las implicaciones jurídicas asociadas al tratamiento de datos personales, conforme al artículo 22 de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDPGDD). La gobernanza y el control que los trabajadores puedan ejercer sobre estos sistemas afectarán la transparencia, la responsabilidad y la protección de datos en el entorno laboral, planteando desafíos significativos en cuanto a la privacidad, la seguridad y el cumplimiento normativo.

²⁰ EU-OSHA, *Artificial intelligence for worker management: an overview*, Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2022, pág. 12. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/publications/artificial-intelligence-worker-management-overview>.

La integración de receptores de información, como wearables, dispositivos IoT, EPI inteligentes, así como robots y cobots, con plataformas de gestión equipadas con avanzados sistemas de Inteligencia Artificial, permite la identificación proactiva de riesgos y la implementación de medidas preventivas en tiempo real. Esta sinergia tecnológica facilita la automatización del proceso de evaluación de riesgos laborales, proporcionando datos de alta fiabilidad y mejorando significativamente la eficiencia en la asignación de recursos preventivos²¹. Además, la recopilación y análisis continuo de datos provenientes de estos dispositivos optimiza la capacidad de respuesta ante posibles incidentes, garantizando un entorno laboral más seguro y cumpliendo con los estándares de seguridad y salud ocupacional de manera más efectiva y dinámica.

7. Evaluación de factores de riesgo

7.1. Vigilancia continua

La capacidad de procesar datos automáticamente y con gran eficiencia motiva a las empresas a recopilar la mayor cantidad de información posible sobre el personal laboral y sus actividades laborales. Esta tendencia se ve reforzada por el avance de las tecnologías emergentes, como los dispositivos portátiles (wearables) y el Internet de las cosas (IoT), que permiten instalar sensores para monitorear y registrar prácticamente todos los aspectos del trabajo. Estos sensores pueden medir desde el rendimiento y la productividad hasta las condiciones físicas y ambientales en las que se desarrolla la labor, facilitando un control detallado y constante²².

Así, existen sensores basados en:

- Audio: Capaces de determinar el estado de ánimo de los trabajadores (como animado, deprimido, ansioso, contento, aburrido). Pueden transcribir conversaciones o monitorear la cantidad y frecuencia de las llamadas realizadas. Además, el tono de voz permite evaluar los niveles de energía de cada trabajador y analizar la influencia interpersonal en el trabajo en equipo, como el liderazgo o la sumisión²³.
- Señales biológicas: Registran datos como los pasos, la actividad cardíaca (en reposo o activo), y el funcionamiento del cerebro, diferenciando entre estados como creativo, atento, etc.
- Cámaras: Incluyen tecnología de reconocimiento facial y de expresiones faciales para analizar emociones y comportamientos.
- GPS: Monitorean el movimiento, la actividad y la ubicación de los trabajadores.
- Interacción: Analizan el movimiento del ratón, el uso del teclado y las páginas web visitadas, permitiendo medir los niveles de felicidad y realizar predicciones sobre la personalidad de cada trabajador²⁴.

²¹ CEEMET, *Digitalisation and the World of Occupational Safety and Health*, European Tech & Industry Employers, 2021, pág. 8.

²² EU-OSHA, *Monitoring technology: the 21st century's pursuit of well-being?*, en: <https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/monitoring-technologyworkplace/view>, 2017, 1.

²³ Vid. LINDSAY, G., *We spent two weeks wearing employee Trackers: Here's what we learned*, Fact Coexist, 2015, <https://www.fastcompany.com/3051324/we-spent-twoweeks-wearing-employee-trackers-heres-what-we-learned>.

²⁴ Vid. BRADDY, P.W. y FLEENOR, J.W., *The impact of New technology on the Leadership Development Industry*, Training Industry Magazine <https://trainingindustry.com/magazine/novdec-2016/the-impact-of-new-technology-on-the-leadership-development-industry>.

No resulta sorprendente que, según una encuesta de Price Waterhouse Cooper, el 82% de las personas trabajadoras estén preocupados por la cantidad de datos personales que sus empresas recopilan sobre ellos²⁵. La constante sensación de estar bajo vigilancia (big brother as stressor) es, sin duda, un factor de riesgo en sí mismo²⁶. En efecto, el control tecnológico invasivo y la falta de privacidad pueden provocar varios riesgos psicosociales, como el tecnoestrés, la tecnoansiedad, la tecnofatiga o el agotamiento profesional.

Por otro lado, la constante supervisión del trabajador puede forzarlo a actuar de maneras poco naturales, como mantener una sonrisa perpetua o estar en un estado de actividad continua. Esta presión puede resultar en la necesidad de alcanzar metas con un esfuerzo físico o psicológico considerable. También puede restringir la interacción social con colegas y la posibilidad de tomar descansos, lo que puede afectar negativamente la salud mental y física del trabajador²⁷. Este tipo de entorno puede llevar a problemas de salud a largo plazo, como el estrés crónico y la disminución del bienestar general. Por lo tanto, la vigilancia constante puede generar estrés y ansiedad, especialmente cuando se combina con la falta de control sobre la gestión del tiempo propio. Además, los recordatorios continuos de esta vigilancia pueden llevar a intentos deliberados de modificar el comportamiento del trabajador. Esta situación puede incrementar la presión psicológica y emocional, afectando negativamente el bienestar y la salud mental del empleado a largo plazo. Esa vigilancia puede ser especialmente perjudicial cuando se combina con la amenaza de despido o la inseguridad en el empleo²⁸. En las plataformas digitales, la monitorización está vinculada al uso de la información recopilada para tomar decisiones sobre la terminación del contrato del trabajador en la plataforma.

La recopilación de datos y la toma de decisiones sin considerar el contexto ni mostrar empatía pueden resultar en discriminación o tratos injustos hacia los trabajadores. Esta situación puede incrementar la ansiedad entre las personas trabajadoras, quienes podrían sentirse vulnerables ante la posibilidad de ser tratados de manera injusta debido a la interpretación errónea de los datos recogidos²⁹. De manera similar, la incapacidad para impugnar las decisiones tomadas por algoritmos puede generar ansiedad y frustración.

Existe un riesgo real de que los trabajadores sean percibidos simplemente como activos intercambiables al servicio de las máquinas, o sean evaluados únicamente como un costo, en lugar de ser vistos como seres humanos con necesidades y derechos³⁰. Dependiendo exclusivamente de datos y métricas, otorgando al algoritmo el poder de decidir el destino del trabajador, tiene el potencial de deshumanizar a las personas empleadas. Esto puede llevar a que se vean reducidos a comportarse como meras máquinas dentro del proceso productivo, en lugar de ser tratados con la dignidad y la consideración que merecen como individuos. Desde una perspectiva optimista, los algoritmos tienen el potencial de jugar un papel beneficioso en la salud y el bienestar de las personas trabajadoras. Pueden implementarse sistemas que envíen recordatorios o sugerencias automáticas para que el personal laboral descanse la vista periódicamente, se levanten de la silla

²⁵ SPICER, A., What Companies Should Ask Before Embracing Wearables, Harvard Business Review, <https://hbr.org/2015/05/what-companies-should-ask-before-embracing-wearables>, 2015.

²⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora", *DSL*, 2, 2017, pág. 83.

²⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., (dir.), *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, págs. 83 y ss. 2017.

²⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Los riesgos psicosociales ante una vigilancia empresarial tecnológicamente avanzada: garantías preventivas y posibilidades de resarcimiento", en *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, págs. 211 y ss. 2017.

²⁹ EU-OSHA, *Foresight on new and emerging occupational safety and health risks associated with digitalisation by 2025*, disponible en <https://osha.europa.eu/en/tools-andpublications/publications/foresight-new-and-emerging-occupational-safety-and-healthrisks/view>, 2018, 16.

³⁰ BODIE, M., *The Law and policy of People Analytics*, Saint Louis U. Legal studies Research Paper, 2016, 6, 1037.

para evitar el sedentarismo prolongado, y verifiquen que su postura ergonómica sea la adecuada. Estas funciones no solo pueden ayudar a prevenir problemas físicos como la fatiga ocular, el dolor de espalda y los trastornos musculoesqueléticos, sino también promover hábitos saludables durante la jornada laboral.

Además, los algoritmos pueden monitorear de manera continua las condiciones ergonómicas del entorno de trabajo, como la disposición del mobiliario y la iluminación, proporcionando retroalimentación en tiempo real para mejorar el confort y la seguridad de las personas empleadas. Esta capacidad no solo optimiza el rendimiento laboral al reducir el malestar físico, sino que también contribuye a crear un ambiente de trabajo más saludable y productivo en general. Al integrar estas funcionalidades de manera efectiva, las empresas pueden demostrar un compromiso hacia el bienestar integral de sus personas empleadas, utilizando la tecnología de forma que no solo mejore la eficiencia, sino que también proteja y promueva la salud física y mental de su personal.

7.2. Aceleración o aumento de la carga laboral

Este fenómeno puede manifestarse de diversas maneras, como la reducción de tiempos de descanso, el aumento de las expectativas de producción o la utilización de tecnologías que monitorean y controlan cada vez más las actividades de los trabajadores³¹.

En la práctica, la intensificación del trabajo puede llevar a una mayor exigencia física y mental, así como a una reducción en la calidad de vida laboral. Los trabajadores pueden experimentar niveles más altos de estrés, agotamiento y dificultades para mantener un equilibrio adecuado entre el trabajo y la vida personal³². Además, este fenómeno puede contribuir a la disminución de la satisfacción laboral y el aumento de los riesgos para la salud, como el ya mencionado anteriormente *burnout* o el agotamiento emocional.

En este contexto, algunos expertos sugieren que la carga de trabajo intensa se ha convertido en uno de los riesgos más significativos para la salud de los trabajadores, junto con los problemas relacionados con la ergonomía³³.

La automatización y la gestión algorítmica del trabajo pueden intensificar las demandas laborales de las personas empleadas significativamente. Cuando un algoritmo asigna tareas y establece plazos de ejecución, los trabajadores pueden sentir la presión de aumentar su velocidad de trabajo para cumplir con lo establecido. Es importante destacar que el algoritmo puede eliminar una tarea de la pantalla de trabajo para pasar a la siguiente en el momento indicado, sin dar al trabajador la oportunidad de regresar más tarde para completar la tarea o gestionar su propio tiempo de trabajo. Esta situación puede generar estrés y ansiedad entre las personas empleadas, e incluso desmotivación y depresión si no logran cumplir con los plazos impuestos por la máquina. En casos extremos, esta presión constante puede llevar al síndrome de *burnout*, donde los trabajadores experimentan un agotamiento físico y emocional severo debido a la sobrecarga y la falta de control sobre su carga laboral.

El uso de algoritmos como herramientas de supervisión en el trabajo puede generar un desajuste entre las capacidades individuales de los trabajadores y las expectativas establecidas

³¹ PÉREZ ZAPATA, O., *Digitalización, intensificación del trabajo y salud de los trabajadores españoles*, versión electrónica en www.ccoo.es/24c0e370fa4b4d1f3682b1780854af9c000001, 5.

³² PINILLA-GARCÍA F.J., y LÓPEZ PELÁEZ, A., "La intensificación del trabajo en España: Trabajo en equipo y flexibilidad", *Reis: Revista Española De investigaciones Sociológicas*, 2017, 160, págs. 79- 94.

³³ PÉREZ-ZAPATA, O., *Trabajo sin límites, salud insostenible: La intensificación del trabajo del conocimiento*, e-prints, Universidad Complutense de Madrid, 2015.

por el algoritmo. Esto se debe a que los algoritmos, al determinar tareas, plazos y estándares de rendimiento, pueden no tener en cuenta las variaciones naturales en las habilidades físicas, cognitivas y emocionales de cada empleado. Además de los problemas psicológicos, es importante destacar que la intensificación del trabajo puede aumentar otros riesgos comunes, como los accidentes de tráfico debido a la necesidad de cumplir con plazos estrictos³⁴.

8. Respuestas en el marco de la Unión Europea: Lagunas en materia de seguridad y salud laboral

La protección de los derechos de los trabajadores bajo sistemas que integran Inteligencia Artificial en la gestión organizativa y de prevención de riesgos laborales es fundamental en el contexto normativo europeo. Estos sistemas, que utilizan Inteligencia Artificial para analizar datos y tomar decisiones, deben cumplir estrictamente con las directrices establecidas en el nuevo Reglamento de Inteligencia Artificial aprobado por el Parlamento Europeo en marzo de 2024.

Este Reglamento representa un hito significativo, ya que busca establecer normas claras y armonizadas para el desarrollo, la implementación y el uso de la Inteligencia Artificial en la Unión Europea. Entre los aspectos clave se incluyen la necesidad de asegurar la transparencia en las decisiones algorítmicas, evitar la discriminación y proteger la privacidad y los derechos fundamentales de los individuos, incluidos los trabajadores³⁵.

La Inteligencia Artificial en el ámbito laboral puede mejorar la eficiencia operativa y la seguridad, pero también plantea desafíos en términos de ética, privacidad y derechos humanos. Por ejemplo, la utilización de wearables inteligentes y otros dispositivos IoT para monitorear la salud y la seguridad de los trabajadores puede generar grandes volúmenes de datos sensibles. Es crucial que estos datos se gestionen con el más alto nivel de seguridad y se utilicen de manera ética y transparente para garantizar la confianza de las personas trabajadoras y el cumplimiento de las normativas de protección de datos de la UE, como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).

En este contexto, los empleadores y los desarrolladores de tecnologías de Inteligencia Artificial tienen la responsabilidad de asegurarse de que sus sistemas respeten los derechos humanos y laborales, promoviendo al mismo tiempo la innovación y la competitividad en el mercado europeo. La colaboración entre los sectores público y privado será crucial para desarrollar prácticas robustas de gobernanza y ética en la implementación de la IA en el entorno laboral.

Tal y como recoge el Considerando 9, el Reglamento se caracteriza por ser intersectorial y complementa las regulaciones de los Estados miembros, especialmente en términos de protección de datos, derechos fundamentales, empleo, seguridad de los trabajadores y seguridad de los productos.

Es importante tener en cuenta que el concepto de riesgo tal como se define en el Reglamento sobre Inteligencia Artificial no se alinea necesariamente con el concepto de riesgo laboral utilizado en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. El Reglamento sobre Inteligencia Artificial de la Unión Europea, aprobado en marzo de 2024, introduce un marco normativo integral para regular el uso de Inteligencia Artificial en diversos sectores, incluido el laboral. Este

³⁴ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales", *Lan Harremanak*, pág. 41. 2019.

³⁵ MERCADER UGUINA, J. R., "Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo", *Diario La Ley Ciberderecho*, núm. 48, 2021.

marco intersectorial tiene como objetivo proteger los derechos fundamentales, la privacidad de los datos, el empleo y la seguridad de los trabajadores, entre otros aspectos.

Sin embargo, una de las complejidades radica en cómo el Reglamento Inteligencia Artificial define y gestiona el concepto de riesgo en comparación con el enfoque tradicional de riesgos laborales. Mientras que el Reglamento Inteligencia Artificial se centra en riesgos asociados con la Inteligencia Artificial como la discriminación algorítmica, la falta de transparencia y la supervisión inadecuada, el marco normativo de prevención de riesgos laborales se enfoca en los peligros físicos y psicosociales específicos para los trabajadores³⁶.

Esta divergencia plantea desafíos para la implementación conjunta de ambas normativas, ya que prácticas permitidas o consideradas de bajo riesgo bajo el Reglamento Inteligencia Artificial podrían requerir evaluaciones y mitigaciones adicionales bajo las regulaciones de seguridad y salud en el trabajo³⁷. Por lo tanto, es crucial para las empresas y los responsables de políticas comprender estas diferencias y asegurarse de cumplir con ambas regulaciones de manera adecuada y complementaria, garantizando así la protección integral de los trabajadores en el entorno laboral digitalizado y automatizado.

El Reglamento establece disposiciones específicas en relación con el tratamiento de datos biométricos dentro del contexto de aplicaciones como la vigilancia de la salud laboral y la gestión de la prevención de riesgos laborales. Según el artículo 3.34 del Reglamento IA, se define el término “datos biométricos” como aquellos obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico de señales físicas, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos.

El Reglamento IA impone restricciones significativas al tratamiento de datos biométricos, particularmente cuando este conduce a la categorización de individuos en grupos específicos basados en estos datos. Tal práctica se define como “sistema de categorización biométrica”³⁸ según el artículo 4.40 del Reglamento Inteligencia Artificial. Este tipo de tratamiento solo es permitido cuando es accesorio a otro servicio comercial y estrictamente necesario por razones técnicas objetivas.

Estas disposiciones subrayan la importancia de proteger la privacidad y la seguridad de los datos biométricos de los trabajadores dentro del marco de la Inteligencia Artificial aplicada en el entorno laboral. Además del cumplimiento general del Reglamento Inteligencia Artificial, las organizaciones que utilicen sistemas de Inteligencia Artificial para la vigilancia de la salud laboral y la gestión de la PRL deben estar especialmente atentas a las obligaciones adicionales impuestas por la sensibilidad de los datos biométricos y las restricciones específicas establecidas por la legislación europea.

9. Planes de igualdad y la protección de la seguridad y salud en un entorno laboral surcado por la Inteligencia Artificial

La perspectiva de género revela que las mujeres enfrentan un riesgo laboral exacerbado derivado del uso de Inteligencia Artificial, más que los hombres. Este fenómeno no es nuevo

³⁶ GOÑI SEIN, J. L., “El Reglamento UE de Inteligencia Artificial y su interrelación con la normativa de seguridad y salud en el trabajo”, en EGÚSQUIZA BALMASEDA, M. A., y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., (dir.), *Inteligencia Artificial y Prevención de Riesgos a Laborales: obligaciones y responsabilidades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 74.

³⁷ MÁRQUEZ SÁNCHEZ, S., CAMPERO JURADO, I., HERRERA SANTOS, J., RODRÍGUEZ, S., y CORCHADO, J. M., “Intelligent Platform Based on Smart PPE for Safety in Workplaces”, *Sensors*, núm. 21, 2021, pág. 4.

³⁸ Según se menciona en el Considerando 14, el Reglamento sobre Inteligencia Artificial (IA) hace referencia a los términos de “dato biológico” definidos por el Reglamento (UE) 2016/679. Los datos biométricos tienen la capacidad de facilitar la autenticación, la identificación o la categorización de personas físicas, así como el reconocimiento de las emociones de las mismas.

y tiene raíces en la digitalización y expansión de internet desde la revolución industrial anterior³⁹. Sin embargo, con la proliferación de tecnologías móviles, redes sociales y plataformas colaborativas, las probabilidades de ciberacoso en el trabajo han aumentado significativamente para las mujeres.

Los Planes de Prevención de Riesgos Laborales (PRL) y los Planes de Igualdad (PDI) juegan roles complementarios y cruciales en la promoción de entornos laborales seguros y equitativos, especialmente en términos de género. Ambos planes son instrumentos fundamentales que buscan no solo cumplir con las obligaciones legales sino también fomentar prácticas laborales que protejan la salud y los derechos de todos los trabajadores.

El Plan de Prevención de Riesgos Laborales tiene como objetivo identificar, evaluar y controlar los riesgos asociados a las actividades laborales. Desde una perspectiva de género, esto implica considerar cómo ciertos riesgos pueden afectar de manera diferenciada a hombres y mujeres, ya sea por las condiciones físicas del puesto de trabajo, los riesgos psicosociales o las características específicas de salud. La integración de la perspectiva de género en el PRL implica no solo reconocer estas diferencias, sino también implementar medidas preventivas que las aborden de manera efectiva.

Por otro lado, el Plan de Igualdad busca promover la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Incluye medidas para eliminar la discriminación y promover la igualdad salarial, así como políticas específicas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo. La interrelación entre el Plan de Igualdad y el Plan de Prevención de Riesgos Laborales es crucial porque permite abordar de manera integral los riesgos laborales desde una perspectiva de género, asegurando que las políticas de prevención no solo sean efectivas en términos de seguridad física, sino también en términos de justicia social y equidad de género.

La coordinación entre ambos planes implica que las empresas deben diseñar estrategias integradas que consideren simultáneamente la salud y la seguridad de los trabajadores y las trabajadoras, así como la igualdad de oportunidades y el trato equitativo. Esto implica no solo cumplir con la normativa vigente, sino también promover un entorno laboral inclusivo donde todas las personas puedan desarrollarse profesionalmente sin temor a la discriminación o la violencia de género.

10. Ciberacoso contra las mujeres en la relación laboral automatizada mediante artilugios inteligentes

Los riesgos que surgen en estos entornos de trabajo digitalizados tienen características particulares que agravan sus efectos negativos sobre las mujeres afectadas. Es esencial identificar y definir las expresiones específicas de violencia en entornos laborales digitalizados, las cuales no son más que manifestaciones de violencia de género facilitadas por el uso de nuevas tecnologías⁴⁰.

Los efectos y riesgos a los que se enfrenta la mujer trabajadora son especialmente intensos por diversas razones que detallaremos a continuación. Uno de los aspectos destacados es la facilidad de comunicación y difusión de mensajes, lo cual permite a los agresores alcanzar fácilmente a sus víctimas, así como difundir información entre otros individuos relacionados con la empresa, como clientes o proveedores.

³⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La salud mental de las personas trabajadoras: tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 31-53.

⁴⁰ ROMERO BURILLO, A. M., *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 154.

Es importante tener en cuenta que esta forma de violencia puede volverse viral, alcanzando a un gran número de personas con contenido (videos, grabaciones, fotografías) que exponen aspectos íntimos del entorno de la trabajadora⁴¹. Por lo general, estos actos tienen como objetivo degradar personal y profesionalmente a la víctima, afectando su progresión en la empresa e incluso poniendo en riesgo su continuidad laboral, ya que busca expulsar a la mujer de un entorno de trabajo seguro y libre.

Además, estos medios proporcionan anonimato a los agresores, lo que facilita que las comunicaciones electrónicas provengan de colegas, clientes, proveedores e incluso de parejas o cónyuges, intensificando el riesgo de sufrir violencia de género tanto en el ámbito doméstico como en el laboral⁴².

Este anonimato aumenta la inseguridad y vulnerabilidad de las víctimas, ya que estas están especialmente preocupadas por preservar su imagen y privacidad, lo que genera presiones emocionales y ambientales significativas.

Es esencial destacar que el término “ciberacoso en el trabajo” no constituye una categoría específica separada de otros tipos de acoso, como el sexual, sexista, discriminatorio o moral⁴³. Estas conductas pueden manifestarse tanto en entornos digitales como físicos, siendo más preciso hablar de formas específicas como el ciberacoso moral, sexual o por razón de género en el trabajo, las cuales afectan de manera desproporcionada a las mujeres⁴⁴.

Se prevé que el ciberacoso, que implica interacciones tanto digitales como físicas, será la forma más común en entornos laborales mixtos⁴⁵. Las mujeres, debido a estereotipos de género arraigados y narrativas sociales dominantes, pueden ser objeto de acoso basado en su género o condición femenina, exacerbado por el uso de tecnologías de Inteligencia Artificial que pueden facilitar este tipo de conductas⁴⁶.

La delimitación entre lo que constituye acoso laboral y lo que no es a menudo sutil. Generalmente, se requiere una conexión causal clara entre el trabajo y la conducta acosadora, que genere un ambiente laboral hostil, intimidatorio o degradante, y que involucre medios electrónicos o digitales al menos parcialmente⁴⁷. Este enfoque es crucial para abordar el ciberacoso en el trabajo de manera efectiva y garantizar un entorno laboral seguro y respetuoso para las mujeres.

El Convenio 190 de la OIT, ofrece una perspectiva amplia sobre el acoso laboral, definiéndolo como cualquier conducta ocurrida durante el trabajo o en relación con él, incluyendo las comunicaciones a través de tecnologías de la información y comunicación. Esta flexibilidad ayuda a comprender mejor las diversas formas de acoso y ciberacoso en el contexto laboral, subrayando la importancia de establecer una conexión clara entre la conducta lesiva y el entorno

⁴¹ LOUSADA AROCHENA, F., PAZOS PÉREZ, A., y RON LATAS, R. P., *Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de seguridad social; teletrabajo transnacional*, Tecnos, Madrid, 2022, págs. 113 y ss.

⁴² MIÑARRO YANINI, M., “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención”, *Documentación Laboral*, N° 119, pág. 22.

⁴³ DE VICENTE PACHÉS, F., *Ciberacoso en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018, pág. 9 (entre otras).

⁴⁴ PÉREZ AGULLA, S., “Los riesgos psicosociales en un mercado laboral digitalizado: el ciberacoso en el trabajo”, *Revista española de derecho del trabajo*, 255, 2022, Aranzadi Thomson Reuters, págs. 71-74.

⁴⁵ ALVAREZ DEL CUVILLO, A., “El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 157, 2021, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 173.

⁴⁶ MOLINA NAVARRETE, C., “Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío”, *Diario La Ley*, N°. 9452, 2019.

⁴⁷ MOLINA NAVARRETE, C., *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Wolters Kluwer, 2019, pág. 78.

laboral para responsabilizar adecuadamente a las empresas y proteger los derechos de las mujeres trabajadoras.

En resumen, cuando una persona es víctima de conductas acosadoras en el ámbito laboral, los riesgos más significativamente afectados serán de naturaleza psicosocial⁴⁸. Esto incluye la desvalorización personal, la dificultad para enfrentar o superar un entorno hostil o amenazante, con posibles repercusiones como adicciones, depresión, síndrome de burnout y tendencias suicidas.

11. El papel de los agentes sociales en materia de salud laboral vinculada con la Inteligencia Artificial

En el contexto actual de la transformación digital y la creciente integración de sistemas de Inteligencia Artificial en los entornos laborales, los delegados y delegadas sindicales juegan un papel crucial como defensores de los derechos y condiciones de los trabajadores y trabajadoras. Su función abarca desde asegurar una implementación adecuada de la digitalización hasta denunciar cualquier abuso en su utilización, asegurando que estos avances tecnológicos mejoren efectivamente las condiciones de trabajo y no generen efectos adversos.

Es fundamental que los representantes sindicales estén capacitados para comprender y evaluar el impacto de estas nuevas tecnologías en la seguridad y salud laboral. Esto incluye participar activamente en el diseño e implementación de sistemas algorítmicos y de IA, así como en la vigilancia de su aplicación en la gestión preventiva dentro de las empresas.

La legislación española, en particular las reformas introducidas en el Estatuto de los Trabajadores y la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), establece claras obligaciones para las empresas respecto a la transparencia en el uso de algoritmos y sistemas de Inteligencia Artificial que puedan influir en las decisiones laborales y las condiciones de empleo. Los representantes sindicales deben ser informados sobre la lógica y el funcionamiento de estos sistemas, así como sobre su posible impacto en los derechos de los trabajadores y trabajadoras.

En este sentido, se requiere una capacitación específica para comprender la lógica subyacente de los algoritmos, su operación y las implicaciones prácticas que tienen para el personal. Esto les permitirá no solo cumplir con su obligación de garantizar la transparencia y protección de los derechos laborales en un entorno digitalizado, sino también impugnar decisiones basadas en procesos algorítmicos cuando sea necesario para preservar los intereses de los trabajadores.

12. Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de los trabajadores”, en OJEDA-AVILÉS, A., *La prevención de riesgos laborales: aspectos clave de la Ley 31/1995*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1996.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., *El impacto de la Inteligencia Artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2020.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 157, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2021.

⁴⁸ RAMOS QUINTANA, M. I., “El trabajo de las mujeres en la economía digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva estrategia europea para la igualdad” *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, Bomarzo, Albacete, 2020, págs. 37 y 38.

- AJUNWA, I.; CRAWFORD, K.; SCHULTZ, J., "Limitless Worker Surveillance", *Berkeley Law*, 105 Calif. L. Rev. 735, 2017.
- BODIE, M., "The Law and policy of People Analytics", *Sant Louis U. Legal studies Research Paper*, 6, 1037. 2016.
- CEEMET, *Digitalisation and the World of Occupational Safety and Health*, European Tech & Industry Employers, 2021.
- CRAWFORD, K. y SCHULTZ, J. *Big data and due process: Towards a framework to redress predictive privacy harms*, Boston College Law Review, 2014, 55.
- DE VICENTE PACHÉS, F., *Ciberacoso en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018.
- ERRANO ARGÜESO, M., "Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral", en *IUS Labor*, nº. 2, 2019. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3885005/227528459/2.+Serrano.pdf/ff554b0b-efc2-c49d-7ba3-32c8349e>
- EU-OSHA, *Artificial intelligence for worker management: an overview*, Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2022. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/publications/artificial-intelligence-worker-management-overview>.
- EU-OSHA, *Monitoring technology: the 21st century's pursuit of well-being?*, en: [https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/monitoring- technologyworkplace/](https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/monitoring-technologyworkplace/)
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora", *DSL*, 2, 2017.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., (dir.), *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, 2017.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., "La elaboración de perfiles y su impacto en los DDFF. Una primera aproximación a su regulación en el RGUE", *Derechos y Libertades*, 109, 2018.
- GOÑI SEIN, J. L., "El Reglamento UE de Inteligencia Artificial y su interrelación con la normativa de seguridad y salud en el trabajo", en EGÚSQUIZA BALMASEDA, M. A., y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., (dir.), *Inteligencia Artificial y Prevención de Riesgos a Laborales: obligaciones y responsabilidades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- KIRK, D., *Demystifying digital labor*, KPMG Institutes. Documento disponible en: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/lu/pdf/lu-en-demystifying-digital-labor-june-2016.pdf> 2016.
- LINDSAY, G., *We spent two weeks wearing employee Trackers: Here's what we learned*, Fact Coexist, <https://www.fastcompany.com/3051324/we-spent-twoweeks-wearing-employee-trackers-heres-what-we-learned>. 2015.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales", *Lan Harremanak*, 2019.
- LOUSADA AROCHENA, F., PAZOS PÉREZ, A., y RON LATAS, R. P., *Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de seguridad social; teletrabajo transnacional*, Tecnos, Madrid, 2022.
- MÁRQUEZ SÁNCHEZ, S., CAMPERO JURADO, I., HERRERA SANTOS, J., RODRÍGUEZ, S., y CORCHADO, J. M., "Intelligent Platform Based on Smart PPE for Safety in Workplaces", *Sensors*, núm. 21, 2021.

- MERCADER UGUINA, J. R., “Algoritmos: personas y números en el Derecho Digital del trabajo”, *Diario La Ley Ciberderecho*, núm. 48. 2021.
- MIÑARRO YANINI, M., “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención”, *Documentación Laboral*, N° 119, pág. 22.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío”, *Diario La Ley*, N°. 9452, 2019.
- *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Wolters Kluwer, 2019.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *La tercera generación de derechos humanos*, 2006, Thomson Aranzadi, Navarra 2006, 93.
- PÉREZ ZAPATA, O., ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, G., CASTAÑO COLLADO, C. y LAHERA SÁNCHEZ, A., “Sostenibilidad y calidad del trabajo en riesgo: la intensificación del trabajo del conocimiento”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 116, 2015.
- PÉREZ-ZAPATA, O., ÁLVAREZ-HERNÁNDEZ, G., y REVILLA CASTRO, J., “Digitalización, intensificación del trabajo y salud de los trabajadores españoles” [Comunicación]. *Congreso Interuniversitario OIT Sobre El Futuro Del Trabajo*, Sevilla. 2020.
- PÉREZ ZAPATA, O., *Digitalización, intensificación del trabajo y salud de los trabajadores*, versión electrónica en www.ccoo.es/24c0e370fa4b4d1f3682b1780854af9c000001, 5.
- *Trabajo sin límites, salud insostenible: La intensificación del trabajo del conocimiento*, e-prints, Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- PINILLA GARCÍA, F. J. y LÓPEZ PELÁEZ, A., “La intensificación del trabajo en España: Trabajo en equipo y flexibilidad”. *Reis: Revista Española De Investigaciones Sociológicas*, 160, 2017.
- RAMOS QUINTANA, M. I., “El trabajo de las mujeres en la economía digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva estrategia europea para la igualdad” *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La salud mental de las personas trabajadoras: tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- “Los riesgos psicosociales ante una vigilancia empresarial tecnológicamente avanzada: garantías preventivas y posibilidades de resarcimiento”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., (dir.), *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Bomarzo, Albacete 2017.
- *Los riesgos psicosociales ante una vigilancia empresarial tecnológicamente avanzada: garantías preventivas y posibilidades de resarcimiento*, 2017.
- ROMERO BURILLO, A. M., *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, Barcelona, 2021.
- SPICER, A., *What Companies Should Ask Before Embracing Wearables*, Harvard Business Review, <https://hbr.org/2015/05/what-companies-should-ask-before-embracing-wearables>, 2015.

- TODOLÍ SIGNES, A., “En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/Inteligencia Artificial dirigiendo el trabajo”, *Labour & Law Issues*, vol. 5, nº. 2, 2019
- “Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la ‘Ley Rider’ y los derechos de información sobre los algoritmos”, *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, nº. 2, 2021.
- “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”. *Revista de Derecho Social*, nº. 84, 2018.
- VALVERDE ASECIO, A.J., *Implantación de sistemas de Inteligencia Artificial y trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2020.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ
ja.gonzalezmartinez@um.es

1. Introducción

En las últimas décadas, la inclusión laboral de personas con discapacidad ha emergido como un tema de creciente importancia en la agenda mundial de derechos humanos y políticas sociales. Este fenómeno no solo refleja un imperativo ético y moral de igualdad y dignidad para todos los individuos, sino que también reconoce el potencial de contribución y talento que poseen las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Sin embargo, a pesar de los avances normativos y las iniciativas de inclusión, persisten importantes desafíos, especialmente en lo que respecta a la integración laboral de aquellos que enfrentan problemas de salud mental.

Es un dato constatado que las personas con discapacidad tienen mayores dificultades para encontrar un empleo que el resto de la población, lo cual supone que existe una situación de desigualdad real entre los discapacitados y el resto de los ciudadanos en relación al acceso al mercado de trabajo¹. Hay una conciencia creciente de que las dificultades a las que se enfrentan las personas con discapacidad, a la hora de obtener y conservar un empleo, se deben más a la forma en la que el trabajo está estructurado y organizado que a la discapacidad en sí misma, y que esos obstáculos pueden ser superados si se adoptan las medidas adecuadas. Surgen diversas fórmulas para la inserción de las personas con discapacidad en el mercado laboral,

¹ ALONSO BRAVO, M., BLANCO MARTÍN, J.M.: "La relación laboral de los minusválidos y los Centros Especiales de Empleo", en *Empleo y minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998, p. 69.

tanto el ordinario (que debe ser el paradigma) como el empleo protegido (que debe ser una alternativa al anterior, concebido como pasarela o transición hacia el empleo ordinario)², en las administraciones públicas, en talleres protegidos o como autónomos.

La presente comunicación, se enmarca dentro de los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas. Desde esta perspectiva, se examinarán las obligaciones estatales y los mecanismos legales destinados a promover y proteger los derechos laborales de las personas con discapacidad.

Manejamos dos principios complementarios: el principio de igualdad y el principio de no discriminación. La igualdad como garantía y desarrollo constitucional es un concepto flexible. El Tribunal Constitucional entiende que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, sino solo aquella que carezca de una justificación objetiva y razonable, en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida³.

Debemos huir del concepto caritativo de la discapacidad. La Seguridad Social cumple una importante función de compensación en relación con las personas con discapacidad y sus minusvalías, debiendo adaptarse a las nuevas circunstancias y avances, dando respuesta a nuevos problemas como la dependencia. Suele pensarse que las normas de Seguridad Social no facilitan la compatibilidad entre trabajo y cobertura a las personas con minusvalías que desean incorporarse o permanecer en la vida activa, como medio más adecuado para una plena realización personal: compatibilizar el trabajo y la conservación de los derechos y su perfección por la correspondiente cotización no resulta fácil en nuestra Seguridad Social⁴.

En resumen, esta investigación se propone contribuir al conocimiento y la reflexión crítica sobre un tema de indudable relevancia social y jurídica, con el objetivo último de promover sociedades más inclusivas y respetuosas de los derechos de todas las personas, independientemente de su condición de discapacidad o estado de salud mental.

2. Tratamiento de la normativa aplicable al concepto de personas con discapacidad

2.1. Marco jurídico de referencia

Según la Estrategia de Inclusión de la Discapacidad 2022-2025⁵ llevada a cabo por la Oficina de Coordinación del Desarrollo de las Naciones Unidas, se calcula que el 15% de la población mundial tiene algún tipo de discapacidad y que representan aproximadamente unos

² En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual”, VVAA (Dir. FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 215.

³ ESCUDERO PRIETO, A. y SERRANO ARGÜELLO, N.: “El acceso al empleo de las personas discapacitadas en el derecho internacional, derecho interno y derecho comparado. Tratamiento especial de los centros ocupacionales”, en *Empleo y Minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998, p. 129.

⁴ CABRA DE LUNA, M. A., “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, pp. 70-71.

⁵ Estrategia de Inclusión de la Discapacidad 2022-2025, por la Oficina de Coordinación del desarrollo de las Naciones Unidas; recuperado el 10 de febrero 2024: <https://unsdg.un.org/es/resources/estrategia-de-inclusion-de-la-discapacidad-2022-2025-por-la-oficina-de-coordinacion-del>

1.000 millones de personas. Este conjunto de personas, se enfrentan o enfrentarán alguna vez en su vida a situaciones de discriminación, estigmatización y otras barreras que les impiden participar en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás.

En cuanto al marco jurídico en el que nos movemos en el ámbito de la protección del colectivo de personas con discapacidad, existen diferentes normas tanto a nivel nacional como internacional. En 2006 se lleva a cabo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas⁶. Este instrumento internacional está destinado a proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad y entró en vigor para la Unión Europea en enero de 2011. Al igual que su predecesora (2010-2020), la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2021-2030 se basa en la Convención. El objetivo de esta Estrategia es avanzar hacia una situación en la que, con independencia de su sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, edad u orientación sexual, todas las personas con discapacidad en Europa puedan: hacer valer sus derechos humanos, disfruten de igualdad de oportunidades y de participación en la sociedad y la economía; puedan decidir dónde, cómo y con quién viven; circular libremente en la Unión Europea (en adelante, UE) independientemente de sus necesidades de ayuda y no sufran discriminación⁷.

En el ámbito de la inclusión laboral, la Convención, en su artículo 27, establece con carácter general *“el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás”*. El objetivo de este texto es que las personas con discapacidad dejen, progresivamente y teniendo en cuenta sus posibilidades reales, de trabajar en entornos protegidos, generalmente aislados, para integrarse en mercados laborales abiertos e inclusivos en los que convivan en igualdad con personas sin discapacidad⁸.

A nivel europeo se han desarrollado diferentes alternativas sobre discapacidad como por ejemplo: el Acta Europea de Accesibilidad, resultado de la Estrategia Europea 2010-2020, que exige que las personas con diversas discapacidades tengan acceso y puedan utilizar los productos y servicios clave como teléfonos, ordenadores, servicios bancarios o comunicaciones electrónicas; la Tarjeta Europea de Discapacidad que permite demostrar la situación de discapacidad en todos los países de la UE; y la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Estas iniciativas se desarrollan con el objetivo de aumentar la sensibilización sobre las condiciones de vida de las personas con discapacidad, los retos a los que se enfrentan en la vida cotidiana y favorecer su inclusión en todas y cada una de las esferas a través de diversas herramientas⁹.

En España, con carácter general se acude a los artículos 9.2, 10, 14 y 49¹⁰ de la Constitución Española como principales apoyos para el desarrollo de la normativa que ampara las medidas de empleo y el diseño de un modelo de inserción laboral de las personas con discapacidad

⁶ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, fue ratificada por España en 3 de diciembre de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648 a 20659.

⁷ Apartado de políticas y actividades dentro de Empleo, Asuntos sociales e Inclusión de la Comisión Europea; recuperado el 17 de febrero 2024: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1484&langId=es>

⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; CAVAS MARTÍNEZ, F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. J.; MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; SERRANO ARGUELLO, N.: Guía práctica I sobre personas con discapacidad intelectual y su inclusión en el mercado de trabajo. ATAMA Estrategia Responsable. Murcia, 2019, p. 23.

⁹ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; CAVAS MARTÍNEZ, F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. J.; MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; SERRANO ARGUELLO, N.: Guía práctica I sobre personas con discapacidad intelectual y su inclusión en el mercado de trabajo, *cit.*, p. 11.

¹⁰ Artículo recientemente reformado, adaptado al lenguaje y contenido de la realidad actual, así como a la terminología internacional. BOE núm. 43, de 17 de febrero de 2024, pp. 19462 a 19471.

en el mercado de trabajo¹¹. La Constitución española, tras reconocer el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE) y al pleno empleo (artículo 40.1 CE), establece una protección especial para los trabajadores con discapacidad al determinar en su artículo 49 que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Por tanto, este precepto contiene un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo las políticas necesarias a fin de situar a las personas con discapacidad en una posición de igualdad con los demás ciudadanos y trabajadores.

La primera norma que se aprobó después de la CE sobre el trabajo de las personas con discapacidad fue el Estatuto de los Trabajadores de 1980 en el que curiosamente no figuraba en una primera versión ninguna alusión a la relación laboral especial de las personas con discapacidad (como sí hizo la anterior Ley de Relaciones Laborales de 1976); omisión que se subsanó con el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas con discapacidad que trabajen en los Centros Especiales de Empleo¹².

La Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI)¹³ de 1982 supuso un punto de inflexión en la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores con discapacidad, al convertirse en la primera norma con rango de Ley que desarrolla la previsión constitucional. Dicha norma pretende dar entrada en nuestro sistema jurídico a las declaraciones internacionales sobre integración laboral y social de las personas con discapacidad. Desde entonces se ha despertado una mayor conciencia de la necesidad de adoptar medidas y acciones positivas que permitan la equiparación en el acceso, permanencia y salida de las relaciones laborales de este colectivo¹⁴.

Más concretamente, el colectivo de personas con discapacidad cuenta con el Real Decreto Legislativo 1/2023, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social (en adelante, LGDPD)¹⁵. En esta norma se refunden tres textos: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del minusválido; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 49/2007 de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Esta LGDPD traspone la Directiva 2000/78/CE sobre no discriminación en materia empleo y constituye la norma fundamental para regular los derechos de las personas con discapacidad es la norma fundamental. Se trata de una situación de “dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores” (artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con

¹¹ Sobre esta cuestión, véase, ROMERO RODENAS, M.J.; GARCÍA RÍOS, J.L.: “El tratamiento de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en el actual marco normativo y su necesaria transformación” en *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal*. Ediciones Laborum S.L, Murcia, 2023.

¹² BOE núm. 189, de 8 de agosto.

¹³ Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (BOE núm. 103, de 30 de abril).

¹⁴ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores”, VVAA *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios (Serie General, núm. 24), Madrid, 2020, p. 105.

¹⁵ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derecho de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

discapacidad). Las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social¹⁶.

Aunque el vigente ET de 2015 no ofrece un concepto de trabajador con discapacidad, lo que obliga a la remisión de la normativa general sobre persona con discapacidad, sí hace referencia a ella en multitud de aspectos de las relaciones laborales: interesa conocer los supuestos en que aparece la situación de discapacidad de los trabajadores en el ET, como circunstancia que requiere un tratamiento específico a fin de lograr el objetivo de remover los obstáculos que impiden la equiparación con aquellos otros trabajadores que no presentan discapacidad¹⁷.

Por su parte, la Ley de Empleo 3/2023, de 28 de febrero¹⁸, pretende implantar un concepto moderno de la política de empleo, para dotar al sistema de las herramientas de activación adecuadas para mejorar la empleabilidad de las personas demandantes de servicios de empleo durante situaciones de tránsito, desempleo o cese de actividad (la empleabilidad se erige en elemento nuclear de la política de empleo): esta la Ley configura el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad como un derecho y un deber de las personas demandantes de los servicios públicos de empleo, desarrollo del “derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente” contemplado por el artículo 35 CE citado anteriormente.

2.2. Concepto de discapacidad y su evolución

La Convención de los derechos de las personas con discapacidad de 2006, en su artículo 1 define a las personas con discapacidad como “*aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”. Se deriva de esta definición que la carga de la discapacidad ya no está en la persona sino más bien, en su interacción con el entorno y con las barreras que se generan.

Para llegar a esta idea del concepto de discapacidad, se tuvieron que desarrollar antes otros conceptos y así quedaron recogidos en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (en adelante, CIDDDM), llevada a cabo por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) en 1980. Gracias a la evolución del término la forma en la intervención y trato hacia este colectivo, han ido cambiando a lo largo de las décadas.

Con la necesidad de considerar no solo la enfermedad, (basado hasta entonces exclusivamente en el modelo médico) sino también las consecuencias de ésta en todos los aspectos de la vida de la persona, la OMS en 1980, define este proceso multidimensional a través de tres términos: deficiencia, discapacidad y minusvalía¹⁹.

El término deficiencia, dentro de la experiencia de la salud, se define como toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Puede ser

¹⁶ Por ello no cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido injustificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a una persona trabajadora que hubiere estado en situación de incapacidad temporal o enfermedad previamente. Para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que persona despedida sufra algún tipo de discapacidad en los términos expresados en la definición antes transcrita.

¹⁷ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite: diagnóstico y propuestas*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 95.

¹⁸ BOE núm. 51, de 1 de marzo.

¹⁹ CÁCERES, C.: Sobre el concepto de discapacidad. “Una revisión de las propuestas de la OMS”. *Auditio: Revista electrónica de audiología*. Vol. 2. Tenerife. 2004, pp. 74-77. <https://www.journal.auditio.com/auditio/article/view/30/136>

temporal o permanente y en principio solo afecta al órgano. Que según esta clasificación podrán ser: intelectuales, psicológicas, del lenguaje, del órgano de la audición, del órgano de la visión, viscerales, músculo esqueléticas, desfiguradoras, generalizadas, sensitivas y otras, y otras deficiencias.

La discapacidad es entendida como toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para cualquier ser humano. Se caracteriza por insuficiencias o excesos en el desempeño y comportamiento en una actividad rutinaria, que pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles y progresivos o regresivos. Se clasifican en nueve grupos: de la conducta, de la comunicación, del cuidado personal, de la locomoción, de la disposición del cuerpo, de la destreza, de situación, de una determinada aptitud y otras restricciones de la actividad.

Debemos huir del concepto caritativo de la discapacidad. La Seguridad Social cumple una importante función de compensación en relación con las personas con discapacidad y sus minusvalías, debiendo adaptarse a las nuevas circunstancias y avances, dando respuesta a nuevos problemas como la dependencia. Suele pensarse que las normas de Seguridad Social no facilitan la compatibilidad entre trabajo y cobertura a las personas con minusvalías que desean incorporarse o permanecer en la vida activa, como medio más adecuado para una plena realización personal: compatibilizar el trabajo y la conservación de los derechos y su perfección por la correspondiente cotización no resulta fácil en nuestra Seguridad Social²⁰.

La minusvalía viene definida como toda situación desventajosa para una persona concreta, producto de una deficiencia o de una discapacidad, que supone una limitación o un impedimento en el desempeño de un determinado rol en función de su edad, sexo y factores sociales y culturales. Se caracteriza por la discordancia entre el rendimiento o status de la persona en relación con sus propias expectativas o las del grupo al que pertenece, representa la socialización de una deficiencia o discapacidad. La desventaja surge del fracaso o incapacidad para satisfacer las expectativas del universo del individuo. Las minusvalías se clasifican de acuerdo a seis grandes dimensiones en las que se espera demostrar la competencia de la persona y que se denominan roles de supervivencia, por lo que las minusvalías podrán ser: de orientación, de independencia física, de la movilidad, ocupacional, de integración social, de autosuficiencia económica y otras.

Por otra parte, la Clasificación Internacional del Funcionamiento (en adelante, CIF), aprobada el 22 de mayo de 2001, que constituye la segunda versión de la CIDDM, establece importantes avances ya que otorga importancia a la relación que se establece entre la persona con discapacidad y su entorno físico y social y además, lo clasifica como desencadenante básico de la discapacidad, considerándola en última instancia un proceso multidimensional. En este sentido, la CIF plantea un modelo donde aparecen múltiples interacciones. Se tienen en cuenta factores como la Condición de Salud (Trastorno o Enfermedad), la actividad, Funciones y Estructuras corporales, participación en diferentes ámbitos de la vida pública y privada, Factores Ambientales y Factores Personales²¹.

Uno de los avances incorporados en la CIF es el cambio en la terminología y el significado en los términos en los que se basa su estructura. En el caso del término “minusvalía”, que tiene

²⁰ CABRA DE LUNA, M. A., “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, págs. 70-71.

²¹ CÁCERES, C.: Sobre el concepto de discapacidad. “Una revisión de las propuestas de la OMS”. *Auditio: Revista electrónica de audiolgía*. Vol. 2, cit., pp. 74-77. <https://www.journal.auditio.com/auditio/article/view/30/136>

un marcado carácter peyorativo, éste desaparece y se sustituye por esta otra: *“Restricciones en la participación son los problemas que puede experimentar un individuo para implicarse en situaciones vitales. La presencia de una restricción en la participación viene determinada por la comparación de la participación de esa persona con la participación esperable de una persona sin discapacidad en esa cultura o sociedad. Esta locución sustituye al término “minusvalía” usado en la versión de 1980 de la CIDDM”*.

Se han propuesto diferentes modelos conceptuales para explicar y entender la discapacidad. El movimiento asociativo Plena Inclusión España²², incluye en su página web una infografía bastante aclaratoria sobre los diferentes modelos desde los cuales, se ha abordado históricamente la discapacidad. Se hace una clasificación a través de qué ideas suelen tener asociadas las personas, las políticas y los proyectos desarrollados a través de cada modelo. Qué hacen, es decir, qué acciones se llevan a cabo. Y, por último, cuál es el fondo y el reflejo de esa forma de pensar en la forma de expresarse.

Según la Revista Electrónica de Audiología Vol. 2 de Auditio, “(...) mientras el modelo médico-rehabilitador considera la discapacidad como un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere de cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales, encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona y un cambio de su conducta. Para lograrlo la atención sanitaria se considera primordial, lo que provoca como respuesta política principal, la modificación o la reforma de los sistemas de atención a la salud. El modelo social y de derechos de la discapacidad, considera el fenómeno fundamentalmente como un problema de origen social y principalmente como un asunto centrado en la completa integración de las personas en la sociedad. La discapacidad no es un atributo de la persona, sino un complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto/entorno social. Por lo tanto, la atención del problema requiere intervención social y es responsabilidad de la sociedad hacer las modificaciones ambientales necesarias para que la participación plena de las personas con discapacidad sea posible en las estructuras regulares del entramado social. De ahí, que se considere que el problema es ideológico o de actitud, y su superación requiere la introducción de cambios sociales, lo que en el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos.”

En cuanto al ámbito normativo español, el artículo 4.1 de la LGDPD toma como referente la Convención de 2006 de derechos de personas con discapacidad y define: *“Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*. Además, añade que, cuando las Administraciones Públicas y/o agentes, se comuniquen con el colectivo de personas con discapacidad a través de notificaciones, resoluciones, etc., se tendrá la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

En definitiva y en sentido amplio, el término ha adquirido un nuevo significado que destierra esa idea errónea de la persona con discapacidad como sujeto limitado que ha de adaptarse a las circunstancias, a la sociedad y por ende al ámbito laboral, para dar paso a la idea de discapacidad como cualidad. Es decir, se pone a la persona con discapacidad en el centro, tomando en cuenta factores como el entorno y las barreras, y situando en éstos la fuerza discapacitante. En este sentido, tomando en cuenta la nueva definición, se desarrollan políticas de inclusión tanto a nivel

²² Modelos de la Discapacidad; recuperado el 17 de febrero de 2024. Web movimiento asociativo Plena Inclusión España: <https://www.plenainclusion.org/discapacidad-intelectual/recurso/modelos-de-la-discapacidad/>

social como laboral desde un enfoque diferente. Se ha de tener en cuenta la condición de salud de la persona, pero también los factores personales y los factores externos que representan las circunstancias en las que vive esa persona. Así, un entorno con barreras restringirá el desarrollo y la realización de la persona; mientras que otros entornos adaptados podrán incrementarlo.

3. Personas con discapacidad y su inclusión laboral

En España tenemos como referencia normativa en el ámbito de la inclusión laboral de las personas con discapacidad, entre otras, la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad de 2006. Más concretamente el artículo 27 de la Convención, referido a trabajo y empleo, en su apartado 1 cita textualmente: *“Los Estados Parte, reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad.”* En este artículo se reconoce a las personas con discapacidad su derecho a ejercer una actividad laboral en un entorno abierto, inclusivo y accesible. La LGDPD desarrolla este artículo en el Capítulo VI, Derecho al Trabajo²³.

El profesor FERNÁNDEZ ORRICO, expone en la Guía Práctica I sobre Personas con Discapacidad y su inclusión en el mercado de trabajo²⁴, la idea de que los epígrafes que siguen al artículo 27.1 de la Convención (2006) tienen por objetivo que *“(...) las personas con discapacidad dejen, progresivamente y en la medida de las posibilidades reales, de trabajar en entornos protegidos, generalmente aislados, para integrarse en mercados laborales abiertos e inclusivos en los que convivan en igualdad con personas sin discapacidad.”* Sin embargo, el Capítulo VI de la LGDPD que desarrolla este artículo en España, no da prioridad a ningún entorno laboral, sino que habla de ellos en paralelo. No queda clara la utilización de los entornos protegidos, en los Centros Especiales de Empleo (en adelante, CEE) como medio de inclusión de las personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario (a través de enclaves laborales, por ejemplo).

Para que se pueda llevar a cabo una inclusión real en el mercado laboral de las personas con discapacidad, se debe generar una conciencia social en general y sobre todo en particular en aquellas personas que se encuentran en puestos clave de contratación en los procesos de selección (Departamentos de Recursos Humanos).

3.1. Mujeres con discapacidad e inclusión laboral

Existe además un doble prejuicio y por lo tanto doble discriminación si se es mujer con discapacidad a la hora de comenzar con la búsqueda de trabajo, encontrar y mantener uno. La Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer²⁵, cita en su artículo 11, que *“Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, (...)”*²⁶. También el artículo 6.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 reconoce que *“(...) las mujeres y*

²³ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013. Desarrolla el Derecho al Trabajo en la Sección 1ª. Disposiciones Generales; Sección 2ª Empleo ordinario; Sección 3ª Empleo protegido; Sección 4ª Empleo autónomo, págs. 23-27.

²⁴ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; CAVAS MARTÍNEZ, F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, Mª. J.; MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; SERRANO ARGUELLO, N.: Guía práctica I sobre personas con discapacidad intelectual y su inclusión en el mercado de trabajo, *cit.*, p. 23.

²⁵ Aprobada por Naciones Unidas en 1979 y ratificada por España el 16 de diciembre de 1983. BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984, págs. 7715 a 7720. Recuperado el 9 de marzo de 2024: <https://www.boe.es/boe/dias/1984/03/21/pdfs/A07715-07720.pdf>

²⁶ Aunque no hace referencia expresa a las mujeres con discapacidad la podemos tomar como válida ya que se estima que un 60% de personas con discapacidad son mujeres.

niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a este respecto, los Estados Parte adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” Es evidente que hombres y mujeres con discapacidad sufren situaciones discriminatorias en cualquier ámbito de la vida social y en el mercado laboral en particular, sin embargo, y pese haber una distinción especial en el marco jurídico, son evidentes los mayores obstáculos en el acceso al empleo de las mujeres con discapacidad. Por un lado, por la discriminación basada en el género y por otro, por la discriminación producida a causa de su discapacidad.

Para CÓZAR GUTIERREZ²⁷: “[...] ser mujer y tener además una discapacidad sitúa a estas mujeres al margen de lo que el modelo de producción ansía tener como empleado/a modelo, pues el lastre de los estereotipos que califican a las personas con discapacidad como poco productivas, enfermas crónicas o trabajadoras conflictivas se acentúa con los prejuicios que, aunque en proceso de superación, siguen existiendo sobre las mujeres.”

Hay que añadir la sobreprotección ejercida por muchas familias que desincentivan a sus hijas con discapacidad a la hora de formarse y buscar empleo. Además, “(...) las mujeres con discapacidad, “dependientes” y “vulnerables” en el imaginario social, también contribuyen al sostenimiento de sus hogares, realizando tareas que a priori podrían ser consideradas poco adecuadas para mujeres sobre las que recaen tantos prejuicios” Y es que, uno de los factores que dificultan el acceso a programas o servicios, públicos o privados, que puedan acercar al colectivo de mujeres con discapacidad al mercado laboral, son los cuidados a los que están abocadas estas mujeres dentro del seno familiar.

Para garantizar la igualdad real y efectiva en el acceso y consolidación del empleo de las mujeres, con carácter excepcional y en tanto la tasa de desempleo femenino no se equipare a la tasa de desempleo total, se entenderá que no constituye discriminación por motivos de sexo en el ámbito del empleo y la ocupación la configuración de condiciones de trabajo y empleo específicas, si están justificadas, objetiva y razonablemente, por la concurrencia de una finalidad legítima y resultan adecuadas y necesarias para favorecer el acceso y la consolidación del empleo de las mujeres, sin que, en ningún caso, puedan comportar discriminación por discapacidad, salud, orientación sexual, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social²⁸.

3.2. Recursos que favorecen la inclusión laboral de personas con discapacidad

En España existen diferentes fórmulas para favorecer la inclusión del colectivo de personas con discapacidad en el mercado laboral. A lo largo de los años se han ido incorporando modificaciones que incluyen mejoras en cuanto a favorecer la inserción laboral de estos colectivos. En la LGDPD, anteriormente nombrada, se recogen alternativas de inclusión en el ámbito laboral, tanto para las personas empresarias como para el colectivo en sí mismo. En su Sección 2ª y Sección 3ª se regula el empleo ordinario y el empleo protegido por ese orden.

3.2.1. Empleo ordinario

Los artículos 40, 41 y 42 recogidos en la Sección 2ª del Capítulo VI de la LGDPD, recogen con carácter general, las medidas que favorecen la inclusión laboral de las personas con discapacidad en el mercado ordinario en España. Abordaremos el artículo 40 por el que se desarrollan la

²⁷ CÓZAR GUTIERREZ, M. A.; CABALLERO PÉREZ, I.; KAISER OROZCO, E.; VALES HIDALGO, A.: *Autodiagnóstico de la situación de las Mujeres con Discapacidad en Andalucía*. Dirección General de Personas con Discapacidad, Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, Junta de Andalucía, 2011, p. 93.

²⁸ Disposición adicional séptima Ley 3/2023.

adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo. Entra así la obligatoriedad por la parte empresarial de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo (dentro del empleo ordinario) con carácter general recogido en el artículo 40.1. Bajo el derecho de plena igualdad en el trabajo y como medida destinada a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo o razón de discapacidad. Cómo recoge ROMERO RÓDENAS²⁹ “Estamos ante una medida estandarizada prevista en el ordenamiento jurídico desde el momento en el que las personas destinatarias son todas las personas con discapacidad que pretenden acceder al mercado laboral para desarrollar y mantener un puesto de trabajo en el mismo. Pero a su vez supone también un proceso individualizado, pues esta medida implica la obligación de llevar a cabo aquellas modificaciones, en la empresa o en el puesto de trabajo necesarios para el desempeño laboral de la persona con discapacidad en ese caso concreto.”

Estos ajustes razonables se podrán llevar a cabo por parte de la empresa sin que ocasionen una carga excesiva; aunque la definición de este concepto no quede reflejada en la norma. Una vez más se tendrá que estar a las necesidades de cada situación concreta. Para superar la discriminación por razón de discapacidad el ajuste razonable es una medida estrella en la que el legislador debe poner más su acento, suprimiendo barreras que faciliten el desempeño de las funciones laborales; y sin él, el empresario, la administración o la propia ley se enfrenta a la consideración de esa ausencia como una discriminación por discapacidad, y por tanto ser considerada como una violación de un derecho fundamental³⁰.

El empleo con apoyo queda recogido en el artículo 41 de la LGDPD como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tiene por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes”.

El empleo con apoyo³¹ se compone de un conjunto de medidas y acciones que serán objeto de subvención por parte de los Servicios Públicos de Empleo (RD 818/2021, de 28 de septiembre por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo)³². En definitiva, aunque las personas con discapacidad sean las beneficiarias de este sistema de empleo con apoyo, las subvenciones van dirigidas a las organizaciones que son las responsables de desarrollar las diferentes acciones a llevar a cabo como por ejemplo la inserción laboral y el mantenimiento de estas en el mercado de trabajo.

Además de quedar recogido en la LGDPD, el artículo 42 también queda regulado de manera completa en el RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de las personas trabajadoras con discapacidad. Esta medida recoge la obligatoriedad por parte de las empresas con más de 50 trabajadores, de contratar en su plantilla como mínimo, un 2% del total, de personas con discapacidad reconocida. La LGDPD expone literalmente en el apartado 42.1 “(...) El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente,

²⁹ Véase, ROMERO RODENAS, M. J.; GARCÍA RÍOS, J. L.: “El tratamiento de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en el actual marco normativo y su necesaria transformación”, *cit.*, p. 57.

³⁰ SERRANO ARGÜELLO, N., *La integración laboral de las personas con discapacidad estudiada desde la prohibición de discriminación. El ajuste razonable como medida antidiscriminatoria*, *cit.*, p. 313.

³¹ BOE núm. 168. de 14/07/2013, págs. 30618 a 30622. Real Decreto 830/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

³² ROMERO RODENAS, M. J.; GARCÍA RÍOS, J. L.: “El tratamiento de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en el actual marco normativo y su necesaria transformación”, *cit.*, p. 58.

cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. (...)”.

Se recoge también la excepcionalidad de quedar exentas de esta obligación las empresas públicas y privadas en los siguientes supuestos recogidos en artículo 2.a del RD 364/2005³³: “Cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquella y concluir con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta.” Una vez reconocida la excepcionalidad en cada caso, las medidas alternativas a la contratación directa de personas con discapacidad son varias³⁴:

- La celebración de un contrato mercantil o civil con un Centro Especial de Empleo, (en adelante, CEE o CET) o con un trabajador/a autónomo/a con discapacidad, o bien para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida; o para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.
- La realización de donaciones o acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad.
- La construcción de un enclave laboral.

3.2.2. Empleo protegido

El empleo protegido como recurso de acceso al mercado laboral de personas con discapacidad queda recogido de manera general en la Sección 3.ª Empleo protegido, en sus artículos 43, 44, 45.

Abordaremos el artículo 43 en relación con los Centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad. La regulación legal del empleo protegido, a parte de quedar recogida en los anteriores artículos, también se desarrolla en el RD 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo. Como indica el artículo 43 de la LGDPD, los CEE son aquellos “cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario”. Se entiende por una parte que, el objetivo de los CEE es generar una actividad productiva donde compite en el mercado laboral con otras empresas de régimen ordinario y por otra parte que, siendo su finalidad asegurar un empleo remunerado para las personas trabajadoras con discapacidad, los CEE están previstos como instrumento o herramienta que forma parte del proceso para favorecer la inclusión de las personas con discapacidad en el empleo ordinario.

³³ BOE núm. 94, de 20/04/2005. Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad.

³⁴ ROMERO RÓDENAS, M. J.; GARCÍA RÍOS, J. L.: “El tratamiento de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en el actual marco normativo y su necesaria transformación”, *cit.*, p. 63.

Además, el artículo 43 continúa diciendo: “Los Centros Especiales de Empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal, y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente.” Estas unidades de apoyo tienen por objetivo ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que los trabajadores con discapacidad de dichos centros tienen en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como la permanencia y la progresión del mismo.

Otra de las características principales de los CEE es que al menos el 70% de su plantilla debe estar constituida por personas con discapacidad. Sin contar el equipo multidisciplinar sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social. Y más allá de que los CEE desarrollen una actividad productiva, el foco deberá estar en este equipo multidisciplinar y en la tarea de favorecer las condiciones laborales de las personas con discapacidad para que puedan dar el salto, en la medida de sus posibilidades reales, hacia el mercado ordinario.

Los centros especiales de empleo se sitúan en el esquema de la LISMI como una fórmula intermedia entre el acceso de los discapacitados a una actividad laboral ordinaria y el acceso a los Centros Ocupacionales. El artículo 41 LISMI y el artículo 2 ET configuran la relación laboral que se establece entre los discapacitados y los centros especiales de empleo donde prestan sus servicios como una relación laboral de carácter especial, lo cual supone que el régimen jurídico común contenido en el ET solo es de aplicación con carácter supletorio y en la medida que la normativa específica no haya previsto explícitamente una solución distinta para una regulación concreta³⁵.

El artículo 46 de la LGDPD regula la figura de los enclaves laborales con el objetivo de “facilitar la transición al empleo ordinario de las personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mismo”. Las características y condiciones de estos enclaves laborales se desarrollan reglamentariamente a través del RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. La figura del enclave laboral sólo la podrán llevar a cabo los CEE con la necesaria colaboración de empresas del mercado ordinario, a través de la formalización de un contrato. Recaerá en el CEE la dirección y organización del trabajo ya que será con quien la persona trabajadora mantendrá la relación laboral especial³⁶.

3.2.3. Empleo autónomo

El empleo autónomo queda plasmado en el artículo 47 de la LGDPD, en el que se recoge la obligación de los poderes públicos de adoptar políticas que favorezcan y fomenten el trabajo autónomo de las personas con discapacidad, tanto por cuenta propia, como a través de entidades de economía social. En este sentido, ROMERO RÓDENAS cita, por una parte la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajador Autónomo y más concretamente al artículo 27.3, que exige que la política de fomento del trabajo autónomo de los poderes públicos debe prestar especial atención a “las personas desfavorecidas o no suficientemente representadas”, otorgando a las personas con discapacidad un lugar preferente en este colectivo. Por otra parte también cita la Estrategia Nacional de impulso al Trabajo autónomo 2022-2027, la cual prevé una línea específica de apoyo al trabajo autónomo para colectivos con especiales dificultades de acceso al empleo entre los que se cita expresamente a las personas con discapacidad.²⁵

³⁵ ALONSO BRAVO, M., BLANCO MARTÍN, J.M.: “La relación laboral de los minusválidos y los Centros Especiales de Empleo”, *cit.*, p. 69.

³⁶ ROMERO RODENAS, M. J.; GARCÍA RÍOS, J. L.: “El tratamiento de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en el actual marco normativo y su necesaria transformación”, *cit.*, p. 70.

Es evidente la importancia del trabajo autónomo en el mercado laboral español, sin embargo, no es la vía más explotada por las personas con discapacidad como camino de inserción laboral ya que apenas el 10,1% que trabajó en el año 2021 lo hizo por cuenta propia, frente al 89,9% que lo hizo por cuenta ajena.²⁶

4. Conclusiones

PRIMERA. Los CEE deben cumplir con diferentes objetivos cómo se establece en el artículo 43 de la LGDPD. Por una parte, se establece como objetivo principal, desarrollar una actividad productiva de bienes o servicios cuya finalidad es asegurar un empleo remunerado a las personas con discapacidad. Además, los CEE cuentan con un equipo multidisciplinar (Trabajadora/or Social, Psicóloga/o y Técnicas/os de Atención Directa) cuya misión es la de ofrecer un apoyo tanto psicológico como de adaptación del puesto de trabajo a la persona trabajadora con discapacidad. Cómo norma general no se hace distinción en cuanto a tipos de discapacidad o porcentajes. Se establece un mínimo, eso sí, del 33%. En este sentido, un CEE está concebido a nivel legislativo para funcionar como un recurso laboral al alcance de cualquier persona con una discapacidad “reconocida” a través de un Certificado de Discapacidad y además, cómo un trampolín, digámoslo así, que ayude a acceder al mercado ordinario. Sin embargo, Oscar L, Coordinador y Psicólogo del Servicio de Rehabilitación de jóvenes de la Fundació Joia de Barcelona, dice que *“un CET en general busca dentro de las personas con problemas de salud mental, el que está mejor, y les piden que trabajen como cualquier otro trabajador”*. En este caso Oscar L, se refiere a las personas con problemáticas de salud mental, pero podemos ampliar esta afirmación al conjunto de personas con discapacidad.

SEGUNDA. El enviar diferentes perfiles a los CEE, las que consiguen finalmente insertarse en el mundo laboral son aquellas personas que no presentan excesivas dificultades a la hora de desempeñar un puesto de trabajo. En este sentido, la entrevista laboral es un factor decisivo ya que la responsabilidad de hacer una buena entrevista recae en el candidato o candidata al puesto de trabajo. Es decir, no existe gran diferencia entre una entrevista laboral del mercado protegido a una del mercado ordinario, entendiéndose la diferencia en la necesaria sensibilidad, empatía y conocimiento de las dificultades de este colectivo. Se hace muy evidente la búsqueda de productividad por parte del CEE, por delante de su finalidad principal, que es la de favorecer la inclusión del colectivo de personas con discapacidad, no sólo de las más normativas y funcionales, sino también de todas aquellas que merecen una adaptación del puesto de trabajo por sus circunstancias físicas, sensoriales o psicosociales. Si el objetivo final de un CEE es favorecer el salto a la empresa ordinaria por parte de las personas trabajadoras y sin embargo, tan sólo acceden las personas con discapacidad que no muestran demasiadas dificultades, ¿qué perfil de personas con discapacidad accederán al mercado ordinario?

TERCERA. Dentro de la obligatoriedad que establece el artículo 42 de la LGDPD, lo que es conocido como cuota de reserva, en empresas con más de 50 trabajadores se ha de contratar como mínimo a un 2% de personas con discapacidad reconocida. Si tenemos en cuenta la gráfica incluida en el ANEXO I (datos obtenidos de marzo 2024), el tejido empresarial de España está formado en un 54,51% por PYMES sin personas asalariadas (1.603.593 empresas), un 38,56% por microempresas de entre 1 y 9 personas trabajadoras (1.134.445 empresas) y un 5,79% por pequeñas empresas de entre 10 a 49 personas trabajadoras (170.314 empresas). Tan sólo un 1.15% de empresas en nuestro país están formadas por más de 50 personas trabajadoras. Si lo pensamos de otra manera, las personas con discapacidad tienen la oportunidad de formar parte del mercado ordinario, por ley, en un 1.15% de empresas en España (teniendo en cuenta un total de 2.908.352, sólo podrán acceder a 33.732 empresas). Teniendo en cuenta que los datos arrojados por el Instituto Nacional de Estadística (INE), la tasa de actividad de personas

entre 16 y 64 años con discapacidad es del 35,3% (2022). Es decir, un 42,7% inferior a la de la población sin discapacidad. En cuanto a la tasa de empleo es de un 27,8% y la de paro un 21,4%. Si el objetivo es que cada vez más personas con una discapacidad reconocida puedan acceder al mercado ordinario, ¿cómo se hace efectivo este objetivo cuando el tejido empresarial en España deja un margen del 1,13% de empresas disponibles para este colectivo? Siempre teniendo en cuenta la cuota de reserva del 2% reflejada por ley, el resto lo dejamos a la buena voluntad de las PYMES y multinacionales.

CUARTA. Para poder analizar posibles aspectos a mejorar dentro de las organizaciones, se deben implementar diferentes programas y herramientas que ayudan a la persona empleada a gestionar diferentes problemáticas relacionadas con la salud mental que puedan aparecer durante el desarrollo natural de la profesión. En este sentido, destaca el programa de Asistencia de Ayuda para el Empleado/a, que es una plataforma donde todos los empleados y empleadas pueden acceder cuando están en una situación de estrés, malestar emocional, carga de trabajo, etc. O el programa llamado “Embajadores de la Salud Mental”. Lo describe cómo una herramienta “donde los trabajadores y trabajadoras participan de manera voluntaria para ser embajador pero tienen que pasar por una formación muy básica sobre cómo escuchar de manera activa, cómo ser un aliado en estos momentos difíciles.”

QUINTA. Persisten en el mundo laboral esas ideas estereotipadas entre las personas trabajadoras acerca de la discapacidad y más concretamente de las problemáticas de salud mental, y es la falta de información la que hace que se mantenga el tabú. El creer y atribuir características y prejuicios a las enfermedades mentales hace que pensemos que si una persona es diagnosticada de esquizofrenia, esta persona es un problema dentro de una organización o seguro que será violenta en un momento determinado. Esta visión generalizada en torno a las enfermedades mentales desemboca en el autoestigma, es decir, la idea que se hace una persona de su enfermedad a través de la sociedad donde habita. Necesitamos más formación, pero desde arriba, desde el comité de dirección, de los líderes. Más formación de diversidad, inclusión, sensibilización. Porque a veces los que están arriba dificultan un poco aterrizar una realidad. Todas las empresas tienen una agenda de diversidad e inclusión e identifican algunas fechas importantes, por ejemplo, día de la accesibilidad, de la discapacidad ¿no?, cómo para empezar a sensibilizar esta realidad, tienen que tener un día en la empresa si se necesitan señalar estos espacios de apertura de conocimientos como para romper todas estas líneas estereotipadas y de prejuicios.”

SEXTA. En España se han sucedido numerosas mejoras con respecto a la legislación. Desde la Ley de Integración Social de Minusválidos de 1982, donde apareció por primera vez la figura de los CEE, hasta la actual LGDPD. También ha cambiado el lenguaje empleado para dirigirnos al colectivo de personas con discapacidad, desterrando la palabra minusválidos. Incluso este año, el 18 de enero, fue modificado el artículo 49 de la Constitución, adaptando el lenguaje a la terminología internacional (elimina del texto la expresión disminuídos físicos, sensoriales y psíquicos) y el contenido a la realidad actual de la sociedad española. El lenguaje determina muchas veces la forma en la que miramos a la otra persona y también, nombra y da significado a las realidades que suceden. Sin embargo, tengo la sensación de que no se está haciendo lo suficiente, ya que los datos que tienen que ver con la realidad laboral de las personas con discapacidad de este país indican que todavía queda un largo camino por recorrer en cuanto al derecho a tener una trayectoria laboral digna que permita mantener unas necesidades cubiertas.

SÉPTIMA. Una de las características principales del mercado protegido, es la capacidad de adaptar el puesto de trabajo a la persona con discapacidad a través del equipo multidisciplinar, sin embargo, se prioriza el hecho de que un CEE es una empresa y cómo tal, debe generar

productividad. No tiene sentido crear unas expectativas laborales a las personas con discapacidad, creando un mercado protegido, y pongo énfasis en la palabra protegido, para que en la práctica no se genere un espacio para aquellas personas más vulnerables que por sus circunstancias no pueden adaptarse a un ritmo de trabajo productivo, que no cumplen con las exigencias del puesto y que además, no parece que puedan encajar en ningún otro.

OCTAVA. En las últimas décadas, la inclusión laboral de personas con discapacidad ha emergido como un tema de creciente importancia en la agenda mundial de derechos humanos y políticas sociales. Este fenómeno no solo refleja un imperativo ético y moral de igualdad y dignidad para todos los individuos, sino que también reconoce el potencial de contribución y talento que poseen las personas con discapacidad en el ámbito laboral. Sin embargo, a pesar de los avances normativos y las iniciativas de inclusión, persisten importantes desafíos, especialmente en lo que respecta a la integración laboral en empresas privadas. La presente comunicación, se enmarca dentro de los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas.

5. Anexos

Anexo I:

Esta gráfica refleja el tejido empresarial en España en marzo de 2024, relacionado con la cuota de reserva del 2%; deja constancia de que sólo un 1.15% de empresas en España tiene más de 50 personas trabajadoras.



Cifras PyME

Datos MARZO 2024

1. Empresas

Tabla 1. Empresas por tamaño

Empresas Por Tamaño	Número de Empresas	Tasa de variación porcentual	
		Mensual	Anual
PYME (0-249 asalariados) ¹	2.936.243	0,51	0,65
PYME sin asalariados (0 asalariados) ² 2023-4T	1.603.593	0,00	0,23
PYME con asalariados (1-249 asalariados)	1.332.650	1,14	1,16
Microempresas (1-9 asalariados)	1.134.445	0,96	0,77
Pequeñas (10-49 asalariados)	170.314	1,99	3,36
Medianas (50-249 asalariados)	27.891	3,11	4,21
Grandes (250 o más asalariados) ¹	5.841	2,76	8,65
Total Empresas	2.942.084	0,52	0,66

Gráfico 1. Distribución de Empresas por tamaño

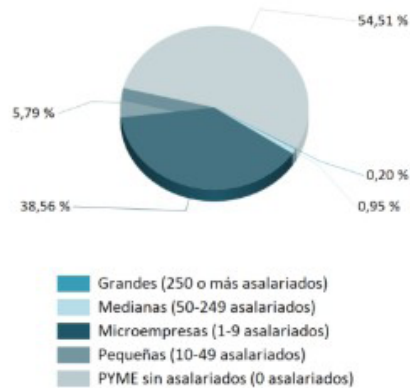
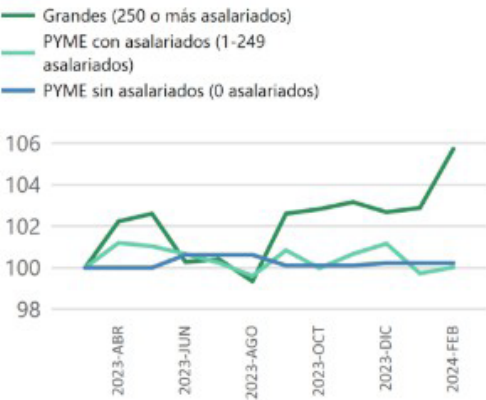


Gráfico 2. Evolución de las Empresas por tamaño









Fuente: datos obtenidos del mes de marzo 2024 en la web IPYME: <https://ipyme.org/Publicaciones/Cifras%20PYME/CifrasPyme-marzo2024.pdf>

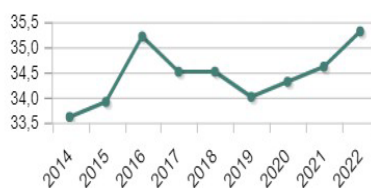
Anexo II:

Los siguientes datos reflejan los porcentajes acerca de las tasas de actividad, empleo y paro de la población con discapacidad del año 2022 (últimos datos encontrados más recientes). Información que intenta poner de relieve la situación laboral de las personas con discapacidad y que choca con la protección legislativa actual vigente que se ofrece en este sentido.

Empleo de las personas con discapacidad - Año 2022

	Valor	Variación
Tasa de actividad	35,3 	0,7 
Tasa de empleo	27,8 	0,9 
Tasa de paro	21,4 	-1,1 

Valor en %. Variación: diferencia respecto a la tasa del mismo período del año anterior

Tasa de actividad. Valor

Fuente: INE 2022: el empleo de personas con discapacidad

6. Bibliografía

- ALONSO BRAVO, M., BLANCO MARTÍN, J.M.: “La relación laboral de los minusválidos y los Centros Especiales de Empleo”, en *Empleo y minusvalía. Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*. Editorial Feclaps, Valladolid, 1998.
- CABRA DE LUNA, M. A., “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004.
- CÁCERES, C.: Sobre el concepto de discapacidad. “Una revisión de las propuestas de la OMS”, *Auditio: Revista electrónica de audiología*. Vol. 2. Tenerife. 2004.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual”, VVAA (Dir. FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.) *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CÓZAR GUTIÉRREZ, M. A.; CABALLERO PÉREZ, I; KAISER OROZCO, E.; VALES HIDALGO, A.: *Autodiagnóstico de la situación de las Mujeres con Discapacidad en Andalucía*. Dirección General de Personas con Discapacidad, Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, Junta de Andalucía, 2011.
- ESCUDERO PRIETO, A. y SERRANO ARGÜELLO, N.: “El acceso al empleo de las personas discapacitadas en el derecho internacional, derecho interno y derecho comparado. Tratamiento especial de los centros ocupacionales”, en *Marco jurídico de la integración laboral de los minusválidos*, Editorial Feclaps, Valladolid, 1998.

- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Acciones positivas en las condiciones laborales de personas con discapacidad para un nuevo Estatuto de los Trabajadores”, VVAA *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después*, Edita Ministerio de Trabajo y Economía Social, Colección Informes y Estudios (Serie General, núm. 24), Madrid, 2020.
- *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite: diagnóstico y propuestas*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.; CAVAS MARTÍNEZ, F.; LÓPEZ SÁNCHEZ, M^a. J.; MARTÍNEZ PUJALTE, A. L.; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; SERRANO ARGUELLO, N.: Guía práctica I sobre personas con discapacidad intelectual y su inclusión en el mercado de trabajo, ATAMA Estrategia Responsable, Murcia, 2019.
- ROMERO RÓDENAS, M. J.; GARCÍA RÍOS, J. L.: “El tratamiento de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en el actual marco normativo y su necesaria transformación”, en *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal*, Ediciones Laborum, Murcia, 2023.

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

ANA NIEVES ESCRIBÁ PÉREZ

Directora del Grado en Derecho

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Internacional de Valencia. VIU. (España)

orcid id: <https://orcid.org/0000-0003-2174-3594>

1. Introducción

Según Peces Barba en el libro *“Historia de los Derechos Fundamentales: Tomo III. Siglo XIX”* debemos busca la base de la existencia de los *Derechos Sociales* en la antigua Grecia ya que, en aquella época se entendía la dignidad humana como algo que pertenecía a la persona por Derecho Natural y no era una cuestión aplicable a unos cuantos elegido; en este sentido, debemos tener en cuenta que *“...un rasgo común del espíritu griego será el servicio a la comunidad y la especial relación entre los hombres con el concepto de philía, de la amistad”*. Aceptando este punto de partida establecido por Peces, la siguiente etapa histórica que forjará los *Derechos Sociales*, será el siglo de las luces, momento en el que, por primera vez, podemos encontrar una definición de lo que hoy se entendería como *Derechos Humanos* y *“las primeras formulaciones directas de los derechos sociales, aún en formas genéricas y poco desarrolladas”*¹.

¹ PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., DE ASÍS ROIG, R., ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., RODRÍGUEZ URIBES, J. M., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2007). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 432.

En el siglo XIX² se comienza con la construcción de los *Derechos Sociales*, que vieron la luz como tales, en el siglo XX -no se debe obviar que el interés por los *Derechos Sociales* en la época viene determinado, entre otros factores, por el desarrollo de la sociedad industrial y la aparición de la clase trabajadora-. Es la época, además, en la que determinados Estados pasan a convertirse en Estados de Corte Social³ y, por tanto, cuando comienzan a dotar a los *Derechos Sociales* de la importancia que merecen. Como se puede observar, tal es la importancia de los *Derechos Sociales*, que son capaces de modificar el modelo de Estado imperante hasta ese momento. Los Estados comienzan a preocuparse por el bienestar de las personas, a proteger situaciones de necesidad, garantizar la primera generación de Derechos -universales, inalienables y no discriminatorios-. Así es como se produce el nacimiento de los *Derechos Sociales*⁴ -Derechos Fundamentales de segunda generación-.

En definitiva, “la industrialización, con sus diferentes implicaciones económicas, sociales y políticas y la democratización de los procesos de decisión⁵” fueron cuestiones fundamentales que motivaron la aparición del Estado Social⁶ que, junto con sus “axiomas⁷”, configura los ordenamientos jurídicos y las Constituciones Democráticas actuales⁸.

Es en 1961 cuando nace *La Carta Social Europea* que sienta sus bases en los artículos 1.a⁹ y 1.b¹⁰ del Estatuto del Consejo de Europa¹¹ y en el propio Convenio de Roma de 1950 y sus primeros protocolos donde se decidió incluir “un primer grupo de derechos sociales o impregnados de faceta social o prestacional¹²”.

² El siglo XIX “...será el tiempo histórico en que estos adquirirán su dimensión actual, tanto política como jurídica, aunque estará también presente, y en algunos momentos con gran fuerza, la mentalidad antitética que se opone a su configuración”. En PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., DE ASÍS ROIG, R., ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., RODRÍGUEZ URIBES, J. M., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2007). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 451.

³ Con la idea de dotar a los Estados de un carácter social muy marcado. La expresión “Estado Democrático y Social”, se acuñó durante la Revolución de París de 1848. En TORRES DEL MORAL, A. En *El preámbulo constitucional dialogado*. Grijley, 2018. p. 241-246.

⁴ Como ejemplos: Bismark introduce el seguro obligatorio para todos los trabajadores de la industria en Alemania -1881 -en BALDASSARRE, A. Universidad Externado de Colombia. (2001). *Los derechos sociales* (1ª edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 24.-; en Italia se aprueba la “Ley Crispi”, en 1890 -en SARASA FERNÁNDEZ, S. / MORENO URIOLA, L.; año 1995; página 191-192-. Roosevelt para EEUU también en el siglo XIX y así un continuo cambio de la concepción de Estado hacia las de corte social.

⁵ AÑÓN ROIG, Marí. J., ABRAMOVICH, V. (2004). *La Universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 26.

⁶ “...si bien muchos derechos sociales habían sido ampliamente reconocidos y de alguna manera garantizados por leyes ordinarias específicas...su constitucionalización generalizada en los Estados de origen liberal...se produce solo con las Cartas constitucionales emanadas de Europa”. En Las Constituciones de: Francia, Italia, Alemania Occidental y España (Baldassarre, Antonio, 2001, página 30.

⁷ Así es como llama Antonio Baldassarre a los derechos sociales en referencia a su relación con el Estado Social.

⁸ Aunque es cierto que hasta finales del siglo XIX, la doctrina europea le ha negado la cualidad de derechos en sentido jurídico también a las libertades, reconociéndoles el mero rango de Principios Políticos o, a la sumo, de Principios programáticos.

⁹ “La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los Principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”

¹⁰ “Esta finalidad se perseguirá, a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales.”

¹¹ JIMENA QUESADA, L. (2006). *Sistema europeo de Derechos Fundamentales*. Barcelona: Colex, 91.

¹² Ibid., p. 92.

2. Los derechos sociales en ordenamiento jurídico internacional

Varios son los instrumentos internacionales que recogen y regulan los Derechos Sociales con carácter general -entre ellos La Declaración Universal de los Derechos Humanos, El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo-.

2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

En Asamblea General, se comenzó a trabajar en La Carta de las Naciones Unidas¹³ en 1946. Se creó una comisión¹⁴ de Derechos Humanos que comenzó a trabajar a partir de su primera reunión en el año 1947. *“El primer proyecto de la Declaración se propuso en septiembre de 1948 y más de 50 Estados Miembros participaron en la redacción final. En su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948¹⁵, la Asamblea General, reunida en París, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ocho naciones se abstuvieron de votar, pero ninguna votó en contra¹⁶”*.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos -en adelante DUDDHH, nació a mediados del siglo xx siendo fruto del trabajo conjunto de diversas organizaciones provenientes de culturas muy diversas¹⁷. Ha sido uno de los mayores logros legislativos de la historia poseyendo connotaciones de vital importancia para el ser humano -el reconocimiento de derechos básicos y necesarios para el buen funcionamiento de la sociedad y, por ende, indispensables para la protección del individuo-, convirtiéndose en uno de los mayores logros legislativos para el ser humano. Los padres de la DUDDHH compartían, sin lugar a dudas, las bases mínimas necesarias para su elaboración como era la creencia en la existencia de un modelo de ser humano que se reconoce como el sustento y núcleo indispensable, no negociable, de un valor radical y absoluto llamado dignidad- y, además, que se tratara de un texto legal universal -de aplicación a todas las personas a nivel mundial- desde una *justificación racional* y con *fundamentación de los Derechos Humanos*¹⁸. *“Los líderes del mundo decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento¹⁹”*. Se puede afirmar que la DUDDHH es el primer y principal documento que reconoció los Derechos Humanos con las características que los identifican como tales y con una naturaleza inherente al ser humano que justifica su protección fundamental.

Varios son los aspectos a resaltar del texto de la DUDDHH²⁰ como, por ejemplo, que se trata de una serie de Derechos convertidos en obligación moral y política universal para los Estados

¹³ Más tarde pasaría a ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos

¹⁴ Formada por 18 miembros de diferentes lugares, ideologías políticas y posiciones sociales. Entre ellos: Eleanor Roosevelt, la viuda del Presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt, René Bassin, de Francia, quien redactó el primer proyecto de la Declaración, el Relator de la Comisión, Charles Malik, del Líbano, el Vicepresidente, Peng Chung Chang, de China, y el Director de la División de Derechos Humanos de Naciones Unidas, John Humphrey, de Canadá, quien preparó la copia de la Declaración. Pero de todos ellos, Eleanor Roosevelt fue sin duda la gran impulsora de la aprobación de la Declaración, (datos obtenidos de la página oficial de Naciones Unidas www.un.org)

¹⁵ La DUDDHH fue concebida en menos de dos años -tiempo récord para una norma de tan vital calado-

¹⁶ www.un.org

¹⁷ Nace tras la II Guerra Mundial en la que muchos Estados habían sido devastados y se habían cometido barbaries y genocidios -piénsese en el Holocausto-. Se hacía necesario legislar para evitar que situaciones penosas y complicadas volviesen a darse en caso de que hubiese otra Gran Guerra.

¹⁸ PALLARES YABUR, P. (2013). La justificación racional de los Derechos Humanos en los redactores de la declaración universal de los Derechos Humanos. *Persona y Derecho: Revista De Fundamentación De Las Instituciones Jurídicas y De Derechos Humanos*, (68), 139-158.

¹⁹ Según el documento *“Historia de la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”* publicado por Naciones Unidas en su propia página web: www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml

²⁰ ALFONSO MELLADO, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

que han nacido y se han fundamentado en los Tratados Internacionales en aquellas materias que ha promovido la Organización de Naciones Unidas -en adelante ONU- y, por supuesto, el valor interpretativo que las legislaciones internas le puedan otorgar a dichos Derechos -en nuestro caso a través del artículo 10.2 de la Constitución Española-.

La DUDDHH es un texto normativo compuesto por preámbulo²¹ y treinta artículos. Justifica su razón de ser en principios tales como la dignidad o la igualdad y establece el carácter inalienable de los derechos en ella contenidos²²; si bien, tal y como establece Juan Antonio Carrillo Salcedo “*La verdad es que estamos muy lejos del ideal común proclamado en 1948 ya que, en una especie de apartheid global, la humanidad está dividida en dos grandes sectores: el de aquellos para quienes los Derechos Humanos son una realidad, y el de aquellos otros -los más- para los que son todavía un objetivo por el que luchar*”²³.

Los dos primeros artículos de la DUDDHH son los que realizan la aproximación real al concepto de Derechos Humanos estableciendo las cualidades de este tipo de derechos; en este sentido, el artículo 1 de la DUDDHH subraya la idea fundamental de que todos los seres humanos *nacen libres e iguales en dignidad y derechos* convirtiéndose en el precepto que refleja los principios básicos de la norma y, por tanto, de los Derechos Humanos -basándolo en la Libertad, la Igualdad y la Dignidad; principios que, necesariamente, aparecen ligados entre sí y que refuerzan al ser humano-. Por su parte, el artículo 2 de la DUDDHH reconoce los derechos y libertades proclamados en la Carta como inherentes a toda persona, desaprobando de forma clara cualquier tipo de discriminación²⁴ -este segundo artículo es el que declara el *Principio de Universalidad* de los Derechos Humanos al establecer el *Principio de Igualdad* para todos los seres humanos sin distinción alguna-.

Los artículos del 3 al 21 de la DUDDHH recopilan los *Derechos Civiles y Políticos*²⁵ -reconocen al individuo como miembro de un colectivo-; si bien, para la cuestión que nos ocupa, debemos centrarnos en los *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*²⁶, regulados en los artículos del 22 al 27 del mismo texto legal. Quisiera centrar la atención en el artículo 22²⁷ de la DUDDHH ya que considera que es la justificación de este artículo y que, además, la base sobre la que se sustenta nuestro derecho a la *Seguridad Social* como *Derecho Humano Fundamental*. El artículo en sí reconoce de manera clara que todos las personas tienen derecho a la *Seguridad Social* sin limitación ligada a la condición de la misma lo que nos lleva a entender que todas las personas son iguales ante este derecho pero establece una cuestión que cada Estado utilizará como mejor le convenga en atención a sus situación política y económica y es que limita dicho derecho a la capacidad económica que cada Estado posea -lo que va a permitir que esa justificada Igualdad y

²¹ Que comienza ya utilizando los términos básicos para el desarrollo de los Derechos Humanos -Libertad, Justicia, Paz, etcétera-.

²² Estas son las primeras líneas del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los Derechos iguales e Inalienables de todos los miembros de la familia humana.*”

²³ Carrillo Salcedo, J. A. (2009). La declaración universal de los Derechos Humanos en su sexagésimo aniversario. *La Toga*, (172), 52-53.

²⁴ Causada por la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

²⁵ Derecho a la vida, libertad, derecho a la seguridad de la persona, derecho a la personalidad jurídica, Igualdad e Igualdad ante la Ley, presunción de inocencia, libre circulación, libre residencia, derecho de asilo, derecho a la nacionalidad, derecho a la propiedad, libertad de pensamiento, libertad de conciencia o libertad religiosa -entre otros-.

²⁶ Entre ellos destacan el derecho a la *Seguridad Social*, el derecho al trabajo, el derecho a la libre elección de trabajo, la igualdad en el salario o la libre sindicación -entre otros-.

²⁷ “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene Derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*”

esa base en el *Principio de Universalidad*, puedan esquivarse en mayor o menor medida, dotando de cierta ambigüedad al precepto en cuestión-.

Los dos últimos artículos de la DUDDHH -del 28 al 30-, refieren al derecho de toda persona al orden social e internacional en materia de *Derechos Humanos*²⁸.

2.2. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*²⁹ -en adelante PIDESC-se adopta y se abre a la firma, ratificación³⁰ y adhesión el 16 de diciembre de 1966 -finalmente entró en vigor el 3 de enero de 1976-.

El PIDESC consta de Preámbulo y treinta y un artículos. La idea fundamental que se presenta durante todo el preámbulo de la norma es las ideas de libertad, justicia y paz como bases fundamentales para la consecución eficaz del reconocimiento de la dignidad de las personas. La justificación es la idea de considerar libre a las personas y basar el resto de derechos en el *Principio de Igualdad*.

El PIDESC reconoce gran cantidad de derechos laborales, pero hay que destacar que posee escasa coactividad³¹, lo que ha supuesto un problema importante de aplicación del mismo ya que, aunque establece una serie de *obligaciones vinculantes*, estas carecen de carácter absoluto lo que supone que los Estados solo adquieren la obligación de lograr los objetivos de manera progresiva y en función de los recursos con los que puedan contar para dicho fin³².

Los artículos 6 y ss. del PIDESC componen la parte III del mismo y reconocen el derecho al trabajo, las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, el derecho a la Seguridad Social, la libre sindicación y afiliación, la protección a la familia y la educación -entre otros-. En esta ocasión hay que darle especial atención al artículo 9³³ de la citada norma ya que es el que regula el derecho a la Seguridad Social reconociéndolo como tal y estableciendo la posibilidad de contratar seguros privados en este ámbito. Es un artículo muy escueto y muy ligero para la importancia de la que se debe dotar al derecho a la Seguridad Social³⁴.

En una de las últimas revisiones llevadas a cabo por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵ en referencia al grado de cumplimiento del Estado español -Informe

²⁸ Reconocen la obligatoriedad de que todos los derechos y libertades proclamados en la DUDDHH sean efectivos. Hacen partícipes a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad internacional siendo su única limitación la Ley, pero, además, establecen que ningún derecho proclamado en la DUDDHH tendrá capacidad para eliminar otro derecho reconocido en la misma.

²⁹ Su finalidad principal era la de codificar de manera uniforme todos y cada uno de los *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

³⁰ España lo ratificaría el 13 de abril de 1977. Se publicó en el BOE el 30 de abril de 1977.

³¹ Es de destacar que el Pacto cuenta con la ratificación de numerosos Estados pero, a su vez, es un Pacto muy incumplido. En ALFONSO MELLADO, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

³² "...el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...considera que el principio de progresividad no excluye la obligación de los Estados de proceder lo más rápida y eficazmente que sea posible para alcanzar los objetivos del Pacto". En ALFONSO MELLADO, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

³³ "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

³⁴ Tras la presentación del quinto informe periódico de España sobre la aplicación del PIDESC (E/C.12/ESP/5), hace pública su preocupación sobre la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en España ya que únicamente son considerados principios rectores de la política social y económica; si bien es cierto que el Comité deja a parte el derecho a la educación ya que éste sí se reconoce oficialmente en la Constitución Española como parte integrante de los Derechos Fundamentales de los españoles.

³⁵ Para este tipo de cuestiones, existe un Protocolo Facultativo del PIDESC que se basa en los principios de Universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los Derechos Humanos. Se establece la existencia de un

E/C.121/ESP/5- insta a España a que *en virtud del principio de indivisibilidad, Universalidad e interdependencia de los Derechos Humanos, adopte las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos. Asimismo, el Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales*³⁶”

El 10 de diciembre de 2008 -Nueva York-, se aprueba el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se trata de un instrumento que establece los mecanismos de denuncia e investigación sobre cuestiones relativas al PIDESC³⁷, pero es, sin lugar a dudas, el instrumento de protección de los *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de los Estados que lo hayan ratificado. No debemos olvidar que, al tratarse de un Protocolo Facultativo, es de aplicación voluntaria para los Estados que lo quieran ratificar.

La protección de los *Derechos Sociales* y las denuncias sobre incumplimiento³⁸ se llevan a cabo a través de comunicaciones individuales, comunicaciones interestatales o procedimientos de investigaciones graves y sistemáticas de los *Derechos Sociales, Económicos y Culturales*; para ello es necesario que los interesados hayan agotado los recursos otorgados por la jurisdicción interna y deben haber obtenido resolución del órgano competente a tal efecto³⁹ pero, además, deben asegurarse de que el mismo caso no ha sido ya presentado ante un mecanismo internacional similar por otro interesado. Para ser admitidas a trámite, el interesado deberá alegar que se han violado uno o más derechos de los contenidos en el PIDESC -incluso con referencia a hechos sucedidos antes de la entrada en vigor del PIDESC si han sido continuados en el tiempo y han continuado después de la entrada en vigor del citado Protocolo⁴⁰-. En este procedimiento se podrán solicitar medidas provisionales, pero, además, ha previsto un procedimiento de solución “amistosa” de la cuestión y, además, establece un estándar de revisión específico y faculta al Comité para consultar documentación pertinente procedente de otros órganos⁴¹.

En referencia al Protocolo hay que destacar las palabras de Navi Pillay en su locución en la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 2008: *“Al cerrar una brecha histórica en la protección de los Derechos Humanos dentro del sistema internacional, el protocolo facultativo representa un verdadero hito en la historia de los Derechos Humanos universales, y es una firme y clara declaración sobre el valor y la importancia iguales que tienen todos los Derechos Humanos y la necesidad de contar con una mayor protección legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Nos acercará a la visión unificada de los Derechos Humanos de la Declaración Universal. Sobre todo, permitirá a las víctimas, por primera vez, buscar justicia para las violaciones de sus derechos*

Comité que estará facultado para recibir y examinar comunicaciones siempre y cuando emane de un Estado que sea parte tanto del Tratado como del Protocolo. En el caso de España, El día 24 de septiembre de 2009, el Plenipotenciario de España firmó en Nueva York el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008; ratificado el día 9 de julio de 2010 y publicado en el BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2013, páginas 15421 a 15429. Este hito supuso la accesibilidad de los ciudadanos en los mecanismos de control previstos en el mismo

³⁶ De esto se desprende que la aplicación del PIDESC no se está llevando bien a cabo por España.

³⁷ Los firmantes pueden optar por no adquirir esta obligación.

³⁸ Las comunicaciones se presentarán por la persona o personas afectadas que estén bajo la jurisdicción de un Estado parte y que, además, hayan sido víctimas de una violación en materia de Derechos Económicos, Sociales y/o Culturales por parte del mismo Estado.

³⁹ Se dispondrá de un año de plazo para presentar la comunicación desde el agotamiento de los recursos otorgados por los órganos del Estado parte.

⁴⁰ ADNANE RKIOU, Abdelhamid. (2011). El artículo 10.2 Constitución Española: Un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales: Reflexiones tras la ratificación de España del Pacto facultativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 126-140.

⁴¹ Organismos especializados, fondos, programas y mecanismos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, incluidos los sistemas regionales.

económicos, sociales y culturales en el ámbito internacional". Por su parte, Christian Courtis y Ulrik Halsteen, establecieron en una entrevista⁴² que era necesario crear el Protocolo para poder disponer de un mecanismo de denuncias que ayudar a hacer más efectivo el PIDESC y, de ese modo, ocuparan el lugar que merecen dentro de los ordenamientos jurídicos. En definitiva, se trata de un mecanismo internacional cuya finalidad principal es fortalecer la protección de los derechos *Económicos, Sociales y Culturales*⁴³.

Dicho todo lo anterior, es de resaltar que el grado de ratificación del Protocolo por parte de España es muy bajo. Recordemos que cada estado le otorga la eficacia en función de sus posibilidades, en nuestro caso, por la vía de los artículos 10.2 y 96 de la CE.

2.3. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo⁴⁴ -en adelante OIT- nace tras la celebración del Tratado de Versalles -firmado en junio de 1919⁴⁵-. Su función primordial es homogeneizar el ámbito laboral de los países a nivel internacional a través de un mecanismo propio e inequívoco: los Convenios Internacionales. Su intención es la de conseguir una visión internacionalista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social pero es cierto que su objetivo no se ha conseguido en la medida de lo esperando sino con unos estándares algo más bajos de los deseados ya que la normas de la OIT tienen escasa aplicación práctica por los órganos judiciales españoles y son entendidos como *meros principios inspirados, sin traslación efectiva y concreta, cuando no son expresamente incumplidos*; ahora bien, esta situación es, sin lugar a dudas, contradictoria *con el carácter vinculante de los Tratados Internacionales* que, recordemos, son de plena aplicación⁴⁶.

Según Juan Somavia⁴⁷, "*El objetivo primordial de la OIT es promover oportunidades para que mujeres y hombres puedan obtener un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, Igualdad, seguridad y dignidad humana*"⁴⁸". La finalidad de la OIT es la de promover la justicia social y los *Derechos Humanos y laborales* que se encuentran reconocidos a nivel internacional promoviendo el trabajo decente, buenas condiciones laborales y económicas, mejor protección social y favorecimiento del diálogo entre las partes⁴⁹. La OIT es un organismo, además, que marca diferencias en momentos de *retroceso legislativo y desregulación*; hay que tener en cuenta que los Estados, cuando se adopta un Convenio, disponen de un año de plazo para ratificarlos y que estos pueden entrar a formar parte de su ordenamiento jurídico interno⁵⁰ de forma directa -siendo vinculante desde ese mismo instante- ya que estos quedan integrados a través de la vía del artículo 96 de la Constitución y, por tanto, dotados de eficacia⁵¹.

⁴² hrbportal.org/archives/insights/protocolo-facultativo-del-Pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales (15 de julio de 2015).

⁴³ LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma. (2011). La protección internacional de los derechos sociales. A propósito de la ratificación española del protocolo facultativo del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 2008. *Foro. Revista De Ciencias Jurídicas y Sociales*, (13), 13-59.

⁴⁴ O.I.T o I.L.O (esta última en inglés).

⁴⁵ Que será el Tratado con el que se ponga fin a la I Gran Guerra.

⁴⁶ FALGUERA I BARÓ, Miguel Ángel. (2016). La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la sala de lo social del tribunal supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 33-71.

⁴⁷ Abogado y Diplomático chileno que fue Director General de la OIT desde 1999 hasta 2014.

⁴⁸ www.ilo.com

⁴⁹ Ya que se trata de una organización tripartita formada por Estados, empleadores y trabajadores.

⁵⁰ A partir de ese momento, los Estados miembro deben presentar una memoria para que se compruebe el grado de cumplimiento de lo establecido en el Convenio.

⁵¹ ALFONSO MELLADO, Carlos L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

Los objetivos de la OIT se basan en cuatro características fundamentales y estratégicas: promover y cumplir las normas y los principios y Derechos Fundamentales en el trabajo, crear mayores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos, mejorar la cobertura y la eficacia de una Seguridad Social⁵² para todos y fortalecer el tripartismo y el diálogo social.

Los mecanismos de los que se dispone la OIT para proteger los derechos y libertades de las personas trabajadoras es a través de la creación de normas sociales de carácter internacional, la prestación de asistencia técnica a los Estados miembro y la elaboración de estudios que faciliten la acción social de la OIT, sus miembros y otras instituciones; además está dotado de otros dos mecanismos de control: los informes estatales y el sistema de reclamaciones y quejas y el procedimiento especial en materia de libertad sindical. Para la consecución de todos estos fines, la OIT formulará políticas y programas internacionales que promuevan los *Derechos Humanos Fundamentales* y, además, la mejora de las condiciones de trabajo y las oportunidades en el empleo; elaborará normas internacionales del trabajo con sistema de control⁵³; creará un programa de cooperación técnica internacional entre Estados miembro y llevará a cabo actividades de formación, educación e investigación en la materia.

Las normas de la OIT están sometidas a sistemas de control para, así, garantizar el cumplimiento de sus mandatos por los Estados miembros -que cumplan y apliquen los Convenios que hayan ratificado-. La OIT, además, es la encargada de comprobar la aplicación en los términos acordados a través de una serie de mecanismos: el mecanismo de control periódico⁵⁴ y el mecanismo para los procedimientos especiales⁵⁵.

3. Los Derechos Sociales en Europa

3.1. Emanados del Consejo de Europa

3.1.1. La Carta Social Europea

La Carta Social Europea -en adelante CSE- fue aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961⁵⁶. Sufrió diversas modificaciones a través de tres Protocolos⁵⁷ adicionales⁵⁸ lo que dio lugar a la CSE que se aprobó, de manera definitiva, el 3 de mayo de 1996.

⁵² Ésta será la misión en la que me centraré después porque es la que interesa a mi estudio.

⁵³ Llevadas a cabo en forma de Convenios para los países miembros de la OIT.

⁵⁴ Derivados, directamente, de los Estados miembros. Informes sobre la aplicación con observaciones que derivan a empleadores y personas trabajadoras.

⁵⁵ Derivados de reclamaciones o quejas. Se activan tras la presentación de una reclamación o queja de un particular. Incluye el procedimiento de reclamación de aplicación de los Convenios ratificados, procedimiento de queja con respecto a la aplicación de los Convenios ratificados y procedimiento especial de queja por violación de libertad sindical.

⁵⁶ España la ratificó el 6 de mayo de 1980 y se publicó en el BOE 26 de junio de 1980.

⁵⁷ De los tres Protocolos, España únicamente ha ratificado los dos primeros pero el último de ellos aparece reflejado en la versión revisada de la CSE que sí ha sido firmada por España -no ratificada-.

⁵⁸ España ratificó los dos primeros protocolos modificativos: el de 5 de mayo de 1988 y el de 21 de octubre de 1991, el 24 de enero de 2000 y fueron publicados en el BOE 25 de abril de 2000 pero, a día de hoy, España no ha firmado ni ratificado el protocolo de fecha 9 de noviembre de 1995.

En este epígrafe hay que hacer especial mención a los artículos 11⁵⁹, 12⁶⁰, 13⁶¹ y 14⁶² de la CSE que regulan cuestiones tales como la protección de la salud, los regímenes de la Seguridad Social -existencia de los mismos-, el derecho a la asistencia social y médica y el derecho a la Seguridad Social y a los beneficios sociales⁶³.

La pretensión⁶⁴ del Consejo de Europa a través de la CSE era garantizar, sin ningún tipo de discriminación, los derechos sociales -se establece de forma clara y concisa en su preámbulo⁶⁵- pero ni la versión de 1961 ni la de 1996 cuentan con un órgano jurisdiccional destinado a interpretar o a conocer los casos en los que exista una vulneración de derechos según la CSE lo que, claramente, le resta valor e importancia. La única alusión⁶⁶ que se ha hecho al respecto es que *la Unión se adhiere al Convenio y que los Derechos Fundamentales garantizados en él, forman parte del derecho de la Unión como principios generales*⁶⁷. A través de su articulado se enumeran

⁵⁹ “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.”

⁶⁰ “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A establecer o mantener un régimen de seguridad social. 2. A mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio internacional del trabajo (número 102) sobre normas mínimas de seguridad social. 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social. 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) La Igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes Contratantes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes. b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes Contratantes.”

⁶¹ “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado. 2. A valor por que las personas que se benefician de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales. 3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar. 4. Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de Igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes Contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953.”

⁶² “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social. 2. A estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios.”

⁶³ Si bien es cierto que todos ellos aparecen en la versión inicial de la Carta o en los protocolos ratificados por España y que, por tanto, son plenamente aplicables en el ámbito interno tal y como defiende Carlos L. Alfonso.

⁶⁴ Lo que se perseguía con la CSE viene definido claramente en el artículo 1 de la misma que establece que se pretende “... facilitar el progreso económico y social de sus estados miembros”; la CSE es, sin duda, un estándar mínimo de protección de las personas en relación a los derechos que en ella se contienen. En el caso de que la CSE no superara el estándar mínimo establecido por otras normas -bien nacionales o bien internacionales-, se aplicarían las que concediesen una mayor protección al interesado.

⁶⁵ Aunque no lo nombra como tal considera que es el preámbulo o exposición de motivos porque explica su intención antes de comenzar con el articulado

⁶⁶ En los artículos 6.2 y 6.3 del Tratado de Lisboa. “2. La Unión se adherirá al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los Derechos Fundamentales que garantiza el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”

⁶⁷ MILIONE FUGALI, Ciro. (2012). ¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la carta social europea, revisada en 1996?: Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 113-132.

los derechos y principios en los que la CSE asienta su existencia y las obligaciones de las partes contratantes -los Estados-, entre otras cuestiones.

La primera parte de la CSE posee gran importancia ya establece una serie de exigencias para todos aquellos Estados que la ratifiquen y que, sin lugar a dudas, suponen derechos básicos para cualquier persona trabajadora que abarcan desde el derecho a la libre elección del trabajo, condiciones de trabajo equitativas, seguridad e higiene en el trabajo, remuneración suficiente, libre asociación, etcétera.

Como ya adelanté, los órganos judiciales españoles utilizan la CSE como fuente en la emisión de sentencias. Según interpretación del Tribunal Constitucional -en adelante TC-el valor de la CSE interpretada en base al artículo 10.2 y 96 de la CE es un parámetro de interpretación fundamental para que los órganos judiciales interpreten los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico en base a los estándares recogidos en la CSE y, en este sentido, *Hay que remarcar la importancia que puede tener la Carta Social Europea en relación con la interpretación de los derechos que, en nuestra Constitución, se incluyen en el Capítulo III, bajo el rótulo general de “Principios rectores de la política social y económica” que, según el art. 53.3 Constitución Española “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen”*. Pues bien, la ratificación de la Carta Social y su publicación en el BOE, como consecuencia de los arts. 10.2 y 96 Constitución Española, van a permitir que los contenidos de los derechos del Capítulo III, puedan ser obtenidos, además de las leyes de desarrollo directo, de la regulación concreta que estos derechos obtienen en la propia Carta Social. Además, hay que recordar la función que cumple esta Carta en el Derecho comunitario. Por lo que, los derechos del Capítulo III van a obtener un estándar y un nivel de protección que no sólo deriva del derecho de origen interno, sino que habrá que ponderar los distintos niveles de protección o estándares (interno, comunitario y el de la Carta Social) para determinar la configuración concreta y la interpretación adecuada a cada derecho en cada caso concreto⁶⁸. El mandato establecido en el artículo 10.2 de la CE, por tanto, permite integrar el contenido de las disposiciones en materia de derechos sociales aprovechando su contextura receptiva y ampliando el ámbito normativo constitucional⁶⁹. El TC ha utilizado la CSE como fuente de ordenamiento en diversas ocasiones en temas relevantes tales

⁶⁸ FREIXES SANJUAN, T., “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”. *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 113-36.

⁶⁹ ADNANE RKIOUA, A. (2011). El artículo 10.2 Constitución Española: Un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales: Reflexiones tras la ratificación de España del Pacto facultativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 126-140.

como el derecho de huelga⁷⁰, el derecho de sindicación⁷¹, derecho de negociación colectiva⁷² y derecho de asistencia social y seguridad social⁷³, entre otros.

No obstante, no podemos olvidar que, a día de hoy, España continúa sin ratificar la CSE lo que demuestra el poco interés del Estado en velar de forma completa y coherente por los derechos en ella contenidos⁷⁴ -tengamos en cuenta que la CSE supera las pretensiones contenidas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, sobre todo, frente al sistema de garantía de los derechos sociales⁷⁵.

3.1.2. El Convenio Europeo de Seguridad Social

El Convenio Europeo de Seguridad Social -en adelante CESS- y su Convenio Complementario se firmaron en París el 14 de diciembre de 1972⁷⁶. Dicho Convenio será de aplicación tanto en el Régimen General -en adelante RG- como en los Regímenes Especiales -en adelante RREE- y tendrá alcance tanto a nivel contributivo como no contributivo. El CESS regula las nueve contingencias clásicas derivadas del Convenio número 102 de la OIT⁷⁷: prestaciones por enfermedad y maternidad, por invalidez, vejez, supervivientes, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, subsidio por fallecimiento, desempleo y prestaciones familiares.

Como norma general, los trabajadores, están sometidos a la legislación del país en cuyo territorio están ejerciendo su actividad laboral; ahora bien, si se trata de un traslado temporal pueden mantener la aplicación de la legislación española de Seguridad Social. Se deberá solicitar ante las Direcciones Provinciales de la TGSS -o Administraciones de las mismas- la expedición

⁷⁰ STC 11/1981, en Recurso de inconstitucionalidad, BOE del 25 de abril de 1981. En el Caso del decreto-ley 17/1977, regulador de la huelga y los conflictos colectivos de trabajo el Tribunal Constitucional utilizó la Carta Social Europea para conseguir que el derecho a la huelga se llegara a interpretar en base a este tratado internacional afirmando el Tribunal Constitucional en su Fundamento Jurídico 15 que “el art. 3.2 del Real Decreto-Ley hay que entenderlo adicionado o completado con lo que resulta de los Convenios 88 y 89 de la O.I.T., del Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, de la Carta Social Europea y de la Ley de Asociación Sindical”.

⁷¹ STC 23/1983, en Recurso de amparo, BOE del 27 de abril de 1983. a) El Tribunal Constitucional cita en la sentencia el art. 5 de La Carta Social Europea, en el que se proclama el derecho de los sindicatos a realizar libremente sus actividades de tal modo que “las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”. Para el Tribunal Constitucional “es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico la incidencia en el derecho a la libertad sindical de la publicación del dato de la abstención que, por otro lado, no tiene un valor unívoco, como es comúnmente sabido” (Fundamento Jurídico número 3). En este asunto, el Tribunal Constitucional utiliza la Carta Social Europea para configurar el alcance del ejercicio del derecho a la sindicación.

⁷² STC 57/1982, en Conflicto de competencias, BOE del 18 de agosto de 1982. El Tribunal Constitucional afirmó en su Fundamento Jurídico 10 que “la Carta Social Europea en su art. 6, ha sido ratificada por España en el Instrumento de 29 de abril de 1980 bajo reserva de interpretación a la luz de los arts. 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución -los tres primeros alegados en este conflicto- y en ésta no se reconoce a los funcionarios públicos la negociación colectiva como un derecho o libertad fundamental”. El Tribunal Constitucional anuló el Decreto vasco por invadir la competencia estatal de regulación de las bases en materia de las condiciones de empleo del personal al servicio de las Corporaciones Locales.

⁷³ STC 146/1986, en Conflicto de competencias, BOE del 10 de diciembre de 1986. El Tribunal Constitucional afirmó en su Fundamento Jurídico 2 que “Siguiendo la pauta de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella”.

⁷⁴ JIMENA QUESADA, L. (2006). Retos pendientes del estado social español: En especial, la ratificación de la carta social europea revisada de 1996. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar Para La Modernización De Las Administraciones Públicas*, (2), 40-71.

⁷⁵ JIMENA QUESADA, L. (2006). Retos pendientes del estado social español: En especial, la ratificación de la carta social europea revisada de 1996. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar Para La Modernización De Las Administraciones Públicas*, (2), 40-71.

⁷⁶ El Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo de Seguridad Social se publicó en el Boletín Oficial del Estado de fecha 12 de noviembre de 1986 y entró en vigor el 25 de abril de 1986. Los países que están adheridos o que han ratificado este Convenio son: Austria, Bélgica, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Turquía.

⁷⁷ No entrando a regular la cobertura por paternidad o la prejubilación, por ejemplo.

de un certificado que declare que el trabajador continúa sometido a la legislación española en materia de Seguridad Social⁷⁸.

Su finalidad es que cualquier trabajador desplazado perteneciente a cualquiera de los Estados que han ratificado el CESS, puedan acceder a dichas prestaciones independientemente del Estado de residencia en el momento de producirse la contingencia. Establece unos mínimos a las prestaciones de la Seguridad Social si bien es cierto que permite a los Estados la ratificación de solo dos tercios del mismo⁷⁹.

3.2. Emanados de la Unión Europea

3.2.1. Los Tratados de la Unión Europea

La creación de la Unión Europea se lleva a cabo tras la entrada en vigor de El Tratado de Maastricht, el 1 de noviembre de 1993. El Tratado de Maastricht⁸⁰ se convierte, por tanto, en la base fundamental en el proceso de integración europeo. Su finalidad era no centrar todo su interés en la unidad económica que pretendía conseguir un mercado común, sino también conseguir cierta unidad política entre los Estados miembros. El propio artículo A2a de El Tratado de la Unión Europea establece que *-el mismo-... constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa...*; de esta forma, todas las acciones llevadas a cabo por la Unión Europea⁸¹ están basadas en los términos de sus Tratados⁸² que son aprobados voluntaria y democráticamente por los Estados miembros⁸³.

Entre los Tratados más importantes podemos enumerar el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero⁸⁴, el Tratado de Bruselas⁸⁵, el Tratado de Roma⁸⁶, el Acta Única Europea⁸⁷, el Tratado de Maastricht⁸⁸, el Tratado de Ámsterdam⁸⁹, el Tratado de Niza⁹⁰, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁹¹ y el Tratado de Lisboa⁹² -una de las cuestiones más importantes que reflejó fue la atribución de efectos jurídicos a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión⁹³.

⁷⁸ http://www.segsocial.es/Internet_1/Masinformacion/Internacional/Otrasnormasinternac32162/ConvenioeuropaodeSe32165/index.htm

⁷⁹ España, en concreto, ha ratificado todas las partes excepto las referentes a la familia y a muerte y supervivencia.

⁸⁰ Modificó por completo el Tratado de París de 1951, el Tratado de Roma de 1957 y el Acta Única Europea de 1986.

⁸¹ A partir de ahora Unión Europea.

⁸² Un Tratado es un acuerdo vinculante entre los países miembros de la Unión Europea y establece los objetivos que se quieren conseguir, las normas de aplicación a sus instituciones, la toma de decisiones; dependiendo del tipo de Tratados, las instituciones de la Unión Europea pueden adoptar legislación que los Estados miembros aplican.

⁸³ Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y Reino Unido

⁸⁴ Firmado el 18 de abril de 1951 y con entrada en vigor el 23 de julio de 1952 y que expiró el 23 de julio de 2002.

⁸⁵ Conocido como *Tratado de Fusión*, fue firmado el 8 de abril de 1965 y entró en vigor el 1 de julio de 1967.

⁸⁶ Firmado el 25 de marzo de 1957 y con entrada en vigor el 1 de enero de 1958.

⁸⁷ Firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y con entrada en vigor el 1 de julio de 1987.

⁸⁸ Conocido también como Tratado sobre la Unión Europea que se firma el 7 de febrero de 1992 y entra en vigor el 1 de noviembre de 1993.

⁸⁹ Firmado el 2 de octubre de 1997 y con entrada en vigor el 1 de mayo de 1999.

⁹⁰ Firmado el 26 de enero de 2001 y con entrada en vigor el 1 de febrero de 2003

⁹¹ Firmado en el año 2004 pero que no llegó a ratificarse.

⁹² Firmado el 13 de diciembre de 2007 y con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

⁹³ FERNÁNDEZ LIESA, C., DÍAZ BARRADO, C., Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria". (2008). *El tratado de Lisboa: Análisis y perspectivas*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, 133.

3.2.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En el Consejo Europeo, celebrado en 1999, se entendió la necesidad de establecer una Carta de Derecho Fundamentales para, así, poner de manifiesto la importancia y el alcance de los Derechos Fundamentales por lo que se constituyó un órgano *ad hoc* denominado *Convención* con la función de redactar un proyecto de La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -en adelante La Carta-⁹⁴.

No se reconoce en La Carta ningún derecho que no se estuviese reconociendo con anterioridad en Convenciones, Tratados, etcétera, por lo que se trata de una recopilación de derechos para que no sean olvidados y tengan una aplicación correcta. Recopila todos los Derechos Fundamentales -en adelante DDFF-, es decir, civiles, políticos, sociales, económicos y culturales en un mismo texto normativo europeo. La Carta está realizando bajo “la estructura tradicional de las declaraciones de derechos⁹⁵” y está dirigida hacia cualquier persona física o jurídica pero, en otros casos, está supeditada su aplicación a “ostentar la nacionalidad de un Estado miembro⁹⁶”.

Es el 1 de diciembre de 2009 cuando La Carta pasa a ser jurídicamente vinculante. Según su artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Por consiguiente, La Carta forma parte del Derecho primario de la Unión y, como tal, sirve de parámetro de referencia a la hora de examinar la validez del Derecho derivado y de las medidas nacionales⁹⁷. El ámbito de aplicación material de la Carta se define de forma expresa en el artículo 51⁹⁸, que establece que sus disposiciones están dirigidas únicamente a las instituciones y órganos de la Unión Europea, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Es en este artículo donde podemos decir que la Carta establece el límite que existe entre la aplicación de la misma y de las Constituciones Nacionales de cada Estado, es decir, la Carta únicamente vincula a los Estados cuando actúan aplicando el Derecho de la Unión no mermando así las competencias propias atribuidas a cada Estado por su Constitución Nacional⁹⁹. Ya en su preámbulo el Tratado de Lisboa establece que se inspira en “...los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la Igualdad y el Estado de Derecho”.

⁹⁴ “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. www.madrid.org/gema/fmm/monogra8.htm.

⁹⁵ FERNÁNDEZ LIESA, C., DÍAZ BARRADO, C., Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”. (2008). *El tratado de Lisboa: Análisis y perspectivas*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, 145.

⁹⁶ FERNÁNDEZ LIESA, C. DÍAZ BARRADO, C., Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”. (2008). *El tratado de Lisboa: Análisis y perspectivas*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, 145.

⁹⁷ La mayoría de los derechos que reconoce se conceden a “toda persona”, independientemente de su nacionalidad o estatuto, sin embargo, algunos derechos solo se conceden a los ciudadanos (en particular, la mayoría de los derechos enumerados en el título V), mientras que otros se refieren únicamente a nacionales de terceros países (por ejemplo, el derecho de asilo) o a categorías específicas de personas (como los trabajadores).

⁹⁸ “1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los Principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.”

⁹⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis. *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social* (2008). Granada: Comares, 379.

Importantísimo resulta para este estudio el artículo 1 bis del Tratado de Lisboa que establece: *“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, Igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos Humanos...”*; la Unión Europea está reconociendo aquí la importancia de valores como la dignidad, la libertad o la Igualdad que, sin lugar a dudas, son valores clave en cualquier declaración de Derechos Humanos y, además, a su vez reconoce respeto a los Derechos Humanos.

Sin lugar a dudas el artículo más importante en esta materia es el artículo seis del Tratado que establece: 6.1 *“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados...”*; en este primer apartado el Tratado reconoce todo lo establecido en la Carta de Derechos Fundamentales y le otorga el mismo valor jurídico que a cualquier Tratado aprobado por la Unión Europea añadiendo valor a La Carta además, conforme a los apartados 6.2 *“La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos”* 6.3 *“Los Derechos Fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales.”*; se está dejando muy claro el Tratado que se obliga a los Estados a acoger los Derechos Fundamentales como principios generales del derecho europeo, es decir, les otorga una especial importancia a la hora de realizar cualquier acto y son base del ordenamiento jurídico Europeo.

3.2.3. La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores -en adelante La Carta Comunitaria- fue adoptada en el año 1989 y su carácter principal es que establece los principios sobre los que pasará a basarse el modelo europeo de derecho laboral. No posee carácter vinculante.

La Carta Comunitaria se elaboró bajo la necesidad de fomentar la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de las personas trabajadoras de la Unión Europea intentando equiparar las vidas de los mismos al progreso de la sociedad.

La citada Carta se aplicará en los siguientes ámbitos: libre circulación de personas trabajadoras, empleo y retribuciones, mejora de las condiciones de trabajo, protección social, libertad de asociación y de negociación colectiva, formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, información, consulta y participación de las personas trabajadoras, salud y seguridad en el trabajo y protección de los niños, adolescentes, personas de edad avanzada y personas con discapacidad.

Esta Carta supuso que los derechos sociales en ella reconocidos representaran el conjunto de principios mínimos comunes a todos los Estados miembros de la Unión Europea en lo que a este ámbito se refiere; las disposiciones de La Carta Comunitaria, además, fueron retomadas tanto en el Tratado de Lisboa como en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, aunque hay que recalcar aquí que dicha Carta no vincula directamente a España ni a los demás Estados en sus mandatos.

4. Conclusiones

Los Derechos Sociales se han ido regulando desde diferentes instrumentos internacionales, europeos y comunitarios destacando la DUDDHH, que se ha convertido en la guía interpretativa de la materia en general y que fue uno de los grandes logros del siglo xx. En el artículo 22 de la

Declaración se reconoce el Derecho a la Seguridad Social como un derecho indispensable para el desarrollo de la dignidad y el libre desarrollo de las personas.

Los legisladores internacionales hacen gala de un interés demostrado por proteger el derecho a la Seguridad Social. En algunos casos, dicha protección es efímera mientras en otros es mucho más concreta y se desarrolla de manera pormenorizada. Del mismo modo, los Convenios y Recomendaciones de la OIT también se han encargado de regular este tipo de derecho de forma muy exhaustiva como es el caso del Convenio Número 102 de la OIT considerada norma mínima en materia de Seguridad Social.

Por su parte, el artículo 10 de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales, reconoce el derecho de acceso al sistema de Seguridad Social si bien únicamente para los residentes o desplazados legales en el territorio europeo.

Por su parte, el artículo 12 de la CSE reconoce el derecho a la Seguridad Social estableciendo la necesidad de garantizar un sistema con un nivel satisfactorio. Nada exige en cuanto a derechos concretos.

5. Bibliografía

- ADNANE RKIOUA, A.: El artículo 10.2 Constitución Española: Un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales: Reflexiones tras la ratificación de España del Pacto facultativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 2011.
- ALFONSO MELLADO, C. L.: Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, 2015.
- AÑÓN ROIG, MARÍA J., ABRAMOVICH, V.: *La Universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 26, 2004.
- BALDASSARRE, A., Universidad Externado de Colombia. (2001). *Los derechos sociales* (1ª edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 24.-; en Italia se aprueba la “*Ley Crispi*”, en 1890 -en Sarasa Fernández, Sebastià / Moreno Uriola, Luis; año 1995.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: La declaración universal de los Derechos Humanos en su sexagésimo aniversario. *La Toga*, 2009.
- FALGUERA I BARÓ, M. Á.: La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la sala de lo social del tribunal supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, 2016.
- FERNÁNDEZ LIESA, C., DÍAZ BARRADO, C.: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria”. (2008). *El tratado de Lisboa: Análisis y perspectivas*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria.
- FREIXES SANJUAN, T.: “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”. *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, 2004.
- JIMENA QUESADA, L. (2006). *Sistema europeo de Derechos Fundamentales*. Barcelona: Colex.
- JIMENA QUESADA, L. (2006). Retos pendientes del estado social español: En especial, la ratificación de la carta social europea revisada de 1996. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar Para La Modernización De Las Administraciones Públicas*, (2).

- LÓPEZ MARTÍN, A. G. (2011). La protección internacional de los derechos sociales. A propósito de la ratificación española del protocolo facultativo del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 2008. *Foro. Revista De Ciencias Jurídicas y Sociales*, (13).
- MILIONE FUGALI, C. (2012). ¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la carta social europea, revisada en 1996?: Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2).
- MONEREO PÉREZ, J. L. *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 402007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social* (2008). Granada: Comares.
- PALLARES YABUR, P. (2013). La justificación racional de los Derechos Humanos en los redactores de la declaración universal de los Derechos Humanos. *Persona y Derecho: Revista De Fundamentación De Las Instituciones Jurídicas y De Derechos Humanos*, (68).
- PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., DE ASÍS ROIG, R., ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., RODRÍGUEZ URIBES, J. M., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2007). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- TORRES DEL MORAL, A. En *El preámbulo constitucional dialogado*. Grijley, 2018.

PERSPECTIVAS SOBRE LA “NEODISCRIMINACIÓN” Y LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

GLORIA MARÍA MONTES ADALID

*Profesora Acreditada como Profesora Permanente Laboral
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

1. Delimitación y protección de las personas con discapacidad en el mundo del trabajo: Especial referencia al marco legal español

En el campo del derecho laboral, la discriminación por discapacidad se presenta como un problema con raíces profundas y repercusiones complejas. Aunque en las últimas décadas se han logrado importantes avances en términos de inclusión y accesibilidad, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras significativas para acceder al mercado laboral y mantener su empleo.

En el contexto español, un breve repaso histórico nos lleva a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos¹ (LISMI), que estableció en su art. 7 la siguiente definición de persona con discapacidad: “*cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales*”². No obstante, la

¹ BOE núm. 103, de 30 de abril de 1982.

² Aunque esta definición tiene características limitadas, se alinea con los modelos sociales de discapacidad y los principios establecidos en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1980, así como en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud.

definición del art. 7 de la LISMI presentaba una importante limitación: no especificaba el grado de discapacidad necesario para acceder a una protección particular. Este vacío fue abordado más adelante con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad³ (LIONDAU⁴). Sin embargo, las diferencias entre ambas normativas generaron disparidades e inconsistencias en la práctica⁵, las cuales tuvieron que ser resueltas por la jurisprudencia.

Continuando con nuestro análisis histórico, es importante mencionar el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁶ (LGDPD), un punto de inflexión en la definición de discapacidad en España⁷, que busca abordar y solucionar los problemas conceptuales previamente existentes.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados con la implementación de la LGDPD, no se consiguió una solución definitiva⁸. De hecho, a tenor de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 (Rec. 1826/2017)⁹ se concluyó que el art. 4.2 de la LGDPD constituía un “*ultra vires*”¹⁰, suponiendo un exceso en la delegación legislativa, con el uso de la expresión “*a todos los efectos*”, dejando de nuevo el concepto a manos de soluciones jurisprudenciales.

También merece mención el papel que ha desempeñado el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre¹¹, en los últimos años, en el ámbito del reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Este decreto estableció las normas para la evaluación del grado de discapacidad, implementó nuevos baremos, identificó los órganos competentes y definió el procedimiento a seguir, con el objetivo de lograr una uniformidad en todo el territorio nacional. Posteriormente, su última actualización la tenemos en el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre¹², que ha derogado al anterior, y ha introducido un nuevo procedimiento, reafirmando la

³ BOE, núm. 289, de 03/12/2003.

⁴ Esta ley estableció un grado mínimo de discapacidad del 33% para acceder a dicha protección y consideró a los pensionistas de la Seguridad Social con una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, así como a los pensionistas de clases pasivas con una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, como afectados por este grado de discapacidad.

⁵ Prueba de estas inconsistencias son las sentencias que reflejan dicha variabilidad en la interpretación y aplicación de las leyes, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo (RJ 2007/4999), y las STS de 22 de marzo de 2007 (RJ 2007/4627 y RJ 2007/6109), 29 de marzo de 2007 (RJ 2007/6110), 29 de mayo de 2007 (RJ 2007/7394) y 22 de julio de 2008 (RJ 2008/7638).

⁶ BOE núm. 289, de 3/12/2013.

⁷ Según su art. 4.1, se consideran personas con discapacidad aquellas que “*presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*”, y añade en su apartado segundo que tendrán dicha consideración a quienes se les reconozca un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100 “*a todos los efectos*”, incluyendo en este grupo a “*pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, ya los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad*”.

⁸ En esta línea, es relevante señalar que, para que las empresas acreditaran el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% para personas con discapacidad establecida en el art. 38.1 de la LISMI y en el art. 42 de la LGDPD, solo se consideraban los trabajadores con discapacidad reconocida ante el órgano competente. Así, los trabajadores que recibían una pensión de incapacidad permanente no eran incluidos en este conteo.

⁹ ECLI: ES:TS:2018:4475.

¹⁰ Según el diccionario panhispánico del español jurídico, se trata de un principio jurídico que considera nulos los actos de las entidades públicas o privadas que rebasan el límite de la ley, y cuyo objetivo es prevenir que una autoridad administrativa o entidad de derecho privado o público actúe más allá de su competencia o autoridad.

¹¹ BOE, núm. 22, de 26/01/2000.

¹² BOE, núm. 252, de 20/10/2022.

finalidad de asegurar esta evaluación uniforme, y garantizando la igualdad de condiciones para que la ciudadanía acceda a los derechos previstos en la legislación (art. 1)¹³.

Y, de manera más reciente, destacamos la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo¹⁴, ha introducido modificaciones significativas en la LGDPD¹⁵.

En consecuencia, queda claro que la definición y protección de las personas con discapacidad es un ámbito complejo y en constante evolución, reflejando un esfuerzo continuo por alinear la legislación con los principios de igualdad y no discriminación. Sin embargo, persisten desafíos y discrepancias que demandan soluciones jurisprudenciales y una mayor armonización normativa, especialmente en el ámbito laboral.

2. Barreras y discriminación en el empleo de personas con discapacidad

2.1. El marco jurídico del derecho al trabajo para personas con discapacidad

En el proceso de establecimiento de normativa y coordinación de políticas, el derecho al trabajo para personas con discapacidad se erige como la piedra angular en la búsqueda de igualdad e integración social.

A nivel global, es esencial mencionar la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, y que brinda a la discapacidad una nueva perspectiva, al reconocerla como un derecho humano fundamental¹⁶. La ratificación en España de esta Convención y su Protocolo Facultativo tuvo lugar el 21 de abril de 2008¹⁷. En concreto, en el art. 27 de la CDPD se explicita el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

En esta misma línea internacional, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad ha adquirido una relevancia significativa en el contexto laboral, siendo parte integral del marco legislativo de la OIT, que ha desarrollado numerosos instrumentos legales de gran relevancia¹⁸.

¹³ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La discapacidad en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Justicia & Trabajo*, n. 2, 2023.

¹⁴ BOE, núm. 51, de 01/03/2023.

¹⁵ Una de las principales reformas establece que, para ciertos efectos, se considerará que tienen una discapacidad con un grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social con una pensión de incapacidad permanente en los grados total, absoluta o gran invalidez. Asimismo, esta consideración se extiende a los pensionistas de clases pasivas que reciben una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

¹⁶ RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: “Fomento del empleo ordinario por cuenta ajena de las personas con discapacidad. Especial referencia a la realidad andaluza”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, n. Extraordinario, 2023, p. 87.

¹⁷ GARCÍA PRESAS, I.: “El acceso al trabajo de las personas discapacitadas”, *AFDUC* 17, 2013, pp. 299-318; BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 103 y 139.

¹⁸ El primer instrumento legal internacional que aborda la readaptación profesional de los trabajadores con discapacidad es la Recomendación sobre la indemnización por accidentes del trabajo (importe mínimo), 1925 (núm. 22). Posteriormente, en 1944, durante la Segunda Guerra Mundial, se adoptó la Recomendación sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), 1944 (núm. 71), que enfatizaba la importancia de la orientación, formación y reeducación profesional para los trabajadores discapacitados.

También la Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955 (núm. 99), que ha sido fundamental para las legislaciones y prácticas nacionales sobre la orientación y formación profesional e inserción laboral de personas con discapacidad. Y, por último, destacar los instrumentos jurídicos más relevantes de la OIT: el Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), núm. 159, y la Recomendación sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), núm. 168, ambos adoptados en 1983 y aún vigentes. (Vid. RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: “Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol.7, n. 4, 2019, pp. 124 y 125).

Pasando al entorno europeo, en lo que respecta al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos explicita el mismo, así como en la Carta Social Europea¹⁹.

En España, el art. 96.1 de la Constitución Española (CE) garantiza el derecho al trabajo y motiva la modificación y adaptación de la normativa correspondiente. Otros preceptos constitucionales relevantes son el art. 9.2, el 35 y el 49 CE, los cuales también están relacionados con este derecho.

Además, existen normativas específicas que amplían esta protección para el colectivo, como el propio Estatuto de los Trabajadores (ET), en los arts. 4 y 5, de los que se desprende que los trabajadores con discapacidad son titulares de los derechos y deberes relativos a todos los trabajadores, y en otros arts. se establecen medidas específicas para los mismos, en materia laboral²⁰.

Otra normativa a destacar es la DA 14^a de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en la que se alude al fomento del empleo²¹. Igualmente, podemos destacar el art. 161 BIS de la Ley General de la Seguridad Social desarrollado por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, que establece la jubilación anticipada para los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por 100²², y la adaptación normativa de la CDPD en el ordenamiento jurídico español, con la Ley 26/2011, de 1 de agosto²³, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece una hoja de ruta importante en la materia, con varias remisiones al trabajo de las personas con discapacidad.

Posteriormente, el Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre²⁴, supuso la aprobación de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, que creó una entidad normativa para coordinar y ejecutar las políticas activas de empleo en el Estado, con herramientas destinadas a la inserción laboral de las personas discapacitadas en el trabajo protegido²⁵.

Además, es relevante mencionar nuevamente la LGDPD en el ámbito laboral, la cual contiene múltiples disposiciones relacionadas con el empleo y el trabajo. Por último, cabe destacar una vez más el papel significativo de la Ley 3/2023, que realiza más de cincuenta referencias específicas a la discapacidad.

Tras esta evaluación, según la normativa internacional, de la comunidad y nacional, el trabajo se considera una libertad y un derecho universal para todas las personas, incluidas aquellas con alguna forma de discapacidad. Esto implica la necesidad de desarrollar políticas públicas para mejorar las oportunidades laborales de este grupo²⁶.

¹⁹ Vid. ARAGÓN GÓMEZ, C.: "El impacto de la Convención en materia laboral", en AA.VV., *Estudios sobre impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español*, CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), Dykinson, S.L., Madrid, 2010, pp. 189-227.

²⁰ Arts. 11, 17, 20, 37, 45, 46, 48, 51, 53, 54, D. A 20^a, D. A 27^a y D. T. 7^a ET, que mencionan expresamente la discapacidad.

²¹ Vid. ARAGÓN GÓMEZ, C.: "Aspectos laborales de la Ley de Dependencia a la luz de la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Situaciones de Dependencia, discapacidad y Derechos. Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, 2010, pp. 231-234.

²² BOE, núm. 307, 22/12/2009.

²³ BOE, núm. 184, de 02/08/2011.

²⁴ BOE, núm. 279, de 19/11/2011.

²⁵ Esta normativa ha marcado el rumbo de las Estrategias de Empleo de los años sucesivos, que también cuentan con numerosas menciones a la discapacidad.

²⁶ OLARTE ENCABO, S.: "Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades", en AA.VV.: *La subjetivación de las políticas activas de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2008, p. 81.

A pesar de los esfuerzos legislativos realizados, el acceso al empleo y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad continúan siendo un problema pendiente en España. Este colectivo sigue enfrentando discriminación, ya sea directa o indirecta, en el ámbito laboral, encontrando obstáculos que van desde prejuicios y estereotipos hasta la falta de ajustes razonables²⁷ y oportunidades adecuadas.

2.2. Tratamiento legislativo de la discriminación emergente en el mercado laboral: Un estudio preliminar

A raíz de lo expuesto, vemos que, en el ámbito laboral, las personas con discapacidad se enfrentan a una realidad distinta: un laberinto de barreras invisibles que limitan su acceso a las mismas oportunidades que el resto de la población. Internacionalmente, ha habido una respuesta a esta situación, y se ha desarrollado un marco legal que protege a los grupos más vulnerables y promueve un futuro laboral más equitativo e inclusivo.

En esta línea, en el entorno europeo, el Tratado de Ámsterdam de 1997 fue un hito crucial al ampliar las competencias de la Comunidad Europea y redefinir el principio de igualdad superando la tradicional visión centrada en la igualdad de género. Ahora, este principio abarcaba a otros grupos discriminados, como aquellos afectados por motivos relacionados con su origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual, tal como se establece en su art. 13²⁸ -avance que fue posteriormente reafirmado por la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, que en su Título III dedicado a la "Igualdad", prohíbe expresamente la discriminación por las causas mencionadas en su art. 21.1-.

Además, dos directivas antidiscriminatorias, la 2000/43 del 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico²⁹, y la 2000/78 del 27 de noviembre del mismo año, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³⁰, consolidaron estos principios al establecer un marco legal para garantizar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, independientemente del origen racial o étnico y otras características^{31, 32}.

Por otra parte, el Tratado de Lisboa - suscrito en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, cuya vigencia comenzó el 1 de diciembre de 2009- representó un paso adicional en la lucha contra las discriminaciones y la consolidación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. El art. 6 de este tratado, junto con los arts. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), otorga un estatus de Tratado a la Carta de Derechos Fundamentales por primera vez, reconociéndole un valor legal significativo. aunque no alteró las competencias establecidas por el art.19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sí convirtió a la Carta en un elemento fundamental para la interpretación legal, garantizando la eficacia del derecho

²⁷ Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad).

²⁸ BENAVENTE TORRES, M^a I.: "Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español", en AA.VV.: *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andalcas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Molina Navarrete, C. (coord.), Monografías de Temas Laborales, n. 61, 2019, p. 98.

²⁹ DOCE, núm. 180, de 19/07/2000.

³⁰ DOCE, núm. 303, de 2/12/2000.

³¹ *Ibid.*

³² La transposición de estas directivas al ordenamiento jurídico nacional español se llevó a cabo a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE, núm. 313, de 31/12/2003), conocida como la MFAOS, la cual estableció los estándares mínimos para garantizar la igualdad de trato, dentro del título II, mediante un capítulo específico.

comunitario antidiscriminatorio y asegurando que su prohibición de discriminación fuese un principio general del derecho de la Unión Europea. Esto, en conjunto con las directivas mencionadas, ha fortalecido la protección de los derechos fundamentales frente a individuos que los lesionen³³.

Pues bien, en el ordenamiento jurídico nacional, concretamente, la prohibición de la discriminación se establece en el art. 14 CE, que impide la implementación de tratamientos que obstaculicen de manera general la igualdad de trato o de oportunidades para ciertos grupos³⁴. De la misma manera, se incluye discapacidad como motivo de discriminación en el art. 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación³⁵. Y, en adición, el principio fundamental de no discriminación está también plenamente integrado en nuestro ordenamiento jurídico laboral. En este contexto, el art. 17.1 ET recoge las principales formas de discriminación en el ámbito laboral, incluyendo la discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad. Y es que en el entorno laboral puede ser un escenario propenso para la discriminación por discapacidad, afectando no solo las oportunidades de empleo, sino también el trato justo y equitativo de los trabajadores con discapacidad. Por ello, intentaremos arrojar luz sobre un problema latente que, lejos de ser anecdótico, representa un obstáculo significativo en el camino hacia una sociedad verdaderamente inclusiva y justa.

2.3. Discriminación laboral hacia personas con discapacidad: manifestaciones tradicionales y “neodiscriminación”

Considerando lo anterior, en el entorno laboral contemporáneo, la búsqueda de equidad e inclusión se posiciona como un principio fundamental en nuestras sociedades modernas. A pesar de décadas de progresos legislativos y sociales hacia la igualdad de oportunidades, persisten barreras que perpetúan la exclusión de grupos específicos, incluidas las personas con discapacidad. En este contexto, surge un fenómeno de complejidad creciente conocido como “neodiscriminación”, que se suma a las formas tradicionales de discriminación en el ámbito laboral. Por lo tanto, exploraremos nuevas formas de discriminación que desafían el marco legal establecido para proteger los derechos de las personas con discapacidad en el trabajo, además de las ya conocidas.

2.3.1. Implicaciones de la inteligencia artificial en los derechos de las personas con discapacidad: brechas, sesgos y caminos hacia la inclusión

Sin entrar en detalles técnicos sobre la Inteligencia Artificial, en este epígrafe exploraremos la IA y su intersección con las emergentes formas de discriminación en el entorno laboral, particularmente dirigidas hacia las personas con discapacidad -analizando cómo estos avances, impulsados por el desarrollo de algoritmos y el procesamiento de macrodatos, han generado una serie de aplicaciones con el potencial de mejorar la eficiencia y la calidad de vida en diversos sectores, pero también una preocupación por la opacidad y los sesgos inherentes a los algoritmos, que pueden amplificar la discriminación hacia ciertos grupos, incluidas las personas con discapacidad³⁶-. En este sentido, vamos a examinar cómo la IA puede afectar la inclusión

³³ BENAVENTE TORRES, M^a I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en AA.VV.: *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, MOLINA NAVARRETE, C. (coord.), Monografías de Temas Laborales, n. 61, 2019, p. 98.

³⁴ Estos tratamientos discriminatorios se basan en una serie de factores diferenciadores que el legislador considera prohibidos, ya que vulneran la dignidad humana.

³⁵ BOE, núm. 167, de 13/07/2022.

³⁶ VALLE ESCOLANO, R.: “Inteligencia artificial y derechos de las personas con discapacidad: el poder de los algoritmos”, *Revista Española de Discapacidad*, 11(1), 2023, pp. 7-28.

laboral de las personas con discapacidad, tanto en términos de acceso al empleo como de trato justo en el lugar de trabajo, que es un tema que va más allá de la mera discusión tecnológica y se adentra en las complejidades de los derechos humanos y la equidad social.

La adopción temprana de la inteligencia artificial (IA) por parte de las personas con discapacidad marca un hito significativo en la evolución tecnológica³⁷. Desde entonces, la IA ha demostrado su capacidad para mejorar la igualdad inclusiva en una variedad de áreas, desde el empleo hasta la educación, en consonancia con los principios de la CDPD³⁸. Esta tecnología ha sido un catalizador para la innovación en ajustes razonables y herramientas de apoyo, como las aplicaciones de navegación para personas con discapacidad visual y los programas de conversión de voz a texto para personas con dificultades auditivas³⁹. Además, la IA está transformando la educación a través de plataformas adaptadas y herramientas personalizadas que mejoran el aprendizaje y la inclusión⁴⁰.

A pesar de estos avances, es importante reconocer las voces críticas que advierten sobre la necesidad de abordar los desafíos y limitaciones de la IA para evitar generar expectativas irrealistas y frustración entre las personas con discapacidad⁴¹: el fenómeno de la digitalización -y la IA, en particular- conlleva un riesgo significativo de exclusión social, especialmente para ciertos grupos vulnerables⁴², y puede desembocar en una brecha digital⁴³. Todo ello plantea nuevos desafíos que requieren atención urgente desde una perspectiva legal y ética, afectando a los derechos y obligaciones establecidos en la CDPD-.

En este sentido, los colectivos en los que la brecha digital es más pronunciada son las personas mayores y las personas con discapacidad. Según el estudio de la Universidad Politécnica de Valencia de 2020 titulado “Brecha Digital y Discapacidad: una visión desde las entidades”⁴⁴, el 17% de los hogares que incluyen a una persona con discapacidad no tienen acceso a Internet. Esto evidencia una desventaja significativa en comparación con la población sin discapacidad, donde la mayoría de los hogares cuenta con conexión a Internet.

Además, las personas con discapacidad enfrentan serios problemas de accesibilidad en el entorno digital. Encuentran dificultades en sitios web y herramientas tecnológicas que no

³⁷ BIGHAM, J. P. y CARRINGTON, P.: *Learning from the front: People with disabilities as early adopters of AI*, Proceedings of the 2018 HCIC Human-Computer Interaction Consortium, HCIC, Las Vegas, Estados Unidos, 2018. Disponible en: <https://www.cs.cmu.edu/~jbigham/pubs/pdfs/2018/ai-and-hci-people-with-disabilities-asearly-adopters.pdf>.

³⁸ Organización de las Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. A/HRC/49/52: Derechos de las personas con discapacidad*, 2021. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc4952-artificial-intelligence-and-rights-persons-disabilities-report>.

³⁹ GUO, A.; KAMAR, E.; WORTMAN VAUGHAN, J.; WALLACH, H. y RINGEL MORRIS, M.: “Toward fairness in AI for people with disabilities: A research roadmap”, *Accessibility and Computing*, (125), 2019.

⁴⁰ Global Disability Innovation Hub, *Disability Innovation Strategy 2021-2024*, 2021. Disponible en: https://cdn.disabilityinnovation.com/uploads/images/GDI-Hub-Strategy_21-24_2021-06-18-071837.pdf?v=1624000717.

⁴¹ SMITH, P. y SMITH, L.: “Artificial intelligence and disability: Too much promise, yet too little substance?”, *AI and Ethics*, n. 1, 2021, pp. 81-86.

⁴² En este sentido, es destacable el Capítulo I del Pilar europeo de Derechos Sociales, que se enfoca en la “Igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral”. Este Capítulo comienza con una sección inicial que aborda la “Educación, formación y aprendizaje continuo”. Aquí encontramos un vínculo relevante con la reciente Decisión conjunta del 26 de enero de 2023, ya que sus disposiciones combinan dos realidades distintas: la digitalización y las necesidades de formación. Si estas no se fusionan de manera adecuada, pueden generar una situación de exclusión debido a la existencia de la denominada “Brecha digital”.

⁴³ La Oficina para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) establece que el concepto de brecha digital se vincula “al desfase o división entre individuos, hogares, áreas económicas y geográficas con diferentes niveles socioeconómicos con relación tanto a sus oportunidades de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, como al uso de Internet para una amplia variedad de actividades”.

⁴⁴ MARTÍNEZ TORÁN, M. y ESTEVE SENDRA, C.: *Brecha Digital y Discapacidad. Una visión desde las entidades*, Sendemà Editorial, Valencia, 2021.

están diseñadas para su uso, lo que les impide percibir, comprender, navegar e interactuar en el mundo cibernético. Los resultados del estudio destacan una notable brecha digital que requiere adaptaciones específicas según el tipo de discapacidad para garantizar la igualdad de oportunidades en el entorno digital. Entre los problemas identificados se encuentran la usabilidad deficiente, la falta de suficientes soluciones tecnológicas, barreras económicas, la falta de dispositivos digitales y la desconfianza e inseguridad en el entorno digital⁴⁵.

Asimismo, otro impedimento que encuentran las personas con discapacidad es el sesgo algorítmico⁴⁶, que amenaza la igualdad de las personas con discapacidad. Este reto se manifiesta en la inclusión inadvertida de desigualdades y prejuicios en los algoritmos, que se alimentan de datos recopilados de manera sesgada y poco representativa. En este contexto, las personas con discapacidad enfrentan desventajas adicionales debido a la escasa participación en varios aspectos económicos y sociales, lo que históricamente ha generado lagunas en los conjuntos de datos y prácticas discriminatorias arraigadas.

Resumidamente, estos sesgos algorítmicos tienen diversas manifestaciones, desde el diseño deficiente de los sistemas de IA hasta la falta de representatividad en la recopilación de datos, lo que perpetúa la discriminación y la exclusión de grupos marginados. Además, la falta de homogeneidad dentro del grupo de personas con discapacidad complica aún más la detección y corrección de estos sesgos, lo que refuerza su vulnerabilidad. Así, la discriminación derivada de la IA y los algoritmos se origina en la opacidad tecnológica, los datos sesgados, la falta de inclusión y la ausencia de ajustes razonables⁴⁷.

Así las cosas, se manifiesta la urgente necesidad de abordar estos problemas, que constituyen una clara discriminación. Por ello, el marco regulatorio debe ofrecer una protección suficiente y adecuada que garantice que el impacto de la IA en las vidas de las personas con discapacidad tenga un balance positivo. En esta línea, la CDPD impone obligaciones a los Estados en relación con el desarrollo y uso de la IA, con el objetivo de encontrar un equilibrio adecuado entre el progreso tecnológico y la protección de los derechos humanos:

1. Responsabilidad regulatoria y promoción del diseño inclusivo:

La CDPD establece dos responsabilidades clave en relación con la IA. En primer lugar, la responsabilidad regulatoria busca evitar la discriminación por motivos de discapacidad, mientras que la obligación de promover el diseño y desarrollo temprano de tecnologías de la información apunta a garantizar un enfoque inclusivo desde el inicio del proceso. Esto va más allá de simplemente asegurar la accesibilidad tecnológica, centrándose en cómo la IA puede afectar la igualdad de trato y la no discriminación, con el objetivo de no dejar a nadie atrás⁴⁸.

⁴⁵ Vid. en profundidad ÁLVAREZ GARCÍA, H.: "La discriminación algorítmica por razón de discapacidad", *Revista Internacional de Pensamiento Político - I Época*, Vol. 18, 2023, p. 234.

⁴⁶ El sesgo algorítmico se puede definir como "en sentido estricto como todas las decisiones erradas propias del sistema informático y en sentido amplio, si esos errores del sistema provocan o son capaces de provocar un impacto desfavorable respecto de ciertas personas o grupos de personas, se habla de discriminación algorítmica". CELESTE DANESI, C.: "Inteligencia artificial y Metaverso: el ordenamiento jurídico frente a los sesgos algorítmicos y los estereotipos de género en la realidad virtual", en AA.VV.: *Los derechos humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la agenda 2030*, GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E. (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2022.

⁴⁷ VALLE ESCOLANO, R.: "Inteligencia artificial y derechos de las personas con discapacidad: el poder de los algoritmos", *Revista Española de Discapacidad*, 11(1), 2023, pp. 7-28.

⁴⁸ VALLE ESCOLANO, R.: "Inteligencia artificial y derechos de las personas con discapacidad: el poder de los algoritmos", *Revista Española de Discapacidad*, 11(1), 2023, p. 13.

2. Derechos relacionados con la IA:

La CDPD aborda varios derechos específicos que están estrechamente relacionados con el desarrollo y uso de la IA, y de los cuales puede inferir el vínculo con las personas con discapacidad, como: derecho a la igualdad y no discriminación: las personas con discapacidad pueden requerir ajustes razonables para ejercer sus derechos, incluso anticipando estos ajustes en el contexto de la IA, como en el uso de herramientas de selección de empleo basadas en algoritmos; derecho a la autonomía y toma de decisiones: la IA plantea amenazas a estos derechos, especialmente en el contexto de aprendizaje automático y elaboración de perfiles, como en el ámbito de la salud y la reproducción; derecho a la privacidad: la protección de datos es fundamental en la IA, especialmente en el contexto de la recopilación y manejo de información sobre personas con discapacidad; derecho al trabajo y empleo: protege contra la discriminación en el empleo por motivos de discapacidad, lo que incluye la utilización de herramientas de IA que pueden tener efectos discriminatorios; derecho a la educación: la IA puede promover una educación inclusiva, pero también corre el riesgo de reforzar la segregación en el ámbito educativo; derecho a un nivel de vida adecuado y protección social: la opacidad en la adopción de decisiones y la automatización pueden afectar negativamente el acceso al mercado laboral y a servicios públicos; derecho a la salud y rehabilitación: la IA no debe usarse para discriminar en el acceso a servicios de salud y rehabilitación; libertad de expresión, opinión y acceso a la información: la IA puede facilitar el acceso a la información, pero también puede amenazar la libertad de expresión y asociación de personas con discapacidad; participación en la vida política y pública: las herramientas de IA deben desarrollarse de manera accesible para garantizar la participación política de las personas con discapacidad; y adquisiciones públicas: los gobiernos deben adquirir sistemas de IA de manera inclusiva y consultar activamente a personas con discapacidad en su diseño y desarrollo⁴⁹.

De esta manera, las exigencias de CDPD deben servir como el mapa que guíe la relación entre el desarrollo y el uso de la IA y las personas con discapacidad, y como marco para que la tecnología se desarrolle de manera inclusiva desde sus primeras etapas.

En este sentido, el legislador español también ha sido -y es- consciente de la discriminación digital que afecta a ciertos colectivos, comprometiendo sus derechos en el entorno digital. Por ello, ha establecido una serie de medios jurídicos para ejercer y reclamar derechos, así como para cumplir deberes ciudadanos. Así, el art. 81 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales reconoce el derecho de acceso universal a Internet⁵⁰, independientemente de la condición personal, económica y social, y manda a los poderes públicos a tomar acciones positivas para que personas mayores y con discapacidad accedan en igualdad de condiciones. De igual manera, la Carta de Derechos Digitales, publicada por el Gobierno de España en 2021⁵¹, enfatiza un acceso a Internet universal, asequible, de calidad y no discriminatorio, definiendo el derecho de acceso efectivo a los servicios y oportunidades digitales, obligando a los poderes públicos a garantizar un diseño tecnológico universal y comprensible para todos. Además, aborda las desigualdades digitales en España, comprometiéndose a combatir todas las brechas digitales, incluidas las de discapacidad, género, edad, economía y territorio.

⁴⁹ VALLE ESCOLANO, R.: "Inteligencia artificial y derechos de las personas con discapacidad: el poder de los algoritmos", *Revista Española de Discapacidad*, 11(1), 2023, pp. 14-15.

⁵⁰ BOE, núm. 294, de 06/12/2018.

⁵¹ Gobierno de España, *Carta Derechos Digitales*, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, 2021. En España, la Carta de los Derechos Digitales se encuentra en el ámbito de las actuaciones del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

2.3.2. El despido discriminatorio por razón de discapacidad

Continuando con otro aspecto de la discriminación hacia las personas con discapacidad, encontramos el despido discriminatorio debido a su condición, una práctica antigua y persistente que refleja una forma tradicional de exclusión.

En esta tesitura, en el ámbito laboral, el empleador tiene la facultad de despedir a sus empleados por diversas razones, incluyendo causas objetivas como la ineptitud sobrevenida, la falta de adaptación a modificaciones técnicas, la disminución continuada del rendimiento, así como motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción⁵²... Estas causas, si bien pueden estar justificadas desde una perspectiva empresarial, deben estar fundamentadas y ser razonables para ser un despido válido. Pero, en ocasiones, pueden ser esgrimidas de manera fraudulenta para encubrir despidos discriminatorios, incluyendo aquellos motivados por la discapacidad del trabajador.

En este sentido, existen protecciones específicas -algunas ya mencionadas- que intentan paliar y evitar estas situaciones, como la Directiva 2000/78, que ofrece un marco para la protección a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación de todas las personas, incluyendo las personas con discapacidad⁵³.

En este contexto, dentro del ordenamiento jurídico nacional, tenemos la regulación del despido por causas objetivas en el art. 52 ET. En concreto, el art. 52, a) ET regula el despido objetivo “por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa”. Por su parte, el art. 52 d) ET contenía una disposición que podía facilitar el despido de trabajadores por razones de edad y salud⁵⁴. Afortunadamente, se ha eliminado este apartado d) a través del Real Decreto-Ley 4/2020⁵⁵, señalando el mismo, en su exposición de motivos, que la disposición derogada no solo podía constituir una causa de discriminación directa para las personas con discapacidad, y discriminación indirecta para aquellos con enfermedades de larga duración debido a las bajas intermitentes⁵⁶.

⁵² Vid. ET, art. 49, l), art. 52 y art. 53.

⁵³ En concreto, en su art. 3 se establece como ámbito de aplicación las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido. No obstante, el legislador no pretende “obligar a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o proporcionar formación a una persona que no sea competente, capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto en cuestión” (punto 17 del considerando). Esto permite a la empresa despedir por razones objetivas. En otras palabras, si no se requiere ningún intento de mantener al trabajador en su empleo, se facilita la terminación de la relación laboral, lo cual puede perjudicar al trabajador con discapacidad.

⁵⁴ Esta disposición permitía el despido objetivo por “faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcanzaran el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcanzara el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”. Sin embargo, el mismo precepto indicaba que “no se computarán como faltas de asistencia las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos”.

⁵⁵ Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. BOE, núm. 43, 19/02/2020.

⁵⁶ En esta línea, hasta el momento, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) relacionadas con la discriminación por motivos de discapacidad en el marco de la Directiva 2000/78 son escasas. Sin embargo, si echamos un vistazo a la realidad española, su importancia para nuestra legislación es innegable. No solo porque tres de las nueve sentencias se refieren a casos españoles, como los de Chacón Navas y Daouidi, ambos sobre despidos discriminatorios, y finalmente Ruiz Conejero, que gira en torno al art. 52.d del Estatuto de los Trabajadores, sino también porque estas sentencias han marcado un cambio jurisprudencial evidente en su evolución. Vid. al respecto, BENAVENTE TORRES, M^a I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en AA. VV.: *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monografías de Temas Laborales, n. 61, 2019, p. 111.

Así, el legislador ha previsto diversas protecciones, como el art. 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁵⁷ (LPRL) -dedicado a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, la adaptación del puesto de trabajo a las personas con discapacidad física, psíquica o sensorial-. En caso de conocer el estado de discapacidad del trabajador -ya presente antes de la contratación, sobrevenida-, es evidente que esta medida debe ser implementada. De lo contrario, se estaría discriminando al trabajador por sus condiciones de salud⁵⁸.

Con el conocimiento de ambas normativas -LPRL y ET-, se están generando diversas incertidumbres sobre la clasificación legal que debe aplicarse al despido en casos de discapacidad, en esta posibilidad que tiene el empleador de terminar la relación laboral. ¿Por qué? La respuesta la encontramos en la no inclusión del mencionado art. 25 LPRL al art. 52 a) ET⁵⁹, de manera que no se ha ejercicio suficiente presión sobre el empleador para que se tomen todas las medidas adecuadas en cuanto a la adaptación (e incluso la movilidad funcional) antes de proceder al despido. Todo ello desembocando en fallos judiciales tienden a calificar los despidos como improcedentes⁶⁰.

No obstante, si se sigue el argumento de que el art. 25 de la LPRL exige a las empresas realizar ajustes razonables, lo cual debería trasladarse a la justificación del despido objetivo, entonces el incumplimiento de esta obligación no debería dar lugar a un despido improcedente. Por lo tanto, el despido debería calificarse como nulo⁶¹, teniendo, como consecuencia, la imposición de sanciones tras el procedimiento sancionador correspondiente⁶².

⁵⁷ BOE, núm. 269, de 10/11/1995.

⁵⁸ En este sentido, el art. 4.2 de la Ley 15/2022 establece que no se considera discriminación “la diferencia de trato derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”. Sin embargo, en este caso, no llevar a cabo la adaptación mencionada en la LPRL sin una justificación suficiente relacionada con una carga excesiva no puede considerarse exento de ser calificado como discriminatorio.

⁵⁹ DORMIDO ABRIL, J.: “Dificultades en la aplicación del principio preventivo de adaptación del puesto de trabajo por razón de los sujetos en España”, *Derecho global. Estudios sobre derecho justicia, Scielo*, Vol.8, n. 24, 2023.

⁶⁰ En el plano español, tanto el Tribunal Constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantienen que el despido debido a una enfermedad no constituye discriminación, a menos que dicha enfermedad genere una segregación social. Este punto de vista se ha mantenido a pesar de las expectativas generadas por las sentencias del TJUE, que han reforzado la distinción entre enfermedad y discapacidad. Asimismo, el Tribunal Supremo, al menos por el momento, sostiene una interpretación restrictiva sobre la discapacidad, que parece desviarse de la doctrina del TJUE. Esto se evidencia en su tendencia a identificar la discapacidad con la incapacidad permanente oficialmente reconocida, una interpretación que contradice las directrices del TJUE y que genera discrepancias. Sin embargo, en casos recientes, como el de la STS. núm. 194/2018 de 22 de febrero, Rec. 160/2016 (específicamente en un caso de despido por ineptitud sobrevenida) ha abordado supuestos de discapacidad de manera coherente con la doctrina del TJUE. Vid. BENAVENTE TORRES, M^a I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en AA. VV.: *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monografías de Temas Laborales, n. 61, 2019.

⁶¹ Esto es especialmente relevante dado que la normativa laboral y la Directiva 2000/78 consideran que cualquier acción que implique una diferencia de trato por razón discapacidad es discriminatoria. En este sentido, en el ámbito de los ajustes razonables y el despido discriminatorio, desde la sentencia Chacón Navas, de 2006 (STJUE de 11 de julio de 2006, Asunto C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456), se sugiere que el cumplimiento de los ajustes razonables es esencial para la legitimidad del despido por incompetencia, falta de capacidad o disponibilidad. Posteriormente, en 2013, la sentencia Danmark (STJUE de 11 de abril de 2013, Asunto C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222) aclara que despedir a una persona con discapacidad sin realizar los ajustes razonables necesarios es discriminatorio y, por lo tanto, nulo. Esta conclusión se fundamenta en la CDPD y en la interpretación que debe hacerse de nuestro derecho nacional a la luz de ella, lo que califica cualquier forma de discriminación por discapacidad, incluida la negativa a realizar ajustes razonables.

⁶² El art. 8.12 de la LISOS considera como infracción muy grave la “decisión unilateral de la empresa que implique discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad, o desfavorables en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo”, con las consecuencias establecidas en el art. 46.1 bis de la LISOS.

En este sentido, aplicando el art. 17 del ET⁶³ en conjunto con el art. 4.2 de la Ley 15/2022, se puede concluir que el despido de una persona con discapacidad sin cumplir las exigencias normativas es una discriminación directa⁶⁴. Así, un despido no puede justificarse si la persona es competente, está capacitada y disponible para desempeñar las tareas esenciales del puesto⁶⁵, especialmente considerando la obligación de realizar ajustes razonables.

2.3.3. La negativa a proporcionar ajustes razonables y acciones positivas para personas con discapacidad

Al hilo de lo anterior, la CDPC ya nos señala la necesidad de ajustes razonables para asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar o ejercer todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás.

Asimismo, en el entorno comunitario, el art. 5 de la Directiva 2000/78 establece que, para asegurar la igualdad de trato de las personas con discapacidad, deben realizarse ajustes razonables. En este sentido, las empresas deben implementar estas medidas, a menos que demuestren que representan una carga excesiva. La misma directiva aclara que una carga excesiva es aquella que no puede ser mitigada a través de políticas estatales, como ayudas, subvenciones o bonificaciones.

En el contexto español, el art. 40.2 de la LGDPD obliga a los empleadores a tomar las medidas necesarias para adaptar el puesto de trabajo y garantizar la accesibilidad de la empresa, de acuerdo con las necesidades específicas de cada situación. Igualmente, ya hemos apuntado que el art. 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁶⁶ (LPRL) se refiere a los trabajadores especialmente sensibles a ciertos riesgos, definiéndolos como aquellos que, debido a sus características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos con discapacidad física, psíquica o sensorial reconocida, son particularmente vulnerables a los riesgos laborales -y exigiendo que la empresa garantice específicamente su protección, evaluando los riesgos y adoptando las medidas preventivas y de protección necesarias según los resultados de dicha evaluación-. Además, el art. 15.1 d) de la LPRL impone a las empresas la obligación de adaptar el trabajo al trabajador.

Aun cuando se da toda esta protección jurídica, parece que la LPRL ha tratado este tema como una opción lejana en lugar de darle la importancia que merece, considerando que la adaptación del puesto de trabajo sería una solución intermedia eficaz entre la terminación del contrato de trabajo y la continuación sin ajustes.

En este sentido, el art. 6 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación brinda de nuevo luz sobre el asunto, estableciendo que se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad y que se aplicarán medidas de acción positiva⁶⁷, mientras persistan las situaciones de discriminación

⁶³ Recordemos que se refería a la no discriminación en las relaciones laborales.

⁶⁴ Y la Directiva 2000/78 también establece la obligación de implementar medidas de acción positiva, como serían las del art. 25 de la LPRL.

⁶⁵ SSTs 15 mayo 2018, (rec. 1244/2018), y 3 mayo 2016, (rec. 2351/2016). No obstante, esto no significa que sea imposible despedir a un trabajador con discapacidad, sino que el empleador debe demostrar que ha cumplido con las exigencias legales para adaptar el puesto de trabajo, y que tal adaptación era materialmente imposible debido a la estructura de la empresa. En este contexto, la carga de la prueba se invierte, obligando a la empresa a demostrar que el despido no fue debido a la discapacidad del trabajador, siempre y cuando el trabajador haya presentado indicios de discriminación.

⁶⁶ BOE, núm. 269, de 10/11/1995.

⁶⁷ Las acciones positivas se refieren a las diferencias de trato diseñadas para prevenir, eliminar y, cuando sea necesario, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social.

o desventajas que las justifican y deben ser razonables y proporcionales en relación con los recursos disponibles y los objetivos que buscan alcanzar.

2.3.4. Otras manifestaciones de discriminación laboral de las personas con discapacidad

Con las anteriores, coexisten otras formas de discriminación laboral igualmente significativas. La primera que podemos mencionar es el acoso laboral con motivo de discapacidad⁶⁸, definido por el ordenamiento jurídico español como cualquier conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad, o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo⁶⁹.

Otra de ellas es su escasa o insuficiente inclusión en la negociación colectiva⁷⁰, lo que limita su capacidad para influir en decisiones que afectan directamente sus condiciones de trabajo, y atender a sus necesidades y derechos. En este sentido, la mayoría de los convenios colectivos incluyen algún aspecto relacionado con personas con discapacidad, pero de manera simple o aislada, y son relativamente pocos los que contienen cláusulas específicas sobre el empleo de trabajadores con discapacidad y sobre sus principales condiciones laborales (como ingreso, prestación de servicios, formación, retribución, salud laboral y prevención de riesgos laborales, entre otros) que complementen y amplíen lo establecido en la normativa legal. En la mayoría de los casos, se limitan a reproducir los preceptos legales aplicables o incluso a remitirse directamente a la normativa vigente⁷¹.

Otro aspecto crucial es el acceso al empleo. Las personas con discapacidad suelen enfrentar barreras adyacentes durante los procesos de selección y contratación⁷² (como el ya mencionado respecto al sesgo algorítmico), lo que resulta en una tasa de desempleo significativamente mayor en comparación con la población general.

De otro lado, las diferencias en el desarrollo de la carrera profesional -incluyendo disparidades retributivas, en la formación, promoción o diseño de puestos⁷³- también representan una forma

⁶⁸ Según OIT, *Informe del servicio de Género, Igualdad y Diversidad*, Departamento de condiciones de Trabajo e Igualdad, 2020, las personas con discapacidad que trabajan enfrentan varios tipos de violencia, como la intimidación y el abuso verbal, que incluyen insultos y sabotajes. También se reportan casos de violencia física perpetrados por colegas, supervisores o compañeros, y un control excesivo del desempeño y la asignación desmesurada de errores, comportamientos que tienden a minar la percepción de competencia de la persona en su trabajo, llegando incluso a causar problemas emocionales que pueden hacer que se sientan inútiles e incompetentes (SOSA, V. A.: "Acoso laboral hacia las personas con discapacidad", en AA.VV.: *XXVI Jornadas Interdisciplinarias de la Fundación ICALA "Justicia como Equidad"*, 2021, p. 36).

⁶⁹ Conforme al art. 2 f) LGDPD. En este sentido, para protección del trabajador discriminado y como represalia para el acosador, esta conducta discriminatoria (art. 35.7 LGDPD) puede constituir una causa de despido disciplinario, al considerarse un incumplimiento contractual grave y culpable por parte del trabajador -especialmente justificado en casos de acoso por motivos de discapacidad dirigido al empresario o a otros empleados de la empresa - (a tenor del art. 54.2.g) ET).

⁷⁰ A este tenor, es muy interesante la visión de CABEZA PEREIRO, J.: "La Discriminación por motivos de discapacidad", en AA.VV.: *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, LOUSADA AROCHENA, F. (coord.) 2008, p. 463.

⁷¹ Vid. ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: "Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva", en AA.VV.: *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía*, Monografías Temas Laborales, 2018, p. 468.

⁷² Vid. el interesante estudio de ALCÁNTARA, A. E.: "Análisis de la discriminación hacia las personas con discapacidad en los procesos de selección de personal", *Trabajo Social Global – Global Social Work*, Vol. 9, n. 16, 2019, pp. 109-132.

⁷³ BLAU, F.D. & KAHN, L.M.: "Race and gender pay differentials", en AA.VV.: *Research frontiers in industrial relations and human resource*, D. Lewin O. S. Mitchell, & P.D Sherer (Eds), Madison, WI: Industrial Relations Research Association, 1992, pp. 381-416. Vid. extensamente, VILLANUEVA FLORES, M.: "La discriminación interna de las personas con discapacidad: el desarrollo de carreras profesionales", en AA.VV.: *Estableciendo puentes en una economía global*, PINDADO GARCÍA, J. y PAYNE, G. (coords.), Vol. 1, 2008 (Ponencias), p. 27 y ss.

de discriminación persistente. Y, por último, destacar la discriminación en materia de prevención de riesgos laborales⁷⁴, muy relacionada con la falta de ajustes razonables.

3. Medidas y recursos para abordar la discriminación laboral contra personas con discapacidad: El enfoque del modelo español de empleo

En España existen instrumentos específicos laborales, diseñados desde el prisma del empleo, para promover la igualdad de oportunidades, la inclusión social y la independencia económica de este colectivo, como la LPRL o el propio ET.

Así, el marco legal distingue entre el empleo protegido, el tránsito del empleo protegido al ordinario, y el empleo ordinario para los trabajadores con discapacidad⁷⁵. El empleo protegido, que incluye los centros especiales de empleo, ofrece un entorno laboral adaptado a las necesidades específicas de los trabajadores, facilitando su integración y desarrollo profesional. Por otro lado, el empleo ordinario promueve la inclusión en el mercado laboral general, incentivando la contratación en empresas convencionales mediante diversas medidas y beneficios, y fomentando así una verdadera inclusión social y laboral. En este sentido, el empleo ordinario debería ser el modelo principal, y el empleo protegido alternativa transitoria hacia el empleo ordinario⁷⁶. Vamos a verlo.

3.1. El empleo protegido

El empleo protegido es una medida fundamental para aquellos individuos que, debido a su discapacidad, encuentran dificultades para acceder al mercado laboral convencional. Este tipo de empleo, contemplado en el artículo 37.2.b) de LGDPD, comprende tanto los trabajos realizados en centros especiales de empleo como a través de los enclaves laborales⁷⁷.

De un lado, tenemos los centros especiales de empleo, regulados por la LGDPD y el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido⁷⁸, que tienen como objetivo principal participar en el mercado realizando actividades productivas y asegurar empleo remunerado para personas con discapacidad. Además, actúan como un medio de inclusión en el empleo ordinario.

Dentro de estos centros, se establece una relación laboral especial entre el empleado y el centro especial de empleo, regulada por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo⁷⁹. Por un lado, los trabajadores con discapacidad que deseen acceder a estos empleos deben inscribirse en las oficinas de empleo, que clasificarán a los demandantes según su tipo y grado de discapacidad. Por otro lado, los titulares de los centros deben solicitar

⁷⁴ Vid. RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: "Prevención de riesgos laborales y discapacidad", en AA.VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, B. del Mar LÓPEZ INSUA, J. L. RUIZ SANTAMARÍA (Coords.), J. L. MONEREO PÉREZ, M. N. MORENO VIDA, A. MÁRQUEZ PRIETO, F. Vila Tierno, & J. A. Maldonado Molina (Dir.), 2020, pp. 1041-1096.

⁷⁵ Vid. esquema en Ruiz Santamaría, J. L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 155.

⁷⁶ Cavas Martínez, F.: "Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual", en AA.VV.: *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

⁷⁷ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: "El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español", *Panorama social*, n. 26, 2017, p. 59.

⁷⁸ BOE, núm. 294, 9/12/1985.

⁷⁹ BOE, núm. 189, de 08/08/1985.

trabajadores a las oficinas de empleo, describiendo detalladamente los puestos de trabajo disponibles⁸⁰.

3.2. El tránsito del empleo protegido al ordinario

De otro lado, tenemos los enclaves laborales, según lo establecido en el art. 46 de la LGDPD, que son una medida destinada a facilitar la inserción en el empleo ordinario de personas con discapacidad que enfrentan dificultades especiales para acceder a él. La normativa que regula esta materia es el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad⁸¹ (REL).

Estos enclaves laborales operan como un puente entre el empleo protegido en un centro especial de empleo y el empleo ordinario⁸². Consisten en un tipo de contrato entre una empresa del mercado laboral ordinario, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo. Este contrato implica la realización de obras o servicios relacionados con la actividad normal de la empresa colaboradora, para lo cual un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se traslada temporalmente al centro de trabajo de dicha empresa⁸³.

3.3. Modalidades de empleo ordinario para los trabajadores con discapacidad⁸⁴

En términos generales, el empleo ordinario se refiere al trabajo desempeñado por personas con discapacidad en empresas reguladas por el régimen laboral común. Está contemplado en el art. 37.2.a) de la LGDPD y se caracteriza por la implementación de medidas de acción positiva por parte de los poderes públicos para fomentar la contratación y la integración de estas personas en el mercado laboral ordinario, garantizando así la igualdad de oportunidades⁸⁵. En esta línea, podemos ofrecer una panorámica orientativa de las posibilidades existentes.

3.3.1. La cuota de reserva

En concreto, en el Título VII de la ya aludida LISMI se reflejaban distintas medidas vinculadas a la integración efectiva y real en el mundo laboral de las personas que tenían algún tipo de discapacidad, como la obligación de las empresas (ya sean públicas o privadas, con 50 o más trabajadores) de reserva del 2% de la contratación a personas con discapacidad, salvo convenio

⁸⁰ Algunas características generales de este tipo de relación laboral son: la relación laboral incluye contratos de trabajo ajustados a las modalidades previstas en el ET, con ciertas peculiaridades establecidas por el Real Decreto 1368/1985; los contratos pueden ser por tiempo indefinido o determinado; en cuanto al salario, se prohíben los incentivos que puedan poner en riesgo la salud o integridad del trabajador con discapacidad; el tiempo de trabajo se regula, prohibiendo las horas extraordinarias excepto en casos específicos, y otorgando permisos especiales para tratamientos médicos y acciones de formación; la extinción del contrato de trabajo sigue el régimen común establecido en el ET, con ciertas particularidades relacionadas con las causas objetivas; y, en términos de seguridad social, los trabajadores con discapacidad empleados en centros especiales de empleo están incluidos en el Régimen de la Seguridad Social correspondiente a su actividad.

⁸¹ BOE, núm. 45, 21/02/2004.

⁸² ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: "El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español", *Panorama social*, n. 26, 2017, p. 62.

⁸³ El objetivo es que el trabajador con discapacidad adquiera experiencia profesional y mejore sus habilidades laborales en un entorno propio del mercado ordinario. Al mismo tiempo, la empresa colaboradora tiene la oportunidad de evaluar las capacidades y potencialidades de estos trabajadores con miras a su posible incorporación permanente a su plantilla. Para mayor información y aspectos específicos de este tipo de contrato, acudir al REL.

⁸⁴ Para más profundidad, *vid.* MONTES ADALID, G. M.: "Trabajadores con discapacidad y medidas de flexibilidad externa", en AA.VV.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P. G. (dir.) y GUINDO MORALES, S. (dir.), 2022, pp. 249-270.

⁸⁵ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: "El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español", *Panorama social*, n. 26, 2017, p. 63.

colectivo o voluntad del empresario, conocida como cuota de reserva⁸⁶. De manera más reciente, encontramos esta regulación en el art. 42 LGDPD, en términos análogos.

Y, concretamente, en el entorno del empleo público se establece un porcentaje diferente, no inferior al 7% (incrementable por la normativa autonómica) de las vacantes (cupos), conforme al art. 59 del 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 Público⁸⁷ (LEBEP), con el objetivo de conseguir que un 2% de los efectivos totales de la Administración Pública sean personas con discapacidad⁸⁸.

3.3.2. El empleo por cuenta ajena

En este sentido, hay una serie de medidas de fomento de empleo consistentes en subvenciones y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social para incentivar la contratación indefinida o temporal de personas con discapacidad. La normativa al respecto es compleja y sujeta a cambios, pero haremos un pequeño repaso.

Desde esta óptica, existe la opción de concertar un contrato indefinido con las personas que tienen algún tipo de discapacidad, con la posibilidad de subvenciones, bonificaciones y deducciones en el Impuesto sobre Sociedades⁸⁹.

De otro lado, tenemos la posibilidad de concertar el contrato temporal de fomento de empleo. En este sentido, de acuerdo a la disposición adicional 1ª de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, se concretan una serie de características relativas al contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad, con bonificaciones similares a las del contrato indefinido.

Otra opción viable para las personas con discapacidad son los contratos formativos. Sin entrar en generalidades comunes a todos los trabajadores en modalidad de contratos formativos, con la nueva reforma laboral, se recogen, en consecuencia, las particularidades con afección al colectivo de trabajadores con discapacidad.

- En el caso de la formación dual o en alternancia, se contemplan una serie de requisitos y características específicas para el mencionado colectivo, destacando que ya no existen límites de edad para personas con discapacidad, de conformidad a la nueva redacción del

⁸⁶ En este sentido, de conformidad con Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, regulador del empleo selectivo y de las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos (BOE, núm. 133, de 04/06/1983), se establecieron múltiples cuestiones referentes a este porcentaje de reserva y modo de aplicación del mismo. Actualmente, tras varias reformas en la materia, está vigente el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, que recoge requisitos y procedimiento, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad (BOE, núm. 94, 20/04/2005). De otro lado, en virtud de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modificó el art. 38.1 de la LISMI, y la posterior Ley 50/1998, de 30 de diciembre, también de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que clarificó algunas cuestiones del mismo artículo, el legislador dispuso que fuera posible que, de manera excepcional, los empresarios que tuvieran la obligación antes mencionada de la cuota de reserva del 2%, pudiesen quedar exentos (de manera total o parcial). Había, por tanto, dos posibilidades para aplicar esta exención, determinadas en el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero, y desarrolladas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 24 de julio de 2000 (actualmente vigente en todo término que no contraría la normativa actual).

⁸⁷ BOE, núm. 261, de 31/10/2015.

⁸⁸ Existen diversas excepciones a estos parámetros y medidas alternativas -como Centros Especiales de Empleo o Enclaves laborales-, en las que no entraremos en detalle.

⁸⁹ En lo relativo a las subvenciones relacionadas con dicha contratación, el empleador podrá recibir una cantía en el caso de contratar de manera indefinida a una persona con discapacidad, y otra por el coste de adaptar los puestos de trabajo, dotar de equipos de protección o suprimir las barreras. En cuanto a las bonificaciones de las cuotas de la Seguridad Social durante la vigencia del contrato, son diferentes dependiendo de la condición o no de discapacidad severa en el trabajador. Y también se establecen deducciones de la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades.

art. 11 ET. Asimismo, Seguridad Social cubrirá todas las contingencias y prestaciones, incluyendo el desempleo y FOGASA. Además, las empresas recibirán bonificaciones en las cuotas del SEPE durante la vigencia del contrato.

- Por otro lado, en el contrato para la obtención de la práctica profesional, se exige que éste se celebre dentro de los 3 años siguientes a la finalización o superación de las enseñanzas, salvo que se trate del colectivo de personas con discapacidad, en cuyo caso, el número de años se eleva a 5⁹⁰.
- Por último, es posible contratar a una persona con discapacidad mediante la modalidad de contrato de sustitución, con una serie de bonificaciones⁹¹.

3.3.3. El empleo con apoyo

El empleo con apoyo, definido en el art. 41 LGDPD y regulado por el Real Decreto 870/2007, comprende un conjunto de acciones diseñadas para facilitar la inserción laboral de personas con discapacidad en empresas del mercado ordinario de trabajo. Estas incluyen orientación, asesoramiento, y acompañamiento individualizado para la adaptación al puesto de trabajo, así como la promoción de la interacción entre el trabajador con discapacidad, el empleador y el personal de la empresa. Además, se ofrece apoyo en el desarrollo de habilidades sociales y en la formación específica para el desempeño laboral⁹², y se realiza un seguimiento continuo del trabajador para identificar necesidades y prevenir obstáculos que puedan surgir durante su inserción laboral⁹³.

3.3.4. El empleo por cuenta propia

Otra posible alternativa para favorecer la plena inclusión y evitar la discriminación de las personas con discapacidad es el programa de promoción de empleo autónomo para personas con discapacidad, establecido en el art. 37.2.a) de la LGDPD. En este ámbito, existen una serie de ayudas o subvenciones⁹⁴.

3.4. La adaptación de puesto de trabajo y dotación de medios de protección personal

Por último, a colación de lo ya expuesto en relación con la obligación de realizar ajustes razonables, recordamos que según el art. 40.2 de la LGDPD, los empresarios están obligados

⁹⁰ Si la duración del contrato fuese igual o superior a doce meses, la empresa tendrá la posibilidad de solicitar subvenciones para la adaptación del puesto, eliminación de las barreras o dotación de medios de protección personal.

⁹¹ Así, tomando como referencia la DA 9ª de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE, núm. 298, de 13/12/2002), el objetivo en este supuesto sería la sustitución de un trabajador con discapacidad que se encuentre en situación de baja por incapacidad transitoria por otro trabajador desempleado con discapacidad, con una bonificación del 100 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social durante la vigencia del contrato.

⁹² En este sentido, existen subvenciones que son específicas para programas de empleo con apoyo, según establece el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo. Asimismo, existen otras normas que se refieren a la materia: Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores discapacitados; Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores discapacitados; Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; y Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

⁹³ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español”, *Panorama social*, n. 26, 2017, p. 64 y 65.

⁹⁴ Determinadas por la Orden TAS/1622/2007, de 5 de junio, por la que se regula la concesión de subvenciones al programa de promoción del empleo autónomo. También existen beneficios relativos a la capitalización de las prestaciones por desempleo y subvención de cuotas a la Seguridad Social.

a adaptar los puestos de trabajo y la accesibilidad de la empresa para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo y desempeñarlo de manera adecuada. Para tal fin, en caso de contratar a un trabajador con discapacidad de forma indefinida, la empresa puede solicitar subvenciones al Servicio Público de Empleo Estatal para adaptar los puestos de trabajo y proporcionar equipos de protección personal necesarios⁹⁵.

4. Reflexiones finales

El cambio de paradigma en cuanto a la concepción jurídico social de la “discapacidad” ha tenido un impacto significativo en las medidas políticas, hacia un camino más activo y proactivo en la promoción de la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

No obstante, se ha observado que a pesar de los avances en legislación y políticas inclusivas -como la LGDPD o la LPRL-, las personas con discapacidad aún enfrentan desafíos significativos en el ámbito laboral, ya sea por subestimar su importancia o por falta de coordinación entre las normativas. En este contexto, la “neodiscriminación”, impulsada por la tecnología y los sesgos algorítmicos, se ha sumado a las formas tradicionales de exclusión, poniéndose necesariamente de manifiesto que los Estados y las organizaciones deben colaborar para asegurar que la inteligencia artificial y otras innovaciones tecnológicas no perpetúen la discriminación, sino que contribuyan a la inclusión y la igualdad de oportunidades para todos los trabajadores. Combinar esfuerzos en ambos frentes—tecnológico y normativo—es esencial para erradicar tanto las nuevas formas de discriminación como las tradicionales, creando un entorno laboral verdaderamente inclusivo y equitativo.

En un intento por brindar soluciones en los escenarios laborales, se ha observado un aumento significativo de la presencia de la discapacidad en los programas de empleo y en las estrategias de desarrollo social, pero existe una brecha entre la teoría y la práctica en las políticas de integración laboral, tanto en España como en la Unión Europea: los resultados siguen siendo insuficientes.

Por tanto, es necesario continuar trabajando en la eliminación de las barreras discriminatorias, en la promoción de la accesibilidad universal y en el desarrollo de políticas públicas efectivas que fomenten la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral.

5. Bibliografía

- ALCÁNTARA, A. E.: “Análisis de la discriminación hacia las personas con discapacidad en los procesos de selección de personal”, *Trabajo Social Global – Global Social Work*, Vol. 9, n. 16, 2019.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: “Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva”, en AA.VV.: *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía*, Monografías Temas Laborales, 2018.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español”, *Panorama social*, n. 26, 2017.
- ÁLVAREZ GARCÍA, H.: “La discriminación algorítmica por razón de discapacidad”, *Revista Internacional de Pensamiento Político - I Época*, Vol. 18, 2023.

⁹⁵ ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “El empleo protegido y ordinario de los trabajadores con discapacidad: la perspectiva del derecho interno español”, *Panorama social*, n. 26, 2017, p. 63.

- ARAGÓN GÓMEZ, C.: “Aspectos laborales de la Ley de Dependencia a la luz de la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Situaciones de Dependencia, discapacidad y Derechos. Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, 2010.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: “El impacto de la Convención en materia laboral”, en AA.VV.: *Estudios sobre impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español*, CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), Dykinson, S.L., Madrid, 2010.
- BENAVENTE TORRES, M^a I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en AA.VV.: *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, MOLINA NAVARRETE, C. (coord.), Monografías de Temas Laborales, n. 61, 2019.
- BIEL PORTERO, I.: *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BIGHAM, J. P. y CARRINGTON, P.: *Learning from the front: People with disabilities as early adopters of AI*, Proceedings of the 2018 HCIC Human-Computer Interaction Consortium, HCIC, Las Vegas, Estados Unidos, 2018. Disponible en: <https://www.cs.cmu.edu/~jbigham/pubs/pdfs/2018/ai-and-hci-people-with-disabilities-asearly-adopters.pdf>.
- BLAU, F.D. & KAHN, L.M.: “Race and gender pay differentials”, en AA.VV.: *Research frontiers in industrial relations and human resource*, D, LEWIN O. S. MITCHELL, & P.D SHERER (Eds), Madison, WI: Industrial Relations Research Association, 1992.
- CABEZA PEREIRO, J.: “La Discriminación por motivos de discapacidad”, en AA.VV.: *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, LOUSADA AROCHENA, F. (coord.) 2008.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Instrumentos para la promoción del empleo ordinario de las personas con discapacidad intelectual”, en AA.VV.: *Inclusión laboral de personas con discapacidad intelectual. Respuestas a problemas de acceso y permanencia en el empleo*, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (DIR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CELESTE DANESI, C.: “Inteligencia artificial y Metaverso: el ordenamiento jurídico frente a los sesgos algorítmicos y los estereotipos de género en la realidad virtual”, en AA.VV.: *Los derechos humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la agenda 2030*, GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E. (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2022.
- DORMIDO ABRIL, J.: “Dificultades en la aplicación del principio preventivo de adaptación del puesto de trabajo por razón de los sujetos en España”, *Derecho global. Estudios sobre derecho justicia*, Scielo, Vol.8, n. 24, 2023.
- GARCÍA PRESAS, I.: “El acceso al trabajo de las personas discapacitadas”, *AFDUC* 17, 2013.
- GLOBAL DISABILITY INNOVATION HUB, *Disability Innovation Strategy 2021-2024*, 2021. Disponible en: https://cdn.disabilityinnovation.com/uploads/images/GDI-Hub-Strategy_21-24_2021-06-18-071837.pdf?v=1624000717.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, *Carta Derechos Digitales*, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, 2021.

- GUO, A.: KAMAR, E.: WORTMAN VAUGHAN, J.: WALLACH, H. y RINGEL MORRIS, M.: "Toward fairness in AI for people with disabilities: A research roadmap", *Accessibility and Computing*, (125), 2019.
- MARTÍNEZ TORÁN, M. y ESTEVE SENDRA, C.: *Brecha Digital y Discapacidad. Una visión desde las entidades*, Sendemà Editorial, Valencia, 2021.
- MONTES ADALID, G. M.: "Trabajadores con discapacidad y medidas de flexibilidad externa", en AA.VV.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P. G. (dir.) y GUINDO MORALES, S. (dir.), 2022.
- OIT, *Informe del servicio de Género, Igualdad y Diversidad*, Departamento de condiciones de Trabajo e Igualdad, 2020.
- OLARTE ENCABO, S.: "Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades", en AA.VV.: *La subjetivación de las políticas activas de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2008.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. A/HRC/49/52: Derechos de las personas con discapacidad*, 2021. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/ahrc4952-artificial-intelligence-and-rights-persons-disabilities-report>.
- RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: "Fomento del empleo ordinario por cuenta ajena de las personas con discapacidad. Especial referencia a la realidad andaluza", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, n. Extraordinario, 2023.
- RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: "Prevención de riesgos laborales y discapacidad", en AA.VV.: *Protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, B. DEL MAR LÓPEZ INSUA, J. L. RUIZ SANTAMARÍA (Coords.), J. L. MONEREO PÉREZ, M. N. MORENO VIDA, A. MÁRQUEZ PRIETO, F. VILA TIerno, & J. A. MALDONADO MOLINA (Dirs.), 2020.
- RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: "Trabajo decente de las personas con discapacidad en la sociedad actual", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol.7, n. 4, 2019.
- RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: "La discapacidad en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista Justicia & Trabajo*, n. 2, 2023.
- SMITH, P. y SMITH, L.: "Artificial intelligence and disability: Too much promise, yet too little substance?", *AI and Ethics*, n. 1, 2021.
- SOSA, V. A.: "Acoso laboral hacia las personas con discapacidad", en AA.VV.: *XXVI Jornadas Interdisciplinarias de la Fundación ICALE "Justicia como Equidad"*, 2021.
- VALLE ESCOLANO, R.: "Inteligencia artificial y derechos de las personas con discapacidad: el poder de los algoritmos", *Revista Española de Discapacidad*, 11(1), 2023.
- VILLANUEVA FLORES, M.: "La discriminación interna de las personas con discapacidad: el desarrollo de carreras profesionales", en AA.VV.: *Estableciendo puentes en una economía global*, PINDADO GARCÍA, J. y PAYNE, G. (coords.), Vol. 1, 2008 (Ponencias).

LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CONTEXTO DE LA DISRUPCIÓN DIGITAL

RAFAEL JOSÉ LÓPEZ BEDMAR

Contratos Predoctorales Ley 14/2011 Fpu¹

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

ORCID: 0009-0002-4931-699X

Se piensa que lo justo es lo igual, y así es; pero no para todos, sino para los iguales. Se piensa por el contrario que lo justo es lo desigual, y así es, pero no para todos, sino para los desiguales.

ARISTÓTELES (ÉTICA A NICÓMACO, 5:3).

1. Introducción

En la era de la disrupción digital, las tecnologías emergentes y su implementación en los procesos productivos y en la organización del trabajo están redefiniendo la “sociedad del trabajo”, esto es, la modificación panorama laboral y los sistemas de Seguridad Social a una velocidad sin precedentes. Se observa una transformación en las formas de trabajar, a la vez que se hace frente

¹ Ayudas para contratos predoctorales de Formación del Profesorado Universitario del año 2021, financiadas por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (FPU 2021, concesión definitiva por Orden de 30 de noviembre de 2022).

a la desaparición de numerosos empleos en la sociedad postindustrial y postmoderna. El avance tecnológico no puede ser equiparado automáticamente con el progreso social².

Este hecho, que para muchos autores supone el comienzo de la Cuarta Revolución Industrial -caracterizada por el surgimiento de nuevas tecnologías y formas distintas de ver el mundo-³, puede desembocar en una disminución de necesidades como el acceso a los servicios sociales o la integración laboral, lo que lleva a la exclusión de las personas que no tienen una adecuada inclusión digital⁴.

La revolución tecnológica ha avanzado significativamente con la pandemia de COVID-19. Dicha situación ha llevado a que tanto las relaciones personales como profesionales se realicen en mayor medida a través de medios electrónicos, por lo que forman parte de la rutina y cotidianidad en pleno año 2024⁵.

Por esta razón, las personas que ocupan una posición de vulnerabilidad en la estructura social pueden ser afectadas por esta discriminación digital, aumentando las diferencias con el resto de la población. Nos referimos a colectivos vulnerables como aquellos con menos recursos económicos, las mujeres, las personas con discapacidad, los habitantes de zonas rurales, los adultos mayores y las minorías étnicas⁶.

En este contexto, es fundamental analizar y optimizar las políticas de inclusión digital para garantizar que las personas con discapacidades no sean excluidas en el proceso de transformación tecnológica. Dichas políticas deben fomentar la accesibilidad y la equidad en la era digital.

2. Disrupción digital y su impacto en la sociedad

2.1. Disrupción digital y transformaciones en el mercado laboral y la Seguridad Social

Las disrupciones suelen surgir del desarrollo de tecnologías novedosas o a partir de innovaciones de ya existentes. En esencia, la disrupción digital se refiere a cualquier cambio abrupto que, debido a su naturaleza particular, a su uso limitado o a una considerable reducción de costos, puede afectar profundamente a un sector y a su cadena de valor, generando nuevos roles y eliminando otros⁷. También la globalización ha impactado significativamente el Derecho del Trabajo y el Derecho de la protección social, tanto pública como privada⁸.

² MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: "Los planes y fondos de pensiones en un enfoque global de pensiones y en el contexto de la era de la disrupción digital", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. Extra 6, 2024, p. 252.

³ ORTEGA LOZANO, P.G.: "Desafío tecnológico e inteligencia artificial en las relaciones laborales", en AA.VV.: *El desafío tecnológico en el Derecho del Trabajo en la era de la cuarta revolución industrial*, Barcelona, Atelier, 2023, p. 419.

⁴ DOMÍNGUEZ ALEGRÍA, G.: *Impacto de las Brechas Digitales en la Población Extranjera*, Madrid, Accem, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2018, p. 8. Consultado el 07/07/2024, en: <https://inclusion.seg-social.es/oberaxe/ficheros/documentos/Brechas.pdf>

⁵ SORIANO BAUTISTA, P.: "Brecha digital y Administración", en *EnRed@ 2.0: Revista digital por y para emplead@s de la Junta de Andalucía*, nº 14, 2022. Consultado el 07/07/2024, en: <https://ws168.juntadeandalucia.es/iaap/revista/2023/03/11/brecha-digital-y-administracion/>

⁶ DOMÍNGUEZ ALEGRÍA, G.: *Impacto de las Brechas Digitales en la Población Extranjera*, Madrid, Accem, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2018, p. 8, disponible en: <https://inclusion.seg-social.es/oberaxe/ficheros/documentos/Brechas.pdf>

⁷ TUNQUE SURUNQUE, Z.E; VARGAS BASILIO, K.R; y LÓPEZ LINO, V.M.: "Gestión del teletrabajo y disrupción digital en el personal administrativo de una universidad pública", en *COMUNI@CIÓN: Revista de Investigación en Comunicación y Desarrollo*, vol. 14, núm. 4, 2023, p. 288.

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: "Los planes y fondos de pensiones en un enfoque global de pensiones y en el contexto de la era de la disrupción digital", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. Extra 6, 2024, p. 252.

Precisamente esta Cuarta Revolución Industrial es global por su característica principal, con respecto a las olas predecesoras, que es la abundancia masiva de datos. Su avance es mayor e impacta decididamente en todos los Estados, economías, sociedades y medioambiente. Sin duda, el marco general de esta revolución industrial es el surgimiento de la inteligencia artificial y la expansión tecnológica en todos los sectores⁹.

Son muchas las transformaciones que operan en esta cuarta ola, todas novedosas y a una gran velocidad, destacando: la realidad virtual y aumentada, el *big data*, la virtualización y *cloud*, la ciberseguridad, el *blockchain*, entre otros¹⁰.

Bajo estas circunstancias, la digitalización ha transformado las competencias necesarias para el empleo, tanto específicas como transversales, incluyendo comunicación, trabajo en equipo, pensamiento crítico y creatividad. Sin embargo, también ha introducido nuevos riesgos y desigualdades laborales, especialmente para los colectivos más vulnerables. La revolución digital tiene un impacto dual en las relaciones laborales, con efectos positivos como mayor flexibilidad, autonomía y mejor conciliación, y negativos como precariedad, desigualdad, estrés y aislamiento¹¹.

Ante las sucesivas mutaciones -anteriormente relacionadas- los gobiernos de los Estados deben de dar respuesta coherente a los ciudadanos y a sus necesidades mediante una actuación de los sistemas de protección social¹². Es necesario analizar el papel de las normativas de protección social y empleo, ya que la transformación de las relaciones laborales exige una ampliación de la cobertura de protección social¹³.

La Unión Europea ha actuado en el contexto de la digitalización y disrupción digital, pudiendo mencionar la formalización del Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027 de la Comisión Europea, que refleja el compromiso de la UE con la educación digital y la accesibilidad. Este plan establece dos prioridades: fomentar el desarrollo de un ecosistema educativo de alto rendimiento y mejorar las competencias y capacidades para la transformación digital. Este plan es crucial, ya que las competencias digitales son fundamentales para acceder a mayores prestaciones en materia de Seguridad Social¹⁴.

2.2. Colectivos vulnerables

La combinación de diversas tecnologías está impulsando esta Cuarta Revolución Industrial, tales como: robots, mapas genéticos, impresión 3D, inteligencia artificial, algoritmos,

⁹ ORTEGA LOZANO, P.G.: "Desafío tecnológico e inteligencia artificial en las relaciones laborales", en AA.VV.: *El desafío tecnológico en el Derecho del Trabajo en la era de la cuarta revolución industrial*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 417-419.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: "El Derecho social a la gestión integral de riesgos laborales y sus instrumentos de regulación jurídica", VV.AA.: *Retos tecnológicos en el Derecho de la protección laboral y de la Seguridad Social: Por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, ORTEGA LOZANO, P.G., GUINDO MORALES, S. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dir.), LÓPEZ BEDMAR, R.J. y VELASCO FERNÁNDEZ, D. (Eds.), Barcelona, Atelier, 2024, p. 298.

¹¹ TRUJILLO PONS, F.: "Transformación digital en el ámbito laboral español: Desafíos, oportunidades y fomento de la inclusión", VV.AA.: *Retos tecnológicos en el Derecho de la protección laboral y de la Seguridad Social: Por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, ORTEGA LOZANO, P.G., GUINDO MORALES, S. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dir.), LÓPEZ BEDMAR, R.J. y VELASCO FERNÁNDEZ, D. (Eds.), Barcelona, Atelier, 2024, pp. 543-544.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L.: "El Derecho social a la gestión integral de riesgos laborales y sus instrumentos de regulación jurídica", VV.AA.: *Retos tecnológicos en el Derecho de la protección laboral y de la Seguridad Social: Por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, ORTEGA LOZANO, P.G., GUINDO MORALES, S. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dir.), LÓPEZ BEDMAR, R.J. y VELASCO FERNÁNDEZ, D. (Eds.), Barcelona, Atelier, 2024, p. 298.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: "Los planes y fondos de pensiones en un enfoque global de pensiones y en el contexto de la era de la disrupción digital", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. Extra 6, 2024, p. 253.

¹⁴ DURÁN BERNARDINO, M.: "Digitalización y empleo: retos del futuro del trabajo desde una perspectiva de género" en *Revista Estudios Jurídicos*, Jaén, 2021, p. 9.

aprendizaje automático, la fusión de la biología con la tecnología, entre otras. Este conjunto de transformaciones ya está en marcha, y otras aún desconocidas llegarán pronto, con consecuencias adversas para los trabajadores, especialmente para ciertos colectivos vulnerables¹⁵.

Las TICs actúan como un motor dinamizador en la sociedad en red, donde el *hardware*, el *software* y la capacidad para gestionarlos son herramientas esenciales para su aprovechamiento. Sin embargo, muchos ciudadanos no disfrutan de sus beneficios, ya sea por falta de acceso a las TICs o porque, aunque tengan acceso, no saben cómo utilizarlas adecuadamente¹⁶. La brecha tecnológica refleja la brecha social en el mundo digital¹⁷.

De esta forma, la ausencia de toma de medidas o la actuación inadecuada, daría lugar a un crecimiento de la brecha digital en los grupos más desfavorecidos¹⁸. Los colectivos vulnerables son aquellos grupos marcados por una vulnerabilidad, es decir, que padecen una potencial situación de riesgo de exclusión social¹⁹.

A partir de esta premisa, se pueden establecer como factores de vulnerabilidad algunos como: sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o creencias, opiniones políticas o de cualquier otra índole, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad (mayores, jóvenes y menores), orientación sexual, migrantes, refugiados, madres o padres solteros con hijos menores, víctimas de trata de personas, personas con trastornos psíquicos, personas que hayan sufrido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, nivel de ingresos, responsabilidades familiares, personas sin hogar, personas con problemas de adicción, personas reclusas o exreclusas, parados de larga duración, menores tutelados, jóvenes extutelados, personas en situación de dependencia y personas con VIH²⁰.

En esta dinámica, los colectivos más vulnerables enfrentan mayores obstáculos para acceder a los derechos sociales. En el marco de la Seguridad Social, se catalogan a aquellos con menos recursos económicos, las mujeres, las personas con discapacidad, los habitantes de áreas rurales, los adultos mayores y las minorías étnicas. Es importante subrayar que estos grupos, al igual que todos los ciudadanos, poseen los mismos derechos en materia de Seguridad Social²¹.

La relación entre los ciudadanos y la Seguridad Social en el contexto de la disrupción digital precisa del manejo de las nuevas tecnologías, por ello se habla del “acceso a la *e-administración*”. De esta manera, se brindan a los ciudadanos prestaciones y servicios, a veces con una

¹⁵ GUINDO MORALES, S.: “Efectos adversos para las personas trabajadoras de la irrupción de la cuarta revolución industrial”, en AA.VV.: *El desafío tecnológico en el Derecho del Trabajo en la era de la cuarta revolución industrial*, Barcelona, Atelier, 2023, p. 247.

¹⁶ MARTÍN ROMERO, A.M.: “La brecha digital generacional” en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 151, Vigo, 2020, p. 79.

¹⁷ SABATER FERNÁNDEZ, C. y DÍAZ CAMA, M.A.: “Los tiempos del Covid-19 acentúan la brecha digital como brecha social en La Rioja”, en *Edunovatic 2020. Conference Proceedings: 5th Virtual International Conference on Education, Innovation and ICT, December 10-11, 2020*, p. 1274.

¹⁸ LÓPEZ BEDMAR, R.J.: “La digitalización del empleo: Implicaciones legales y protección laboral en la era tecnológica”, VV.AA.: *Retos tecnológicos en el Derecho de la protección laboral y de la Seguridad Social: Por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, ORTEGA LOZANO, P.G., GUINDO MORALES, S. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs.); López Bedmar, R.J. y VELASCO FERNÁNDEZ, D. (Eds.), Barcelona, Atelier, 2024, p. 231.

¹⁹ BENGOTXEA ALKORTA, A.: “La inclusión socio-laboral de los grupos vulnerables. Colectivos y formas de inclusión a través del trabajo”, en *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 36, 2020, p. 29.

²⁰ *Passim*, p. 27.

²¹ VILA TIerno, F.: “El impacto de la transformación digital en el ámbito laboral: una especial atención a los colectivos vulnerables”, en VV.AA.: *El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica: una aproximación jurídico-social*, GÓMEZ SALADO, M.A. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Dirs.), Granada, Editorial Comares, 2022, p. 4.

tramitación mediante las TICs, para que puedan ejercer sus derechos y cumplir con sus deberes correspondientes²².

En aras de minimizar la brecha digital y de impulsar las competencias digitales, el Gobierno ha aprobado la “Agenda España Digital 2025”. Esto es un claro ejemplo de políticas internas que regulan el uso de las tecnologías ante la transformación de las relaciones profesionales en el marco de la disrupción digital²³.

3. El paradigma de las personas con discapacidad en los sistemas de protección social

3.1. Las personas discapacitadas como colectivo vulnerable

El Diccionario panhispánico del español jurídico de la RAE define a la “persona con discapacidad” como la *“persona que presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. A todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %”*.

Si se consulta el INE se define a la discapacidad como *“toda limitación importante para realizar las actividades de la vida diaria que haya durado o se prevea que vaya a durar más de 1 año y tenga su origen en una deficiencia. Se considera que la persona tiene una discapacidad aunque la tenga superada con el uso de ayudas técnicas externas o con la ayuda o supervisión de otra persona. Se entiende por deficiencia cualquier pérdida o anomalía de un órgano o de la función propia de ese órgano. El estudio de las características de la discapacidad se ha centrado en la población de 6 o más años, para los menores a esta edad se analizan las limitaciones adaptadas a su edad”*²⁴.

Las personas de este colectivo se caracterizan por tener deficiencias de salud, que implican unos niveles de inteligencia levemente inferiores a la media, por lo que influirá en diversas facetas de la vida de la persona²⁵.

Según la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia 2020, elaborada por el INE, de los 4,38 millones de personas que declaran tener alguna discapacidad, el 58,6% son mujeres. Las tasas de discapacidad por edades son ligeramente superiores en los hombres hasta los 34 años, pero a partir de los 35 se invierte la situación, aumentando esta diferencia con la edad. Las mujeres tienen una tasa de discapacidad por cada mil habitantes (112,1) que es considerablemente más alta que la de los hombres (81,2)²⁶.

Este colectivo enfrenta profundos prejuicios y estereotipos sociales que actúan como barreras invisibles en numerosos ámbitos, incluyendo el acceso al empleo. De hecho, según datos de 2018,

²² MARTÍN ROMERO, A.M.: “La brecha digital generacional” en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 151, Vigo, 2020, p. 81.

²³ TRUJILLO PONS, F.: “Transformación digital en el ámbito laboral español: Desafíos, oportunidades y fomento de la inclusión”, VV.AA.: *Retos tecnológicos en el Derecho de la protección laboral y de la Seguridad Social: Por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, ORTEGA LOZANO, P.G., GUINDO MORALES, S. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dir.); LÓPEZ BEDMAR, R.J. y VELASCO FERNÁNDEZ, D. (Eds.), Barcelona, Atelier, 2024, p. 547.

²⁴ INE: *Discapacidad*. Consultado el 20/07/2024, en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926668516&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888

²⁵ RUEDA MONROY, J.A.: “Medidas de trato diferenciado en el empleo para personas con capacidad intelectual límite: análisis normativo y apuntes para la reflexión”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 463, 2021, p. 104.

²⁶ INE: *Discapacidad*. Consultado el 20/07/2024, en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926668516&p=%5C&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888

cuentan con una tasa de paro significativamente más elevada: tasa del 25,2% de desempleo para personas con discapacidad, frente al 15,1% para personas sin discapacidad²⁷.

En el marco internacional destaca indudablemente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España en 2008²⁸. Dicha convención, reconoce que la discapacidad, ya sea intelectual, física, mental o sensorial, es un concepto dinámico. Surge de la interacción entre personas con deficiencias y las barreras actitudinales y ambientales que impiden su plena y efectiva participación en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. Esta Convención pone de relieve el significativo componente social de la discapacidad, viéndola como el resultado de la interacción entre personas con deficiencias específicas y el entorno social en el que viven. Resalta la influencia de los factores ambientales y sociales en las situaciones de discapacidad, ya sean barreras físicas creadas por el ser humano o actitudes, prejuicios y estereotipos. Además, insta a los Estados firmantes a comprometerse con la implementación de medidas que aseguren la integración plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad²⁹.

Su protección deriva de la Constitución Española³⁰, concretamente de su artículo 49, reformado en febrero de 2024, el cual dictamina que: “1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”.

Además, se aplica el principio de igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 CE), comprendido no solo como igualdad formal de derechos y prohibición de discriminación según el artículo 14 CE, sino también como igualdad de oportunidades (igualdad efectiva) conforme al artículo 9.2 CE. Esto implica que, en el marco del Estado Social, los poderes públicos deben tomar todas las medidas necesarias para asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de sus derechos y participar activamente en todos los aspectos de la vida³¹.

Así, tras la ratificación por España de dicho Tratado, que comenzó con la Ley 26/2011, conocida como Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se llevaron a cabo modificaciones en numerosos cuerpos legales del Derecho interno. Hubo otras reformas significativas, como la del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social. A esto se suman la reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; la nueva legislación de

²⁷ BENGOTXEA ALKORTA, A.: “La inclusión socio-laboral de los grupos vulnerables. Colectivos y formas de inclusión a través del trabajo”, en *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 36, 2020, p. 43.

²⁸ CAZORLA GONZÁLEZ, M.J.: “El impacto normativo en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la mujer con discapacidad”, VV.AA.: *Seguridad Social y tecnologías con perspectiva de género Prácticas y experiencias en el proceso de enseñanzas y aprendizaje*, LÓPEZ INSUA, B.M., ORTEGA LOZANO, P.G., y GUINDO MORALES, S. (Dirs.); MARTÍN MUÑOZ, M.R. y LÓPEZ VICO, S. (Eds.), Granada, Comares, 2023, p. 201.

²⁹ CABALLERO PÉREZ, M.J.: “Fomento del Empleo de las Personas con Discapacidad Intelectual”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. Extra 5, 2023, p. 196.

³⁰ BOE 29.12.1978.

³¹ LLANO SÁNCHEZ, M.: “Personas con discapacidad y políticas de empleo”, VV.AA.: *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs. y Eds.), Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016.

jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones); y las más recientes, la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio a todas las personas con discapacidad³².

3.2. Protección social de las personas con discapacidad en el marco de la Era Digital

La tecnología puede ser una gran aliada para las personas con discapacidad, aunque también puede exacerbar la desigualdad en presencia de una brecha digital. Aunque aproximadamente una de cada cuatro personas con discapacidad se beneficia directamente de la digitalización, encontrando dispositivos y adaptaciones tecnológicas que facilitan su acceso y superan sus dificultades, es igualmente cierto que este grupo enfrenta un riesgo significativo de aislamiento tecnológico. La brecha digital puede afectarlos debido a barreras económicas, educativas o sociales³³.

El derecho a la protección social para las personas con discapacidad tiene dos aspectos complementarios. Primero, el acceso a las prestaciones del sistema público de Seguridad Social, tanto en su nivel contributivo como asistencial. Segundo, el derecho a recibir servicios sociales diversos, como apoyo familiar, prevención de deficiencias y agravamiento de discapacidades, promoción de la autonomía personal, información y orientación, atención domiciliaria, residencias, apoyo en el entorno, y actividades culturales, deportivas, de ocio y tiempo libre (artículo 50.1 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social). Respecto al primer aspecto, el derecho a la protección social es un elemento clave en el análisis de las políticas de inclusión de las personas con discapacidad³⁴.

Es fundamental considerar que una persona con discapacidad puede ser beneficiaria del sistema de Seguridad Social desde tres perspectivas³⁵:

1. Como beneficiario directo de asistencia social. En casos donde no realiza ninguna actividad laboral, se encuentra excluido del ámbito contributivo y puede acceder a prestaciones de asistencia social y económicas no contributivas.
2. Como beneficiario indirecto. En situaciones donde depende de un titular principal que sí está cubierto por el sistema contributivo, se beneficia de las prestaciones a través de esta relación.

³² CAZORLA GONZÁLEZ, M.J.: “El impacto normativo en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la mujer con discapacidad”, VV.AA.: *Seguridad Social y tecnologías con perspectiva de género Prácticas y experiencias en el proceso de enseñanzas y aprendizaje*, LÓPEZ INSUA, B.M., ORTEGA LOZANO, P.G., y GUINDO MORALES, S. (Dir.); MARTÍN MUÑOZ, M.R. y LÓPEZ VICO, S. (Eds.), Granada, Comares, 2023, p. 203.

³³ MORCILLO MORENO, J. y FAJARDO MARTÍNEZ, C.M.: “Digitalización y empleabilidad: Una oportunidad para las personas con discapacidad intelectual”, *Transformación digital para una educación inclusiva: Libro de actas*, 20, 21 y 22 de octubre de 2021, Fundación ONCE, 2022, p. 810.

³⁴ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “Impacto de las nuevas tecnologías en la protección socio-laboral de las personas con discapacidad”, VV.AA.: *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir.), VIDA FERNÁNDEZ, R. y MUROS POLO, A. (Eds.), Granada, Comares, 2023, p. 209.

³⁵ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A.: “La inserción laboral de las personas con discapacidad, mediante los ajustes razonables, frente a la dependencia de las políticas prestacionales pasivas”, *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, 2022, p. 732.

3. Como titular directo. Si realiza o ha realizado una actividad laboral que le otorga derecho a la inclusión en el ámbito contributivo, ya sea como trabajador por cuenta ajena con discapacidad o como persona con invalidez/incapacidad permanente en el ámbito contributivo.

En el panorama de la disrupción digital, caracterizado por la cuestión del impacto de las tecnologías digitales (como la inteligencia artificial o el *blockchain*) en la gestión de las prestaciones de la Seguridad Social, se ha actuado mediante el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Este Plan articula el Proyecto Tractor de Digitalización de la Seguridad Social, que incluye inversiones destinadas a automatizar y mejorar los sistemas que respaldan los procesos de negocio del MISSM y la GISS. Se enfoca especialmente en áreas como la afiliación, recaudación y cotización, con el objetivo de maximizar el uso de los servicios y herramientas comunes de la Administración. Además, se busca digitalizar trámites, innovar y optimizar procesos, e integrar y aprovechar de manera avanzada la información a gran escala proveniente de diversas fuentes y organismos externos. El objetivo es promover la instauración de un “Estado algorítmico de Derecho”, implementando de manera generalizada tecnologías clave como Internet, computación en la nube, plataformas digitales, *big data* y la automatización de procesos mediante inteligencia artificial, para mejorar la provisión de servicios públicos a la ciudadanía³⁶.

Otra de las iniciativas es la Carta de Derechos Digitales (2021), que aunque tiene un carácter programático, busca equilibrar la adopción de tecnologías digitales disruptivas con la protección de los derechos de los ciudadanos, incluyendo la digitalización en las Administraciones Públicas. A pesar de no ser normativa, la Carta pretende reconocer los desafíos de adaptar los derechos ciudadanos al entorno digital y sugiere principios y políticas como marco de referencia para la acción pública. Esto permite aprovechar las oportunidades del entorno digital mientras se mitigan sus riesgos. En cuanto a las personas con discapacidad, la Carta aborda la accesibilidad universal en el entorno digital en su artículo XI. Además, el artículo XVIII, sobre los derechos digitales en la relación con las Administraciones Públicas, puede ser adaptado para mejorar la accesibilidad de los sistemas y procedimientos digitalizados, incluyendo la solicitud y reconocimiento de prestaciones y subsidios, y garantizar apoyos y asistencia³⁷.

Por otro lado, la Propuesta de Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial -que sería aprobado por la Eurocámara en marzo de 2024- impone estrictas obligaciones para los sistemas de IA utilizados por las Administraciones Públicas, considerándolos de “alto riesgo”. Estos sistemas, que gestionan servicios y prestaciones públicas, requieren mayores restricciones y controles para proteger los derechos fundamentales. El reglamento busca evitar la exclusión digital de colectivos sin competencias digitales, especialmente personas con discapacidad. El Informe del Relator Especial de la ONU alerta sobre los riesgos discriminatorios de la IA en la protección social, destacando que puede restringir el acceso a subsidios públicos si se basa en datos sesgados y algoritmos discriminatorios³⁸.

³⁶ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “Impacto de las nuevas tecnologías en la protección socio-laboral de las personas con discapacidad”, VV.AA.: *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, MONEREO PÉREZ J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), VIDA FERNÁNDEZ, R. y MUROS POLO, A. (Eds.), Granada, Comares, 2023, pp. 210-211.

³⁷ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “Impacto de las nuevas tecnologías en la protección socio-laboral de las personas con discapacidad”, VV.AA.: *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, MONEREO PÉREZ J.L. y Maldonado Molina, J.A. (Dirs.), VIDA FERNÁNDEZ, R. y MUROS POLO, A. (Eds.), Granada, Comares, 2023, p. 211.

³⁸ GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “Impacto de las nuevas tecnologías en la protección socio-laboral de las personas con discapacidad”, VV.AA.: *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, MONEREO PÉREZ J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), VIDA FERNÁNDEZ, R. y MUROS POLO, A. (Eds.), Granada, Comares, 2023, p. 212.

De este modo, en cuanto al impacto de las tecnologías digitales en la protección laboral y social de las personas con discapacidad, la colaboración entre Estados, instituciones internacionales y europeas, expertos en derechos humanos, organizaciones de personas con discapacidad, la sociedad civil y agentes privados es fundamental. Todos estos actores deben trabajar juntos para crear un marco regulatorio que sea realista y efectivo, colocando la protección de los derechos de las personas con discapacidad, especialmente sus derechos fundamentales, en el centro del desarrollo y aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito laboral³⁹.

3.3. La estrategia española sobre discapacidad 2022-2030

En 2022, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 publicó la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, diseñada para que el Estado español, a través de sus administraciones y poderes públicos, promueva los derechos humanos de las personas con discapacidad y sus familias⁴⁰.

Esta Estrategia, que está alineada con los objetivos de la Agenda 2030, se basa en un enfoque interseccional y una perspectiva de género, abordando deudas históricas con mujeres y niñas con discapacidad. Además, responde a desafíos transversales como la emergencia climática, el reto demográfico y las necesidades de las personas con discapacidad en áreas rurales⁴¹.

Se relata a continuación algunos de los principales puntos que afectan a la protección social de las personas con discapacidad, en el marco de esta Estrategia⁴²:

- Desarrollar y aplicar la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE), y en particular la Disposición Adicional 4, es fundamental para avanzar hacia un modelo de educación inclusiva. Esta ley busca cumplir con el mandato de la Convención de la Discapacidad, asegurando que el alumnado con discapacidad tenga presencia, progreso y participación en el sistema educativo.
- Regulación adecuada de la Formación Profesional para garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a medidas, recursos y productos de apoyo, adaptaciones necesarias y conexión con opciones reales de empleo. Esto incluye asegurar prácticas en entornos laborales inclusivos, abiertos y accesibles para el alumnado con discapacidad en formación profesional.
- Promover y mejorar la inclusión de personas con discapacidad como profesoras, personal de apoyo y alumnado en la educación superior, formación profesional y universitaria. Esto requiere dotar de recursos y productos de apoyo adecuados para posibilitar su acceso y permanencia, así como ofrecer opciones y alternativas accesibles y adaptadas para permitir la movilidad internacional y el estudio de idiomas.
- Garantizar el cumplimiento efectivo de la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas. Exigir este cumplimiento como requisito para acceder a la contratación pública y a ayudas públicas, además de asegurar la compatibilidad entre el empleo y las pensiones.

³⁹ *Passim*, p. 213.

⁴⁰ Consultado el 20/07/2024, en: <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/estudios-publicaciones/estrategia-discapacidad-2022.htm>

⁴¹ *Passim*.

⁴² Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030: *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030*, 2022, Consultado el 20/07/2024, en: <https://www.siiis.net/documentos/ficha/574700.pdf>

- Reforzar el acceso al empleo de personas con discapacidad mediante la economía social, potenciando la inversión, la formación permanente, los incentivos a la contratación y modernizando los centros especiales de empleo de iniciativa social.
- Potenciar el acceso al empleo público para personas con discapacidad desarrollando, extendiendo y mejorando la aplicación de la cuota de reserva (7% y 2% en discapacidad intelectual) en todas las ofertas de empleo público.
- Regular los ajustes razonables para permitir el acceso y la permanencia en el empleo de personas con discapacidad, facilitando los medios y apoyos necesarios. Combatir la discriminación por discapacidad en el empleo mediante la creación de canales de denuncia y mecanismos de información, control y seguimiento de situaciones discriminatorias.
- Promover y apoyar el emprendimiento y autoempleo de personas con discapacidad en áreas como economía de cuidados, profesiones tradicionales, actividades rurales, economía digital y transformación ecológica.
- Garantizar la accesibilidad universal a servicios de atención sanitaria, incluidos telemedicina y atención en zonas rurales, especialmente para mujeres con discapacidad. Invertir en tecnología accesible y atención a domicilio para mantener a las personas en su entorno, asegurando equidad en el acceso y reduciendo la brecha digital.
- Aumentar la participación y representación de las personas con discapacidad en los órganos de decisión a nivel nacional, autonómico y local, así como en entidades sociales, foros y espacios comunitarios y de la sociedad civil organizada.
- Revitalizar y mejorar el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) tras una evaluación de sus aspectos a modificar. Orientar el sistema a la promoción de la autonomía personal y potenciar prestaciones para la permanencia en el domicilio, la vida independiente y la vida en la comunidad, considerando la realidad de las personas con discapacidad con grandes necesidades de apoyo.

La Unión Europea también ha diseñado una estrategia, se trata de la Estrategia sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2021-2030: Unión de la Igualdad, presentada por la Comisión en marzo de 2021. Uno de sus objetivos es integrar la accesibilidad y la inclusividad en la Estrategia de Administración Electrónica de la UE. Esta estrategia enfatiza la necesidad de ofrecer servicios electrónicos públicos en Europa que sean centrados en el usuario y de fácil acceso⁴³.

4. Conclusiones

La evolución tecnológica en la era de la disrupción digital, caracterizada por avances como la inteligencia artificial, el *big data* y la virtualización, ha transformado radicalmente el mercado laboral y los sistemas de Seguridad Social. Estas innovaciones, aunque ofrecen oportunidades significativas, también presentan riesgos, especialmente para colectivos vulnerables como las personas con discapacidad. En este contexto, las políticas de inclusión digital se vuelven fundamentales para garantizar que estos individuos no sean excluidos de los beneficios del progreso tecnológico.

⁴³ MORCILLO MORENO, J. y FAJARDO MARTÍNEZ, C.M.: “Digitalización y empleabilidad: Una oportunidad para las personas con discapacidad intelectual”, *Transformación digital para una educación inclusiva: Libro de actas*, 20, 21 y 22 de octubre de 2021, Fundación ONCE, 2022, p. 811.

Desde una perspectiva jurídica, la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad se han reforzado mediante diversos instrumentos legales y normativos. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU y su ratificación por España, junto con la reforma del artículo 49 de la Constitución Española, subrayan la necesidad de asegurar la plena autonomía e inclusión social de estas personas en entornos accesibles.

Sin embargo, la implementación de estas normativas enfrenta desafíos significativos en el contexto de la disrupción digital. La brecha digital, que refleja y amplifica las desigualdades sociales, puede excluir a las personas con discapacidad de los beneficios de la digitalización si no se toman medidas adecuadas. Esto implica no solo asegurar el acceso a las tecnologías, sino también proporcionar las adaptaciones necesarias y fomentar competencias digitales específicas para este colectivo.

Las políticas nacionales, como la Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, y los planes europeos, como la Estrategia sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2021-2030, buscan abordar estos desafíos mediante la promoción de la accesibilidad universal y la inclusión efectiva en todos los aspectos de la vida social y laboral. Estas estrategias resaltan la necesidad de un enfoque interseccional y la consideración de las múltiples dimensiones de la vulnerabilidad.

En el ámbito de la Seguridad Social, es crucial garantizar que las personas con discapacidad puedan acceder a las prestaciones tanto contributivas como asistenciales, y que los servicios sociales estén adaptados a sus necesidades específicas. La digitalización de los servicios públicos, incluida la e-administración, debe facilitar este acceso, no dificultarlo. Por ello, es esencial que las tecnologías utilizadas en la gestión de la Seguridad Social sean accesibles y no discriminen a quienes carecen de competencias digitales.

La introducción de tecnologías disruptivas también requiere una regulación adecuada para evitar discriminaciones y asegurar la protección de los derechos fundamentales. La Propuesta de Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, por ejemplo, impone estrictas obligaciones para los sistemas de IA utilizados por las administraciones públicas, considerándolos de alto riesgo y buscando prevenir la exclusión digital de colectivos vulnerables.

En definitiva, la efectividad de las políticas de inclusión para personas con discapacidad en la era de la disrupción digital depende de un marco normativo robusto, una implementación cuidadosa y un compromiso continuo por parte de los Estados y las instituciones. Solo así se podrá asegurar que el avance tecnológico se traduzca en un verdadero progreso social, inclusivo y equitativo para todos.

5. Bibliografía

- BENGOETXEA ALKORTA, A.: “La inclusión socio-laboral de los grupos vulnerables. Colectivos y formas de inclusión a través del trabajo”, en *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 36, 2020.
- CABALLERO PÉREZ, M.J.: “Fomento del Empleo de las Personas con Discapacidad Intelectual”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. Extra 5, 2023.
- CAZORLA GONZÁLEZ, M.J.: “El impacto normativo en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de la mujer con discapacidad”, VV.AA.: *Seguridad Social y tecnologías con perspectiva de género Prácticas y experiencias en el proceso de enseñanzas y aprendizaje*, LÓPEZ INSUA, B.M., ORTEGA LOZANO, P.G., y GUINDO MORALES, S. (Dirs.); MARTÍN MUÑOZ, M.R. y LÓPEZ VICO, S. (Eds.), Granada, Comares, 2023.

- DOMÍNGUEZ ALEGRÍA, G: *Impacto de las Brechas Digitales en la Población Extranjera*, Madrid, Accem, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2018. Consultado el 07/07/2024, en: <https://inclusion.seg-social.es/oberaxe/ficheros/documentos/Brechas.pdf>
- DURÁN BERNARDINO, M.: “Digitalización y empleo: retos del futuro del trabajo desde una perspectiva de género” en *Revista Estudios Jurídicos*, Jaén, 2021.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “Impacto de las nuevas tecnologías en la protección socio-laboral de las personas con discapacidad”, VV.AA.: *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, MONEREO PÉREZ J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (DIRS.), VIDA FERNÁNDEZ, R. y MUROS POLO, A. (Eds.), Granada, Comares, 2023.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A.: “La inserción laboral de las personas con discapacidad, mediante los ajustes razonables, frente a la dependencia de las políticas prestacionales pasivas”, *Digitalización, recuperación y reformas laborales: Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, 2022.
- GUINDO MORALES, S.: “Efectos adversos para las personas trabajadoras de la irrupción de la cuarta revolución industrial”, en AA.VV.: *El desafío tecnológico en el Derecho del Trabajo en la era de la cuarta revolución industrial*, Barcelona, Atelier, 2023.
- INE: *Discapacidad*. Consultado el 20/07/2024, en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926668516&p=%5C&pagina=ProductosYServicios%2FPYSLayouth¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888
- LLANO SÁNCHEZ, M.: “Personas con discapacidad y políticas de empleo”, VV.AA.: *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs. Y Eds.), Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016.
- LÓPEZ BEDMAR, R.J.: “La digitalización del empleo: Implicaciones legales y protección laboral en la era tecnológica”, VV.AA.: *Retos tecnológicos en el Derecho de la protección laboral y de la Seguridad Social: Por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, ORTEGA LOZANO, P.G., GUINDO MORALES, S. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs.); LÓPEZ BEDMAR, R.J. y VELASCO FERNÁNDEZ, D. (Eds.), Barcelona, Atelier, 2024.
- MARTÍN ROMERO, A.M.: “La brecha digital generacional” en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 151, Vigo, 2020.
- Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030: *Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030*, 2022, Consultado el 20/07/2024, en: <https://www.siiis.net/documentos/ficha/574700.pdf>
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: “Los planes y fondos de pensiones en un enfoque global de pensiones y en el contexto de la era de la disrupción digital”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. Extra 6, 2024.

- MONEREO PÉREZ, J.L.: “El Derecho social a la gestión integral de riesgos laborales y sus instrumentos de regulación jurídica”, VV.AA.: *Retos tecnológicos en el Derecho de la protección laboral y de la Seguridad Social: Por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, ORTEGA LOZANO, P.G., GUINDO MORALES, S. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs.); LÓPEZ BEDMAR, R.J. y VELASCO FERNÁNDEZ, D. (Eds.), Barcelona, Atelier, 2024.
- MORCILLO MORENO, J. y FAJARDO MARTÍNEZ, C.M.: “Digitalización y empleabilidad: Una oportunidad para las personas con discapacidad intelectual”, *Transformación digital para una educación inclusiva: Libro de actas, 20, 21 y 22 de octubre de 2021*, Fundación ONCE, 2022.
- ORTEGA LOZANO, P.G.: “Desafío tecnológico e inteligencia artificial en las relaciones laborales”, en AA.VV.: *El desafío tecnológico en el Derecho del Trabajo en la era de la cuarta revolución industrial*, Barcelona, Atelier, 2023.
- RUEDA MONROY, J.A.: “Medidas de trato diferenciado en el empleo para personas con capacidad intelectual límite: análisis normativo y apuntes para la reflexión”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 463, 2021.
- SABATER FERNÁNDEZ, C. Y DÍAZ CAMA, M.A.: “Los tiempos del Covid-19 acentúan la brecha digital como brecha social en La Rioja”, en *Edunovatic 2020. Conference Proceedings: 5th Virtual International Conference on Education, Innovation and ICT, December 10-11, 2020*.
- SORIANO BAUTISTA, P.: “Brecha digital y Administración”, en *EnRed@ 2.0: Revista digital por y para emplead@s de la Junta de Andalucía*, núm. 14, 2022. Consultado el 07/07/2024, en: <https://ws168.juntadeandalucia.es/iaap/revista/2023/03/11/brecha-digital-y-administracion/>
- TRUJILLO PONS, F.: “Transformación digital en el ámbito laboral español: Desafíos, oportunidades y fomento de la inclusión”, VV.AA.: *Retos tecnológicos en el Derecho de la protección laboral y de la Seguridad Social: Por una correcta transferencia del conocimiento en el sector legal*, ORTEGA LOZANO, P.G., GUINDO MORALES, S. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs.); LÓPEZ BEDMAR, R.J. y VELASCO FERNÁNDEZ, D. (Eds.), Barcelona, Atelier, 2024.
- TUNQUE SURUNQUE, Z.E; VARGAS BASILIO, K.R; y LÓPEZ LINO, V.M.: “Gestión del teletrabajo y disrupción digital en el personal administrativo de una universidad pública”, en *COMUNI@CCIÓ: Revista de Investigación en Comunicación y Desarrollo*, vol. 14, núm. 4, 2023.
- VILA TIerno, F.: “El impacto de la transformación digital en el ámbito laboral: una especial atención a los colectivos vulnerables”, en VV.AA.: *El empleo de los colectivos vulnerables en el marco de la transformación tecnológica: una aproximación jurídico-social*, GÓMEZ SALADO, M.A. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Dirs.), Granada, Editorial Comares, 2022.

UN ACCESO DESIGUAL EN LA RETIRADA DE LOS MEDICAMENTOS EN LA FARMACIA MARCADO POR LA DOCTRINA EUROPEA

ISABEL MARÍN MORAL
*Profesora Titular acreditada. Abogada
Universidad Francisco de Vitoria*

1. Marco general español

El análisis de los procedimientos de dispensación de la medicación incluida en la prestación farmacéutica y la consiguiente retirada por el paciente se realiza sobre la base de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas¹.

El art 16. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, Ley de Cohesión) regula el contenido de la prestación farmacéutica, que incluye “los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad”.

Por su parte, el art. 103 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril (en adelante LGS) contempla que la custodia, conservación y dispensación de medicamentos corresponde a las farmacias legalmente autorizadas y a los servicios de farmacia de los hospitales, de los

¹ Sobre esta materia: DUEÑAS HERRERO, L. J.: “La delimitación de competencias entre la norma estatal y la autonómica en orden a la regulación de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud”, *Revista De Derecho De La Seguridad Social Laborum*, núm. 3, 2023, 159-167. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/872>

Centros de Salud y de las estructuras de Atención Primaria del Sistema Nacional de Salud para su aplicación dentro de dichas instituciones o para los que exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinario de atención a la salud. Se trata por tanto de funciones compartidas, que dependerán de diferentes circunstancias y donde la normativa, de gran impacto en el sector farmacia, es la que fija en qué momento interviene cada uno de los actores.

Por su parte, el art 3 de la Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (en adelante Ley de garantías) reafirma esa exclusividad la oficina de farmacia y los servicios de farmacia de hospitales, centros de salud y de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud en la custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano.

La dispensación de un medicamento prescrito por un profesional sanitario autorizado se realizará por las oficinas de farmacia salvo cuando corresponde a la farmacia hospitalaria, cuya competencia queda tasada a los siguientes: cuando se utiliza para los pacientes del centro sanitario, cuando los medicamentos exijan una particular vigilancia, supervisión y control del equipo multidisciplinario de atención a la salud, de conformidad con la calificación otorgada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para tales medicamentos y, finalmente, aquellos para los que el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad acuerde establecer reservas singulares, limitando su dispensación sin necesidad de visado a los pacientes no hospitalizados.

Por tanto, es posible que la farmacia hospitalaria dispense a pacientes que están en su casa cuando los medicamentos son de especial seguimiento o control² o bien cuando están hospitalizados a domicilio.

Por tanto, quedan fuera de la dispensación por parte de la farmacia, por ejemplo, los medicamentos que se dan para el VIH o muchos para paliar el cáncer. Además, en la actualidad muchos de los medicamentos aprobados, como los medicamentos huérfanos e innovadores, incluyendo los biológicos y anticuerpos monoclonales, directamente se autorizan para su dispensación hospitalaria³. Estos medicamentos los debe recoger el paciente en el centro sanitario, si bien a raíz del Covid se han desarrollado procedimientos para su entrega a domicilio o *home delivery*. Estos se han mantenido una vez finalizada la pandemia, a pesar de su difícil encaje legal⁴.

Junto con la farmacia hospitalaria es competente en materia de dispensación de medicamentos la oficina de farmacia, que se erige en colaborador con el Sistema Nacional de Salud en el desempeño de la prestación farmacéutica (art. 2 h y 33 Ley de Cohesión) que, a salvo de lo previamente expuesto, dispensará las recetas de medicamentos que se prescriban a los ciudadanos cuando el tratamiento se realiza fuera de los centros de salud.

² SANTOS, B. y PÉREZ, I.: “Dispensación de medicamentos de especial control”, *Sociedad Española de farmacia hospitalaria*, disponible en <https://www.sefh.es/bibliotecavirtual/fhtomo1/cap2612.pdf>

³ Ministerio de Sanidad, *Prestación Farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud, 2022. Informe monográfico*, NIPO 133-22-089-8, https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/InfAnualSNS2022/Informe_PrestacionFarmaceutica_2022.pdf

⁴ Solo la reciente Ley 13/2022, de 21 de diciembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, prevé la entrega a domicilio de la medicación.

El paciente puede recoger su medición en la farmacia comunitaria de su elección⁵ que puede estar en cualquier parte del territorio español, en la medida que la prestación se incluye en la Cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, regulada en el art. 8 ter de la Ley de Cohesión. También tendrá derecho a recoger su medicación en la Unión Europea, como se verá más adelante.

Sin embargo, la recepción de la medicación de farmacia hospitalaria generalmente se hace en el mismo centro donde se recibe el tratamiento y seguimiento médico. Esta prestación en los centros sanitarios y sociosanitarios se incluye en la Cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud.

En este estudio se van a exponer las diferencias que existen o pueden existir en torno al acceso a la compra del medicamento por el ciudadano en la oficina de farmacia o farmacia comunitaria, teniendo en cuenta los diferentes escenarios en un mundo cada vez más tecnológico y si ello genera o no desigualdades según el territorio autonómico, nacional o europeo. Para ello además se tendrá en cuenta la doctrina del TJUE.

2. La farmacia comunitaria u oficina de farmacia

La farmacia comunitaria es un establecimiento sanitario de interés público (art.86.6 Ley de garantías) y, en España, siempre es privado, lo que determina que el titular de la autorización administrativa pueda transmitirla o se le permita el traslado de ubicación, pero, además, se le impongan cargas mínimas de personal, de stock o de infraestructura. Además, en España (que no en los países de nuestro entorno jurídico) el titular de la autorización es una persona física que es la propietaria del negocio (art. 103.4) y la explotación del mismo solo se puede hacer por el propietario en calidad de autónomo, nunca bajo forma societaria (a salvo la comunidad de bienes), con las consiguientes implicaciones fiscales y de responsabilidad⁶.

En contraposición, los centros de salud o estructuras de atención primaria son centros sanitarios y forman parte del Sistema Nacional de Salud, de ahí que la farmacia en estos centros se haga por funcionarios o personal de la administración, que han demostrado tener los requisitos exigidos. De esta forma quien esté al frente de la farmacia hospitalaria deberá ser farmacéutico. Por su parte, los hospitales y centros médicos pueden ser públicos o privados, pero en cualquiera de los casos se trata de centros sanitarios. Los privados pueden ser explotados bajo una sociedad anónima o SL, que será la que tenga la autorización de apertura y funcionamiento.

Pues bien, tanto las farmacias como los centros sanitarios (no los sociosanitarios) vienen obligados a suministrar o a dispensar los medicamentos y productos sanitarios que se les soliciten en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas (art. 3 Ley de garantías).

Estas condiciones son de diferente alcance, desde la exigencia de la receta para la dispensación de determinados medicamentos o la forma de facturarse, a cuestiones tan relevantes como la forma de custodiar el medicamento o el respeto del precio oficial y limitación de descuentos.

Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia enumera los servicios básicos que deben prestar las oficinas de farmacia a través del farmacéutico titular-

⁵ Art. 111.2b) 26.ª Ley de garantías, establece que es infracción grave: Coartar la libertad del usuario en la elección de la oficina de farmacia mediante cualquier acto u omisión

⁶ Sobre la conformidad del modelo con el derecho comunitario ver: RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: "La reserva de la propiedad y la titularidad de las oficinas de farmacia a los farmacéuticos no es contraria al Derecho comunitario europeo", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 777, 2009, pp. 7-11.

propietario de las mismas, asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, que son, entre otros⁷, “la adquisición, custodia, conservación y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios”.

La farmacia, muy regulada, debe compaginar las obligaciones que le vienen impuestas por la ley (como la dispensación de medicamentos o la prohibición de la venta de otros productos) con lo que es su negocio, que le obliga a buscar la mejor forma de conseguir beneficio, como establecimiento privado que es.

En la línea de mejorar el negocio se plantea la posibilidad de utilizar medios tecnológicos para poder vender medicamentos fuera de la zona de afectación de la farmacia, fuera de su núcleo de influencia, y ello de acuerdo, entre otros, a la normativa europea.

La oficina de farmacia que prevé el art. 103 LGS es aquella que tiene autorización administrativa que, en la actualidad, se otorga por cada comunidad autónoma, siendo diferentes los criterios de acceso y procedimiento según la comunidad autónoma.

3. La planificación farmacéutica: diferencias por territorio

La oficina de farmacia está sujeta a planificación sanitaria (art. 103.3 LGS) que implica una labor de cada Comunidad Autónoma de conocer su territorio y establecer un procedimiento de disposición de farmacias acorde a lo que presuntamente se puede necesitar por los ciudadanos. Por esta razón el art. 2 Ley 16/1997, de 25 abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia dice que la planificación se hace al objeto de ordenar la asistencia sanitaria a la población y que se establecerá “teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, con vistas a garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, y la suficiencia en el abastecimiento de medicamentos, según las necesidades sanitarias en cada territorio”. Añade esta ley que la ordenación se hará en base a módulos poblacionales y distancias a las oficinas de farmacia, delegando en las Comunidades Autónomas la ordenación.

Esta ley fija unos criterios para las Comunidades Autónomas con carácter de mínimos⁸, tanto en módulos poblacionales como en distancias, que se pueden mejorar en la normativa

⁷ Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia: La vigilancia, control y custodia de las recetas médicas dispensadas; La garantía de la atención farmacéutica, en su zona farmacéutica, a los núcleos de población en los que no existan oficinas de farmacia; La elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales, en los casos y según los procedimientos y controles establecidos; La información y el seguimiento de los tratamientos farmacológicos a los pacientes; La colaboración en el control del uso individualizado de los medicamentos, a fin de detectar las reacciones adversas que puedan producirse y notificarlas a los organismos responsables de la farmacovigilancia; La colaboración en los programas que promuevan las Administraciones sanitarias sobre garantía de calidad de la asistencia farmacéutica y de la atención sanitaria en general, promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad y educación sanitaria. La colaboración con la Administración sanitaria en la formación e información dirigidas al resto de profesionales sanitarios y usuarios sobre el uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; La actuación coordinada con las estructuras asistenciales de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas; La colaboración en la docencia para la obtención del título de Licenciado en Farmacia, de acuerdo con lo previsto en las Directivas Comunitarias, y en la normativa estatal y de las Universidades por las que se establecen los correspondientes planes de estudio en cada una de ellas.

⁸ El art. 2.3 Ley 18/1997 dice: “El módulo de población mínimo para la apertura de oficinas de farmacia será, con carácter general, de 2.800 habitantes por establecimiento. Las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán establecer módulos de población superiores, con un límite de 4.000 habitantes por oficina de farmacia. En todo caso, una vez superadas estas proporciones, podrá establecerse una nueva oficina de farmacia por fracción superior a 2.000 habitantes.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas podrán establecer módulos de población inferiores para las zonas rurales, turísticas, de montaña, o aquellas en las que, en función de sus características geográficas, demográficas o sanitarias, no fuese posible la atención farmacéutica aplicando los criterios generales.

4- La distancia mínima entre oficinas de farmacia, teniendo en cuenta criterios geográficos y de dispersión de la población será, con carácter general, de 250 metros. Las Comunidades Autónomas, en función de la concentración de la población, podrán autorizar distancias menores entre las mismas; asimismo, las Comunidades Autónomas podrán establecer limitaciones a la instalación de oficinas de farmacia en la proximidad de los centros sanitarios.”

autonómica en aras a una mayor disponibilidad de establecimientos farmacéuticos y atención al ciudadano⁹.

La finalidad última de la planificación es garantizar el abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad, lo que enlaza directamente con el derecho a la protección de la salud que es, un bien constitucionalmente protegido. También la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado de la Unión Europea, siendo los Estados miembros quienes deciden el nivel de protección de la salud pública que buscan asegurar y la vía de cómo alcanzar el nivel deseado, lo que supone que de Estado a Estado puede variar. Por esta razón la jurisprudencia del TJUE permite a los Estados miembros un margen de libertad para su apreciación¹⁰.

La planificación es acorde con el derecho comunitario¹¹ (véase la sentencia, antes citada, apartado 64 y jurisprudencia citada), no vulnerándose el art. 49 TFUE, así que no restringe la libertad de establecimiento¹². Además, de acuerdo con el artículo 168 TFUE, apartado 7 y el vigésimo sexto considerando de la Directiva 2005/36, el Derecho de la Unión los Estados tienen competencia para ordenar sus sistemas de seguridad social y organizar sus servicios sanitarios, como son las oficinas de farmacia¹³, sin embargo la libertad no es absoluta ya que debe respetarse el Derecho de la Unión y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a las libertades fundamentales, puesto que estas disposiciones implican la prohibición de que los Estados miembros establezcan o mantengan en vigor restricciones injustificadas al ejercicio de dichas libertades en el ámbito de la asistencia sanitaria¹⁴.

En España esa planificación se realiza en las Comunidades Autónomas y, a los efectos de asegurar la prestación del servicio de farmacia, por normativa autonómica segmentan su territorio en lo que son las llamadas zonas farmacéuticas, aunque también pueden tener otra nomenclatura según la comunidad autónoma. Las zonas pueden ser urbanas, rurales o de otro tipo, que se considere necesario como pueden ser las zonas de costa, turísticas o de montaña y para cada una de ellas se pueden fijar módulos de población y distancias diferentes.

Si bien esto supone de entrada una diferencia para los ciudadanos, que dependiendo de la zona en la que vivan pueden tener más o menos acceso a farmacias, el TJUE ha mantenido que es acorde con el Derecho de la Unión en la sentencia dictada por la Gran Sala, el 1 junio 2010, C-570/2007, en la que se cuestionaba el Decreto 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias.

⁹ ORDOÑEZ SOLÍS, D.: "La regulación española de las oficinas de farmacia en el contexto del mercado único a la luz de la jurisprudencia europea", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 10, 2009, pp. 19 y ss. Ver también: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., GARCÍA VIEITEZ, J. J. y DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, G.: "La prestación farmacéutica a través de algunas cuestiones relacionadas con la apertura de oficinas de farmacia (a propósito de la STSJ, Contencioso-Administrativo, Madrid 31 enero 2020)", *Revista Jurídica de la Universidad de León*, ISSN-e 2529-8941, N.º. 7, 2020, pp. 115-168.

¹⁰ Las sentencias de 11 de septiembre de 2008, Comisión/Alemania, C-141/07, Rec. p. I-6935, apartado 51, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, antes citada, apartado 19.

¹¹ Entre otras, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, Sentencia de 1 Jun. 2010, C-570/2007 y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Dic. 2013, C-159/2012 Blanco Pérez y Chao Gómez.

¹² ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, S. y DEL CASTILLO RODRÍGUEZ, C.: "Análisis de los modelos de oficina de farmacia al servicio de la salud pública en la Unión Europea según los criterios de planificación y restricción de la titularidad. El principio de proporcionalidad", *Derecho y Salud*, vol. 31 (Extraordinario), pp. 104-114.

¹³ Sentencias Hartlauer, antes citada, apartado 29; de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, Rec. p. I-0000, apartado 35, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-0000, apartado 18).

¹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Gran Sala, Sentencia de 1 Jun. 2010, C-570/2007. Las sentencias Hartlauer, antes citada, apartado 29; de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, Rec. p. I-0000, apartado 35, y Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-0000, apartado 18.

En España, las Comunidades Autónomas, salvo Navarra¹⁵ que tiene un procedimiento de apertura muy laxo y queda muy cerca de la libertad de establecimiento, mantienen los criterios, en mayor o menor medida, de la Ley 19/1997. Hasta ese momento, existía también, pero a nivel nacional, el mismo sistema de planificación que se regulaba en el RD 909/1978 de 14 de abril.

Precisamente por la planificación existente, el sistema de farmacia actual en España se basa en la capilaridad que permite a cada persona tener cerca de sí a una farmacia abierta que le pueda dar el servicio farmacéutico. Sin embargo, no existe la obligación del Estado ni de las CCAA de garantizar que en cada municipio o localidad exista una oficina de farmacia, ni existe la libertad de establecimiento, cuestión esta que ha tenido el aval de la jurisprudencia europea¹⁶.

Esto podría considerarse que genera diferencias en el acceso a los medicamentos de los usuarios, ya que dependiendo de una u otra comunidad autónoma habrá más o menos oficinas de farmacia y, por tanto, será más o menos fácil acceder a tener los medicamentos que el médico ha prescrito, sin embargo, es conforme a derecho comunitario. En consecuencia, el modelo actual garantiza la prestación farmacéutica, sobre la base de la protección del derecho de la salud, incluida en la cartera básica de servicios, aunque el número de farmacias pueda diferir en las comunidades autónomas por los diferentes criterios que legalmente se han dado.

4. La receta electrónica: la interoperabilidad deseada

Para que las farmacias puedan dar su servicio de dispensación de medicamentos, sobre todo los que están financiados, es necesario que exista receta médica. Esta receta es una orden del médico y otros profesionales sanitarios autorizados para emitir recetas¹⁷, de modo que el farmacéutico tiene vedado cualquier cambio en la prescripción¹⁸. El modelo en que debe prescribirse está pautado en el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. Puede ser una receta financiable con cargo a presupuestos públicos o bien una receta privada y, también, receta electrónica o receta en papel.

La receta dispensada para el farmacéutico es como un cheque de pago, ya que sin ella no podrá reclamar a la Comunidad autónoma donde radique su farmacia el importe del medicamento dispensado cuando se trate de medicamentos financiados por la Seguridad Social. También es la justificación de la dispensación realizada a efectos sanitarios.

La receta en papel es ya casi residual¹⁹ y es la receta electrónica la que, de acuerdo con los tiempos en que vivimos, se está imponiendo. Esto permite, entre otros, que el ciudadano pueda tenerla en su tarjeta sanitaria, sin necesidad de papel y, cabe la posibilidad de renovación automática sin necesidad de ir mensualmente al médico en caso de enfermedades que precisan tratamiento crónico.

¹⁵ RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: "La competencia de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica", *Revista Jurídica de Navarra*, 20, 1995, pp. 80-82.

¹⁶ STJUE, Sala Gran Sala, Sentencia de 1 junio 2010, C-570/2007.

¹⁷ Junto con los médicos, odontólogos y podólogos que prevé el art. 79 de la Ley de garantías, también quedan habilitados los enfermeros de acuerdo con el Real Decreto 954/2015, de 23 de octubre, por el que se regula la indicación, uso y autorización de dispensación de medicamentos y productos sanitarios de uso humano por parte de los enfermeros.

¹⁸ El art. 89 Ley de garantías establece la prohibición general y añade excepciones para casos de desabastecimiento o concurran razones de urgente necesidad en su dispensación y por razón de precio.

¹⁹ Si se analizan los datos del estudio realizado por SEFAC en 2019 del total de recetas dispensadas (que son del SNS, MUFACE, ISFAS, MUGEJU, Mutuas y Privadas), solo el 10.10% es receta en papel y de este porcentaje solo el 4% son recetas del SNS. Por tanto, el 89,90% de las prescripciones de medicamentos que llegan a la farmacia comunitaria son electrónicas. <https://www.farmaceticoscomunitarios.org/es/journal-article/analisis-cumplimentacion-recetas-medicamentos-soporte-papel/full>. Por su parte, en el Observatorio de resultados del Servicio Madrileño de Salud, en 2022 el 97,95% se dispensó en receta electrónica: <http://observatorioresultados.sanidadmadrid.org/AtencionPrimariaFicha.aspx?ID=149>

Esta receta electrónica es diferente según la comunidad autónoma, que la ha desarrollado, cumpliendo con sus competencias en gestión de la sanidad, con estructura y programación diferente, lo que lleva a que existan tantos sistemas de receta electrónica como comunidades autónomas hay. Dado que el ciudadano tiene derecho a su medicación en cualquier parte del país era una necesidad que las tarjetas fueran interoperables en el ámbito estatal, labor que lideró el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (en adelante CISNS)²⁰.

Actualmente, cualquier persona que tenga una tarjeta sanitaria individual del Sistema Nacional de Salud, puede ir a una farmacia de otra comunidad autónoma diferente a donde le han realizado su prescripción. No ocurre así en lo que afecta a las personas adscritas a mutualidades con provisión pública (MUFACE, MUGEJU e ISFAS), se está en un proceso de transición hacia una implantación de receta electrónica²¹ y se sigue con los talonarios de recetas personales que cumplimenta el prescriptor.

Para poder realizarse la interoperabilidad ha sido necesario, por un lado, tener un nodo nacional que ha sido validado por la Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Séptima, Sentencia de 26 Ene. 2023, C-469/2021²². Y, además, tener una base de datos nacional unificada (BDPP-SNS) donde cada ciudadano quede individualizado e identificado, lo que se ha conseguido con un código, que es el Código de identificación personal del Sistema Nacional de Salud (CIP-SNS) que actuará como clave de vinculación de los diferentes códigos de identificación personal autonómicos (CIP-A) que cada persona pueda tener asignado a lo largo de su vida.

Ese CIP-SNS es personal y único a lo largo de la vida, por lo que el hecho de que una persona se traslade de comunidad autónoma y cambie la administración sanitaria, no le afecta. Asignado a ese código está la receta electrónica y, poco a poco, estará la historia clínica.

El competente para articular el intercambio de la información entre Comunidades Autónomas es el Ministerio de Sanidad, pero son las CCAA las que deben mantener actualizada la información de cada persona y garantizar que esté protegida en cada acceso o acto que se produzca.

A pesar de los esfuerzos en la interoperabilidad de la receta electrónica y del derecho de todo paciente a recibir su medicación en cualquier parte del país, en la práctica no todo puede ser dispensable en otra comunidad autónoma. Quedan fuera de la dispensación en otra comunidad autónoma determinadas fórmulas magistrales y preparados oficinales, y las vacunas individualizadas²³ y, además, no se incluyen en ningún caso los productos de parafarmacia,

²⁰ En la Ley General de Sanidad (LGS) se establece el mandato constitucional que asigna al Estado la responsabilidad de la Coordinación General Sanitaria. El Estado debe implementar los mecanismos necesarios para facilitar el intercambio de información, la homogeneidad técnica y la acción conjunta, con el fin de integrar los actos parciales en el Sistema Nacional de Salud (SNS). Además, los criterios de Coordinación General Sanitaria, aprobados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS), deben ser considerados en la elaboración del Plan Integrado de Salud. Este documento debe incluir los planes de salud estatales, autonómicos y conjuntos, así como sus fuentes de financiación, y debe ser sometido al CISNS.

²¹ Un ejemplo es MUFACE: https://www.muface.es/muface_Home/muface_comunicacion/hemeroteca-noticias/2023/Julio-2023/talonarios-receta-papel-control.html

²² Esta sentencia sostiene que “la obligación de utilizar un nodo determinado para medicamentos identificados, como los medicamentos dispensados a cargo del Sistema Nacional de Salud, no puede ser contraria a las disposiciones del Reglamento Delegado 2016/161. De ahí que la mera posibilidad, como en el presente asunto, de que el establecimiento de un nodo pueda decidirse por vía reglamentaria en caso de que la entidad gestora del repositorio nacional, por una parte, y las autoridades públicas, por otra, no lleguen a un acuerdo no puede ser contraria al Derecho de la Unión”.

²³ Se pueden dispensar en todo caso:

- medicamentos autorizados e incluidos en las bases de datos del Sistema Nacional de Salud (incluye medicamentos financiados con o sin visado de inspección, estupefacientes y medicamentos no financiados),
- efectos y accesorios (p.ej. gasas, esparadrapo, absorbentes de incontinencia urinaria, etc.) incluidos en ellas, si se prescriben por código nacional, y
- productos dietéticos contemplados en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud

como pueden ser las tiras de glucemia, jeringas, etcétera, aunque ellas sean necesarias para la atención sanitaria y seguimiento de la enfermedad.

En resumen, la interoperabilidad ha permitido de forma gradual a los ciudadanos, acceder a sus medicamentos fuera de su comunidad autónoma con su tarjeta sanitaria en la que está incluida la receta médica, lo que es de especial relevancia cuando se trata de medicación crónica. Ahora bien, todavía hoy en día hay medicación que en determinadas CCAA no se puede dispensar. En consecuencia, la interoperabilidad completa entre las CCAA todavía no está completamente finalizada, generando desigualdades que podrían haberse evitado si las recetas electrónicas desde un inicio hubieran sido programadas de igual forma.

La interoperabilidad de la receta médica responde así a la demanda social de tener la medicación cuando se está fuera del domicilio, ya sea en viajes de trabajo o de ocio, con mayor o menor duración, y es acorde la universalidad de cobertura del sistema sanitario español previsto en la Ley General de Sanidad. Pero también ha supuesto una merma de facturación de la farmacia habitual, por lo que el modelo de habitantes censados que exige la planificación farmacéutica para determinar cuántas pueden establecerse en el territorio debería revisarse.

5. La receta electrónica europea: otra necesaria interoperabilidad

Si la interoperabilidad de la receta electrónica entre Comunidades Autónomas es una necesidad y una realidad con pocas limitaciones, es también necesario que lo sea a nivel europeo, toda vez que el ciudadano que tiene asistencia sanitaria y prestación farmacéutica en España tiene también derecho a la prestación farmacéutica a través de las farmacias legalmente establecidas en el país de destino, de conformidad con la Directiva 2011/24, traspuesta al derecho interno a través del Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación²⁴.

La Directiva 2011/24 fija las bases del acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza segura y de alta calidad, además de promoverse la cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros, con pleno respeto a las competencias nacionales en la organización y la prestación de asistencia sanitaria²⁵. En el ámbito de esa asistencia sanitaria se incluye la prestación de servicios de farmacia²⁶ y se insta a avanzar en la sanidad electrónica²⁷.

El reconocimiento del derecho a la prestación farmacéutica de un beneficiario de la seguridad social que está en un Estado miembro, a pesar de que la directiva es de 2011, está siendo complicado de implementar por los diferentes sistemas farmacéuticos y sanitarios, pero también por problemas de programación y, por tanto, de lectura de las recetas médicas, a fin de verificarse por el dispensador si se trata o no de una receta legalmente emitida.

Precisamente porque se respetan los modelos de cada Estado miembro y con el objeto de posibilitar el cumplimiento de esta obligación de dispensación fuera del país de residencia, ha sido

²⁴ Sobre conflictos en materia de seguridad social europea, ver: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir) y ORTIZ CASTILLO, F. (coord.): *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*, Laborum, 2021, Murcia.

²⁵ Véase: MONEREO PÉREZ, J. L.: "La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, p. 265

²⁶ Considerando 16: La definición de asistencia sanitaria transfronteriza debe abarcar tanto la situación en que un paciente adquiera dichos medicamentos y productos sanitarios en un Estado miembro que no sea el Estado miembro de afiliación, como la situación en que el paciente adquiera dichos medicamentos y productos sanitarios en un Estado miembro que no sea aquel en que fue expedida la receta.

²⁷ Art. 14: La Unión apoyará y facilitará la cooperación y el intercambio de información entre los Estados miembros dentro de una red voluntaria que conecte a las autoridades nacionales encargadas de la sanidad electrónica que designen los Estados miembros.

necesario crear una estructura superior que ya venía prevista en el art. 14 de la Directiva: la Red de Sanidad electrónica o eHealth Network (en adelante eHN). Esta Red se constituye como un organismo político y estratégico para la Salud Electrónica en Europa. Su cometido es desarrollar un Marco Europeo de Interoperabilidad para los Servicios Transfronterizos de Información de Sanidad Electrónica (Cross-Border eHealth Information Services, en adelante, CBeHIS) con el fin de conseguir un alto nivel de confianza y seguridad, mejorando la continuidad asistencial y garantizando el acceso a una atención sanitaria segura y de alta calidad. España es parte de la eHN desde su creación en 2011, participando como miembro a través del Ministerio de Sanidad.

Para que un ciudadano pueda retirar su medicación prescrita en España en una farmacia en otro país de la Unión Europea se necesita tener una receta médica²⁸, que puede ser en papel o en soporte digital. En cualquiera de los dos casos se debe poder tener una trazabilidad de la dispensación y por eso en la Unión Europea en los últimos años se están estableciendo procedimientos para que la receta sea posible leerla, registrarla y gestionarla en cualquier estado miembro, así como leer datos básicos de salud, necesarios para realizar una dispensación informada.

Al efecto se ha creado la receta²⁹ interoperable europea (e-prescription) incluida en MyHealth@EU, que es una infraestructura digital que permite a los ciudadanos de la UE acceder a servicios de salud electrónicos en cualquier país de la UE. Junto con los servicios de receta electrónica europea está el resumen de paciente (Patient Summary), que permite a los profesionales de salud acceder a la información básica del paciente en situaciones de emergencia. Este sistema, en definitiva, está diseñado para mejorar la accesibilidad, la seguridad y la eficiencia en la prestación de atención sanitaria transfronteriza, dentro uno de los pilares, también, la protección de datos personales, que debe respetar el RGPD³⁰.

La receta electrónica europea no está incluida en la tarjeta sanitaria europea, ni es una tarjeta adicional, sino que el acceso a la medicación se hace utilizando la receta electrónica emitida en el país de origen. En el caso de España está incluida en la tarjeta sanitaria que es la que se habrá de usar también en el país de destino en la Unión Europea. Por tanto, el sistema de lectura de tarjeta de cualquier país de la Unión Europea debe ser capaz de leer y procesar la tarjeta española. Esto es lo que se denomina interoperabilidad de la receta electrónica europea. Si no existiera esta interoperabilidad el país de destino no podría intercambiar la información de la medicación y, en su caso, salud para poder realizarse la dispensación de manera segura y efectiva.

²⁸ De acuerdo con el art. 3.4.12 Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, se considera "Receta": el documento donde se prescriba un tratamiento con un medicamento o un producto sanitario extendido por quien ejerce una profesión sanitaria regulada, cuando esté legalmente facultado para ello en el Estado miembro en el que haya sido extendida. En el caso de España, la extendida por quien ejerce una profesión sanitaria regulada, cuando esté legalmente facultado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado.

²⁹ La receta se define por la Directiva 2011/24 de la siguiente manera en el art. 3, k): "la receta de un medicamento o de un producto sanitario extendida por un miembro de una profesión sanitaria regulada en la acepción del artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2005/36/CE legalmente facultado para ello en el Estado miembro en el que haya sido extendida"

³⁰ Documento de información a los ciudadanos sobre el tratamiento de sus datos personales de salud cuando solicitan en otro Estado Miembro la dispensación de un producto prescrito en el Sistema Nacional de Salud (SNS) de España https://ec.europa.eu/assets/sante/health/pins/spain/spain_epa_spanish.pdf

La gestión de la interoperabilidad se realiza a través de la red de asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea “eHealth Network” de la UE³¹, que conecta a las autoridades nacionales responsables de la eSalud designadas por los Estados miembros. Su adscripción es voluntaria por lo que la efectiva dispensación de una receta médica española en otro Estado Miembro depende de la voluntad de cada Estado. A junio de 2024³² los Estados Miembros de la UE que pueden intercambiar prescripciones electrónicas son Finlandia, Polonia, Croacia, Grecia, República Checa, Estonia, Letonia y Lituania. Además, en el caso de España no todas las tarjetas sanitarias, que tienen una gestión autonómica en su desarrollo, son interoperables con estos países. La sanidad del Principado de Asturias y La Rioja a la citada fecha siguen sin ser interoperables, con la consiguiente diferencia de trato de los ciudadanos en este punto. Hay países³³, como Alemania, Bulgaria, Luxemburgo y Rumanía, que al día de hoy no han iniciado todavía la fase de pruebas, lo que permite augurar que la realidad de la receta electrónica europea sigue siendo todavía un proyecto que no tiene una fecha prevista de finalización.

Cuestión diferente es qué es lo que debe dispensarse, ya que no todos los medicamentos están en todos los países europeos o si lo están, no todos con iguales dosificaciones. A estos efectos por medicamento debe entenderse lo previsto en la Directiva 2001/83/CE. Sin perjuicio de ello el art. 11 de la Directiva establece que “Cuando la comercialización de un medicamento esté autorizada en su territorio de conformidad con la Directiva 2001/83/CE o el Reglamento (CE) no 726/2004, los Estados miembros se asegurarán de que las recetas extendidas en otro Estado miembro a nombre de un paciente determinado pueden dispensarse en su territorio de conformidad con la legislación nacional vigente, y de que está prohibida cualquier restricción a su reconocimiento, a menos que dichas restricciones: a) se limiten a lo que sea necesario y proporcionado para proteger la salud humana y no sean discriminatorias, o b) se basen en dudas legítimas y justificadas sobre la autenticidad, el contenido o la inteligibilidad de una receta determinada.”

En cuanto al reembolso³⁴ la Directiva establece que el reconocimiento de las recetas no afectará a las normas sobre reembolso de los gastos de medicamentos.

En conclusión, lo relevante es que a través de la receta electrónica europea todos los ciudadanos europeos puedan recoger su medicación en cualquier otro estado miembro, garantizándose estándares comunes de calidad en la dispensación y seguridad de la información. Esta interoperabilidad está todavía en vía de implantación, lo que impide la utilización de la tarjeta sanitaria en países de la Unión Europea, lo que obliga en esos casos a utilizar recetas en papel, con la dificultad consiguiente de verificación por el farmacéutico de destino. A su vez, la necesaria interoperabilidad con los sistemas autonómicos supone que existan todavía comunidades autónomas cuyo sistema no está en la receta electrónica europea, con las consiguientes diferencias entre ciudadanos por razón del lugar de residencia en el acceso a servicios farmacéuticos en Europa.

³¹ Guideline on the electronic exchange of health data under Cross-Border Directive 2011/24/EU https://health.ec.europa.eu/document/download/b744f30b-a05e-4b9c-9630-ad96ebd0b2f0_es?filename=ehn_guidelines_eprescriptions_en.pdf

³² <https://www.sanidad.gob.es/areas/saludDigital/recetaElectronicaUE/mapaRecetaUE.htm>

³³ https://www.sanidad.gob.es/areas/saludDigital/recetaElectronicaUE/docs/evol_Europa.pdf

³⁴ La directiva 2011/24 aclara en su considerando 16 que “no debe abarcar solo la situación en la que el paciente reciba asistencia sanitaria en un Estado miembro distinto del Estado miembro de afiliación, sino también la prescripción, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios cuando estos sean provistos en el contexto de un servicio sanitario. La definición de asistencia sanitaria transfronteriza debe abarcar tanto la situación en que un paciente adquiera dichos medicamentos y productos sanitarios en un Estado miembro que no sea el Estado miembro de afiliación, como la situación en que el paciente adquiera dichos medicamentos y productos sanitarios en un Estado miembro que no sea aquel en que fue expedida la receta”.

6. La venta online de medicamentos

El considerando 17 de la directiva 2011/24/UE aclara que no afecta a las normas de los Estados miembros relativas a la venta de medicamentos y productos sanitarios en Internet. De lo que se concluye que la asistencia transfronteriza parte de la necesaria estancia física en otro país miembro.

Por otro lado, está vigente la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2011, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal. Esta directiva establece criterios para que los medicamentos que estén en el mercado, aquellos que se vendan ya sea de forma física u online, sean medicamentos legales. Para ello existen los dispositivos de seguridad de los medicamentos (el QR que verifica que es un medicamento legal y que permite comprobar la trazabilidad del mismo) y se crea el código. Pero lo que interesa a este estudio es que se añade un Título VII bis denominado “venta a distancia al público”, que pasa a ser el art. 85 quater de la Directiva 2001/83/CE en el que se establecen unos requisitos que permiten al consumidor final conocer que la farmacia donde va a comprar online un medicamento es una de las legalmente autorizadas en Europa (para ello deben disponer de un logotipo común).

Sin embargo, la Directiva 2011/62/UE no establece la obligación de los estados de permitir la venta online de medicamentos, sino que lo deja a su discrecionalidad, a pesar del mercado único y de la libertad de circulación. Esta es la razón por la que existen países donde la venta online de medicamentos sujetos a prescripción médica es posible (por ejemplo, Holanda, que fue la pionera junto con el ya no miembro Reino Unido) y ello determina por sí solo que haya diferentes formas de acceso a la compra del medicamento en Europa.

En España está prohibida la venta online de medicamentos para cuya dispensación se precisa receta médica, pero sí se permite la venta online de medicamentos no sujetos a prescripción médica, en virtud del Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica (en adelante RD de venta online). Los medicamentos sin receta que pueden venderse son los que la AEMPS no prohíbe expresamente³⁵, lo que genera una cierta inseguridad.

El RD de venta online es la normativa de desarrollo que prevé el art. 3 de la Ley de garantías y en virtud de la cual se prohíbe la venta, (...) por procedimientos telemáticos, de medicamentos y productos sanitarios sujetos a prescripción³⁶. La ejecución del RD de venta online corresponde a las Comunidades Autónomas sin perjuicio del sitio web de la AEMPS en el que se incluye la información que impone la Directiva Europea³⁷, que es Distafarma (<https://distafarma.aemps.es/farmacom/faces/inicio.xhtml>).

³⁵ Art. 6.2 RD venta online: “En este sitio web se publicarán los listados de medicamentos o categorías de medicamentos elaborados industrialmente no sujetos a prescripción para los que la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, mediante resolución motivada de su titular, establezca limitaciones cualitativas o cuantitativas para su venta a distancia a través de sitios web, por su potencial mal uso”.

³⁶ La normativa de desarrollo establecerá los requisitos aplicables y regulará dichas modalidades de venta con respecto a los medicamentos no sujetos a prescripción garantizando, en todo caso, que los medicamentos de uso humano se dispensen por una oficina de farmacia autorizada, con la intervención de un farmacéutico, previo asesoramiento personalizado conforme previenen los artículos 19.4 y 86.1, y con cumplimiento de la normativa aplicable en función de los medicamentos objeto de venta o de la modalidad de venta y cumplimiento de los requisitos en materia de información recogidos en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y, en el caso de los medicamentos veterinarios, se dispensen por uno de los establecimientos descritos en los párrafos a) y b) del artículo 38.2, con la intervención de un farmacéutico, debiendo asimismo cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 34/2002, de 11 de julio

³⁷ Artículo 6.1 RD venta online.

Hay dos materias que interesan a este estudio. Por un lado, el hecho de que cualquier ciudadano puede comprar en una web de otro país miembro sin que se le pueda vedar en virtud del principio de la libre circulación del art. 26 TFUE³⁸. Los pacientes en estos casos deben comprar solo en las farmacias autorizadas por cada Estado miembros de la UE para reducir el riesgo de adquirir medicamentos de calidad inferior o falsificados. Para facilitar al usuario la compra en una farmacia legal y que el medicamento no sea falso la Comisión Europea ha introducido un logotipo común que aparece en los sitios web de estas farmacias registradas³⁹. Por esta razón la farmacia española que quiere vender medicamentos (sin prescripción médica) a través de su web deberá adaptar su web e introducir el logo que permite acreditar la legalidad de la farmacia.

Por otro lado, las farmacias españolas autorizadas podrán vender a consumidores de otros estados miembro de la UE solo medicamentos no sujetos a prescripción médica que estén autorizados en la UE, ya que no se trata de una actividad de exportación. Esta venta debe respetar el art. 3.5 del RD de venta online que dice “5. Cuando el comprador se encuentre en otro Estado Miembro, la venta a distancia mediante sitios web deberá realizarse de acuerdo con los requisitos establecidos en este real decreto, así como los exigibles en el país de destino, tanto respecto a los medicamentos, incluyendo etiquetado, prospecto y clasificación, como a las condiciones de su dispensación.” Las exigencias referidas al etiquetado y prospecto dificultan la venta online fuera de las fronteras.

En 2023 de las casi 22.300 farmacias solo 711 tienen presencia en internet, el 3%, según la AEMPS, pero si se hace la prueba de clicar en Distafarma muchos enlaces no funcionan, lo que evidencia que muchas farmacias han cesado el servicio de venta online de medicamentos.

El desarrollo de webs de farmacia en España ha sido muy lento, si bien han sido dos las razones que la han impulsado, por un lado, el crecimiento que tuvieron las farmacias con presencia en Internet con motivo del Covid, y por otro, las ayudas para la digitalización o kit digital⁴⁰ que ha hecho que muchas farmacias se den de alta. Sin embargo, la necesidad del mantenimiento de la web, así como el cumplimiento de las medidas de seguridad impuestas, a lo que ha de añadirse la limitación del precio del medicamento y el costo del envío, hacen que este servicio sea todavía poco atractivo. A pesar de ello, según los datos de la macroencuesta Statista Consumer Insights⁴¹ el 93% de las personas encuestadas en España aseguran haber comprado medicamentos en una farmacia local en los últimos doce meses, frente al 13% que lo ha hecho en una farmacia online durante el mismo periodo, mientras que este porcentaje asciende al 39% en países como Alemania.

La legislación española en este sentido potencia la venta física, pero no la online, que además limita solo a medicamentos no sujetos a prescripción médica. Esto impide en la práctica el acceso del ciudadano a la medicación online en el mercado español, lo que supone una diferencia importante con países de nuestro entorno donde la venta online de medicamentos (tanto con o sin receta) convive con la venta física.

³⁸ Art. 26 TFUE: El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.

³⁹ El listado completo por países por consultarse en: <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory-overview/public-health-threats/falsified-medicines-overview/buying-medicines-online#list-of-registers-of-online-medicine-retailers-10478>

⁴⁰ <https://www.red.es/es/iniciativas/proyectos/kit-digital>

⁴¹ <https://es.statista.com/grafico/30197/encuestados-que-han-comprado-medicamentos-en-una-farmacia-en-los-ultimos-12-meses/>

7. La venta a distancia y precio

La ley de garantías en su art. 3 establece que “se prohíbe la venta, por correspondencia y por procedimientos telemáticos, de medicamentos y productos sanitarios sujetos a prescripción” y se trata de una disposición aplicable a todas y cada una de la Comunidades Autónomas. Por tanto, las farmacias españolas tienen vedada la venta a través de catálogo, por correo o por teléfono, pudiendo únicamente vender en su establecimiento físico. También tienen prohibida la venta por internet, salvo cuando se trate de medicamentos sin receta y concurriendo determinadas circunstancias que ha visto en el punto 6 de este artículo.

La limitación de venta por correspondencia de medicamentos sujetos a prescripción médica opera en España y para las farmacias españolas, lo que no impide que otras farmacias en Europa, legalmente establecidas en su territorio, puedan dispensar a paciente español, como consumidor final, al precio, no fijado por la Comisión Interministerial de Precios de Medicamentos, adscrita al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, sino el que opere en el país de dispensación o al precio que se haya acordado.

De esta forma el ciudadano puede comprar su medicamento sujeto a prescripción en farmacias fuera de España a través de medios telemáticos, catálogo o correspondencia, pagando el precio del medicamento que esté establecido en el país donde esté ubicada la farmacia dispensadora.

Esto implica que la farmacia española, que en virtud de la planificación sanitaria tiene un potencial número de clientes y de negocio, puede verse afectada por la disminución de ventas propiciada por la compra que sus hipotéticos clientes hacen en otro país de la Unión Europea. En este punto la fijación de precio en España para los medicamentos dispensados por las farmacias españolas y la imposibilidad de hacer, conforme a normativa nacional, descuentos o promociones⁴², llevan a una situación compleja para el sector.

Una de las cuestiones abordadas sobre esta materia en el TJUE en Sentencia de la Sala Primera de 19 octubre 2016, C-148/2015 ha sido si puede un Estado Miembro, imponer que todo medicamento comprado a distancia deba mantener el precio del país de domicilio del paciente justificándolo en la protección del derecho de la salud y vida⁴³, por tanto, si es acorde a derecho comunitario que se pueda imponer el precio de venta a otros países que ha tenido en cuenta y si una práctica como la realizada puede vulnerar los derechos de las farmacias rurales.

Este caso⁴⁴ gira sobre la legislación alemana que imponía a las farmacias precios uniformes para la venta de medicamentos de uso humano sujetos a receta médica⁴⁵, y obligaba expresamente

⁴² Art. 5.2 y 80.5 Ley de garantías.

⁴³ Por esta razón las razones que puede invocar el Estado miembro deben ir acompañadas de un examen de la adecuación y de la proporcionalidad de la medida adoptada por dicho Estado y de datos precisos en los que pueda sustentarse su alegación (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2015, *The Scotch Whisky Association* y otros, C-333/14, EU:C:2015:845, apartado 54 y jurisprudencia citada). Para ello debe examinarse objetivamente, con ayuda de datos estadísticos, puntuales o por otros medios, las pruebas aportadas, a fin de valorar si es posible alcanzar los fines perseguidos mediante medidas menos restrictivas de la libre circulación de mercancías (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de diciembre de 2015, *The Scotch Whisky Association* y otros, C-333/14, EU:C:2015:845, apartado 59).

⁴⁴ La Deutsche Parkinson Vereinigung (asociación alemana contra el parkinson) acordó con una farmacia neerlandesa (DocMorris) un sistema de bonificaciones. Esto se hizo mediante carta de Alemania un precio por debajo del fijado.

⁴⁵ El artículo 1 del Decreto alemán sobre el precio de los medicamentos dispone que el fabricante deberá establecer un precio para sus medicamentos al cual se añadirán, según el artículo 2 del referido Decreto, recargos destinados a los mayoristas y, en virtud del artículo 3 de dicho Decreto, a las farmacias. Este Decreto no se aplica a los medicamentos no sujetos a receta médica. Además, el artículo 7, apartado 1, número 2, de la Heilmittelwerbegesetz (Ley relativa a la publicidad en el sector de la salud) prohíbe las gratificaciones -en forma, por ejemplo, de rebajas o descuentos- y los regalos publicitarios en el caso de los medicamentos sujetos a receta médica. El paralelismo con la normativa española es notable.

a su respeto cuando los medicamentos eran enviados a consumidores finales de Alemania por farmacias establecidas en otro Estado miembro de la Unión Europea. En España está prohibida la venta por correspondencia, ya autorizada en Alemania, pero también tiene fijación de precio de medicamentos de venta público, y prohibidos los descuentos o promociones de estos con el fin de preservar el uso racional del medicamento.

El TJUE sostuvo que la fijación de precios uniformes para la venta por parte de las farmacias de medicamentos de uso humano sujetos a receta médica, constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación en el sentido del artículo 34 TFUE, ya que esta normativa afecta más a la venta de medicamentos sujetos a receta médica por parte de farmacias establecidas en otros Estados miembros que a la venta de tales medicamentos por farmacias establecidas en el territorio nacional.

Además, consideró que la fijación de precios uniformes para la venta por parte de las farmacias de medicamentos de uso humano sujetos a receta médica no puede estar justificada por razones de protección de la salud y vida de las personas en el sentido del art. 36 TFJE, en la medida en que la referida normativa no es adecuada para alcanzar los objetivos perseguidos.

Para llegar a esta conclusión sostuvo que no se había probado que la venta desde farmacias que operan a distancia puedan poner en riesgo el abastecimiento uniforme de medicamentos sujetos a prescripción médica y que tampoco se considera que “las farmacias que operan por correo estarían en condiciones de embarcarse en una competencia en términos de precio de tal manera que servicios esenciales como la asistencia de urgencia no pudieran garantizarse ya en Alemania debido a la consiguiente disminución del número de oficinas de farmacia (párr. 39)”. Por ello, cabe la competencia en precio⁴⁶ y el modelo farmacéutico alemán (donde la propiedad es de farmacéuticos) no queda afectado.

A la vista de esta sentencia pueden comprarse medicamentos sujetos a receta médica por correspondencia en otros estados miembro de la Unión Europea al precio del país de compra.

Esta doctrina permite por tanto a los Estados que sus farmacias vendan en otros Estados miembro al precio que internamente el país pueda fijar o marcar, con más o menos libertad. Esto implica que el paciente de España puede comprar a precio más barato (o más caro) en otro país europeo, siendo una cuestión que mereciera análisis si en ese caso tiene o no derecho al reembolso, sobre todo cuando se den circunstancias como el desabastecimiento.

Además, obliga a replantear si debe mantenerse el actual modelo español que prohíbe a las farmacias españolas este tipo de venta.

8. Venta a través de plataformas

El RD venta online prohíbe la venta a través de intermediarios en su art. 3 donde dice: “3. La venta de medicamentos únicamente puede realizarse directamente desde la oficina de farmacia responsable de la dispensación, sin intervención de intermediarios”. Si embargo no consta definido en la norma qué debe entenderse como tal a los efectos de la ley.

Sí consta regulado qué es la intermediación en la Directiva 2011/62/UE en su art. 1.1. b): “17 bis) Intermediación de medicamentos: todas las actividades relativas a la venta o compra de medicamentos, a excepción de la distribución al por mayor, que no incluyen contacto físico con

⁴⁶ En efecto, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, la protección eficaz de la salud y vida de las personas exige, en particular, que los medicamentos se vendan a precios razonables (véase la sentencia de 20 de mayo de 1976, de Peijper, 104/75, EU:C:1976:67, apartado 25).

los mismos y que consisten en la negociación, de manera independiente y en nombre de otra persona jurídica o física”.

Por su parte, la Ley de garantías, en la misma línea que la Directiva anterior, entiende que el intermediario es un bróker de medicamentos, para el que establece una normativa específica, incluido un registro. En este sentido en el art. 71 Ley de garantías incluye la siguiente definición: “Intermediación de medicamentos”: Todas las actividades relativas a la venta o compra de medicamentos, a excepción de aquellas incluidas en la definición de distribución mayorista, tal y como se define en este artículo, que no incluyen contacto físico con los mismos y que consisten en la negociación de manera independiente y en nombre de otra persona jurídica o física”⁴⁷.

Una de las cuestiones que, al hilo de los intermediarios en la prestación farmacéutica, está actualmente pendiente de resolver es la posibilidad de que las farmacias legalmente abiertas con autorización para venta online pueden estar también en plataformas digitales (ya sea en internet o app), como pueden ser Amazon, Glovo, Telefarmacia u otro tipo para vender o simplemente entregar medicamentos, ya sea con o sin receta.

La normativa existente genera dudas e inseguridad jurídica, siendo los tribunales los que lentamente van posicionándose al respecto sin unidad de criterio⁴⁸. Mientras tanto, la interpretación de la AEMPS en España es rígida y prohíbe que se pueda vender en cualquier otro sitio que no sea específicamente la web de la farmacia. En la misma línea se pronuncian las agencias del medicamento y gobiernos de otros países, como Francia.

Ahora bien, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de febrero de 2024 en el asunto C-606/21 obliga a realizar apreciaciones, que pueden determinar que haya de revisarse, a la luz de los tratados europeos, la interpretación que hasta ahora se ha venido haciendo sobre cómo calificar el servicio digital que dan las empresas a las farmacias.

⁴⁷ La regulación está en el Artículo 71. Ley de garantías: 1. Las personas que se dediquen a tareas de intermediación en la distribución de medicamentos de uso humano establecidas en España deberán inscribirse, de forma previa al inicio de su actividad, en un registro que la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios mantendrá a tal efecto, que incluirá todos los datos que se fijen de forma reglamentaria. Las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas tendrán acceso a los datos completos de este registro a efectos de inspección. Este registro será de acceso público.

2. Las personas que se dediquen a la intermediación en el comercio de medicamentos deberán cumplir las obligaciones que vengan impuestas en la normativa vigente, así como las disposiciones específicas incluidas en las buenas prácticas de distribución de medicamentos publicadas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

⁴⁸ Es interesante constatar que uno de los elementos sobre los que gira el conflicto es sobre la figura del mandato que se opone a la intermediación.

En este sentido la STSJ de Castilla La Mancha de 10/12/2007 (ECLI:ES:TSJCLM:2007:3581) afirma que “Prácticamente todo el mundo, en alguna ocasión, ha comisionado, informalmente, a un tercero para que, receta en mano, se acerque a la farmacia a fin de obtener el medicamento; el farmacéutico, dispensa el medicamento en cuestión a quien le presenta la receta, sin pedirle el DNI, y este tercero, familiar o amigo, lleva el medicamento al destinatario final. En este supuesto nadie se cuestiona que el farmacéutico cumpla adecuadamente su obligación informativa profesional para la adecuada prestación del servicio, y mucho menos es imaginable la imposición de una sanción”, concluyendo que no cabe sanción en el caso de un mandato a un alguacil de un pueblo que va a la farmacia a recoger la medicación de quienes se lo piden.

Por otro lado, la TSJ de Andalucía (Granada) de 28-12-2000, nº 1740, 2000, rec. 1750/1996 sostiene que “el hecho de su entrega a un tercera persona distinta del paciente, sea un familiar o tercero enviado a recogerlo -como con frecuencia ocurre en el caso de personas enfermas o incapacitadas que no pueden desplazarse a la oficina de farmacia- sea a través de un servicio de correos o mensajería, a solicitud del propio paciente, este hecho, decimos, no desvirtúa que la dispensación se haya producido en la oficina de farmacia y bajo la dirección, actuación y responsabilidad del farmacéutico, como exigen los art. 3, 4 y 8, 9 de la Ley 25/1990”.

Incluso el Tribunal Supremo en sentencia 4101/2021 de 2 de noviembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4101 sostiene que “no es entrega a terceros la recogida del medicamento en la oficina de farmacia por una persona de confianza o del entorno familiar del paciente que así se lo pide” añadiendo que La dispensación y entrega pueden no coincidir en el tiempo y que existen diferentes fórmulas de entrega de la medicación al paciente.

Más recientemente, la STSJ Madrid 11805/2022, de 16/09/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:11805 resuelve el caso de Telefarmacia APP considerando que existe intermediación, centrándose el argumento la forma de pago del medicamento que se hace en la APP.

El asunto objeto del procedimiento es la licitud de la venta online de medicamentos no sujetos a prescripción a través de la plataforma www.doctipharma.fr, que no vende, sino que actúa como agregador de farmacias autorizadas legalmente para que sean ellas las que vendan finalmente el medicamento. Doctipharma, por lo tanto, pone a disposición de las farmacias un sitio desde donde ellas directamente pueden vender. La intermediación no es, por lo tanto, en la venta, pero sí se facilita un canal de venta así como otros servicios por los que pagan una cantidad.

La legislación francesa⁴⁹ prohíbe la intermediación en la venta de medicamentos y en las diferentes instancias judiciales se acordó que había intermediación y por tanto la actividad de Doctipharma era ilegal ordenándose el cierre de la web, hasta que la Cour d'appel de Paris solicitó al TJUE que se pronunciase sobre seis cuestiones⁵⁰, concluyendo que:

- Un servicio prestado en un sitio de Internet consistente en poner en contacto a farmacéuticos y clientes para la venta, desde los sitios de las oficinas de farmacia que se han suscrito a dicho servicio, de medicamentos no sujetos a receta médica está comprendido en el concepto de “servicio de la sociedad de la información”, en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34 y del artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2015/1535.
- Los Estados miembros, sobre la base del artículo 85 *quater* de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, en su versión modificada por la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, pueden prohibir la prestación de un servicio consistente en poner en contacto, a través de un sitio de Internet, a farmacéuticos y clientes para la venta, desde los sitios de Internet de las oficinas de farmacia que se han suscrito a dicho servicio, de medicamentos no sujetos a receta médica si se demuestra, habida cuenta de las características de ese servicio, que el prestador de este procede por sí mismo a la venta de tales medicamentos sin estar autorizado o facultado para ello por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio está establecido.

La implicación de esta sentencia es de calado, ya que lo relevante es quien realmente vende el medicamento, no la plataforma a través de la cual se hace.

Por tanto, tras esta sentencia del TJUE podría pensarse en que las farmacias españolas podrían utilizar servicios de la sociedad para poder potenciar la venta de medicamentos y, de esta forma, aproximarse a lo que otros ciudadanos europeos ya disfrutaban.

⁴⁹ El artículo que se considera vulnerado es el siguiente: “*Se prohíbe a los farmacéuticos recibir pedidos de medicamentos y de otros productos u objetos mencionados en el artículo L. 4211-1 de forma habitual a través de intermediarios, así como dedicarse al tráfico y a la distribución a domicilio de los medicamentos, productos u objetos antes citados, cuyos pedidos les hayan llegado de este modo*”

⁵⁰ “1. ¿Debe calificarse la actividad ejercida por Doctipharma en y desde su sitio web www.doctipharma.fr [...] como “servicio de la sociedad de la información” en el sentido de la Directiva [98/34]?
 2) En ese supuesto, ¿está comprendida la actividad ejercida por Doctipharma en y desde su sitio web www.doctipharma.fr [...] en el ámbito de aplicación del artículo 85 *quater* de la Directiva [2001/83]?
 3) ¿Debe interpretarse el artículo 85 *quater* de la Directiva [2001/83] en el sentido de que la prohibición, derivada de una interpretación de los artículos L. 5125-25 y L. 5125-26 del Código de Salud Pública, de la actividad ejercida por Doctipharma en y desde su sitio web www.doctipharma.fr [...] constituye una restricción justificada por razones de protección de la salud pública?
 4) En caso contrario, ¿debe interpretarse el artículo 85 *quater* de la Directiva [2001/83] en el sentido de que autoriza la actividad ejercida por Doctipharma en y desde su sitio web www.doctipharma.fr [...]?
 5) En tal supuesto, ¿está justificada la prohibición de la actividad de Doctipharma, derivada de la interpretación efectuada por la Cour de Cassation [Tribunal de Casación] de los artículos L. 5125-25 y L. 5125-26 del Código de Salud Pública, por razones de protección de la salud pública en el sentido del artículo 85 *quater* de la Directiva [2001/83]?
 6) En caso contrario, ¿debe interpretarse el artículo 85 *quater* de la Directiva [2001/83] en el sentido de que autoriza la actividad de “servicio de la sociedad de la información” propuesta por Doctipharma?”

9. Cambios que anticipan una posible redefinición de la prestación farmacéutica y la planificación de las farmacias

Los cambios que pueden propiciar una redefinición de la prestación farmacéutica en España son comunes a otros países de nuestro entorno jurídico. Se pueden concretar de la siguiente manera:

a) Los cambios sociales y demográficos

Existe un cambio social ligado a un mayor uso de Internet y aplicaciones informáticas para atender las necesidades básicas, que ha sido impulsado en los años del *Covid*.

Además, el paciente en muchas ocasiones no vive con la familia, ya sea porque es mayor o porque ha optado por vivir solo. La independencia en la forma de vida impide que exista un trato de confianza con los vecinos, lo que impide que soluciones tradicionales como que vaya un familiar o un vecino a recoger la medicación comienzan a decaer⁵¹.

Por otro lado, el aumento de edad, la dependencia, de vulnerabilidad de la población y el riesgo o distancia física a la farmacia obliga a pensar en sistemas alternativos a la dispensación personal en la farmacia. En este punto el Real Decreto-ley 5/2024, de 28 de junio, ha colado de rondón un artículo que modifica la Ley de garantías sobre entrega de medicamentos a domicilio. En un único artículo, el 207 que añade un apartado, el 8 al art. 3 de la Ley de garantías, se contemplan los casos en que se pueden enviar medicamentos al paciente, incluso a su domicilio, a lo que la norma ahora llama “dispensación no presencial” y que deja a las Comunidades Autónomas su regulación.

b) Los cambios tecnológicos

La digitalización de la población española es alta. Además, la implementación de tarjeta sanitaria electrónica con la consiguiente eliminación de las recetas en papel supone una renovación de medicamentos en tarjeta sanitaria automática⁵² casi siempre por término de un año y evita que el paciente deba ir al médico. En otro orden de cosas, la población paga cada vez más con tarjeta de pago o de crédito, dejando en último lugar el pago en metálico.

Entre las actuaciones realizadas por Internet destaca la compra de bienes y servicios, por lo que si fuera posible la compra del medicamento por Internet u otra forma digital en un sitio legal es probable que el consumidor final lo utilizara.

Ya se ha visto que no se pueden ofrecer y vender medicamentos con receta en España a través de internet por las farmacias, pero existen diversas iniciativas en España que están actualmente pendientes de procedimientos judiciales en las que la elección de la farmacia la hace el paciente y es un tercero, quien recoge la medicación en base a un mandato.

c) El teletrabajo

El aumento del teletrabajo ha impulsado la adopción de herramientas digitales y servicios online, así como la dependencia de soluciones tecnológicas, lo que supone que los pacientes pueden usar más fácilmente servicios digitales y aplicaciones de farmacia para gestionar sus

⁵¹ En estos casos no se planteaba la legalidad o no de la dispensación y se asumía como válido el mandato oral, que no era verificado por la farmacia para la dispensación. Tampoco se cuestionaba si el medicamento iba a estar bien custodiado o con trazabilidad de temperatura, sino que simplemente se entregaba debiendo asumir quien lo recogía que llegaba en perfecto estado al paciente. De esta forma la responsabilidad de la farmacia terminaba con la entrega al mandatario, igual que cuando se entregaba al propio paciente.

⁵² Según la Comunidad autónoma y el tipo de medicamento los plazos pueden ser de 3, 6 o 12 meses. Luego muchas renovaciones se hacen a través de consulta telefónica.

medicamentos o recibir recordatorios. Sin embargo, al día de hoy no pueden hacer pedidos online salvo de medicamentos sin prescripción médica.

Además, el teletrabajo puede permitir, dependiendo de las normas internas de la empresa, que la persona trabajadora pueda estar en otra ciudad o, incluso en otro país, sin que ello pueda impedirle el acceso a su medicación. Una posible venta online podría facilitar a la persona que teletrabaja que sea su farmacia de siempre la que le siguiera dando el servicio.

d) Cambios de consumo

Por otro lado, la forma de consumir de las personas en España, como en otros países de nuestro entorno jurídico, han cambiado y siguen cambiando, siendo una de las cuestiones con más impacto en los negocios (y la farmacia es también un negocio) la entrega a domicilio de todo tipo de productos, desde la comida preparada a la ropa o cualquier otro producto de consumo.

En relación con la entrega a domicilio si bien casi cualquier mercadería es posible que se lleve a domicilio, en el caso de los medicamentos existe una importante limitación, que responde a la tradición, y a la necesidad (con mayor o menor acierto) de mantener el modelo farmacéutico.

10. Conclusiones

Los ciudadanos tienen derecho a recibir su medicación en cualquier parte del territorio español, pero también en los países de la Unión Europea.

La implantación de la receta electrónica interoperable a nivel nacional ha sido un avance para que el reconocimiento del derecho sea más sencillo para el ciudadano, ya que le basta con tener su tarjeta sanitaria, sin más trámite adicional.

Cuestión diferente es el acceso al medicamento en un país miembro de la Unión Europea. A pesar de los esfuerzos para que los sistemas de receta electrónica de cada país puedan leer y permitir la dispensación de las recetas españolas todavía no hay un reconocimiento general de la receta electrónica española. En este sentido hay comunidades autónomas que todavía no han realizado las gestiones necesarias para que su receta sea reconocida en Europa. Además, hay mucha diferencia en la evolución de la interoperabilidad en función de países, de modo que, si bien hay un crecimiento en el reconocimiento, hay otros que todavía no han iniciado actuación alguna para avanzar en la interoperabilidad de su receta.

Por otro lado, existe una gran diferencia en las normativas europeas sobre dispensación online, lo que genera diferencias. En el caso de España solo se pueden vender online medicamentos no sujetos a prescripción médica con requisitos estrictos que limitan a las farmacias el ofrecimiento del servicio. Además, se impide la dispensación con intermediarios lo que limita la venta a través de plataformas, cuestión que deberá revisarse ante la reciente sentencia del TJUE.

Finalmente, los cambios sociales, tecnológicos, de consumo, e incluso el teletrabajo pueden ser el detonante para la introducción de cambios en la dispensación si se quiere mantener el modelo de farmacia.

11. Bibliografía

DUEÑAS HERRERO, L. J.: “La delimitación de competencias entre la norma estatal y la autonómica en orden a la regulación de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud”, *Revista De Derecho De La Seguridad Social Laborum*, núm. 3, 2023, 159-167. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/872>

- ENRÍQUEZ FERNÁNDEZ, S. y DEL CASTILLO RODRÍGUEZ, C.: “Análisis de los modelos de oficina de farmacia al servicio de la salud pública en la Unión Europea según los criterios de planificación y restricción de la titularidad. El principio de proporcionalidad”, *Derecho y Salud*, vol. 31 (Extraordinario).
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., GARCÍA VIEITEZ, J. J. y DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, G.: “La prestación farmacéutica a través de algunas cuestiones relacionadas con la apertura de oficinas de farmacia (a propósito de la STSJ, Contencioso-Administrativo, Madrid 31 enero 2020)”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, ISSN-e 2529-8941, Nº. 7, 2020.
- Guideline on the electronic exchange of health data under Cross-Border Directive 2011/24/EU https://health.ec.europa.eu/document/download/b744f30b-a05e-4b9c-9630-ad96ebd0b2f0_es?filename=ehn_guidelines_eprescriptions_en.pdf
- Ministerio de Sanidad, *Prestación Farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud*, 2022. *Informe monográfico*, NIPO 133-22-089-8, https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/tablasEstadisticas/InfAnualSNS2022/Informe_PrestacionFarmaceutica_2022.pdf
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D.: “La regulación española de las oficinas de farmacia en el contexto del mercado único a la luz de la jurisprudencia europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 10, 2009.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.: “La competencia de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica”, *Revista Jurídica de Navarra*, 20, 1995.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.: “La reserva de la propiedad y la titularidad de las oficinas de farmacia a los farmacéuticos no es contraria al Derecho comunitario europeo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 777, 2009.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (dir) y ORTIZ CASTILLO, F. (coord.): *Los reglamentos de coordinación de sistemas de seguridad social en la Unión Europea*, Laborum, 2021, Murcia.
- SANTOS, B. y PÉREZ, I.: “Dispensación de medicamentos de especial control”, *Sociedad Española de farmacia hospitalaria*, disponible en <https://www.sefh.es/bibliotecavirtual/fhtomo1/cap2612.pdf>

USO, VALIDEZ Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA DIGITAL EN EL PROCEDIMIENTO SOCIAL

JOSÉ IVÁN PÉREZ LÓPEZ

*Grupo PAIDI SEJ-587 sobre
Economía y fiscalidad frente al envejecimiento poblacional
Universidad de Málaga^{1, 2}
ORCID: 0009-0005-0865-0125*

1. Introducción

Los avances tecnológicos están adquiriendo protagonismo a la hora de llevar a cabo la aportación de prueba en diferentes procesos y en todos los órdenes jurisdiccionales. En el caso de España y, dentro del orden social, podemos encontrar que la aportación de la prueba digital está sustituyendo la tradicional prueba documental. Ello se debe a la gran relevancia del avance tecnológico y a la digitalización de las comunicaciones en el ámbito profesional y laboral. Esta cuestión se aborda en el marco del derecho procesal laboral, que reconoce la incorporación de medios electrónicos como pruebas válidas en los juicios laborales. En este sentido, de conformidad con la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la cual es de aplicación supletoria, contempla la admisibilidad de documentos electrónicos y comunicaciones digitales, tales como correos

¹ Este artículo ha sido redactado en condición de investigador en el marco del I Plan Propio de Investigación, Transferencia y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga: A1 Ayudas para la iniciación a la investigación, convocatoria de Ayudas de Iniciación a la Investigación para estudiantes de Grado y Máster.

² También ha sido realizado en el marco de las Redes de I+D+i de la Universidad de Málaga titulados: “Hacia una transformación digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales” (referencia B1-2023_031), y “El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar” (referencia B1-2021_11).

electrónicos, mensajes de texto, conversaciones en redes sociales, pantallazos, grabaciones y registros de actividad en sistemas informáticos.

Estos documentos pueden ser presentados como pruebas en el plenario siempre que se hayan observado determinados requisitos de admisibilidad y autenticidad. No obstante, lo cierto es que, tanto el Tribunal Supremo como las instancias inferiores se han mostrado escépticos respecto a la presentación de algunos de estos medios de prueba y de su validez, habida cuenta de su fácil manipulación por la parte que los aporta, arrojando dudas razonables sobre su validez. También la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, ha adquirido cierto protagonismo en este sentido, pues la forma de conseguir algunas de las mencionadas pruebas vulneran determinadas garantías reconocidas en la referida normativa, debiendo declararse nulas en el proceso. Por ello, resulta de gran relevancia el análisis del impacto en las normas procedimentales sobre el Derecho Constitucional y el Derecho Laboral a fin de conciliarlas con este cambio de paradigma de la prueba digital, delimitar lo que constituye objeto de prueba o no, analizar los presupuestos para su licitud así como identificar los criterios jurisprudenciales que han ido resolviendo la casuística de los últimos años. También se analizará el impacto de la falta o insuficiente de la brecha digital en los trabajadores y su afectación dentro del proceso, ya que aunque parezca una cuestión extramuros del Derecho procesal, lo cierto es que puede llegar no sólo a trascender otras dimensiones sino a generar un tipo de indefensión específica si no se establecen una serie de garantías procedimentales.

2. La acomodación jurídica de la prueba digital en el ordenamiento jurídico estatal

2.1. Origen y normativa aplicable

La presentación de este tipo de pruebas han ido alcanzando protagonismo como arma procesal válida desde la entrada del siglo XXI. Tal y como ya auguraba la exposición de motivos de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, una Administración a la altura de los tiempos en que actúa, tiene que acompañar y promover en beneficio de los ciudadanos el uso efectivo e igualitario de las comunicaciones electrónicas. Estos han de ser los primeros y principales beneficiarios del salto, un avance impensable hace sólo unas décadas, pues se ha producido vertiginosa y abruptamente una transformación sin precedentes dentro del campo de la tecnología de la información y las comunicaciones electrónicas. Esta luz verde a la digitalización, se había reconocido por primera vez apelando a la necesidad de modernización de la administración de justicia, en conjunción con el imperativo constitucional reconocido en el artículo 103, ya que se reconoce la eficacia como uno de los principios elementales de los servicios públicos. Sin embargo, no se hace mención alguna a la prueba en el proceso.

Más adelante, El Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, celebrado el 12 de noviembre de 2008 incluyó medidas de perfeccionamiento de la Administración de Justicia, entre las que destacó la a aplicación de las Nuevas Tecnologías, dentro del marco general conocida como e-Justicia, una plataforma electrónica que implementa herramientas TIC para el funcionamiento de la Administración de Justicia. No se pronunciaba sobre la regulación de la aportación de la prueba digital en el proceso. No es hasta 2010 donde empiezan a presentarse de manera considerable pruebas de naturaleza informática, tales como discos, documentos en USB, vídeos, grabaciones etc., aumentando notablemente su incorporación hasta nuestros días. Ello desembocó en la promulgación de la LRJS³ cuyo artículo 90 reconocía la posibilidad de servirse de cuantos medios de prueba

³ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. “BOE” núm. 245.

se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos. En 2015 se modifica el artículo 382.1 de la LEC, reconociendo a las partes proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. En 2018 se habilita para los juzgados y tribunales utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, de conformidad con la modificación operada en 2018 reflejada en el artículo 230.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se observa un progresivo desarrollo aunque de poca celeridad. Así las cosas, el punto de inflexión que generó un acelerón sin precedentes no fue solo la influencia de las tecnologías en el entorno social, sino también la necesidad de su utilización derivada de la pandemia de Covid-19. Esto resultó en la promulgación de dos leyes cruciales:

- Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁴;
- Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁵.

Dichas normativas pretendían establecer medidas de carácter organizativo y tecnológico destinadas a afrontar de manera inmediata las consecuencias de la crisis del COVID-19 sobre la Administración de Justicia. Así, se establecía la celebración de actos procesales preferentemente mediante la presencia telemática de los intervinientes para garantizar la protección de la salud de las personas y minimizar el riesgo de contagio. La lógica consecuencia de la posibilidad de actuaciones judiciales de esta índole supuso la incorporación y aparición al proceso de documentos digitales, tales como providencias, autos sentencias etc⁶, llegando incluso a abarcar determinados actos procesales⁷, reconociéndoles plena validez en el proceso. A dicha situación se añade la necesidad de introducir mecanismos eficientes que resultan imprescindibles para acoger el previsible incremento de la litigiosidad en los próximos tiempos y para recuperar el pulso de la actividad judicial como medidas de agilización de los procedimientos en los distintos órdenes jurisdiccionales, vinculadas en alguna ocasión a las correlativas y necesarias modificaciones en leyes sustantivas⁸.

⁴ “BOE” núm. 119, de 29/04/2020.

⁵ “BOE” núm. 250, de 19/09/2020

⁶ SERRANO ESPINOSA, M.: “Indefensión telemática y prueba digital en el proceso laboral”, España, *Diario La Ley*, 2018, pp. 2-4.

⁷ La STS 4459/2020 recurso 335/2017 afirmó que la notificación telemática de una resolución judicial a un profesional del derecho constituye un acto de comunicación plenamente válido que debe desplegar sus efectos, sin que ello suponga una aplicación irrazonable de las normas procesales. El hecho de que el Juzgado de lo Social hiciera sus notificaciones por correo certificado no impide que el TSJ las realice telemáticamente a los profesionales del derecho, las cuales deben desplegar todos sus efectos. A la vista de los citados extremos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 152.2 en relación con el art. 162.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, forzoso es concluir que la sentencia dictada por el TSJ se notificó en forma a la parte demandada en fecha 7 de febrero de 2017. Por consiguiente, al haberse presentado el escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina el día 28 de marzo de 2017, debemos concluir que concurre la causa de inadmisión prevista en el art. 225.1 de la LRJS consistente en el defecto insubsanable de haberse preparado fuera de plazo de diez días establecido por el art. 220 de la LRJS.

⁸ Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia. Documento disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>

2.2. El Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre

El Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, establece medidas urgentes para la ejecución del famoso Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en varias áreas cruciales como el servicio público de justicia, la función pública entre otras. En relación con el Servicio público de justicia, se introdujeron medidas para la digitalización y eficiencia del sistema judicial. Dicho Decreto abarcaría la reforma de la tramitación electrónica de procedimientos, el acceso digital a la administración de justicia, y la cooperación entre administraciones para mejorar la interoperabilidad y seguridad. Como consecuencia normativa, se añadió el artículo 137 bis en la LEC referente a las actuaciones judiciales mediante vídeo conferencias:

- Las partes, peritos y testigos que deban intervenir en cualquier actuación por videoconferencia lo harán desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo. En el caso de disponer de medios adecuados, dicha intervención también se podrá llevar a cabo desde el juzgado de paz de su domicilio o de su lugar de trabajo.
- Estas intervenciones podrán hacerse desde cualquier lugar, siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente.
- El uso de medios de videoconferencia deberá solicitarse con la antelación suficiente y, en todo caso, diez días antes del señalado para la actuación correspondiente

En lo concerniente específicamente al ámbito laboral y la jurisdicción social, la modificación del artículo 44 de la LRJS reconoce la posibilidad a las partes de elegir en todo momento si actúan ante la Administración de Justicia a través de medios electrónicos o no. La reforma operada por el Real Decreto, reconoce a las partes del proceso laboral un auténtico derecho subjetivo para decidir de qué manera pretenden relacionarse con los juzgados y tribunales. Respecto a los actos de comunicación en el proceso social, el artículo 53.2, en consonancia con la posibilidad reconocida en el artículo 44, una vez decantada la parte por relacionarse electrónicamente, deberán señalar el domicilio físico, teléfono y dirección electrónica, en el caso de las personas obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, para la práctica de actos de comunicación. El domicilio y los datos de localización facilitados con tal fin surtirán plenos efectos y las notificaciones en ellos intentadas sin efecto serán válidas hasta tanto no sean facilitados otros datos alternativos, siendo carga procesal de las partes y de sus representantes mantenerlos actualizados. Asimismo, deberán comunicar los cambios relativos a su número de teléfono, fax, dirección electrónica o similares, siempre que estos últimos estén siendo utilizados como instrumentos de comunicación con el tribunal. Esta regla responde a la clásica carga de la prueba reconocida en el artículo 217.1 y 2 de la LEC, traducida en la obligación de la parte de probar los hechos en los que funda su pretensión.

Dichas modificaciones han supuesto un contundente cambio respecto a la forma en que deben realizarse no sólo las notificaciones de documentos y escritos, si no el cambio en la forma en la que debían presentarse los documentos y escritos que dieran lugar al primer emplazamiento o citación del demandado, cambiando drásticamente la doctrina del Tribunal Constitucional en este sentido⁹. La aparición del 155.2 a) de la LEC ya concede la posibilidad de realizar el primer

⁹ La STC 47/2019, de 8 de abril de 2019, en recurso de amparo núm. 5693-2017, afirma que antes de la reforma operada por el Real Decreto 6/2023 no procedía efectuar por medios electrónicos la citación o emplazamiento del demandado aún no personado en el procedimiento, pues esos actos deben realizarse por remisión a su domicilio. El criterio sintetizado en la sentencia objeto de cita (que es diametralmente opuesto al que sustenta la juzgadora a quo), se extrae sin dificultad de la interpretación conjunta de los arts. 53.1 y 56.1 LJS y 155.1 y 2 LEC. Y corrobora lo expuesto, la obligación que impone el segundo párrafo del art. 273.4 LEC, consistente en tener que presentar en soporte de

emplazamiento o citación del demandado de forma telemática, siempre que se autentique la comunicación y su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión, recepción íntegras y del momento en que se hicieron. De todo este recorrido descrito, en ningún momento se hace referencia que dicha posibilidad de relacionarse o no electrónicamente, implique implícitamente otra forma de aportar fuentes de prueba que sean de otra naturaleza, pues siempre deberán ser digitales. Respecto a la indefensión digital, el Real Decreto es claro, en virtud de su artículo 41.1: Las partes o intervinientes deberán presentar todo tipo de documentos y actuaciones para su incorporación al expediente judicial electrónico en formato electrónico. Por ministerio de la Ley se ha vedado la posibilidad de presentar una alternativa documental física. La disposición adicional segunda contiene una relajada protección a aquellas personas con dificultades, estableciendo que todos los ciudadanos, con especial atención a las personas mayores o personas con algún tipo de discapacidad, que se relacionan con la Administración de Justicia, puedan acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos. Dicha disposición viene a acomodar una parte de los principios pretendidos en el preámbulo, Pero con un fuerte componente formalista¹⁰, pues se desconoce si se reconocen tales principios dentro de un proceso, es decir a la parte actora o demandada.

2.3. La prueba digital como fuente y medio de prueba

Cuando hablamos de fuente de prueba nos referimos a los elementos que existen en la realidad y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho. El medio de prueba supone una actividad procesal de las partes y del juez para incorporar al proceso las fuentes de prueba y obtener de las mismas los correspondientes resultados¹¹. Para Montero Aroca la fuente de prueba es un concepto extrajurídico; una realidad anterior al proceso y existe independientemente de él, y el medio de prueba alude a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan, y son actividades que es preciso desplegar para incorporar a las fuentes del proceso¹². Las fuente es lo sustancial y material; el medio, lo adjetivo y formal Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en STS 23 de julio 2020 recurso 239/2018, ha añadido que los medios de prueba son los instrumentos de intermediación requeridos por el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior, mientras que la fuente de prueba se refiere a la fuente de información del mundo exterior que está en capacidad de ofrecer el medio de prueba. Las fuentes de prueba que se incorporan al proceso a través de los medios de prueba son ilimitadas (art. 299.3 LEC). La LEC sanciona el carácter de *numerus apertus* de las fuentes de prueba, pero los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC. La controversia radica en determinar si la concisa regulación de estos medios probatorios establecida en la LEC (arts. 299.2 y 382 a 384) configura unos medios de prueba autónomos, es decir, unos complejos normativos completos, o si dichas normas no constituyen medios de prueba independientes sino que deben ponerse en relación con la prueba documental.

papel las copias de los escritos y documentos presentados por vía telemática o electrónica que den lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento del demandado. La finalidad que racionalmente se infiere de ese mandato no es otra que la de trasladar al referido demandado las copias presentadas en papel.

¹⁰ Tal y como dispone su preámbulo, la transformación digital de la Justicia favorece y posibilita una Justicia más próxima y accesible, pero ello no es neutro desde el punto de vista social y económico, pudiendo identificarse, entre otros, un impacto de género, educativo, geográfico, económico, de edad, o por razón de discapacidad. Será necesario, pues, que, desde el mismo momento del diseño de los sistemas informáticos de Justicia, se aborde específicamente cuáles son, sobre quiénes se produce y por qué surge cada tipo de brecha, y, a través de este análisis, se dispongan los mecanismos necesarios para su eliminación o reducción.

¹¹ VV. AA.: *conceptos de Derecho procesal civil*, ROBLES GARZÓN, J. A., (Dir.), Madrid, Tecnos, 2019, pág. 337.

¹² MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 234.

Continúa dicha sentencia afirmando que la LEC contiene preceptos favorables al concepto amplio de prueba documental: arts. 326.3, 327, 333 y 812.1.1º. La LEC no regula dos medios de prueba nuevos sino únicamente unas fuentes de prueba. Los arts. 299.2, 382.1 y 384.1 de la LEC se limitan a enumerar diferentes instrumentos y actividades. Se trata de una regulación brevísima: la LEC se ha limitado a establecer las peculiaridades de estas fuentes de prueba porque, a diferencia de los documentos escritos, no basta con dar traslado de estas pruebas a la parte contraria sino que normalmente es preciso proceder al visionado del vídeo, a la escucha del audio o al examen del instrumento de archivo. Pero los medios de prueba son los enumerados en el art. 299.1 de la LEC, los cuales constituyen un *numerus clausus*.

3. La constitucionalidad de la prueba digital

El artículo 24 de la Constitución española consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuyo apartado 2 garantiza la utilización del justiciable de los medios de prueba pertinentes para su defensa. Este derecho comprende cualquier tipo de proceso y respecto de cualquier orden jurisdiccional, Civil, Penal, Contencioso-Administrativo o Social¹³. Se trata de un derecho fundamental de carácter activo y no reaccional que conforma la tensión entre el derecho a presentar pruebas y la indefensión¹⁴. La STC 73/2001 añadió respecto a esta tensión que, la lesión de este derecho invocado sólo se habrá producido si, en primer término, la falta de práctica de la prueba es imputable al órgano judicial y, en segundo término, si esa falta generó indefensión material a los recurrentes. Se requiere que la imposibilidad de valerse de determinadas pruebas sea imputable al órgano judicial.

La constitucionalidad de la prueba digital exige respetar una serie de requisitos para que puedan ser incorporadas al procedimiento. Esta garantía depuradora en cualquier clase de procedimiento, se encuentra recogida en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al proscribirlas so pena de nulidad, las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Dicha prohibición se encuentra avalada por el artículo 55.5 del Estatuto de los trabajadores para determinados supuestos junto con la LRJS¹⁵.

La cuestión de la licitud no es baladí pues deben cumplirse determinadas exigencias propias de la naturaleza de la prueba digital, habida cuenta que su presentación sin las debidas garantías puede vulnerar derechos fundamentales como la intimidad personal, el secreto de las comunicaciones y normativa de protección de datos, artículos 18.1, 2 y 4 de la Constitución

¹³ STC 173/2000 de 26 de junio ya reconocía que el art. 24.2 CE ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, ejercitable en cualquier tipo de proceso que “garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento” (STC 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). Por tratarse de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido coadyuva activamente el propio legislador, por lo que necesariamente la acotación de su alcance “debe encuadrarse dentro de la legalidad” (STC 167/1988, de 27 de septiembre, FJ 2)

¹⁴ LORCA NAVARRETE, J. F. y LORCA MARTÍN DE VILLODRES, M. I.: *Derechos Fundamentales y jurisprudencia*, Madrid, Pirámide, 2010, pp. 477-478.

¹⁵ Artículo 90.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre: No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Esta cuestión podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia

española. La nulidad es la máxima sanción que el ordenamiento preceptúa al negar que la prueba pueda producir efectos jurídicos, expulsando del proceso dicha prueba, con efecto *ex tunc*.

Una vez superado el primer filtro de la licitud, debemos examinar el segundo: la pertinencia de la prueba. Según las SSTC 51/1985; 165/2001; 147/2002 y 70/2002, el juez no se encuentra obligado a aceptar cualquier tipo de prueba, sino que debe guardar relación con lo que es objeto del litigio, es decir, toda prueba que verse sobre el *thema decidendi*¹⁶. La pertinencia se encuentra conceptuada mediante pacífica doctrina del Tribunal Constitucional, SSTC 52/1989; 70/2002; 109/2002 y 147/2002, y se refiere a aquella prueba susceptible de ser calificada como útil, lícita e idónea para el proceso. Debe versar sobre hechos y no sobre proposiciones jurídicas que no sean notorios y que por ello la precisen y que estén relacionados con el objeto del proceso y las alegaciones de las partes. Son lógicamente las partes proponentes quienes han de argumentar su trascendencia y por tanto su pertinencia, siendo el juez quien realice el juicio de pertinencia que le lleve finalmente a la adopción de la decisión que corresponda la decisión que ha de adoptarse con suficiente motivación y razonabilidad. Es importante subrayar que el principio de igualdad de armas ha de desplegar aquí todos sus efectos para asegurar el objetivo de este derecho sin violentar los principios de igualdad¹⁷ y de contradicción¹⁸. Para verse vulnerado dicho derecho, la prueba digital debe ser negada por el órgano jurisdiccional, privándose a la parte de una prueba necesaria para probar hechos decisivos a su pretensión, en conjunción con la STC 351/1993.

La innovación tecnológica en las relaciones procesales sociales no solo busca aumentar la eficacia de las partes para defender sus intereses o pretensiones, sino que también pretende acercar la verdad jurídica a la realidad y asegurar la igualdad de oportunidades procesales¹⁹. Por ello, la sofisticación del tipo de pruebas que puede presentarse a un proceso puede atentar contra el principio de igualdad de armas, ya que la brecha digital, las competencias digitales y la digitalización de las relaciones puede afectar a dicho principio si la parte desconoce que puede hacer uso de pruebas digitales, al desconocerlas por completo, limitando su derecho a la aportación sólo de pruebas convencionales.

El último requisito, de naturaleza procedimental, es el reflejado en el artículo 230.2 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, el cual dispone que los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad e integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales. En el caso que nos ocupa, son las recogidas en los artículos 90 a 96 de la LRJS. La argumentada naturaleza documental de este tipo de prueba ha sido cuestionada, ya que la STS 16 de junio de 2011 afirmó su autonomía respecto de la prueba documental, aunque se adapten a formato papel, (por ejemplo fotocopiando un pantallazo de whatsapp y añadirlo a la documental de la demanda). En ciertos litigios se ha calificado como documento privado TSJ de Catalunya 11 de noviembre de 2013 o TSJ de Aragón de 17 de noviembre de 2010, aunque se eleven a escritura pública mediante notario²⁰. La STS 23 de julio de 2020 recurso 239/2018 sigue afirmando lo anterior, concluyendo que los medios probatorios enumerados en el art. 299.2 de la LRJS (medios audiovisuales y soportes electrónicos) tienen

¹⁶ VV.AA.: *Manual de Derecho Constitucional*, Francisco Balaguer Callejón (Dir.), Madrid, Tecnos, 2019, pp. 330-331.

¹⁷ la STC 3/1983 afirmaba que la desigualdad originaria entre trabajador y empresario tiene su fundamento no solo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula.

¹⁸ VVAA.: *Manual de Derecho Constitucional...ob cit.* pp.330-331.

¹⁹ DE LA CASA QUESADA, S.: "Retos del régimen de la prueba en el proceso social y sus recursos, en especial ante la transformación digital", Madrid, *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*. CEF, 2023, p. 125.

²⁰ VV.AA.: *Problemas Actuales del Proceso Laboral*, NORES TORRES, L. E. y SALA FRANCO, T. (coord.), Madrid, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 4-5.

naturaleza autónoma: no se trata de prueba documental, por lo que no tiene eficacia revisora casacional.

3.1. La prueba digital y su implicación con derechos fundamentales

Tal y como se expuso en el epígrafe anterior, la aportación al proceso social de este tipo de pruebas pueden comprometer o infringir determinados derechos fundamentales si no se respetan determinadas garantías de carácter específico según el derecho fundamental que se trate. Dichos derechos son los recogidos en el artículo 18.1, 18.3 y 18.4 CE. Este artículo clasifica en cada apartado diferentes derechos, todos regulados en diferentes normativas, a saber:

El artículo 18.1, en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El Tribunal Constitucional en su STC 115/2000 de 10 de mayo, concretizaba que el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto a su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares.

- El artículo 18.3, en la Ley Orgánica Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículos 197 y ss. Aquí nos encontramos con un endurecimiento de la protección legal y un adelantamiento de las barreras delimitadoras de infracción, ya que otorga el carácter de delito la vulneración de dicho precepto descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, apoderarse de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen. Su protección reacciona frente a la injerencia de este espacio de terceros a ejercer su libertad más intimida fuera de los usos y convenciones sociales, STC 115/2013 de 9 mayo. Aquí se incluye todo lo relativo a una obtención fraudulenta por parte del empresario sin consentimiento de la otra persona. Eso sí, debe conseguirse dicha información de un tercero interviniente, pues de conformidad con la STC 114/1984, de 29 de noviembre: El derecho al secreto de las comunicaciones no se puede aplicar a quien intervino en ella. No existe “secreto” para la persona que ha participado en la conversa y la graba, ni comporta contradicción con el precepto constitucional 18. 3. Quien utiliza durante la conversación telefónica un altavoz para que lo escuchen otras personas que están en el mismo lugar que el que graba tampoco se infringe el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones. Cosa distinta es, si se escucha sobre aspectos íntimos del interceptor, que aquí si se podría estar vulnerando la garantía del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del art. 18.1 de la CE.
- El artículo 18.4, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016. Según la STC 94/1998, de 4 de mayo, nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados. De esta forma, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención. La Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, lo considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a

la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

3.1.1. Respeto a los datos personales

La doctrina básica sobre este extremo sostenía que la celebración de un contrato de trabajo no habilita al empleador a hacer uso de los datos personales de la persona contratada cuyos datos les haya sido obtenido mediante otra relación jurídica diferente ajena al contrato laboral, salvo que exista la debida información y el consentimiento para el uso de los datos²¹. La protección constitucional también se encuentra fuertemente arraigada en Las SSTC 57/1994; 144/1999; 98/2000; 18/1999 292/2000; 308/2000; 29/2013 y 196/2004. Desde la perspectiva de la intromisión ilegítima a la intimidad por medio de obtención de datos personales no consentidos resulta de interés la STC 196/2004, que afirma la vulneración del derecho a la intimidad personal cuando la actuación sobre su ámbito propio y reservado no sea acorde con la ley y no sea consentida, o cuando, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida. La STS 194/2022, de 8 de marzo, unifica doctrina en el sentido de confirmar que es necesario el consentimiento de la persona interesada para el uso de sus datos personales atendido el juicio de proporcionalidad²².

Otra base jurídica para el tratamiento constitucional de los datos personales son:

El consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; la necesidad del tratamiento para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de éste de medidas precontractuales; la necesidad para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; la necesidad del tratamiento para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física; la necesidad del tratamiento para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento; el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

En el ámbito de las relaciones laborales, la base jurídica es la ejecución del contrato de trabajo pero bajo ciertas cautelas, porque el consentimiento del afectado no es válido cuando se proporciona en un contexto de desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento²³. Además, la forma en la que se recaba el consentimiento de los trabajadores requiere que sea libre y específico, de tal forma que se opone al Reglamento europeo un

²¹ LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Prueba ilícita en el proceso laboral: cuestiones de legitimación, intimidad y protección de datos personales”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, España, Núm. 4, 2022, pág. 3.

²² Respeto al juicio de proporcionalidad: SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo y 207/1996, de 16 de diciembre y STS Sala de lo Social 817/2017 de 2 de febrero; (...) la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

²³ Agencia Española de Protección de Datos, la protección de datos en la relaciones laborales. Disponible en: <https://www.zaragoza.es/contenidos/proteccion-datos/PD-RELACIONES-LABORALES.pdf>

consentimiento indirecto y plural conseguido mediante la negociación colectiva, tal y como lo especifica la STJUE de 5 de octubre de 2014 asunto C-397/01 y C-403/01.

3.1.2. Respeto a la vulneración del derecho a la intimidad

La intimidad, como derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 CE también se refleja en el Estatuto de los Trabajadores, ex artículo 4.2 e) como uno de los derechos básicos de todo trabajador. En concreto, garantiza el respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad. El artículo 18 también proyecta el derecho de la intimidad como garantía de inviolabilidad de la persona del trabajo respecto de registros sobre su persona, en sus taquillas y efectos particulares, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se debe respetar al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible. La mencionada Ley 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, también protege la intimidad del trabajador, de conformidad con los artículos 87.1 y 3, 88.1, 89 y 90. También se encuentra reconocido en diferentes normativas supranacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 8 y el Reglamento UE) 2016/679, artículo 88. La protección de este derecho es imprescindible también en el ámbito laboral, recuerda la STC 186/2000 de 10 de julio, donde habrá que deslindar aquel control idóneo, necesario y equilibrado de la actividad laboral de aquéllos otros que supongan una injerencia en la intimidad de los trabajadores afectados injustificada o desproporcionadamente (STC 98/2000, de 10 de abril).

Al hilo de lo anterior y a mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional (SSTC 57/1994 de 28 de febrero y 134/1994 de 9 de mayo), ha venido manteniendo que el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho. Respecto a su relación con el control empresarial reconocido en el Estatuto de los Trabajadores, la STC 98/2000, de 10 de abril reconoce que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el art. 20 LET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Esa facultad ha de producirse, en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda la normativa laboral. La doctrina emanada de la citada STC 98/2000 de abril sigue siendo de aplicación de manera más o menos pacífica. Esta ponderación, en virtud de la sentencia en Pleno del Tribunal Constitucional 39/2016 de 3 Mar. 2016, Rec. 7222/2013, sigue insistiendo en que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Por tanto, el uso de datos personales por parte del empresario o empleador deberá respetar los requisitos de principio de proporcionalidad mediante un juicio de ponderación. No obstante debemos resaltar ciertas “presunciones” de carácter constitucional y jurisprudencial, como lo son la doctrina de la interpretación más favorable a los derechos fundamentales y la doctrina del *in dubio pro operario*.

El primero se refleja en la clásica STC 93/1984, la cual dispone que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, sea una resolución sobre el fondo, sea una resolución de inadmisión, siempre que en este último caso se dicte en aplicación razonada de una causa legal, razonamiento que ha de responder a una interpretación de las normas conforme a la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental²⁴. La segunda, en progresivo desuso, se encuentra en las SSTs de 10 de junio de 1974, 15 de diciembre de 2011 (Rec. 1203/2011) y 14 de noviembre de 2007 (Rec. 616/2007): si una cláusula de un contrato de trabajo admite más de una interpretación habrá que acoger aquella que perjudique menos al trabajador, salvo que se pruebe que la cláusula fue negociada. Existe controversia de si dicho principio es aplicable a la interpretación de los preceptos legales o de los contractuales. Para un sector de la Doctrina, dicha controversia se resuelve en favor de los preceptos legales ya que para las cláusulas contractuales el trabajador tiene a su disposición el artículo 1288 del Código Civil, siempre que la cláusula no haya ido redactada por él²⁵.

Actualmente la STS 594/2018, ECLI:ES:TS:2018:594, profundiza un poco más acerca del derecho a la intimidad en el marco de la relación laboral, sosteniendo que:

(...) El derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana.

- Lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada. (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 93/2013, de 23 de abril, FJ 8 y FJ 5).
- La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 5, STC 170/2013, de 7/Octubre, FJ 5).
- El derecho a la intimidad no es absoluto -como no lo es ningún derecho fundamental-, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado (STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 5; o SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 y FJ 5).

Respecto a la inclusión del correo electrónico en el ámbito de protección del derecho a la intimidad, se dice en la citada sentencia que

²⁴ Tal y como afirma Garcimartín, este canon hermenéutico sería susceptible de amparo constitucional: el TC puede revisar las decisiones judiciales que no hayan seguido la interpretación más favorable. En definitiva, con relación al derecho a la tutela judicial efectiva, habría un derecho fundamental susceptible de amparo a que las normas se interpretasen de la forma más favorable a la efectividad de ese derecho, es decir, a la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *La interpretación más favorable al derecho fundamental*, Derecho privado y constitución, Madrid, 1996, pp. 420-421.

²⁵ Artículo 1288 del Código Civil: La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad.

- Aun cuando la atribución de espacios individualizados o exclusivos - como la asignación de cuentas personales de correo electrónico a los trabajadores- puede tener relevancia sobre la actuación fiscalizadora de la empresa, ha de tenerse en cuenta que los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin, (STC 241/2012 , FJ 5):
- El uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad; ... el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal -entre otros datos sobre su vida privada y profesional- forma parte del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido; también que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado el derecho a la intimidad personal en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado (STC 173/2011, de 7/Noviembre , FJ 3).
- El ámbito de cobertura de este derecho fundamental viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad. En concreto, hemos afirmado que un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno (STC 12/2012, de 30 de enero , FJ 5).

3.2. Contenido esencial de la prueba digital

Según la STC 175/1994, el artículo 24 CE consagra también un elenco de derechos englobados en el derecho de defensa, consistente en la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos. Ello se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a un proceso público con todas las garantías. Todo derecho fundamental conlleva una protección adicional a modo de blindaje reconocido en el artículo 53 CE y es el respeto a su contenido esencial. Todo derecho fundamental se encuentra estructurado en 3 círculos concéntricos: 1º su delimitación 2º límite y 3º contenido esencial²⁶. Para identificar el contenido esencial, la STC 11/1981 dispone dos criterios: primero, atendiendo a la naturaleza jurídica, el contenido esencial de un derecho subjetivo lo constituye aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo de escrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose. El segundo, atendiendo al contenido absolutamente esencial para que los intereses jurídicamente protegibles sean real y efectivamente protegidos²⁷. El contenido esencial del derecho a utilizar los medios de pruebas pertinentes se ha incardinado en la garantía de prohibición de la indefensión. Se viola el contenido esencial de dicho derecho si, de conformidad con las SSTC 48/1984; 146/2003; 199/2006 y 28/2010, cuando de forma ilegítima se priva o limita los medios de defensa producido en el seno de un proceso, produciendo en una de las partes, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos. Se daría pues indefensión, como más adelante veremos de forma colateral, cuando se infringe una norma procesal, se priva a una parte o se la limita en sus medios de defensa o pese a la falta imputabilidad al justiciable.

²⁶ VVAA.: *Manual de Derecho Constitucional*, ZAMORA, M. A., y MICHEO, F. A. O., Madrid, Tecnos, 2019, pp. 438-439.

²⁷ VVAA.: *Manual de Derecho Constitucional*, ZAMORA, M. A... *op. cit.*, pág. 440.

La sentencia del Tribunal Constitucional 41/2022, de 21 de marzo de 2022, refiere que la noción de indefensión no debe ser entendida como equivalente al incumplimiento de cualquier norma o garantía procesal. Al contrario, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (SSTC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3, y 127/2011, de 18 de julio, FJ 3). Para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24 CE se requiere que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional. Se vulnera el contenido esencial de la aportación de una prueba digital si, siendo lícita, pertinente y presentada en tiempo y forma, el órgano judicial niega su admisión al proceso, imposibilitando a la parte proponente de cualquier posibilidad de defensa. También se produce indefensión si por voluntad del legislador se priva a una parte de la presentación de otra prueba que no sea electrónica. Es indiferente el formato, forma, naturaleza, contenido o característica de la prueba, si cumple todas las garantías, debe incorporarse al mismo, pues el contenido esencial radica en el derecho a demostrar lo que se alega, pues si se niega eso, el derecho a utilizar los medios de prueba deviene irreconocible. El artículo 41.1 del Real Decreto 6/2023, vulnera el contenido esencial de derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa ya que dicho artículo decide qué fuentes de prueba pueden presentarse provocando la indefensión de aquel justiciable cuya fuente de prueba no sea en soporte electrónico. También lo vulnera si, pese a ser de naturaleza electrónica, se decide de forma caprichosa no incorporarse al proceso.

4. Tipos de prueba digital y su modo de aportación al proceso

4.1. El correo electrónico

Podríamos definir el correo electrónico al amparo de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, cuyo artículo 2 h) lo define como todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo²⁸.

La STS 23 de julio 2020 recurso 239/2018, ha reconocido su carácter de prueba documental: El avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo. Su incorporación al proceso se produce vía 384 LEC. La casuística viene aceptando esta clase de pruebas, toda vez que se haya probado su autenticidad. La STSJ de Canarias/Las Palmas 741/2022, de 18 de noviembre, empieza a abrir paso en sede de suplicación al correo electrónico, con base en el principio de libertad de medios probatorios²⁹. Tal y como expresa la novedosa STS de 9 de mayo de 2023 recurso 122/2020, el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes

²⁸ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). "DOCE" núm. 201, de 31 de julio de 2002.

²⁹ DE LA CASA QUESADA, S.: *Retos del régimen de la prueba en el proceso social y sus recursos, en especial ante la transformación digital...* ob cit. pág. 143.

electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones. El nuevo paradigma obliga a los órganos jurisdiccionales a incorporar al proceso este tipo de prueba, ya que desde instancias supranacionales ya viene advirtiéndose la limitación tan grave que supondría limitarlas, habida cuenta del calado tan profundo que las tecnologías están teniendo en la realidad social³⁰, cuya regulación normativa supranacional viene de la mano del Reglamento (UE) N o 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza.

4.2. WhatsApp

Cerca de 41 millones de españoles utiliza redes sociales, entre ellas las aplicaciones de mensajería instantánea, siendo el WhatsApp la preferida por el 91% de los usuarios³¹. En consecuencia, no es de extrañar que en el ámbito jurídico los tribunales se hayan visto obligados a pronunciarse sobre su delimitación y alcance. De la misma forma que los correos electrónicos, dado que comparten su misma naturaleza, se fue admitiendo como medio de prueba siempre que se hayan cumplido determinados requisitos. Los principales aspectos controvertidos radican con la autoría y con la integridad en su contenido³². Ambos elementos han sido fuente de preocupación por parte de los tribunales desde hace algunos años ya que, tal y como afirmaba la STS 300/2015 de fecha 19 de mayo: la posibilidad de una manipulación forma parte de la realidad de las cosas. (...) el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. La prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Todas estas eventualidades no las sufre la prueba documental física, ya que es más difícil alterarla mediante artificios.

Más adelante se perfiló de manera muy acertada la aceptación de este tipo de prueba al proceso gracias a la STSJ de Galicia núm. 173/2016³³. Dicha sentencia disponía que para el órgano judicial pueda aceptar una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) debía de encajar en uno de cuatro supuestos: cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado; o, finalmente, cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores. Todo ello, además, sin perjuicio de los riesgos que pueden existir de manipulación (a través de múltiples programas informáticos de la conversación, imagen o números que se reflejan, lo que permite que el Magistrado que valore dicha prueba pueda rechazar su eficacia probatoria), o que la parte hubiese aportado una prueba pericial informática reveladora que la inexistencia de alteración.

³⁰ MARTÍNEZ MOYA, J.: "El correo electrónico como medio probatorio: su naturaleza de prueba documental a los efectos de los recursos de casación y suplicación", España, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, Pág. 5.

³¹ Disponible en: <https://wearesocial.com/es/blog/2022/02/digital-report-espana-2022-nueve-de-cada-diez-espanoles-usan-las-redes-sociales-y-pasan-cerca-de-dos-horas-al-dia-en-ellas/>

³² VALLE MUÑOZ, F. A.: *Las aplicaciones de mensajería instantánea como medio de prueba en el proceso laboral*, España, Lex Social, 2022, pág. 19.

³³ ECLI:ES:TSJGAL:2016:173.

Del establecimiento de dichos supuestos se extrae la lógica consecuencia de la necesidad de comprobar su integridad mediante un peritaje a fin de descartar cualquier alteración sobre este, pero siempre en la línea de admitirse el whatsapp como medio de prueba ya que, pese a desestimarse el recurso de la sentencia anteriormente mencionada, los usos sociales y la legislación supranacional, está impregnándose en la práctica judicial en el sentido de empezar a admitirlas en aras de la realidad social imperante³⁴, máxime cuando se trata además de un documento electrónico susceptible de catalogarse dentro del artículo 3.35 del Reglamento Europeo relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza³⁵, pues un pantallazo o conversación, a fin de cuentas, supone un contenido almacenado en formato electrónico. Tal y como describe la exposición de motivos del Real Decreto Ley 6/2023, la consolidación en nuestra sociedad de las nuevas tecnologías, la evolución cultural de una ciudadanía consciente de los retos que comporta la digitalización y, sobre todo, la utilidad de los nuevos instrumentos y herramientas tecnológicas al servicio de una mejor y más eficiente gestión de los recursos públicos, también en el marco de la Administración de Justicia, implica para los poderes públicos el imperativo de abordar correctamente este nuevo marco relacional y, con él, delimitar y potenciar el entorno digital con el propósito de favorecer una más eficiente potestad jurisdiccional.

El salto generacional también supone un factor positivo de cara a la ocupación de nuevos puestos de trabajo relacionados con el ámbito jurisdiccional (Letrados de la Administración de Justicia, Jueces, Magistrados, Fiscales etc.) pues los nativos digitales llevan bajo el brazo competencias innatas con este tipo de tecnologías ya que han crecido con ellas, lo que contribuirá positivamente a facilitar su aportación. Los Jueces y Magistrados de las generaciones venideras están familiarizadas con ellas y no son tan escépticos en su aportación del proceso, a diferencia de los Jueces y Magistrados maduros que se siguen decantando por pruebas de naturaleza convencional. Esta circunstancia opera a la inversa frente a los trabajadores que carezcan de competencias digitales y se vean en la tesitura de comenzar un proceso judicial, pues los nuevos jueces preferirán la prueba electrónica y verán innecesario la aportación de documental en papel.

Respecto a los pantallazos, la casuística suele incorporarla también como prueba documental. Fotocopian la conversación y las incorporan a la demanda. Ahora bien, los Juzgados y Tribunales son muy cautelosos cuando la otra parte impugna su autenticidad, haciéndose necesario en este caso la aportación de un dictamen pericial que certifique su autenticidad, cotejo y comparación de la conversación con el teléfono de la contraparte, testifical etc.

4.3. Grabación de voz

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en sentencia 20 de noviembre de 2014 recurso núm. 3402/2012, vino reconociendo que existen también otros ámbitos en los que se incide en el secreto de las comunicaciones, en particular, el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales. Sin embargo, en el caso de la aportación de grabaciones de voz en la que el trabajador graba una conversación con el jefe, no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones, siempre que forme parte de la conversación. Si se trata de grabaciones realizadas en el ámbito laboral,

³⁴ MUNÍN SÁNCHEZ, L.: *El whatsapp como medio de prueba en el proceso laboral. A propósito de una sentencia del tribunal superior de justicia de Galicia de 28 de enero de 2016*, A Coruña, Anuario Da Facultade De Dereito Da Universidade Da Coruña, 2017, pág. 484.

³⁵ REGLAMENTO (UE) N o 910/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

como el centro de trabajo, por ejemplo, y la conversación versa sobre una cuestión laboral o relacionado con ello, no es susceptible de calificarse como intromisión. Se resuelve, por tanto, tal y como se explica en el epígrafe 3.1.2 de este artículo y de los límites de pertinencia y necesidad del artículo 280.3 LEC. Eso sí, pese al origen jurisprudencial civilista en este aspecto³⁶, también es de aplicación en el orden social, de conformidad con el artículo 90.2 LRJS, ya que no hay que transcribir necesariamente el contenido de la grabación en soporte documental para su admisibilidad, pues estos medios de prueba tienen carta de naturaleza propia y no requieren transcripción³⁷. Dicho lo anterior, como forma de facilitar al juzgador el acceso al contenido de determinadas grabaciones, la STSJ de Castilla La Mancha de 28 de marzo de 1996 precisó que si bien no era obligatoria su transcripción en otro soporte, si sería conveniente a fin de facilitar la tarea al órgano juzgado la tarea de valorarla y ponderarla. La autenticidad de una grabación, sea cual sea su soporte, resulta crucial en un proceso judicial, ya que garantiza que la evidencia presentada sea confiable y precisa. Una grabación auténtica permite al juez evaluar los hechos de manera objetiva, sin riesgo de manipulación o alteración. Esto es especialmente importante en casos donde la grabación sea la prueba principal para determinar la veracidad de las declaraciones de las partes involucradas.

5. Discriminación tecnológica en el proceso social

Cada año la presión tecnológica es cada vez más dominante imponiéndose cada día más y más sobre las relaciones humanas y la interacción natural del hombre sobre las cosas. Los trabajadores y empleadores no son ajenos a este fenómeno debiendo estar capacitados para utilizar las tecnologías y los recursos digitales en cualquier ámbito. La carencia de habilidades digitales puede conducir a un nuevo género de indefensión, calificado por algunos autores como indefensión telemática o aquella indefensión derivada de la falta de adecuación a la incorporación en la Administración de Justicia de tecnologías que pretendan agilizar, mejorar y facilitar la tutela judicial efectiva de cualquier ciudadano, generando el efecto opuesto. Hacemos referencia a la calificada como Justicia Digital o derechos fundamentales digitales, pues tal y como están las cosas, tan fundamental es el derecho a la intimidad, la libertad de expresión o el secreto de las comunicaciones como tener acceso a internet, poseer un smartphone o ser titular de un correo electrónico³⁸. La nueva proyección de los derechos fundamentales constitucionales en la cuarta revolución industrial requiere su adaptación al mundo del siglo XXI. Tal y como afirma la exposición de motivos del citado Decreto Ley 6/2023, el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce nuestra Constitución en su artículo 24, dentro de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no puede comprenderse desconectado de la realidad en la que, igual que ocurre con el resto de los derechos, se desenvuelve. La consolidación en nuestra sociedad de las nuevas tecnologías, la evolución cultural de una ciudadanía consciente de los retos que comporta la digitalización, la utilidad de los nuevos instrumentos y herramientas tecnológicas al servicio de una mejor y más eficiente gestión de los recursos públicos, demandan una implementación responsable en el marco de la Administración de Justicia, pues implica para los poderes públicos el imperativo de abordar correctamente este nuevo marco relacional y, con él,

³⁶ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “Validez como prueba de la grabación de una conversación efectuada mediante teléfono móvil: comentario a la STSJ Andalucía de 25 de junio de 2008”, rec. Núm. 1357/2008, Madrid, *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, 2009, pág. 196.

³⁷ AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil, tomo II*, LORCA NAVARRETE, A.M. (Dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (coord.), España, Lex nova, 2000, pág. 2.026.

³⁸ Al hilo de esto, resulta interesante la Carta de Derechos Digitales de España, con el objetivo de identificar los retos de aplicación e interpretación de los derechos reconocidos en la Carta, y sugerir principios y políticas ligados a ellos, se ha lanzado el Programa de Convenios para impulsar la implementación de la Carta de Derechos Digitales en ámbitos específicos y el Convenio para crear un Espacio de Observación de Derechos Digitales. Carta disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

delimitar y potenciar el entorno digital con el propósito de favorecer una más eficiente potestad jurisdiccional sin dejar a nadie atrás.

En el Orden Social, toda esta disrupción digital adolece de una vertebración sistemática de lo digital en las leyes procesales, que se ven impedidos del uso de ciertas garantías procesales básicas inaplicables por la propia naturaleza de lo digital, como el principio de inmediación o el de oralidad³⁹. Respecto a los trabajadores, la ausencia de competencias digitales, la brecha digital y la llamada incapacidad tecnológica, supone una pérdida de oportunidad procesal de defensa al no ser conscientes o capaces de hacer uso de una herramienta que desconocen, propiciando la desigualdad de armas y materializando una discriminación específica.

5.1. La brecha digital y su incidencia en la prueba digital

Según el INE, En 2023, el 95,3% de la población, de 16 a 74 años, ha utilizado Internet en los últimos tres meses, 0,9 puntos más que en 2022. Los usuarios de Internet se han elevado en los últimos años y el valor de la brecha de género ha pasado de 1,0 puntos en el año 2018 a 0,3 puntos en 2023 a favor de las mujeres. Al aumentar la edad descende el uso de Internet, siendo el porcentaje más bajo el que corresponde al grupo de edad de 65 a 74 años. En la actualidad, la protección de las personas trabajadoras frente al auge de la tecnología posee un fuerte desarrollo normativo pero con una efectividad cuestionable. Aun existen personas mayores trabajadoras nacidas en los años 70 y 80 ajenas a la influencia de la digitalización. Según la encuesta de la Fundación Ferrer Guardia⁴⁰, un 27,3% de las personas mayores de 65 años nunca ha usado internet y el 60% tiene un smartphone. A mayor abundamiento, el artículo 81.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, reconoce que el derecho al acceso a Internet procurará la superación de la brecha generacional mediante acciones dirigidas a la formación y el acceso a las personas mayores⁴¹. Sin embargo este precepto está vaciado de contenido efectivo pues se limita dicho derecho a las brechas digitales de acceso, pero no a la brecha de uso ni a la brecha de conocimiento⁴². En algunas Comunidades Autónomas si se están llevando a cabo iniciativas y medidas concretas pero más encaminadas a potenciar promover la desaparición de la brecha digital entre zonas rurales y urbanas, como el caso de Ceuta y Melilla⁴³.

Respecto al uso de internet y las competencia digitales, el INE afirma que el 95,4% de la población de 16 a 74 años ha usado Internet en los tres últimos meses; el 55,9% ha comprado en la red en los tres últimos meses y El 66,2% poseen habilidades digitales básicas o avanzadas. Este

³⁹ MARTÍNEZ MOYA, J.: “Juicios telemáticos y garantías procesales en el traslado de la prueba documental propuesta en el acto de juicio. Las imprecisas e insuficientes respuestas legales a esta problemática”, España, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 6/2024, 2023, pág. 10.

⁴⁰ Informe disponible en: <https://www.ferrerguardia.org/blog/proyectos-2/encuesta-brecha-digital-en-espana-2022-56>

⁴¹ “BOE” núm. 294

⁴² En el artículo 97.1 a) de la citada Ley insiste únicamente en la brecha de acceso ignorando las demás, ya que esta política de impulso de derechos digitales se limita a superar las brechas digitales (sin especificar cuales en concreto), y garantizar el acceso a Internet de colectivos vulnerables o con necesidades especiales y de entornos familiares y sociales económicamente desfavorecidos mediante, entre otras medidas, un bono social de acceso a Internet. Insiste sin más en la brecha de acceso.

⁴³ Real Decreto 989/2021, de 16 de noviembre, por el que se aprueba la concesión directa a las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla de ayudas para la ejecución del programa de emisión de bonos digitales para colectivos vulnerables, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Este Real Decreto tiene como finalidad regular la concesión directa, con carácter extraordinario y por razones de interés público, social y económico, de una subvención a las comunidades autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla, para la ejecución de un programa de emisión de bonos de conectividad digital (bonos digitales) para colectivos vulnerables. El bono digital contribuirá a financiar la contratación de nuevos servicios de conexión a banda ancha o el incremento de la velocidad de los ya contratados desde una ubicación fija con una velocidad mínima de 30 Mbit por segundo en sentido descendente con la tecnología más adecuada en cada caso para personas o unidades familiares identificadas como vulnerables, según se determine por cada comunidad autónoma y las ciudades de Ceuta y Melilla.

último dado revela dos realidades: la primera muestra niveles diversos de competencias digitales y, la segunda, que otra gran parte de la población no posee herramientas digitales (33,8%). Respecto al tema que nos ocupa, La derogada Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, no reconocía una alternativa para aquellos ciudadanos que no tenían herramientas digitales suficientes para relacionarse con la Justicia por medios electrónicos. Tampoco se ha pronunciado al respecto la Carta de los Derechos de los Ciudadanos redactado por la Comisión de Seguimiento del Pacto de Estado. Se debe recordar que los funcionarios de la Administración de Justicia deben cumplir el 14.2 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el sentido de respetar a aquellos que no deseen relacionarse electrónicamente con la Administración. El aumento de concienciación sobre los colectivos vulnerables inspiró el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, el cual integra de forma novedosa que el diseño de los servicios electrónicos garantice la igualdad y no discriminación en el acceso de las personas usuarias, en particular, de las personas discapacitadas y de las personas mayores, así como el principio de accesibilidad, recogido en el artículo 2, entendido como el conjunto de principios y técnicas que se deben respetar al diseñar, construir, mantener y actualizar los servicios electrónicos para garantizar la igualdad y la no discriminación en el acceso de las personas usuarias, en particular de las personas con discapacidad y de las personas mayores. Este elenco de derechos de naturaleza funcional se aplica a los ciudadanos pero no menciona el término trabajador, parece que una vez que el ciudadano se constituye como parte en un proceso judicial pierde estos derechos o más bien se inserta dentro de otro ámbito autónomo que lo sujeta y somete a ciertas reglas y las excluye de otras. Toda la citada normativa se agota cuando lo confrontamos con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, pues no se reconocen formas, medios, métodos, herramientas y modos que tiendan a actualizar a los trabajadores acerca de qué fuentes de prueba dispone, qué nuevas posibilidades de defensa lleva consigo esta nueva realidad digital y frente a qué nuevas formas de discriminación se expone. Existen personas que encuentran una verdadera barrera para reciclarse y lograr su adaptación a la demanda actual del mercado. Algunos autores han apreciado la concurrencia de una especie de tecnofobia, es decir, el desinterés por aquello que no conoce o no tiene noticia⁴⁴. El artículo 7 bis de la LEC, recoge una serie de garantías procedimentales para aquellas personas mayores y personas con discapacidad:

- Todas las comunicaciones se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Aquí podría ofrecerse una alternativa probatoria de eficacia equivalente que fuera de mejor comprensión por parte del trabajador.
- Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Aquí podría ofrecerse un derecho de información sobre cómo desenvolverse en el proceso con dispositivos informáticos, teléfonos móviles, certificados electrónicos o, buscar otra alternativa a un proceso telemático, facilitando copias físicas de todo lo que conste en soporte informático o preferencia de las vistas en sede judicial.

⁴⁴ CABEZA PEREIRO, J.: “La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo”, España, *Temas laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, 2020, pág. 17.

- Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. Aquí podrían comprenderse aquellas actuaciones que por su complejidad tecnológica requieran el auxilio de un tercero cualificado.
- Ahora bien este elenco de garantías de carácter reequilibrador de las armas procesales básicas no son aplicables para los trabajadores mayores, pues el apartado 1 del citado artículo dispone como requisito una edad superior a sesenta y cinco años. La incorporación de dicho artículo fue fruto de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, cuya exposición de motivos incidía precisamente en el establecimiento de medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos.

Dicho lo anterior, ¿Sería acertado comparar la incapacidad tecnológica como una forma de minusvalía?. La inclusión de dicho precepto en la LEC trae causa de la incorporación a nuestro ordenamiento de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006⁴⁵. Dicha Convención define la discapacidad como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. ¿La imposibilidad de adaptarse a la disrupción digital no supone por tanto una forma de discapacidad? ¿Cabe una interpretación extensiva del concepto de minusválido? ¿Es posible incluir la discapacidad tecnológica como una forma de minusvalía? ¿El acceso desigual a un proceso laboral no supone una de las discriminaciones cuya norma pretende prevenir? La respuesta debe ser afirmativa en todos casos.

Frente a dichas cuestiones mucho tiene que decir la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación, la cual no es más que la materialización con fuerza de ley del derecho a la igualdad proyectado en los artículos 14 y 9.2 CE. Dicha ley, tanto en su ámbito objetivo como subjetivo, resulta de aplicación imperativa a la Administración de Justicia, de conformidad con los artículos 3.1 I) y 2.4 D). Respecto a la interpretación que comentábamos en la página anterior, el artículo 7 legitima aquella interpretación que sea más eficaz para proteger a las personas afectadas. Por tanto, la incapacidad tecnológica o carencia de competencias digitales puede ser interpretada como un desequilibrio de los principios jurídico naturales esenciales como la igualdad de armas, desequilibrio que deberá ser armonizado por los Poderes Públicos, máxime cuando dichas armas procesales se pretenden hacer valer ante una jurisdicción que sustancia procedimiento relacionados con materias como Derecho Laboral, Seguridad Social etc.

Habida cuenta del empujón tecnológico proveniente del Real Decreto 6/2023 de 19 de diciembre, y con la inclusión de los juicios telemáticos, no debe de perderse la perspectiva de a quien y cómo se administra la Justicia. Los Juzgados y Tribunales son el último eslabón para hacer valer los derechos e intereses de las personas trabajadoras. Es comprensible la voluntad del legislador de querer canalizar la inmensidad de causas judiciales, pero no a costa de dejar a nadie detrás por la sencilla razón de ser un trabajador de 55 años o más y verse superado por toda esta vorágine digital. Los trabajadores mayores sufren discriminaciones específicas relacionadas con el empleo y el Derecho Laboral: Edadismo; analfabetismo digital o ausencia de habilidades TIC;

⁴⁵ “BOE” núm. 96, de 21 de abril de 2008.

exclusión de ofertas de empleo específicas como el teletrabajo⁴⁶; problemas físicos derivados de la edad; exclusión del mercado laboral⁴⁷. A ellas hay que añadir una discriminación transitoria o temporal toda vez que se encuentran a medio camino entre el mercado de trabajo y la jubilación. Por ello, la prohibición contenida en el citado artículo 41.1 de dicho Real Decreto, materializa la llamada indefensión telemática. La práctica judicial se está empezando a ratificar y materializar dicha limitación pues la sentencia de la Audiencia Nacional núm. 487/2024 - ECLI:ES:AN:2024:487⁴⁸, niega la incorporación extemporánea al proceso de una prueba en soporte papel, pues de lo contrario se estaría perjudicando el derecho de la parte contraria a conocerla, valorarla y alegar sobre ella, vulnerándose además el principio de igualdad de armas. Por otro lado, a medida que los juzgados y oficinas legales adoptan tecnologías más avanzadas, la demanda de competencias digitales⁴⁹ entre los trabajadores aumenta. Aquellos que no puedan adaptarse a estos cambios corren el riesgo de ser reemplazados por personal más capacitado o, en algunos casos, por sistemas automatizados que pueden realizar tareas básicas sin intervención humana. Esto no solo impacta la estabilidad laboral de los trabajadores, sino que también puede afectar su autoestima y bienestar.

Otra forma de reequilibrar la discriminación por incapacidad tecnológica vendría dada por el principio de facilidad probatoria. Si la empresa tiene una mayor accesibilidad a determinados soportes informáticos, mejor desenvolvimiento con la tecnologías, que sea dicha parte, a requerimiento judicial quien las aporte al proceso, incluso aunque puedan perjudicarlo, hacemos referencia a pruebas relacionadas con tratamiento de datos personales, registro horario telemático, conversaciones mediante canales de comunicación digitales, entre otros. Este principio procesal podría ser una alternativa útil si el trabajador demuestra carencia de competencias digitales en el proceso laboral. No obstante, esto puede encontrar dificultades prácticas relacionadas con conductas fraudulentas por parte de la empresa pudiendo ser susceptible de pervertirse dicho principio como un modo espurio de estrategia procesal.

En definitiva, la inclusión del expediente electrónico y la modernización de la Administración de Justicia plantea serios desafíos que comprometen ciertas garantías de carácter procesal pero de consecuencias jurídicas contundentes y fuertemente discriminatorias incisivas en derechos fundamentales básicos. Si la libertad de aportar los medios de prueba se limita indebidamente, se corre el riesgo de llegar a resultados injustos, violando uno de los Valores Superiores de nuestra Constitución.

⁴⁶ Tal y como describe la exposición de motivos del Real Decreto 989/2021, de 16 de noviembre: El teletrabajo se ha mostrado como una gran oportunidad para favorecer una menor concentración de la población, siempre y cuando se acompañe del acceso a una serie de servicios sociales y económicos disponibles en las grandes concentraciones urbanas. La fijación de la población en las zonas menos habitadas o en declive demográfico, ya sea de edad avanzada o joven, requiere la disponibilidad de acceso a servicios esenciales en formato digital. Consecuentemente, resulta necesario plantear la conectividad en un sentido amplio, como aquella que permite acceder desde todos los territorios y a cualquier colectivo social a servicios educativos y culturales, socio-sanitarios y de comercio de bienes y servicios. Esta ley, a pesar de favorecer a Ceuta y Melilla puede coadyuvar a que otros gobiernos autonómicos se hagan eco de ella, ya que redundará en innovación y efectividad respecto a la brecha digital.

⁴⁷ PÉREZ LÓPEZ, J. I.: "Garantizando los derechos de las personas mayores en el mundo laboral: una respuesta a la brecha digital", Sevilla, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2023, pág. 165.

⁴⁸ Su fundamento jurídico radica, entre otras cuestiones, en el artículo 6.3 de dicho Real Decreto, ya que los y las profesionales que se relacionen con la Administración de Justicia, en los términos previstos en el presente real decreto-ley, tienen el deber de utilizar los medios electrónicos, las aplicaciones o los sistemas establecidos por las administraciones competentes en materia de Justicia, respetando en todo caso las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate. En este caso, la presentación extemporánea de la prueba documental en soporte papel

⁴⁹ Resulta muy positiva la promulgación del Real Decreto 159/2024, de 13 de febrero, por el que se modifican varios reales decretos para la formación en capacidades digitales a profesionales del ámbito de la cultura, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, la cual reconoce un módulo específico de competencias digitales especiales.

6. Conclusiones

La progresiva digitalización y modernización de la Administración de Justicia así como las diversas y variadas instituciones y entes públicos no se ha desarrollado de manera metódica y estructural sino más bien como fruto del impacto repentino de la pandemia Covid-19. Dicha eventualidad forzó de algún modo tanto a los Poderes Públicos como a los ciudadanos a arrojarlos a nuevo modelo de interacción social y laboral. La Urgente aplicación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, materializó evidentes y consecuentes aspectos positivos de su implementación, pero dentro de un contexto específico e irrepetible que no puede continuar como criterio a la hora de digitalizar o generar un tipo concreto de empleo relacionado con las competencias digitales y las TIC.

Toda la normativa expuesta en este artículo ha puesto de manifiesto que el factor común detonante del proceso digitalizador fue la pandemia. Los objetivos eran y siguen siendo acelerar la lentitud de la Justicia, implantar un modelo más eficiente y accesible y la urgencia de adaptación a la transformación del mercado. El Real Decreto-ley 6/2023 introduce reformas significativas orientadas a modernizar y hacer más eficiente el sistema de justicia en España, per gracias al contexto promovido por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Las medidas adoptadas de dicho plan, se centran en la digitalización del servicio público de justicia y en la mejora de la interoperabilidad y seguridad entre administraciones. La incorporación del artículo 137 bis en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) facilita las actuaciones judiciales mediante videoconferencia, garantizando flexibilidad y acceso desde diversas ubicaciones, siempre y cuando se asegure la identidad del interviniente. Eso sí no se hace mención expresa de aquellos colectivos vulnerables que por circunstancias determinadas no tienen competencias digitales para afrontar un procedimiento tan digitalizado provocando una nueva forma de indefensión.

La indefensión con relevancia constitucional, según el artículo 24 de la Constitución Española, se produce únicamente cuando es causada por una actuación incorrecta del órgano jurisdiccional. Una situación de indefensión se manifiesta claramente cuando un órgano judicial rechaza la admisión de una prueba digital que, siendo lícita, pertinente y presentada correctamente, deja al proponente sin posibilidad de defensa. También se vulnera si no le da posibilidad de presentar otra fuente de prueba que no sea la digital, como si a modo de escarmiento se tratase, razonando dicha indefensión con injusticia e incomprensión. En este contexto, se destaca que el formato o naturaleza de la prueba no debe ser un factor determinante para su admisión; lo esencial es el derecho de la parte a demostrar sus alegaciones. El artículo 41.1 del Real Decreto-ley 6/2023 es señalado como una disposición que vulnera este derecho fundamental, al limitar las fuentes de prueba que pueden ser presentadas, particularmente aquellas que no estén en soporte electrónico. Esta restricción puede llevar a la indefensión de los justiciables, ya que impide que algunas pruebas relevantes sean consideradas en el proceso, lo que compromete el derecho a una defensa adecuada y, en última instancia, afecta la equidad del procedimiento judicial.

Esta discriminación conceptualizada como incapacidad tecnológica, o la falta de competencias digitales, puede ser interpretada como una forma de discapacidad en el contexto del acceso a la justicia. La legislación vigente, en particular la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y no Discriminación, así como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establecen un marco normativo que busca prevenir cualquier forma de discriminación y asegurar la igualdad de condiciones en el ejercicio de derechos, incluyendo el acceso a la justicia. En ellas se encuentra el puente para traer esas garantías a un proceso judicial.

El artículo en cuestión de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece garantías reequilibradoras de las armas procesales, pero excluye de su aplicación a los trabajadores mayores de 65 años, lo que puede generar una situación de desigualdad y, por ende, de discriminación. La inclusión de estas medidas en la LEC está motivada por la necesidad de asegurar salvaguardias efectivas contra abusos, en línea con los derechos humanos internacionales. Dado que la discapacidad se define como una interacción entre deficiencias personales y barreras externas que limitan la participación plena en la sociedad, la incapacidad para adaptarse a la disrupción digital podría considerarse una forma de discapacidad. Esta interpretación se refuerza por la Ley 15/2022, que obliga a adoptar la interpretación más protectora para las personas afectadas. Por lo tanto, se concluye que la incapacidad tecnológica debería ser vista como un desequilibrio que los poderes públicos deben corregir para garantizar la igualdad de armas en los procesos judiciales, especialmente en áreas sensibles como el Derecho Laboral y la Seguridad Social.

El uso de Internet en España ha experimentado un notable incremento. Sin embargo, este crecimiento no ha sido uniforme entre todos los grupos, especialmente entre las personas mayores, donde un 27,3% de los mayores de 65 años nunca ha usado Internet y una significativa proporción carece de habilidades digitales básicas. La creciente digitalización de la sociedad plantea desafíos importantes en términos de inclusión y accesibilidad, especialmente para los trabajadores y personas mayores. Aunque el marco normativo ha avanzado en la protección de los ciudadanos frente a la exclusión digital, especialmente a través del Real Decreto 203/2021 que promueve la accesibilidad y no discriminación en los servicios electrónicos, estos derechos parecen diluirse en el ámbito laboral y judicial. El sistema legal actual no proporciona suficientes herramientas ni formación para que los trabajadores, especialmente aquellos de mayor edad, se adapten a las exigencias de la digitalización. Esto plantea una barrera significativa para su integración en el mercado laboral actual, exponiéndolos a nuevas formas de discriminación y exclusión. Por lo tanto, existe una necesidad urgente de desarrollar políticas y mecanismos que aseguren que todos los ciudadanos, independientemente de su edad o capacidad digital, puedan participar plenamente en la sociedad y en los procesos judiciales, garantizando así el derecho a la tutela judicial efectiva y la igualdad de oportunidades en el acceso y uso de las tecnologías.

A modo de conclusión, se demanda un desarrollo normativo específico que implique una alternativa para aquellos trabajadores mayores de 45 años o que residan en entornos rurales donde no estén equipados tecnológicamente o no de forma similar que los núcleos urbanos. Se debe imponer a los Poderes Públicos la responsabilidad de considerar las limitaciones tecnológicas de las personas mayores, quienes a menudo carecen de las competencias necesarias para adaptarse a la digitalización. La transición hacia una administración y servicios digitales tiene ventajas indudables en términos de eficiencia y sostenibilidad, no se debe pasar por alto que una parte significativa de la población aún depende del papel como medio principal de acceso a la información y la comunicación. Una reforma de la LRJS o de la LEC que incorpore los referidos extremos sería lo más ideal, a fin de actualizar los principios jurídico-naturales básicos y no convertir la carga de la prueba del 217 LEC en una *probatio diabolica* para aquellos trabajadores que no posean habilidades digitales.

La política supranacional será el detonante para que todos los derechos en materia de competencias digitales impregnen las leyes procesales para ofrecer a los trabajadores igualdad de armas digitales. El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, respecto a la política palanca demoniada Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades incluye como objetivo garantizar la formación e inclusión digital de la ciudadanía y los trabajadores, no dejando a nadie atrás en el proceso de transformación digital de la sociedad y la economía. Por primera vez se incluye el término trabajadores dentro del ámbito de actuación

de una norma que pretende prevenir y reducir las falta de competencias digitales. El Pacto de Transformación y Resiliencia en España representa un pilar fundamental para el desarrollo sostenible y la modernización del país en la próxima década. Con un enfoque en la transición ecológica, la digitalización, la cohesión social y territorial, y la igualdad de género, este pacto se convierte en un catalizador para afrontar los retos del futuro que sin duda se dejará notar dentro de las normas procesales, actualizándolas no sólo en términos de eficiencia si no también en igualdad real y efectiva.

7. Bibliografía

- AA.VV.: *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo II, LORCA NAVARRETE, A.M. (Dir.), GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (coord.), España, Lex nova, 2000.
- CABEZA PEREIRO, J.: “La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo,, España, *Temas laborales: Revista Andaluza de trabajo y bienestar social*, 2020.
- DE LA CASA QUESADA, S.: “Retos del régimen de la prueba en el proceso social y sus recursos, en especial ante la transformación digital”, Madrid, *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*. CEF, 2023.
- GARCIMARTIN ALFÉREZ, F. J.: *La interpretación más favorable al derecho fundamental, Derecho privado y constitución*, Madrid, 1996.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Prueba ilícita en el proceso laboral: cuestiones de legitimación, intimidad y protección de datos personales”, España, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Núm. 4, 2022.
- LORCA NAVARRETE, J. F. y LORCA MARTÍN DE VILLODRES, M. I.: *Derechos Fundamentales y Jurisprudencia*, Madrid, Pirámide, 2010.
- MARTÍNEZ MOYA, J.: “Juicios telemáticos y garantías procesales en el traslado de la prueba documental propuesta en el acto de juicio. Las imprecisas e insuficientes respuestas legales a esta problemática”, España, *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 6/2024, 2023.
- MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2017.
- MUNÍN SÁNCHEZ, L.: *El WhatsApp como medio de prueba en el proceso laboral. A propósito de una sentencia del tribunal superior de justicia de Galicia de 28 de enero de 2016*, A Coruña, Anuario Da Facultade De Dereito Da Universidade Da Coruña, 2017.
- PÉREZ LÓPEZ, J. I.: “Garantizando los derechos de las personas mayores en el mundo laboral: una respuesta a la brecha digital”, Sevilla, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2023.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “Validez como prueba de la grabación de una conversación efectuada mediante teléfono móvil: comentario a la STSJ Andalucía de 25 de junio de 2008, rec. Núm. 1357/2008”, Madrid, *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, 2009.
- SERRANO ESPINOSA, M.: “Indefensión telemática y prueba digital en el proceso laboral”, España, *Diario La Ley*, 2018.
- VALLE MUÑOZ, F. A.: *Las aplicaciones de mensajería instantánea como medio de prueba en el proceso laboral*, España, Lex Social, 2022.
- VV.AA.: *Manual de Derecho Constitucional*, FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN (DIR.), Madrid, Tecnos, 2019.

VV.AA.: *Manual de Derecho Constitucional*, ZAMORA, M. A., y MICHEO, F. A. O., Madrid, Tecnos, 2019.

VV.AA.: *Problemas Actuales del Proceso Laboral*, NORES TORRES, L. E. y SALA FRANCO, T. (coords.), Madrid, Tirant Lo Blanch, 2020.

VV.AA.: *Conceptos de Derecho procesal civil*, ROBLES GARZÓN J. A., (Dir.), Madrid, Tecnos, 2019.

CONSIDERACIÓN DE LA DIMENSIÓN HUMANA SOBRE LA DIMENSIÓN DIGITAL. OPORTUNIDADES, REFLEXIONES Y LÍMITES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA SALUD LABORAL A LA DIGITALIZACIÓN AVANZADA DE LOS PUESTOS DE TRABAJO

M. CARMEN AGUILAR MARTÍN
Profesora Contratada Doctora
*Universidad de Zaragoza*¹.
ORCID: 0000 0001 8881 9384

1. Introducción

En enero de 2023 se aprueba en el ámbito de la Unión Europea (UE) la *Declaración sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital*, en la que se afirma que se aspira “a promover una vía europea para la transformación digital basada en los valores europeos y los derechos fundamentales de la UE, que sitúe a las personas en el centro, reafirme los derechos humanos universales y beneficie a todas las personas, empresas y a la sociedad en su conjunto”.

Dicha Declaración se basa en el Derecho primario de la UE, en particular el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como en el Derecho derivado y la jurisprudencia del

¹ Este trabajo está elaborado en el seno del Grupo de Investigación: S18_23R: Derecho Del Trabajo – Unizar, financiado por el Gobierno de Aragón. Especial agradecimiento al Proyecto Nacional de Investigación PID2020-114556GB-I00 “Las nuevas dimensiones del tiempo de trabajo y el papel de la negociación colectiva”, financiado por la Agencia Estatal de Investigación.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se basa también en el Pilar Europeo de Derechos Sociales y lo complementa. Tiene carácter declarativo y, por tanto, no afecta al contenido de las normas jurídicas ni a su aplicación². A pesar de tener ese carácter declarativo, aspira a marcar los objetivos y metas comunes para, al menos, los países que componen la UE.

Como no podía ser de otra forma, la UE persigue una visión sostenible y centrada en el ser humano de la sociedad digital a lo largo de la década digital para empoderar a los ciudadanos y las empresas. “La Década Digital es un marco integral que guía todas las acciones relacionadas con lo digital. El objetivo de la Década Digital es garantizar que todos los aspectos de la tecnología y la innovación funcionen para las personas. El marco para la Década Digital incluye el programa político de la Década Digital, las metas de la Década Digital, los objetivos, los proyectos plurinacionales y los derechos y principios de la Década Digital³”.

El Parlamento ha pedido en varias ocasiones el establecimiento de principios éticos que guíen el enfoque de la UE con respecto a la transformación digital, y que se garantice el pleno respeto de derechos fundamentales como la protección de datos, el derecho a la privacidad, la ausencia de discriminación, la igualdad de género, y de principios como la protección de los consumidores, la neutralidad tecnológica y de la red, la fiabilidad y la inclusividad. También ha pedido que se refuerce la protección de los derechos de los usuarios en el entorno digital, así como de los derechos de los trabajadores y el derecho a la desconexión⁴.

La digitalización representa un potencial para lograr avances innovadores y apasionantes en el lugar de trabajo, pero también plantea nuevos retos. Mediante la anticipación de los posibles retos para la seguridad y la salud en el trabajo (SST), podemos maximizar los beneficios de estas nuevas tecnologías y garantizar al mismo tiempo la seguridad de los lugares de trabajo. Con una buena gestión, la digitalización puede reducir los riesgos laborales y crear nuevas oportunidades para mejorar las condiciones de trabajo⁵.

El desarrollo de tecnologías digitales como la inteligencia artificial (IA), la robótica avanzada, la conectividad generalizada, el internet de las cosas y los macrodatos, los accesorios electrónicos de vestir, los dispositivos móviles y las plataformas en línea, está cambiando la naturaleza y la ubicación del trabajo, quién trabaja y cuándo, y cómo se organiza y gestiona el trabajo. Las tecnologías digitales prestan ahora servicios esenciales a todos los sectores de nuestra economía y sociedad. Estos avances pueden crear nuevos retos para la SST y su gestión. El ritmo al que se están produciendo estos acontecimientos es más rápido que nunca⁶.

Al igual que ocurre en territorio nacional, la UE ha tenido también en cuenta esa “evolución técnica” y la afección que puede suponer a la intimidad. De ahí que todas las políticas que desde el colectivo comunitario se han desarrollado vayan enfocadas a la protección de la *privacy* en el ámbito de los sistemas de información. En este sentido se habrán de tener en cuenta los derechos que reconoce el artículo 12 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948; el artículo 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8.1 del CEDH y el artículo 7 de la CDFUE.

² Vid. Considerando 10 de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01) El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclaman solemnemente la siguiente Declaración conjunta sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (DOUE C/23 de 23/01/2023).

³ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/europes-digital-decade> (consultado 27/07/2024)

⁴ Vid. Considerando 4 de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01) El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclaman solemnemente la siguiente Declaración conjunta sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (DOUE C/23 de 23/01/2023). 2020/2216(INI); 2020/2018(INL); 2020/2019(INL); 2020/2022(INI); 2020/2012(INL); 2020/2014(INL); 2020/2015(INI); 2020/2017(INI); 2019/2186(INI); 2019/2181(INL); 2022/2266(INI).

⁵ Digitalización y seguridad y salud en el trabajo (SST). Un programa de investigación de la EU-OSHA, 2020, p. 5

⁶ Digitalización y seguridad y salud en el trabajo (SST). Un programa de investigación de la EU-OSHA, 2020, p. 5

Todos ellos son derechos que conllevan un conjunto de facultades que, en función del momento histórico, determinarán las exigencias de libertad, igualdad y dignidad reconocidas por el ordenamiento jurídico nacional e internacional a todas las personas⁷.

Es abundante la doctrina científica que se ha pronunciado sobre el impacto del uso de las tecnologías en la salud laboral de las personas trabajadoras, sobre los diferentes riesgos asociados al uso de esas tecnologías y sobre las consecuencias derivadas para su salud. Pero no todo son aspectos negativos, la digitalización avanzada de las condiciones de trabajo, que va más allá del mero uso de una pantalla de visualización de datos, también tiene repercusión positiva sobre la eliminación de algunos riesgos o la minimización de algunos otros, por ejemplo, por tratarse de tareas repetitivas o por entrañar tareas asociadas al riesgo de caída a distinto nivel o para el manejo de explosivos a distancia... No cabe negar los efectos positivos en la creación de entornos laborales más seguros, incluida su capacidad para desarrollar nuevos mecanismos e instrumentos destinados a prevenir los riesgos o a proteger a los trabajadores frente al daño⁸. En definitiva, cualquier peligro que se haya podido sustituir por equipos de trabajo y/o tecnologías, que no pongan en riesgo la salud del trabajador, puede considerarse como un avance positivo desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

El objeto de este trabajo se centra en reflexionar sobre los aspectos positivos que tienen sobre la salud el uso de esas tecnologías, muchos de ellos abordados desde entes públicos, teniendo en cuenta la prioridad de la dimensión humana y los límites puestos de manifiesto por los tribunales, sobre todo los que afectan a derechos fundamentales (intimidación, propia imagen, dignidad...) y todo ello, teniendo como hilo conductor a la seguridad y salud en el trabajo.

Es complicado, pero no hay que perder de vista la meta, con una buena gestión la digitalización puede reducir los riesgos laborales y crear nuevas oportunidades para mejorar las condiciones de trabajo de todas las personas trabajadoras, sin distinción, readaptando los puestos de trabajo, formando a las personas en todas y cada una de las capacidades que van a necesitar para ese nuevo desempeño y orientado sus tareas hacia otras menos peligrosas y no desarrolladas por las máquinas.

2. El proceso de digitalización de las empresas y de los puestos de trabajo. Algunas tecnologías implicadas: luces y sombras

Con la llegada de la cuarta revolución industrial o industria 4.0 se suman nuevas injerencias y retos que ponen, en tela de duda, el derecho a la intimidad de los trabajadores. Y todo ello, con motivo de la digitalización de la industria y del desempeño de la actividad profesional. En efecto, con la entrada de esta cuarta revolución industrial se produce una nueva organización de los modelos de producción, lo que supone una irrupción en los sistemas de producción de las nuevas TICs para así incrementar la productividad, al tiempo que disminuye el número de trabajos manuales y se incrementan, por contra, los trabajos de dirección y de gestión empresarial. Ello determina una flexibilización del tiempo y lugar de trabajo para así facilitar la interacción directa entre el cliente y el trabajador. Lo que, asimismo, genera un importante flujo y volumen de datos para su agrupamiento, almacenamiento y análisis⁹. Por lo tanto, el empleo de

⁷ LÓPEZ INSUA, B.M.: "Prevención de riesgos laborales: marco legal y políticas gubernamentales relacionadas con las nuevas formas de trabajo en España, protección de los derechos a la seguridad y salud en el trabajo", *Revista Justicia & Trabajo*, n.º 4, 2024, p. 149.

⁸ DEL VALLE, J.M. y LÓPEZ AHUMADA, J.E.: "Innovación tecnológica y contrato de trabajo (I). Prevención de nuevos riesgos laborales", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2008, pág. 329.

⁹ FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. "El uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Propuestas y soluciones ante nuevos retos y viejos conflictos", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 57, 2020, págs. 324-325.

las nuevas tecnologías ofrece pros y contras que se hacen visibles en el ámbito de las relaciones laborales. Entre las ventajas que ofrece, destaca la eficiencia en la utilización de los recursos, mejoras competitivas, mayor oferta de productos, mayor interacción entre el trabajador y el cliente, reforzamiento de la formación y empleabilidad de las personas trabajadoras... entre otros¹⁰.

En la actualidad las máquinas inteligentes están asumiendo una amplia gama de tareas no solo manuales, sino también cognitivas, que antes realizaban los seres humanos. Los trabajadores están cada vez más supervisados por tecnologías de control digital y algoritmos, hasta el punto de que en el futuro podrían ser administrados por máquinas inteligentes. La economía interconectada 24 horas al día, 7 días a la semana requiere una organización del trabajo cada vez más flexible y ha dado lugar a nuevas formas de trabajo, como el trabajo en plataformas digitales. En este contexto, los factores de riesgo psicosocial y organizativo merecen una atención especial, ya que pueden dar lugar a niveles más elevados de estrés relacionados con el trabajo y a problemas de salud mental. También están surgiendo nuevos retos de seguridad y ergonomía, incluidos los riesgos de seguridad funcional asociados con la ciberseguridad. Por lo que las tecnologías digitales y las nuevas formas de trabajo plantean retos para la aplicación de la normativa sobre SST¹¹ y también surgen numerosos conflictos en los tribunales, la mayoría por colisión con los derechos fundamentales¹².

Los avances son imparables y solo estamos en el comienzo, según consta en el Informe sobre Tecnologías digitales en la empresa¹³, la transformación digital de los procesos de negocio avanza en el tejido empresarial español. No obstante, aún existe camino por recorrer para alcanzar los objetivos planteados para 2030 por la Unión Europea en la Década Digital y, en concreto, en el apartado referido a empresas. Esta estrategia destaca tres tecnologías para la transformación digital: *cloud computing*, inteligencia artificial y *big data*. Y busca conseguir al menos una de estas tecnologías clave en el 75 % de las empresas europeas para 2030. En 2022, los datos de España se sitúan en el 31,8 % para el *cloud computing*, el 13,9 % para el *big data* y el 11,8 % para la IA¹⁴, por lo que todavía son muy significativos los cambios que se van a producir en el tejido empresarial para alcanzar esos objetivos europeos.

Entre las principales tecnologías implicadas en la digitalización de las empresas cabe destacar¹⁵: *Big data*; *Blockchain* o cadena de bloqueo; *Cloud computing* o computación en

¹⁰ LÓPEZ INSUA, B.M: "Prevención de riesgos laborales: marco legal y políticas gubernamentales relacionadas con las nuevas formas de trabajo en España, protección de los derechos a la seguridad y salud en el trabajo", *op. cit.*, p. 153.

¹¹ Digitalización y seguridad y salud en el trabajo (SST). Un programa de investigación de la EU-OSHA, 2020, p. 5.

¹² Entre otros, SAN de 06 de mayo de 2024, N° de Recurso: 62/2024 de tutela de la libertad sindical y derecho a la desconexión digital; STS de 15 de septiembre de 2020, núm. 3017/2020 (ECLI:ES:TS:2020:3017 y núm. Rec. 528/2018), sobre despido disciplinario. Uso de vehículo de empresa fuera de jornada laboral. Control del uso por GPS. Despido procedente por cuanto la trabajadora conocía la instalación del GPS. No invasión del derecho a la intimidad o protección de datos. También SAN, a 06 de febrero de 201, ROJ: SAN 136/2019, (ECLI:ES:AN:2019:136 y núm. Rec.: 318/2018) en la que se anula la implantación de un sistema de geolocalización, que obliga a la adquisición de un móvil, capacitado para descargar la app, por cuanto no se negoció de buena fe y se afectó a la privacidad de los trabajadores.

¹³ Informe sobre Tecnologías digitales en la empresa. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es. Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2023, p.6.

¹⁴ Informe sobre Tecnologías digitales en la empresa. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es. Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2023, p.6

¹⁵ La transformación digital de los procesos de negocio avanza en el tejido empresarial español. No obstante, aún existe camino por recorrer para alcanzar los objetivos planteados para 2030 por la Unión Europea en la Década Digital y, en concreto, en el apartado referido a empresas. Esta estrategia destaca tres tecnologías para la transformación digital: *cloud computing*, inteligencia artificial y *big data*. Y busca conseguir al menos una de estas tecnologías clave en el 75 % de las empresas europeas para 2030. En 2022, los datos de España se sitúan en el 31,8 % para el *cloud computing*, el 13,9 % para el *big data* y el 11,8 % para la IA.1 La Agenda España Digital 2026 plantea que en 2025 el porcentaje de empresas que usen *big data* e IA sea del 25 %. Mientras que las empresas con diez o más personas empleadas

la nube; Fabricación aditiva o fabricación por adición; Impresión 3D; Inteligencia artificial; Realidad aumentada; Realidad virtual; Ciberseguridad o seguridad en la red; 5G; Robots y robots colaborativos; las redes sociales; los nuevos sistemas de geolocalización y el denominado Internet de las cosas (IoT)¹⁶.

En los procesos de transformación industrial¹⁷ (fabricación ecológica, robótica y automatización), con creciente automatización ha mejorado la SST, al apartar a los trabajadores de algunas tareas peligrosas. El aumento de la complejidad y de las TIC en los procesos de fabricación automatizada ha planteado problemas en relación con la interfaz entre personas y máquinas. La seguridad (a diferencia de la salud) está cada vez más integrada en los procesos, por el deseo de evitar pérdidas en la producción. Los sistemas de fabricación descentralizados, como la impresión en tres dimensiones u otras técnicas de fabricación rápida, pueden entrañar riesgos (polvos nocivos, productos químicos o luz láser, por ejemplo) para nuevos grupos de trabajadores que no han recibido la formación adecuada para combatirlos. Podría haber nuevas enfermedades profesionales causadas por la exposición a los materiales modernos. Al no haber registros de exposición, resulta difícil relacionar las enfermedades con los puestos de trabajo, ya que ningún trabajador permanece ya toda su carrera profesional en la misma línea de producción¹⁸.

En cuanto a los especialistas que acompañan en este proceso a las empresas para consolidar la transformación digital del tejido empresarial español requiere que las empresas dispongan del personal adecuado para desarrollar, implementar y gestionar las tecnologías y servicios digitales que contribuyen a esta transformación. Sin embargo, la presencia de este perfil es todavía muy reducida en la mayor parte de los sectores. Solo el 17 % de las empresas dispone de especialistas TIC en su plantilla, porcentaje ligeramente superior al alcanzado en 2021 (16,4 %). La existencia de estos perfiles depende en gran medida del tamaño de la empresa, con una mayor presencia en las empresas con 250 o más personas (65,9 %). Esta diferencia se hace aún más notable en las microempresas, donde únicamente el 1,2 % cuenta con especialistas TIC en su plantilla¹⁹.

Además de las tecnologías, de los procesos industriales y de los especialistas, sin ánimo de ser exhaustivos, como muestra de parte de estos cambios, a continuación se mencionan algunos equipos de trabajo que están revolucionando las condiciones de trabajo ya en el presente, pero que lo harán con mayor intensidad en el futuro.

Los robots²⁰ colaborativos e inteligentes, denominados cobots, se convertirán en una presencia familiar en el lugar de trabajo, ya que los sensores altamente desarrollados hacen

en nuestro país estarían a mitad de camino de dicho objetivo, las microempresas todavía necesitan impulsar estas tecnologías en el desarrollo de sus negocios. Todo ello según se recoge en Informe sobre Tecnologías digitales en la empresa. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es. Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2023, p. 6.

¹⁶ LÓPEZ INSUA, B.M: "Prevención de riesgos laborales: marco legal y políticas gubernamentales relacionadas con las nuevas formas de trabajo en España, protección de los derechos a la seguridad y salud en el trabajo", *op. cit.*, p. 135.

¹⁷ Sobre procesos de transformación digital y seguridad y salud, MOLINA NAVARRETE, C.: "La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario 2019.

¹⁸ Empleos verdes y seguridad y salud en el trabajo: Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes asociados a las nuevas tecnologías en 2020: Taller dirigido a los centros de referencia de la UE Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, ISSN: 1831-9343, p. 34

¹⁹ Informe sobre Tecnologías digitales en la empresa. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es. Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2023, p. 24.

²⁰ Informe sobre Tecnologías digitales en la empresa. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es. Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2023, pp. 16 y 17. Según se recoge este Informe "El uso de robots se encuentra aún en un estado incipiente, aunque en algunos sectores específicos esta tecnología comienza a tener una presencia destacada. En nuestro país, el 7,8 %

posible que personas y robots trabajen juntos. Esta nueva situación también tiene pros y contras. Entre sus ventajas, la robótica permite evitar que los trabajadores afronten situaciones peligrosas y mejorar la calidad del trabajo asignando las tareas repetitivas a máquinas rápidas, precisas e incansables. También los cobots también pueden facilitar el acceso al trabajo a muchas personas actualmente excluidas, por ejemplo, apoyando a personas discapacitadas o trabajadores de edad avanzada en el lugar de trabajo²¹. A la contra, estos robots moviéndose por el lugar de trabajo también podrían aumentar los riesgos de golpes, caídas u otros. Sin embargo, entre los riesgos que mayor daño pueden causar a la salud del trabajador son los psicosociales. De modo que, los trabajadores que tengan que mantener el ritmo y el nivel de trabajo de un *cobot* inteligente pueden ser sometidos a un elevado nivel de presión en su rendimiento. Ello puede tener efectos negativos en la seguridad y la salud de los trabajadores, en particular en la salud mental. El aumento del trabajo con robots también reducirá significativamente el contacto con compañeros humanos y el apoyo social, lo que también es perjudicial para la salud mental de los trabajadores²².

También la realidad virtual (RV) y la realidad aumentada (RA) ofrecen la ventaja de evitar que muchos trabajadores se encuentren en entornos peligrosos, ya que pueden utilizarse, por ejemplo, para apoyar las tareas de mantenimiento y para la formación inmersiva (permite que los usuarios se sumerjan físicamente en un entorno 3D). La RA también podría proporcionar información contextual complementaria sobre peligros ocultos, como la presencia de amianto, cables eléctricos o tuberías de gas. Pero la fiabilidad de la RA depende de que se mantenga el acceso a fuentes de información pertinentes y de alta calidad, y de si la información está actualizada o no. Los dispositivos de RV y RA también pueden ser una fuente de riesgos por motivo de distracción, sobrecarga de información, desorientación, mareo por movimiento y tensión ocular²³.

Otro avance en tecnologías y que puede ayudar en determinadas tareas repetitivas de manipulación manual de cargas o de posturas forzadas, y que contribuyen a soportar la carga y/o la tarea son los exoesqueletos. Se trata de un equipo (estructura) que, una vez puesto por la persona trabajadora, facilita la tarea para la que está diseñado, en teoría para no cargar el sistema musculoesquelético de la persona que lo soporta.

Por otro lado, según muestra el Estudio de la Agencia Europea, entre las ventajas de la digitalización son los dispositivos móviles de control miniaturizados integrados en el equipo de protección personal (EPP) posibilitan la supervisión en tiempo real de los peligros y pueden utilizarse para proporcionar advertencias tempranas de exposiciones peligrosas, estrés, problemas de salud y fatiga. Sin embargo, esta información también puede utilizarse a la contra, considerando a la persona trabajadora como alguien que muestra síntomas de debilidad y por tanto, menor rendimiento productivo, por lo que podría ser sustituida por otra persona e incluso un cobots.

Otro equipo de trabajo que también puede tener aplicación en este ámbito son los drones, pues su uso para la realización de determinadas actividades permite, en muchos casos, la

de las empresas utiliza algún tipo de robot en su actividad cotidiana, porcentaje que aumenta hasta el 19,9 % si solo se cuentan las grandes empresas. En el caso de las microempresas, su uso se reduce hasta el 1,4%. La implantación de esta herramienta tecnológica sobrepasa notablemente en sectores industriales como la metalurgia (28 % del sector usa robots) o la industria química (24,1 %). Los principales motivos que llevan a las empresas a utilizar robots son asegurar la precisión y calidad estandarizada de los bienes y servicios producidos (85,1 % de las empresas que utilizan robots), mejorar la seguridad en el trabajo (67,2 %) y ampliar la gama de productos o servicios ofrecidos por la empresa (61,8 %).

²¹ Digitalización y seguridad y salud en el trabajo (SST). Un programa de investigación de la EU-OSHA, 2020, p. 7.

²² Digitalización y seguridad y salud en el trabajo (SST). Un programa de investigación de la EU-OSHA, 2020, p. 7.

²³ Digitalización y seguridad y salud en el trabajo (SST). Un programa de investigación de la EU-OSHA, 2020, p. 11.

eliminación o reducción de riesgos que estarían presentes si las tareas fueran desarrolladas de una manera convencional. Por ello, un dron puede ser utilizado como “herramienta preventiva”, facilitando el cumplimiento de los principios preventivos establecidos en el artículo 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), en los que se determina que el empresario, al adoptar las medidas de prevención y protección, deberá tener en consideración la evolución tecnológica. No obstante, no hay que olvidar que la utilización de la tecnología para eliminar o reducir un riesgo no debería generar otro más perjudicial que aquel que se pretende combatir²⁴.

3. Oportunidades para velar por el derecho a la salud laboral digital

El desarrollo tecnológico, y en particular la digitalización, presenta oportunidades desde la óptica de la prevención de riesgos laborales (monitorización, formación *online*, apps para identificación y evaluación de riesgos, etc.), pero también puede dar lugar a riesgos nuevos o emergentes derivados del uso de la propia tecnología (robotización, inteligencia artificial, plataformas colaborativas, etc.), de la organización del trabajo (teletrabajo, trabajo a distancia, virtualización, etc.), o de las nuevas formas de empleo, con una mayor prevalencia de riesgos ergonómicos y psicosociales²⁵, algunos de ellos ya puestos de manifiesto anteriormente.

El Estado, consciente del reto y del cambio que puede suponer en las empresas, se compromete en la Estrategia Española de Seguridad y Salud Laboral 2023-2027 a gestionar la transformación digital, ecológica y demográfica, así como el cambio climático, desde la óptica preventiva, y reforzar el compromiso de esta estrategia con el Marco Estratégico de la UE en Materia de Salud y Seguridad en el Trabajo 2021-2027 y con los objetivos de desarrollo sostenible, de manera que se dispone a estudiar “los riesgos emergentes en el contexto de las transiciones digital, ecológica y demográfica, así como el impacto del cambio climático, identificando actividades y colectivos más afectados, e impulsaremos acciones para proteger a todas las personas trabajadoras por igual”, también se compromete a ayudar y brindar apoyo “a las empresas en el proceso de adaptación a estos cambios a través de herramientas que faciliten la gestión de nuevos riesgos, con especial atención a los derivados de la digitalización”.

Según la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo (EU-OSHA), la tecnología digital en sí misma no es ni buena ni mala. Dependerá del contexto y de su gestión para alcanzar una correcta aplicación de la misma. Entre los ejemplos de la Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo que podrían contribuir a mitigar los retos que plantea la digitalización en esta materia figuran²⁶:

El desarrollo de un marco ético para la digitalización, códigos de conducta y una gobernanza adecuada.

Un firme planteamiento de prevención a través del diseño que integre factores humanos y el diseño centrado en los trabajadores.

- La participación de los trabajadores en el diseño y la aplicación de las estrategias de digitalización.

²⁴ Informe sobre Drones: prevención de riesgos laborales y seguridad aeronáutica del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), O.A., M.P., 2023, p. 25

²⁵ Vid. Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027. (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2023), objetivo 02.

²⁶ Digitalización y seguridad y salud en el trabajo (SST). Un programa de investigación de la EU-OSHA, 2020, p. 19.

- La colaboración entre el sector académico, la industria, los interlocutores sociales y las autoridades públicas en materia de investigación e innovación en tecnologías digitales, a fin de tomar debidamente en cuenta los aspectos humanos.
- Un marco normativo para aclarar las responsabilidades en materia de SST en relación con los nuevos sistemas y formas de trabajo.
- Un sistema educativo adaptado y formación de los trabajadores.
- La prestación de servicios de SST eficaces para todos los trabajadores del mundo del trabajo digital.

En este sentido, los países que forman parte de la UE se han comprometido en la *Declaración Europea sobre Derechos Digitales para la Década Digital* a garantizar unas “Condiciones de trabajo justas y equitativas” lo que implica que “5. Toda persona tiene derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, justas, saludables y seguras, así como a una protección adecuada en el entorno digital y en el puesto de trabajo físico, con independencia de su situación laboral y de la modalidad o la duración del empleo” y también se han comprometido “6. Las organizaciones sindicales y patronales desempeñan un papel importante en la transformación digital, en particular en lo relativo a la definición de unas condiciones de trabajo justas y equitativas, también en lo que respecta al empleo de herramientas digitales en el trabajo”. Por todo ello se comprometen a:

a) velar por que toda persona pueda desconectar y beneficiarse de salvaguardias para asegurar el equilibrio entre vida privada y vida laboral en un entorno digital;

b) garantizar que las herramientas digitales no supongan ningún tipo de riesgo para la salud física y mental de los trabajadores en el entorno de trabajo;

c) garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en el entorno digital, incluidos su derecho a la privacidad, el derecho de asociación, el derecho de negociación y acción colectiva, así como la protección frente a una vigilancia ilegal e injustificada;

d) garantizar que el uso de la inteligencia artificial en el lugar de trabajo sea transparente y siga un enfoque basado en los riesgos, y que se adopten las medidas de prevención correspondientes para mantener un entorno de trabajo seguro y saludable;

e) garantizar, en particular, que las decisiones importantes que afecten a los trabajadores cuenten con supervisión humana y que, en general, se los informe de que están interactuando con sistemas de inteligencia artificial”.

Sin duda, son medidas de alcance, algunas ya incorporadas a nuestro derecho interno²⁷ y otras están pendientes, muy delicadas, que requieren de negociaciones y de una regulación rigurosa que tenga como eje fundamental proteger a la dimensión humana frente a la digital.

En definitiva, la digitalización representa un potencial para lograr avances innovadores en el lugar de trabajo, pero también plantea nuevos retos para la seguridad y la salud de las personas trabajadoras. Anticiparse a estos retos para la seguridad y la salud en el trabajo es importante

²⁷ Por ejemplo, el derecho a la desconexión digital regulado en el artículo 88 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales (LOPDyGDD) que responde al apartado a) de este compromiso “a) velar por que toda persona pueda desconectar y beneficiarse de salvaguardias para asegurar el equilibrio entre vida privada y vida laboral en un entorno digital”. Otra cosa es si es suficiente lo dispuesto en este artículo 88 de la LOPDyGDD pues gran parte de la doctrina es muy crítica con dicha regulación.

para maximizar los beneficios de estas nuevas tecnologías y garantizar al mismo tiempo la seguridad de los lugares de trabajo.

4. Los riesgos que conlleva un cambio en el modelo productivo. Especial atención a las brechas digital y de género y a la introducción de la perspectiva de género en seguridad y salud laboral

Los elementos de este sistema salud-trabajo están interconectados. Así, los cambios en la forma de trabajar, en la naturaleza del trabajo, y en las relaciones en el trabajo influyen, indudablemente las condiciones de empleo y la salud asociada a su desempeño. Se trata, por tanto, de un sistema poroso de comunicación entre trabajo y vida personal que deviene del desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, pero que también es producto de las brechas que se manifiestan en materia de protección y uso de los datos personales, biológicos y biométricos y que pueden derivar en situaciones de incivilidad y acoso digital²⁸.

Ya en la “Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020” se hizo mención a los riesgos derivados de las nuevas tecnologías, incluyéndolos bajo la denominación de “riesgos emergentes”, riesgos que en ese momento se consideraban prioritarios, recalcando la necesidad de analizar sus causas e impactos en la seguridad y salud de los trabajadores. Contempla que la irrupción de las TIC’s producirá lugares de trabajo más flexibles, oficinas virtuales y teletrabajo. Por ello acuden a la necesidad de establecer programas de vigilancia de los trabajadores expuestos a ellos²⁹. Pocos meses después de publicarse a nivel europeo la Declaración de Derechos Digitales, en España se aprueba la nueva Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027³⁰ en la que se concibe como un desafío “Las nuevas tendencias económicas y sociales, y las transiciones digital y climática, conllevan riesgos nuevos o emergentes que afectan a la seguridad y salud de las personas, y que las empresas deben estar en disposición de gestionar adecuadamente con el apoyo de los poderes públicos”. También a nivel europeo, el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 recoge entre sus objetivos transversales el de “anticipar y gestionar el cambio en el nuevo mundo del trabajo que han traído consigo las transiciones ecológica, digital y demográfica”. Por lo tanto, es fundamental la coordinación entre países y el intercambio de experiencias y resultados para mejorar la eficacia entre países, con transmisión de información de buenas prácticas y actuaciones de otros países para un desarrollo de políticas preventivas más certeras y eficaces.

Evidentemente estos cambios en materia de digitalización no afectan por igual a todas las empresas³¹, cualquiera que sea su sector, país, tamaño y tipo de empresa (...), ni tampoco a

²⁸ LOÏC LEROUGE: “El Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo: ¿una regulación para la protección de la salud laboral?”. Disponible en <https://www.transformaw.com/blog/el-acuerdo-marco-europeo-sobre-la-digitalizacion-del-trabajo-una-regulacion-para-la-proteccion-de-la-salud-laboral/> Consultado en (20/07/2024).

²⁹ LÓPEZ INSUA, B.M: “Prevención de riesgos laborales: marco legal y políticas gubernamentales relacionadas con las nuevas formas de trabajo en España, protección de los derechos a la seguridad y salud en el trabajo”, *op. cit.*, p. 153.

³⁰ *Vid.* Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027. (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2023).

³¹ Según Informe denominado Tecnologías digitales en la empresa. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es. Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2023, p. 6, en el que se afirma que “En España existen diferencias en el grado de transformación digital en función del sector productivo y del tamaño de las empresas. Los sectores que alcanzan un mayor grado de transformación digital son el de información y comunicaciones, el TIC 2 y el de servicios de alojamiento. Este último realiza un uso intensivo de los servicios relacionados con el comercio electrónico, una de las dimensiones más relevantes en el ámbito de la transformación digital. Por el contrario, más rezagados se encuentran los sectores de la construcción y actividades administrativas y servicios auxiliares. Según su tamaño, existen más de 40 puntos de diferencia entre las pymes más pequeñas (diez a 49 personas) y las grandes empresas (250 o más personas empleadas).

todas las personas trabajadoras cualquiera que sea su edad, sexo, nivel de estudios, sector, empresa, profesión e incluso núcleo de población en el que trabajen y residan, provocando y/o aumentando brechas entre la población.

Sin ser el objeto de este trabajo abordar los riesgos que conlleva la digitalización, pues es abundante la doctrina científica la que se ocupa de ello, no se pueden pasar por alto dos muy destacados, como son la brecha digital y la de género.

Desarrollar un sistema integrado de recualificación que permita mantener a la población adulta formada y actualizada a lo largo de toda su vida, se ha convertido en una exigencia de primer orden³²; pese a ello, la participación de la mujer en procesos formativos para el empleo sigue siendo inferior a la de los hombres³³. La brecha digital continúa teniendo rostro femenino cuando se profundiza en la tipología de excluidos digitales de modo que, todavía, más del 60% de las personas desconectadas son mujeres³⁴.

Algunos datos que muestran las diferencias entre sexo se pueden observar en el Informe sobre Tecnologías digitales en la empresa, la presencia de mujeres especialistas TIC se ha incrementado en 2022. Del total de empresas que tienen estos perfiles en plantilla, el 40,4 % cuenta con mujeres especialistas, 5,9 puntos más que en 2021. Si solo se contabilizan las empresas con 250 personas o más, este porcentaje aumenta hasta el 60,7 %. Pero descendiendo en el caso de las microempresas, con el 22,9 %³⁵. En 2021, en España solo el 16,2% de los especialistas TIC son mujeres³⁶, (aproximadamente 500.000), por debajo del 16,5% de la media de la UE-28³⁶.

Así, en relación a la brecha digital que a su vez se agudiza si es también de género, se están haciendo esfuerzos, por el momento no suficientes, para mitigarla y una de las medidas más importantes para frenarla y disminuirla es la formación. Así, en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital establece en su capítulo II sobre Educación, Formación y capacidades digitales “4. Toda persona tiene derecho a la educación, la formación y el aprendizaje permanente y debería poder adquirir todas las capacidades digitales básicas y avanzadas. Nos comprometemos a: a) promover una educación y una formación digitales de alta calidad, también con vistas a colmar la brecha digital de género”.

Naciones Unidas, en el marco de 67ª sesión de la Comisión sobre el Estatus Jurídico y Social de la Mujer (CSW67), ha hecho un llamamiento a reflexionar sobre una de las brechas que se puso en mayor evidencia durante la pandemia por la Covid-19: la brecha digital de género. Esta brecha incluye no sólo la diferencia entre hombres y mujeres en el acceso a internet y uso de dispositivos digitales como teléfonos, ordenadores o tablets, sino también, en la producción y acceso a contenidos, así como en las habilidades tecnológicas con las que contamos para ello. La Comisión expresó, también, su preocupación por los escasos avances en la reducción de

Mientras que estas últimas alcanzan los objetivos planteados tanto por la Comisión Europea como por el Gobierno de España en la mayor parte de los sectores, la transformación digital en las pequeñas empresas es aún muy incipiente”.

³² MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Formación en competencias digitales y empleabilidad. Dos coordenadas inescindibles”, en AA.VV., *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

³³ FUNDAE, “Mujer y formación para el empleo”, *Cuaderno de Trabajo*, 2023, n. 2, p. 4 ss.

³⁴ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: “Nuevas tecnologías, trabajo y colectivos vulnerables: un enfoque de género”, *Revista Internacional y Comparada De Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 12, número 1, enero-marzo de 2024, p. 161.

³⁵ Informe Tecnologías digitales en la empresa. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es. Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2023, p. 26.

³⁶ Plan Nacional de Competencias Digitales. Gobierno de España, 2021, p. 18. Estos datos han podido variar, pues son los que constan en el año 2021.

la brecha de género en el acceso y el uso de las tecnologías. En suma, la balanza se inclina en negativo para las mujeres y puede empeorar si se tienen en cuenta otras variables como el lugar de nacimiento, la edad, la orientación sexual, el color, etc³⁷.

Por lo que respecta a la brecha de género, el objetivo 05 de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2023-2027) pretende introducir la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, algo que ha sido reclamado por abundante doctrina³⁸ que lleva años insistiendo en este aspecto, crucial para una parte importante de la población trabajadora. Las instituciones y los agentes sociales son conscientes que es necesario avanzar en el conocimiento de los riesgos y daños en la salud teniendo en cuenta el enfoque de género. Un mejor conocimiento de los riesgos desde la perspectiva de género, que permita conocer en qué medida pueden afectar, de manera diferente, a mujeres y hombres, facilitará la adopción de medidas preventivas más eficaces, acordes con las personas trabajadoras expuestas, y que minimicen las posibilidades de causar accidentes de trabajo y/o de desarrollar una enfermedad profesional.

Por otro lado, los datos recogidos en la propia Estrategia demuestran diferentes índices de incidencia, de gravedad, por sector... entre hombres y mujeres, en caso de accidentes de trabajo y lo mismo ocurre con las enfermedades profesionales, que también muestran diferentes tasas en función del sexo. Así, por lo que respecta a la integración de la perspectiva de género, es evidente y los datos así lo demuestran, los riesgos en el trabajo no afectan por igual a ambos sexos, ni la concentración de contaminantes afecta por igual a la salud de ambos sexos, ni los mismos equipos de protección individual sirven igual a zurdos que a diestros, ni a mujeres y hombres... En definitiva, es necesario, si se pretende conseguir una protección eficaz, introducir la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales y observar los riesgos de manera personalizada pues no afectan por igual a todas las personas trabajadoras, ya sea por su diferente sexo, e incluso se pueden añadir otros factores para personalizarla como la condición física, la edad, la experiencia...

Para conseguir una plena integración de la perspectiva de género en la gestión preventiva, dentro de la Estrategia se prevén algunas líneas de actuación:

1. Revisión del marco normativo para integrar la perspectiva de género.
2. Diferenciación de género en los procesos de toma de datos y análisis de la información de las condiciones de trabajo y salud y en los estudios en esta materia
3. Incorporación de manera transversal de la perspectiva de género en la gestión de la prevención de riesgos laborales.
4. Actuaciones de sensibilización sobre la necesidad de integrar la perspectiva de género de manera transversal en las políticas preventivas.
5. Actuaciones de vigilancia y control.

³⁷ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: "Nuevas tecnologías, trabajo y colectivos vulnerables: un enfoque de género", *op. cit.*, p. 161.

³⁸ Sobre perspectiva de género véase entre otros, RIVAS VALLEJO, P.: "Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° Extra 74, 2008 (Ejemplar dedicado a: Seminario "Los ciclos vitales y la Seguridad Social: estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos jurídicos, sociológicos, económicos"), págs. 227-286. También, MONERO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: "El derecho a la seguridad y salud en el trabajo desde la perspectiva de género: Acoso sexual y moral en el empleo", *Género y derechos fundamentales*. MONERO ATIENZA, C. y MONERO PÉREZ, J.L. (Coords.), 2010, pp. 411-444. Por último, véase, VALLEJO DA COSTA, R.: "La perspectiva de género en la estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2023-2027: especial referencia a la intervención en la detección de la violencia doméstica en los lugares de trabajo, *Iuslabor*, núm. 2, 2023.

5. La formación continua, completa, adaptada y adecuada en prevención de riesgos laborales, en competencias digitales y en desconexión digital

La formación es uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta cualquier cambio organizacional incluido por supuesto el digital³⁹. Son múltiples las normas que recogen la formación como un derecho para cualquier persona trabajadora, ya sean en una empresa pública como privada, a nivel nacional, europeo o internacional.

Centrándonos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 sobre seguridad y salud en el trabajo del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)⁴⁰ “1. *El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. (...)*”. Esta protección eficaz concierne a cualquier condición de trabajo que pueda afectar a la salud de la persona trabajadora.

Continúa el apartado 4 del artículo 19 sobre seguridad y salud en el trabajo del ET⁴¹ con un derecho de gran alcance, necesaria para la adaptación de la persona trabajadora a unas condiciones de trabajo cambiantes, así se dispone “4. *El empresario está obligado a garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de esta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. El trabajador está obligado a seguir la formación y a realizar las prácticas. Todo ello en los términos señalados en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), y en sus normas de desarrollo, en cuanto les sean de aplicación*”. Por lo tanto, una de las causas por las que la persona trabajadora tiene derecho a recibir una formación “suficiente y adecuada” es cuando se “introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo”.

Este derecho también está recogido en la propia LPRL, en concreto en su artículo 19, coincidiendo en su redacción con el apartado 4 del artículo 19 del ET, y además añade el apartado 1 del artículo 19 LPRL “(...) *La formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario. (...)*” Esta formación deberá impartirse dentro de la jornada, en todo caso debe considerarse tiempo de trabajo y su coste no podrá recaer sobre la persona trabajadora.

La apuesta por la formación es clave para sobrevivir a un proceso de transformación de los puestos de trabajo. Este derecho no solo está contemplado, entre otros, en el ET y en la LPRL, sino que también se ha incorporado a otros textos más recientes y en los que se insiste en una materia de contenido necesario para los nuevos requerimientos del puesto de trabajo, el contenido digital. Así en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital se hace una apuesta clara por la educación, formación y capacidades digitales⁴²

³⁹ Sobre formación, AGUILAR MARTIN, M.C.: “La formación profesional en el trabajo como factor clave de resiliencia para el mantenimiento del empleo y mejora de la empleabilidad de las personas trabajadora”. VVAA. *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, FILLOL MARZO, A. y PÉREZ CALLE, D. (Coords)., Dykinson, 2023, pp. 692-724.

⁴⁰ 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 núm. 255, de 24/10/2015).

⁴¹ 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 núm. 255, de 24/10/2015).

⁴² Capítulo II de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01) El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclaman solemnemente la siguiente Declaración conjunta sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (DOUE C/23 de 23/01/2023).

de manera que se establece “4. Toda persona tiene derecho a la educación, la formación y el aprendizaje permanente y debería poder adquirir todas las capacidades digitales básicas y avanzadas. Nos comprometemos a: a) promover una educación y una formación digitales de alta calidad, también con vistas a colmar la brecha digital de género; (...) d) brindar a toda persona la posibilidad de adaptarse a los cambios provocados por la digitalización del trabajo mediante el perfeccionamiento y el reciclaje profesionales”.

Por otra parte, los interlocutores sociales también se han comprometido a nivel europeo a conseguir “la formación continua de nuestra mano de obra actual y futura y de las empresas con las aptitudes adecuadas para aprovechar las oportunidades y hacer frente a los retos de la transformación digital en el mundo laboral. Los retos y oportunidades que presenta la digitalización hacen que los interlocutores sociales tengan un interés común en facilitar el acceso a una formación y un desarrollo de aptitudes de calidad y eficaces, respetando al mismo tiempo la diversidad y flexibilidad de los sistemas de formación, que varían según las diversas prácticas de relaciones laborales. Lo anterior supone el compromiso de los empleadores de utilizar la tecnología digital de manera positiva, tratando de mejorar la innovación y la productividad para una viabilidad duradera de las empresas, dar seguridad en el empleo a las plantillas, así como mejorar sus condiciones de trabajo, y a su vez el compromiso de los trabajadores de apoyar el crecimiento y el éxito de las empresas y de reconocer el papel potencial de la tecnología digital para que las empresas sigan siendo competitivas en el mundo moderno⁴³”.

Dentro de la Estrategia Española de Seguridad y Salud 2023-2027, entre las medidas de apoyo a las empresas en la identificación, evaluación y control de los riesgos derivados de la digitalización de sus procesos productivos y de los cambios climático, ecológico y demográfico se establece “4.1 Desarrollo de criterios y herramientas que faciliten a las empresas, especialmente a las pymes, la gestión de los riesgos ergonómicos y psicosociales derivados de la digitalización y de las nuevas formas del trabajo. (...) Se elaborarán criterios y buenas prácticas en relación con la desconexión digital”.

También sería deseable que se integrase la formación en seguridad y salud en el trabajo desde las escuelas y colegios, de esta forma se conseguiría el respeto que merece y la concienciación de la población más joven y que se va a integrar al mercado de trabajo ya con una cultura que preserve su propia seguridad y salud y la de sus compañeros de plantilla.

Por último, la formación en prevención de riesgos laborales no puede pasar por alto el derecho a la desconexión digital en todos aquellos puestos de trabajo que estén expuestos al riesgo que supone la digitalización, en algunos casos avanzada, de su puesto de trabajo. Es un derecho regulado por el momento en la LOPDyGDD, también en el artículo 20 bis del ET y en el artículo 14 letra j) bis del Estatuto Básico del Empleado Público⁴⁴. En materia de formación en desconexión digital⁴⁵, el artículo 88.3 de la LOPDyGDD encomienda, de manera obligatoria para todas las empresas, elaborar una política interna para todas las personas trabajadoras en la que se definirán las “modalidades de ejercicio de este derecho”, por tanto, esa política o pautas tienen que estar en la línea de las modalidades que haya establecido, en su caso, la negociación colectiva y/o los acuerdos de empresa, de *manera que la política interna de desconexión digital*

⁴³ Acuerdo Marco de los Interlocutores Sociales Europeos sobre digitalización, BusinessEurope, CEEP, SMEUnited, ETUC, 2020, p. 8.

⁴⁴ *Vid.* 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 (BOE núm. 261, de 31/10/2015).

⁴⁵ Sobre desconexión digital, MUÑOZ RUÍZ, A.B.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: hacia un cambio de modelo en la expectativa de la empresa hiperconectada”, en AA.VV. (DE LA PUEBLA PINILLA, A. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2019.

debe estar en connivencia con la negociación colectiva y con la política de prevención de riesgos laborales, oídos los representantes de los trabajadores, que implique a toda la plantilla y que conlleve necesariamente formación y acciones de sensibilización, esto es lo que se desprende del texto que reza lo siguiente “el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

6. Conclusiones

Anteponer a la persona frente a las tecnologías no puede ser solo una apuesta de un estado, tiene que ser un compromiso conjunto y global, refrendado y avalado por todos los países, pues este es un fenómeno global y necesita de soluciones globales.

El proceso de digitalización de las empresas y por ende, de las formas de producir plantea nuevos riesgos emergentes y agudiza otros que ya estaban presentes y que en la actualidad se intensifican, pero también crea oportunidades para eliminar riesgos o sustituir a las personas en aquellas tareas que puedan suponer un daño grave para su salud y que son consideradas en sí mismas tareas de riesgo. Una de las claves está en aprovechar esas oportunidades y reconducir las tareas humanas hacia otras con menos riesgos o que cualitativamente sean mejor ejecutadas por humanos.

En definitiva, es crucial cómo se implemente, gestione y regule la tecnología, sin olvidar que tiene que tener como prioridad a la dimensión humana sobre la digital. En este proceso de transformación digital en el que estamos todos inmersos, anteponer a la persona sobre cualquier medida o dispositivo digital debería tener preferencia sobre cualquier otro aspecto (productividad, competitividad...). Tal y como reza el título de este Congreso de la AESSS, en esta era de disrupción digital proteger la salud de las personas, en concreto, la salud laboral debería ser la prioridad de cualquier política pública de empleo y de todas las empresas porque entre otros beneficios, también redundará en un mayor rendimiento económico.

En este tránsito, la formación tiene un papel fundamental, pues preparar a las personas trabajadoras mediante una formación adecuada a su puesto presente y futuro, con un aprendizaje gradual y progresivo, anticipándose a los cambios y que no deje a ninguna persona atrás, cualquiera que sea su sexo o condición es imprescindible para afrontar este proceso de cambio.

7. Bibliografía y otras fuentes

- AGUILAR MARTIN, M.C.: “La formación profesional en el trabajo como factor clave de resiliencia para el mantenimiento del empleo y mejora de la empleabilidad de las personas trabajadora”. VVAA. *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, FILLOL MARZO, A. y PÉREZ CALLE, D. (Coords), Dykinson, 2023.
- DEL VALLE, J.M. y LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Innovación tecnológica y contrato de trabajo (I). Prevención de nuevos riesgos laborales”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2008.

- LOÏC LEROUGE: “El Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo: ¿una regulación para la protección de la salud laboral?”. Disponible en <https://www.transformaw.com/blog/el-acuerdo-marco-europeo-sobre-la-digitalizacion-del-trabajo-una-regulacion-para-la-proteccion-de-la-salud-laboral/> Consultado en (20/07/2024).
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. “El uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Propuestas y soluciones ante nuevos retos y viejos conflictos”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 57, 2020.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: “Nuevas tecnologías, trabajo y colectivos vulnerables: un enfoque de género”, *Revista Internacional y Comparada De Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 12, número 1, enero-marzo de 2024.
- LÓPEZ INSUA, B.M: “Prevención de riesgos laborales: marco legal y políticas gubernamentales relacionadas con las nuevas formas de trabajo en España, protección de los derechos a la seguridad y salud en el trabajo”, *Revista Justicia & Trabajo*, n.º 4, 2024.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: Formación en competencias digitales y empleabilidad. Dos coordenadas inescindibles, en AA.VV., Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La gran transformación digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. Extraordinario 2019.
- MONERO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “El derecho a la seguridad y salud en el trabajo desde la perspectiva de género: Acoso sexual y moral en el empleo”, *Género y derechos fundamentales*. MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Coords.), 2010.
- MUÑOZ RUÍZ, A.B.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: hacia un cambio de modelo en la expectativa de la empresa hiperconectada”, en AA.VV (DE LA PUEBLA PINILLA, A. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2019.
- RIVAS VALLEJO, P.: “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° Extra 74, 2008 (Ejemplar dedicado a: Seminario “Los ciclos vitales y la Seguridad Social: estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos jurídicos, sociológicos, económicos”).
- VALLEJO DA COSTA, R.: “La perspectiva de género en la estrategia española de seguridad y salud en el trabajo 2023-2027: especial referencia a la intervención en la detección de la violencia doméstica en los lugares de trabajo, *Iuslabor*, núm. 2, 2023.
- Otras fuentes utilizadas:
- Acuerdo Marco de los Interlocutores Sociales Europeos sobre digitalización, BusinessEurope, CEEP, SMEunited, ETUC, 2020.
- Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01) El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión proclaman solemnemente la siguiente Declaración conjunta sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (DOUE C/23 de 23/01/2023).

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/europes-digital-decade> (consultado 27/07/2024)

Digitalización y seguridad y salud en el trabajo (SST). Un programa de investigación de la EU-OSHA, 2020.

Drones: prevención de riesgos laborales y seguridad aeronáutica, Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST), O.A., M.P., 2023.

Empleos verdes y seguridad y salud en el trabajo: Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes asociados a las nuevas tecnologías en 2020: Taller dirigido a los centros de referencia de la UE Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, ISSN: 1831-9343.

Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027. Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027. (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2023).

FUNDAE, Mujer y formación para el empleo, Cuaderno de Trabajo, 2023, n. 2.

Informe sobre Tecnologías digitales en la empresa. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es. Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2023.

Plan Nacional de Competencias Digitales. Gobierno de España, 2021.

IGUALDAD Y SEGURIDAD SOCIAL. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

AGNES YSEBAERT¹

En este artículo se analizan tres sentencias, relativamente recientes, dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el marco de sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros de la Unión. En dos de las sentencias, se trata de un Tribunal Superior de Justicia español, mientras que en la tercera sentencia, se trata de un tribunal belga. Las tres sentencias tienen como denominador común que versan sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En el análisis de la primera sentencia, se pone hincapié en la metodología seguida por el Tribunal de Justicia para interpretar el concepto de “remuneración” con el fin de averiguar si este concepto comprende, o no, la indemnización que debe abonarse a un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal en caso de que este trabajador quede en incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual a raíz de un accidente de trabajo que ha ocurrido en la empresa usuaria y que ha dado lugar a la extinción de su contrato de trabajo con la empresa de trabajo temporal. En el examen de la segunda sentencia, se mira de cerca el razonamiento que el Tribunal de Justicia desarrolla para analizar la legalidad de un reglamento de trabajo de una administración pública belga que prohíbe a sus trabajadores el uso de símbolos religiosos, aun cuando no estén en contacto con el público. En el análisis de tercera sentencia, se recuerda la importancia de que la normativa nacional, en concreto el Estatuto de los Trabajadores, sea conforme con el Derecho de la Unión.

¹ La autora fue letrada del Tribunal de la función pública de la Unión europea y trabaja actualmente como administradora en la dirección de recursos humanos del Tribunal de Justicia de la Unión europea. Las opiniones que se expresan en esta contribución son exclusivamente de la autora y no comprometen a la institución donde ejerce sus funciones.

1. Sentencia de 22 de febrero de 2024, Randstad empleo y otros (C-649/22, EU:C:2024:156)

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia examina una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Los hechos que motivaron a este órgano jurisdiccional español a plantear dicha petición de decisión prejudicial son los siguientes.

1.1. Hechos, litigio principal y cuestión prejudicial

XXX celebró un contrato de trabajo para su puesta a disposición de empresas usuarias, con efectos a partir del 1 de octubre de 2016, con Randstad Empleo ETT, S.A.U. (en lo sucesivo, “Randstad Empleo”), que lo puso a disposición de la empresa usuaria Serveo Servicios, S.A.U. (en lo sucesivo, “Serveo Servicios”), para ejercer funciones de mozo especialista. Según este contrato, el convenio colectivo aplicable a dicha relación laboral era el VI Convenio colectivo de empresas de trabajo temporal (en lo sucesivo, “Convenio colectivo de empresas de trabajo temporal”).

Durante su puesta a disposición de Serveo Servicios, XXX fue víctima de un accidente de trabajo. A raíz de este accidente, fue declarado en incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual.

Axa Seguros Generales, S.A. de Seguros y Reaseguros (en lo sucesivo, “Axa”) abonó entonces a XXX, basándose en el Convenio colectivo de empresas de trabajo temporal, una indemnización por importe de 10 500 euros por su incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual.

Sin embargo, XXX consideraba que el convenio colectivo que le era aplicable no era el Convenio colectivo de empresas de trabajo temporal, sino el Convenio colectivo para el sector de la industria del transporte de mercancías por carretera y agencias de transporte de Álava (en lo sucesivo, “Convenio colectivo del sector del transporte”) que prevé una indemnización de 60 101,21 euros.

Así, el sindicato Eusko Langileen Alkartasuna (Solidaridad de los Trabajadores Vascos) interpuso, en calidad de representante de XXX, una demanda de reclamación de cantidad ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de Vitoria-Gasteiz (Araba/Álava) contra Randstad Empleo, Serveo Servicios y Axa, por una parte, y el Fondo de Garantía Salarial, por otra, con el fin de que se abonara a XXX la cantidad de 49 601,21 euros (i.e. la diferencia entre la indemnización abonada a XXX en virtud del Convenio colectivo de empresas de trabajo temporal y la indemnización prevista en el Convenio colectivo del sector de transporte), más intereses de demora.

El Juzgado de lo Social n.º 3 de Vitoria-Gasteiz desestimó la demanda. Consideraba, por un lado, que el convenio colectivo aplicable a XXX era el Convenio colectivo de empresas de trabajo temporal. Por otro lado, estimaba que, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las mejoras de prestaciones de la seguridad social concedidas con carácter voluntario y que no forman parte de la garantía salarial mínima prevista en el artículo 11 de la Ley 14/1994², como sería el caso de la indemnización reclamada por XXX, no estaban comprendidas en el concepto de remuneración.

² Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE n.º 131, de 2 de junio de 1994). El artículo 11 de la Ley 14/1994 establece en su apartado 1:

“Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos. [...]”

El sindicato Solidaridad de los Trabajadores Vascos interpuso entonces recurso de suplicación contra dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Según XXX, debería haber percibido una indemnización con arreglo al Convenio colectivo del sector del transporte puesto que tal indemnización estaría comprendida en el concepto de “condiciones esenciales de trabajo y empleo”, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra f), de la Directiva 2008/104³. Según las demandadas, tal indemnización no estaría comprendida en el ámbito de aplicación de las “condiciones esenciales de trabajo y empleo” en el sentido de la Directiva 2008/104 y el convenio colectivo aplicable a XXX sería el Convenio colectivo de empresas de trabajo temporal.

En el examen de este recurso de suplicación, al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sin embargo, le surgen algunas dudas.

En particular, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si la interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 11 de la Ley 14/1994, que tiene por objeto transponer la Directiva 2008/104, es conforme con el artículo 5 de dicha Directiva⁴.

En efecto, según dicha interpretación del Tribunal Supremo, las mejoras voluntarias de prestaciones de la seguridad social no estarían comprendidas en el concepto de remuneración, en el sentido del artículo 11 de la Ley 14/1994, puesto que no estarían vinculadas directamente con el trabajo, de manera que la indemnización controvertida no estaría comprendida en el concepto de “condiciones esenciales de trabajo y de empleo”, por lo que XXX no tendría derecho a la indemnización que reclama en virtud del Convenio colectivo del sector del transporte. Según el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, esta interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 11 de la Ley 14/1994 podría dar lugar a una situación absurda en la que dos trabajadores lesionados en un mismo accidente de trabajo obtendrían una indemnización diferente, en función de que hubieran sido contratados directamente por la empresa usuaria o no.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estima que, teniendo en cuenta la finalidad de la Directiva 2008/104, y en particular de su artículo 5, el concepto de “condiciones esenciales de trabajo y de empleo” debe interpretarse de manera amplia, para que XXX tenga derecho a la misma indemnización a la que tendría derecho un trabajador contratado directamente por Serveo Servicios que se hallara en la misma situación.

Ante tales dudas, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia, tras declarar dicha cuestión prejudicial admisible parcialmente, concluye que, mediante su cuestión prejudicial, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco pregunta, en esencia, si el artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta, debe interpretarse en el sentido de que se

³ Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DO 2008, L 327, p. 9). El artículo 3 de la Directiva 2008/104 dispone:

“1. A efectos de lo dispuesto en la presente Directiva, se entenderá por: [...]

f) “condiciones esenciales de trabajo y empleo”: las condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a:

i) la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos,
ii) la remuneración.

2. La presente Directiva no supone menoscabo del Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de la remuneración [...]”

⁴ El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2008/104 establece:

“Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto. [...]”

opone a una normativa nacional (i.e., en este caso, el artículo 11 de la Ley 14/1994), tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional (i.e. el Tribunal Supremo), en virtud de la cual la indemnización a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal en caso de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo acaecido en la empresa usuaria, incapacidad que ha tenido como consecuencia la extinción de su relación de trabajo con la empresa de trabajo temporal, es de un importe inferior al de la indemnización a la que dichos trabajadores tendrían derecho, en la misma situación y por el mismo motivo, si hubiesen sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto durante el mismo período de tiempo.

Para responder a esa cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia hace un análisis en dos partes.

1.2. El concepto de “condiciones esenciales de trabajo y de empleo”

La primera parte del análisis del Tribunal de Justicia consiste en un examen de la cuestión de si una indemnización que ha de abonarse a un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal en caso de incapacidad permanente total de este para ejercer su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo acaecido en la empresa usuaria, incapacidad que ha tenido como consecuencia la extinción de su relación de trabajo con la empresa de trabajo temporal (en lo sucesivo, la “indemnización controvertida”), está comprendida en el concepto de “condiciones esenciales de trabajo y de empleo”, en el sentido del artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta Directiva.

A este respecto, el Tribunal de Justicia empieza por observar que el concepto de “condiciones esenciales de trabajo y de empleo”, contenido en el artículo 3, apartado 1, letra f), de la Directiva 2008/104 hace referencia al concepto de “remuneración”, concepto que la propia Directiva no define.

A continuación, el Tribunal de Justicia examina cómo debe interpretarse este concepto de “remuneración” en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra f), de la Directiva 2008/104.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia recurre a su jurisprudencia reiterada según la cual la determinación del significado y del alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión debe efectuarse conforme (1) al sentido habitual de estos en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta (2) el contexto en el cual se utilizan y (3) los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte.

Así, en primer lugar, en cuanto al sentido habitual del concepto de “remuneración”, el Tribunal de Justicia observa que dicho concepto se entiende generalmente como el dinero abonado por un trabajo determinado o por la prestación de un servicio y que su característica esencial consiste en constituir la contrapartida económica de la prestación de que se trate.

Añade que el concepto de retribución (o remuneración) se define en el artículo 157 TFUE y que, según la jurisprudencia, dicho concepto debe interpretarse en sentido amplio y comprende, en particular, todas las gratificaciones en dinero o en especie que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón del trabajo de este, independientemente de que sea en virtud de un contrato de trabajo o de disposiciones legales o de que tengan carácter voluntario. Además, recuerda que, también según la jurisprudencia, entre las percepciones económicas calificadas de retribución se hallan las abonadas por el empresario en razón de la existencia de relaciones laborales por cuenta ajena y que están destinadas a garantizar unos ingresos a los trabajadores.

Según el Tribunal de Justicia, esta interpretación jurisprudencial del concepto de retribución debe aplicarse por analogía para determinar el alcance del concepto de “remuneración” en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra f), de la Directiva 2008/104. En efecto, según el Tribunal de Justicia, debe considerarse que la indemnización controvertida constituye una gratificación en dinero que, por un lado, viene concedida indirectamente por el empresario al trabajador en razón del empleo de este último en la medida en que está prevista por un convenio colectivo aplicable a la relación laboral y, por otro lado, se abona a dicho trabajador para garantizarle una fuente de ingresos tras la pérdida de ingresos resultante de la incapacidad para ejercer su profesión habitual.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia concluye que, según el sentido habitual del concepto de “remuneración”, dicho concepto, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra f), de la Directiva 2008/104, es lo suficientemente amplio como para incluir una indemnización a la que los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal tienen derecho en caso de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo acaecido en la empresa usuaria.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia examina el contexto en el que se inscribe el artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de la misma Directiva.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia observa que la Directiva 2008/104 se remite a la Directiva 91/383⁵. Tras analizar el artículo 2, apartados 1 y 2, y el artículo 8 de la Directiva 91/383, el Tribunal de Justicia estima que procede considerar, por una parte, que la protección de la “seguridad” y de la “salud” en el trabajo está comprendida en las “condiciones de trabajo”, en el sentido de la Directiva 91/383, y que el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal debe ser tratado, a este respecto, durante el tiempo que dure la adscripción, de la misma manera que los trabajadores empleados directamente por la empresa usuaria. Por otra parte, el Tribunal de Justicia observa que la indemnización controvertida está vinculada a la protección de la “seguridad” y de la “salud” en el trabajo, en la medida en que la responsabilidad de la empresa usuaria y, en su caso, de la empresa de trabajo temporal, va unida a la reparación de los daños cuando esa protección fracasa, como ocurre cuando un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene un accidente de trabajo durante una misión que le deja en situación de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual.

A raíz de este examen, el Tribunal de Justicia concluye que el contexto en el que se inscribe el artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta Directiva, corrobora la interpretación según la cual el concepto de “remuneración”, al que se refiere el concepto de “condiciones esenciales de trabajo y de empleo” que figura en dichas disposiciones, incluye la indemnización controvertida.

En tercer y último lugar, el Tribunal de Justicia examina los objetivos perseguidos por la Directiva 2008/104.

A este respecto, el Tribunal de Justicia observa que la Directiva 2008/104 tiene como finalidad garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal en materia de seguridad y de salud en el trabajo. Por lo tanto, según el Tribunal de Justicia, si, en caso de accidente de trabajo, el riesgo económico para las empresas usuarias fuera menor en lo que respecta a esos trabajadores que en lo que concierne a los trabajadores que contratan

⁵ Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal (DO 1991, L 206, p. 19).

directamente, dichas empresas se verían menos incitadas a invertir en la seguridad de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, lo que iría en detrimento de dicho objetivo.

Por consiguiente, siempre según el Tribunal de Justicia, los objetivos perseguidos por la Directiva 2008/104 corroboran la interpretación del concepto de “remuneración”, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra f), de dicha Directiva, como “condición esencial de trabajo y de empleo”, en el sentido del artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de esa misma Directiva, interpretación según la cual este concepto incluye una indemnización a la que un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene derecho en caso de encontrarse en incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual a raíz de un accidente de trabajo ocurrido en la empresa usuaria.

De esta manera, tras analizar el tenor literal del concepto de “remuneración”, el contexto en el cual se utiliza y el objetivo perseguido por la normativa de la que forma parte, el Tribunal de Justicia concluye que una indemnización que ha de abonarse a un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal en caso de incapacidad permanente total de este para ejercer su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo ocurrido en la empresa usuaria, incapacidad que ha tenido como consecuencia la extinción de su relación de trabajo con la empresa de trabajo temporal, está comprendida en el concepto de “condiciones esenciales de trabajo y de empleo”, en el sentido del artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta.

1.3. El alcance del principio de igualdad de trato

En la segunda parte de su análisis, el Tribunal de Justicia examina el alcance del principio de igualdad de trato establecido en el artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104.

A este respecto, el Tribunal de Justicia señala que los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal deben disfrutar, durante su misión en una empresa usuaria, de condiciones esenciales de trabajo y de empleo por lo menos iguales a las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia estima que al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco le incumbe hacer dos cosas.

En un primer momento, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco debe determinar las condiciones esenciales de trabajo y de empleo que corresponderían al trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal de que se trate si hubiese sido contratado directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto que ocupa efectivamente, durante el mismo período de tiempo, y, más concretamente, en el caso de XXX, la indemnización a la que XXX habría tenido derecho en caso de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo que hubiera tenido como consecuencia la extinción de su relación laboral.

Después, en un segundo momento, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco debe comparar esas condiciones esenciales de trabajo y de empleo con las que corresponden efectivamente al trabajador cedido por la empresa de trabajo temporal durante su misión en la empresa usuaria, con el fin de asegurarse, sobre la base de todas las circunstancias pertinentes del litigio principal, de si se ha respetado o no el principio de igualdad de trato con respecto a dicho trabajador cedido temporalmente.

El Tribunal de Justicia declara ser consciente del hecho de que, según el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la interpretación que el Tribunal Supremo hace del artículo 11 de la Ley 14/1994 conduce a una situación en la que los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal solo tienen derecho, en caso de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, a una indemnización en virtud del Convenio colectivo de empresas de trabajo temporal, que es de una cuantía inferior (10 5000 euros) a la indemnización a la que los trabajadores directamente contratados por la empresa usuaria tienen derecho en virtud del Convenio colectivo del sector del transporte (60 101,21 euros).

El Tribunal de Justicia estima que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco debe comprobar que eso es efectivamente así y que, si verdaderamente lo fuera, procedería considerar que XXX no disfrutó, durante su misión en Serveo Servicios, de condiciones esenciales de trabajo y de empleo por lo menos iguales a las que le habrían correspondido si hubiese sido contratado directamente por Serveo Servicios para ocupar el mismo puesto durante el mismo período de tiempo, lo cual sería contrario a lo establecido en el artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104.

A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que los interlocutores sociales tienen la posibilidad de celebrar convenios colectivos que contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal que puedan establecer una excepción al principio de igualdad de trato, pero que, en tal supuesto, tales convenios deben garantizar la protección global de esos trabajadores, lo cual implica que a esos trabajadores se les debe conceder ventajas en materia de condiciones esenciales de trabajo y de empleo que permitan compensar la diferencia de trato sufrida. Según el Tribunal de Justicia, el cumplimiento de esta obligación debe apreciarse de manera concreta.

Así, el Tribunal de Justicia declara que, para que pueda establecerse una excepción al principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104 mediante el Convenio colectivo de empresas de trabajo temporal, sería necesario que dicho Convenio colectivo permitiera garantizar a XXX tal protección global, concediéndole ventajas compensatorias por lo que respecta a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo que permitan contrarrestar los efectos de la diferencia de trato que sufre. Según el Tribunal de Justicia, incumbe al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco verificar este extremo.

Por último, el Tribunal de Justicia observa que, en el supuesto de que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco llegue a la conclusión de que XXX tendría derecho a la indemnización que reclama en virtud del Convenio colectivo del sector del transporte si hubiera sido contratado directamente por Serveo Servicios, correspondería al mismo Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en particular, comprobar si el artículo 11 de la Ley 14/1994 puede ser objeto de una interpretación conforme con las exigencias de la Directiva 2008/104 y, por tanto, interpretarse de forma que no suponga privar a XXX de dicha indemnización, pues una interpretación en tal sentido sería contraria al artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva.

1.4. Conclusión

A la luz de todas las consideraciones anteriores, el Tribunal de Justicia declara que el artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, en virtud de la cual la indemnización a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal en caso de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual derivada

de un accidente de trabajo acaecido en la empresa usuaria, incapacidad que ha tenido como consecuencia la extinción de su relación de trabajo con la empresa de trabajo temporal, es de un importe inferior al de la indemnización a la que dichos trabajadores tendrían derecho, en la misma situación y por el mismo motivo, si hubiesen sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto durante el mismo período de tiempo.

2. Sentencia de 28 de noviembre de 2023, Commune D'Ans (C-148/22, EU:C:2023:924)

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia, en su formación de Gran Sala, examina una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Laboral de Lieja (Bélgica) que guarda relación con un reglamento de trabajo de una administración pública que prohíbe a sus trabajadores llevar cualquier signo visible que pudiera revelar su pertenencia a una corriente ideológica o filosófica o sus convicciones políticas o religiosas.

El Tribunal de lo Laboral de Lieja planteó dos cuestiones prejudiciales, a raíz de los siguientes hechos.

2.1. Hechos, litigio principal y cuestiones prejudiciales

OP es agente contractual del Ayuntamiento de Ans (Bélgica) desde abril 2016. Desde octubre de 2016, OP ocupa el puesto de “jefa de oficina”, función que ejerce prácticamente sin ningún contacto con los usuarios del servicio público (*back office*).

Mientras ejercía sus funciones, OP no llevaba ningún signo que pudiera revelar sus convicciones religiosas. Sin embargo, el 8 de febrero de 2021, OP solicitó autorización para llevar en adelante el “velo en el trabajo”.

La corporación municipal le denegó esta solicitud, primero mediante resolución de 18 de febrero de 2021, que fue confirmada en otra resolución de 26 de febrero de 2021. En particular, la corporación municipal prohibió provisionalmente a OP llevar, en el ejercicio de su actividad profesional, signos que revelara sus convicciones religiosas, hasta que se adoptara una normativa general relativa al uso de tales signos dentro de la Administración municipal.

El 29 de marzo de 2021, el pleno del Ayuntamiento de Ans modificó su reglamento de trabajo introduciendo en él una obligación de “neutralidad exclusiva” en el lugar de trabajo, entendida en el sentido de que prohíbe a todos los trabajadores del Ayuntamiento llevar, en dicho lugar, cualquier signo visible que pueda revelar sus convicciones, en particular, religiosas o filosóficas, con independencia de que estén o no en contacto con el público.

A raíz de esta modificación del reglamento de trabajo, el artículo 9 de dicho reglamento tiene el siguiente tenor:

“El trabajador goza de libertad de expresión, dentro del respeto del principio de neutralidad, de su obligación de reserva y de su deber de lealtad.

El trabajador deberá respetar el principio de neutralidad, lo que implica que deberá abstenerse de toda forma de proselitismo y que tiene prohibido exhibir cualquier signo ostensible que pueda revelar su pertenencia a una corriente ideológica o filosófica o sus convicciones políticas o religiosas. Esta norma afecta al trabajador tanto en sus contactos con el público como en sus relaciones con sus superiores jerárquicos y sus compañeros de trabajo.”

OP inició entonces varios procedimientos judiciales con el fin de que se declarara que se había vulnerado su libertad religiosa. En particular, interpuso ante el Tribunal de lo Laboral

de Lieja una acción de cesación contra las dos resoluciones denegatorias, de 18 y 26 de febrero de 2021, así como contra la modificación del reglamento de trabajo de 29 de marzo de 2021, alegando que fue discriminada por razón de su religión.

El Tribunal de lo Laboral de Lieja considera fundada la acción de OP por el período comprendido entre el 18 de febrero y el 29 de marzo de 2021, pero tiene dudas sobre el nuevo reglamento de trabajo de 29 de marzo de 2021.

En concreto, el Tribunal de lo Laboral de Lieja señala que la modificación de dicho reglamento de trabajo tiene por objeto garantizar que tanto los actos realizados por el empleado público como la apariencia de este último sean estrictamente neutros, independientemente de la naturaleza de sus funciones y del contexto en el que se desarrollen. A su juicio, la norma introducida por dicha modificación constituye, en apariencia, una discriminación indirecta, ya que es neutra. Sin embargo, cree que la aplicación que el Ayuntamiento de Ans hace de ella se rige por una geometría variable. Por consiguiente, según el Tribunal de lo Laboral de Lieja, se trata de una regla “exclusiva” para OP y “más inclusiva” para sus colegas con otras convicciones. Por este motivo, el Tribunal de lo Laboral de Lieja decidió permitir provisionalmente a OP llevar un signo visible susceptible de revelar sus convicciones religiosas. Sin embargo, esta autorización sólo vale cuando OP trabaja en *back office* y no cuando está en contacto con los usuarios o cuando ejerce una función de autoridad.

No obstante, el Tribunal de lo Laboral de Lieja duda de que una disposición del nuevo reglamento de trabajo que impone una obligación de “neutralidad exclusiva” a todos los trabajadores de una administración pública, incluso a aquellos que no están en contacto con los usuarios, sea conforme con la Directiva 2000/78⁶.

Por ese motivo, el Tribunal de lo Laboral de Lieja decidió suspender el procedimiento nacional y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales.

2.2. La primera cuestión prejudicial

El Tribunal de Justicia entiende que, mediante su primera cuestión prejudicial, el Tribunal de lo Laboral de Lieja pregunta, en esencia, si el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva 2000/78⁷ debe interpretarse en el sentido de que una norma interna de una administración municipal que prohíbe, de manera general e indiferenciada, a los miembros del personal de dicha administración el uso visible, en el lugar de trabajo, de cualquier signo que revele, en particular, convicciones filosóficas o religiosas puede estar justificada por la voluntad de dicha administración de instaurar un entorno administrativo totalmente neutro.

El Tribunal de Justicia empieza su análisis de esta cuestión prejudicial recordando dos elementos. Por un lado, el alto Tribunal recuerda que el concepto de “religión” que figura en el

⁶ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303, p. 16).

⁷ El artículo 2 de la Directiva 2000/78, titulado “Concepto de discriminación”, establece:
“1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.
2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:
a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;
b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:
i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios [...]”
[...].”

artículo 1 de la Directiva 2000/78 comprende tanto el *forum internum*, o sea el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, es decir la manifestación pública de la fe religiosa, y que dicho artículo 1 cita en un mismo plano la religión y las convicciones, tal y como lo hacen el artículo 19 TFUE y el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “Carta”) que se refieren a “religión y convicciones”. Por consiguiente, según el Tribunal de Justicia, a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78, los términos “religión” y “convicciones” deben considerarse las dos caras de un mismo y único motivo de discriminación.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia recuerda que la Directiva 2000/78 se aplica a todas las personas, que sean del sector público o del sector privado, incluidos los organismos públicos. Por lo tanto, según el Tribunal de Justicia, una disposición como la que figura en el artículo 9 del reglamento de trabajo del Ayuntamiento de Ans está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.

A continuación, el Tribunal de Justicia observa que la primera cuestión prejudicial se refiere tanto a la discriminación directa, como a la discriminación indirecta, previstas en las letras a) y b), respectivamente, del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78, y recuerda, a este respecto, que una norma interna de una empresa que solo prohíbe llevar, en el lugar de trabajo, signos de convicciones, en particular filosóficas o religiosas, que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, en los casos en que el criterio relativo al uso de tales signos esté indisolublemente ligado a una o varias religiones o convicciones determinadas. Sin embargo, según el Tribunal de Justicia, no resulta de la resolución de remisión del Tribunal de lo Laboral de Lieja que la disposición controvertida en el litigio principal encaje en ese supuesto.

Según el Tribunal de Justicia, a la inversa, una norma interna de una empresa que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, en el lugar de trabajo no constituye tal discriminación directa si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de manera general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos. Puesto que toda persona puede profesar una religión o tener convicciones religiosas, filosóficas o espirituales, tal norma, siempre que se aplique de manera general e indiferenciada, no establece una diferencia de trato basada en un criterio indisolublemente ligado a la religión o a esas convicciones.

Así las cosas, el Tribunal de Justicia concluye que, a no ser que el Tribunal de lo Laboral de Lieja constatará que OP ha sido objeto de un trato diferente con respecto a otros trabajadores que fueran autorizados a manifestar sus convicciones, en particular, religiosas o filosóficas, mediante el uso de un signo visible que revele tales convicciones o de otro modo y que, por ello, haya sufrido una *discriminación directa* por motivos de religión o convicciones, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, dicho Tribunal de lo Laboral debe examinar si el artículo 9 del reglamento de trabajo del Ayuntamiento de Ans puede ocasionar una desventaja particular a las personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas que constituye efectivamente una *discriminación indirecta* basada en alguno de esos motivos, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78.

A este respecto, el Tribunal de Justicia añade que una norma interna en una empresa por la que se prohíbe en el lugar de trabajo el uso visible de cualquier signo de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, puede constituir una diferencia de trato basada *indirectamente*

en la religión o en las convicciones, si se demuestra que la obligación aparentemente neutra contenida en dicha norma ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas. Sin embargo, prosigue el Tribunal de Justicia, de conformidad con el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, tal diferencia de trato no constituye una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para conseguir esta finalidad son adecuados y necesarios.

Acto seguido, el Tribunal de Justicia pasa a dar ciertas indicaciones con el fin de ayudar al Tribunal de lo Laboral de Lieja a resolver el litigio principal.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia analiza el requisito relativo a la *existencia de una finalidad legítima* y observa que, según el Ayuntamiento de Ans, el artículo 9 del nuevo reglamento de trabajo tiene por objeto aplicar el principio de neutralidad del servicio público, que encuentra su fundamento jurídico en la Constitución belga, en el principio de imparcialidad y en el principio de neutralidad del Estado.

El Tribunal de Justicia entiende, a este respecto, que se le debe reconocer a cada Estado miembro, incluidas sus entidades infraestatales, dentro del respeto de sus competencias, un margen de apreciación en la concepción de la neutralidad del servicio público que pretende promover en el lugar de trabajo. Así, según el Tribunal de Justicia, la política de “neutralidad exclusiva” que la administración pública municipal de Ans pretende imponer a sus trabajadores, en función del contexto que le es propio y en el marco de sus competencias, con el objetivo de instaurar en su seno un entorno administrativo totalmente neutro, puede considerarse como objetivamente justificada por una finalidad legítima, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia entiende que también puede estar justificada la elección de otra administración pública de abogar por otra política de neutralidad, como una autorización general e indiferenciada del uso de signos visibles de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, también en los contactos con los usuarios, o por una prohibición del uso de esos signos limitada a las situaciones que impliquen tales contactos.

Según el Tribunal de Justicia, eso es así porque la Directiva 2000/78 deja un margen de apreciación a los Estados miembros y, en su caso, a sus entidades infraestatales, que les permite tener en cuenta el contexto que les es propio, teniendo en cuenta la diversidad de sus planteamientos en cuanto al espacio que pretenden otorgar a la religión o a las convicciones filosóficas en el sector público. Precisa el alto Tribunal, sin embargo, que, a falta de consenso en el ámbito de la Unión, ese margen de apreciación debe ir acompañado de un control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y de la Unión para comprobar si las medidas adoptadas están justificadas y si son proporcionadas.

Por lo tanto, según el Tribunal de Justicia, puede considerarse que el artículo 9 del nuevo reglamento de trabajo del Ayuntamiento de Ans persigue una finalidad legítima, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia examina si *los medios para conseguir la finalidad legítima son adecuados y necesarios*.

A este respecto, el Tribunal de Justicia señala que incumbe al Tribunal de lo Laboral de Lieja comprobar si el Ayuntamiento de Ans persigue el objetivo de “neutralidad exclusiva” de manera verdaderamente congruente y sistemática, con respecto al conjunto de los trabajadores.

Además, el Tribunal de Justicia añade que la finalidad legítima consistente en garantizar un entorno administrativo totalmente neutro solo puede perseguirse eficazmente si no se admite ninguna manifestación visible de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, cuando los trabajadores estén en contacto con los usuarios del servicio público o estén en contacto entre ellos. En efecto, el hecho de llevar cualquier signo, incluso pequeño, pone en peligro la aptitud de la medida para alcanzar la finalidad supuestamente perseguida y pone en entredicho de ese modo la propia congruencia de ese régimen.

Por último, el Tribunal de Justicia señala que incumbe al Tribunal de lo Laboral de Lieja proceder a una ponderación de los intereses en juego, teniendo en cuenta, por un lado, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y por otro lado, el principio de neutralidad en virtud del cual la administración pública de Ans pretende garantizar a los usuarios de sus servicios y a su personal un entorno administrativo sin manifestaciones visibles de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas.

Habida cuenta de todas esas consideraciones, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una norma interna de una administración municipal que prohíbe, de manera general e indiferenciada, a los miembros del personal de dicha administración el uso visible, en el lugar de trabajo, de cualquier signo que revele, en particular, convicciones filosóficas o religiosas puede estar justificada por la voluntad de dicha administración de establecer, teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego.

2.3. La segunda cuestión prejudicial

El Tribunal de Justicia entiende que, mediante la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de lo Laboral de Lieja pregunta, en esencia, si el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que permite a una autoridad pública organizar un entorno administrativo totalmente neutro, prohibiendo el uso visible de signos que revelen, en particular, convicciones filosóficas o religiosas a todos los miembros de su personal, estén o no en contacto directo con el público, cuando dicha prohibición parece afectar a una mayoría de mujeres y, por tanto, puede constituir una discriminación indirecta por razón de sexo.

En su análisis de esta cuestión prejudicial, el alto Tribunal recuerda ciertas reglas procedimentales.

Así, recuerda que, en el marco de un procedimiento prejudicial, es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional exponga, en la resolución de remisión, las razones precisas por las que considera que una respuesta a sus cuestiones sobre la interpretación de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión resulta necesaria para resolver el litigio de que conoce.

Además, el juez nacional debe respetar escrupulosamente los requisitos relativos al contenido de la petición de decisión prejudicial expresamente mencionados en el artículo 94 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia.

Así, por una parte, con arreglo al artículo 94, letra a), del Reglamento de Procedimiento, es indispensable que el órgano jurisdiccional remitente defina el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea o que, al menos, explique los supuestos de hecho en los que se basan tales cuestiones. Por otra parte, según el artículo 94, letra

c), del Reglamento de Procedimiento, es indispensable que la petición de decisión prejudicial contenga la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que, a su juicio, existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia constata que, en su segunda cuestión prejudicial, el Tribunal de lo Laboral de Lieja, interrogando el Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la Directiva 2000/78, se refiere a la existencia de una eventual discriminación indirecta por razón de sexo, motivo que está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54⁸, y no en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.

El Tribunal de Justicia llega así a la conclusión de que la segunda cuestión prejudicial es inadmisibile y, por lo tanto, no responde sobre el fondo de esta cuestión.

3. Sentencia de 18 de enero de 2024, Ca Na Negreta (C-631/22, EU:C:2024:53)

Esta es otra sentencia en la que el Tribunal de Justicia examina una petición de decisión prejudicial que concierne la interpretación de la Directiva 2000/78.

En este caso, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares plantea una petición de decisión prejudicial puesto que alberga dudas sobre cómo deben interpretarse el artículo 2, apartado 2, el artículo 4, apartado 1, y el artículo 5 de dicha Directiva 2000/78 a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta y de los artículos 2 y 27 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en lo sucesivo, “Convención de la UNO”)⁹.

3.1. Hechos, litigio principal y cuestión prejudicial

Esta petición de decisión prejudicial se ha presentado en el contexto de un litigio entre J.M.A.R. y la empresa Ca Na Negreta, S.A. (en lo sucesivo, “Ca Na Negreta”).

En octubre 2012, J.M.A.R. empezó a trabajar en Ca Na Negreta como conductor a jornada completa de un camión de retirada de residuos. En diciembre de 2016, sufrió un accidente de trabajo que le provocó una herida en el pie derecho.

A raíz de este accidente de trabajo, J.M.A.R. quedó en situación de incapacidad laboral temporal. En febrero de 2018, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en lo sucesivo, “INSS”) dictó una resolución por la que quedaba extinguida esta situación de incapacidad laboral temporal y se le reconocía una indemnización por importe de 3 120 euros. Sin embargo, en esta resolución el INSS se negaba a reconocer a J.M.A.R. una incapacidad laboral permanente.

En agosto de 2018, Ca Na Negreta reubicó a J.M.A.R., a petición de este, en otro puesto de trabajo dentro de la empresa que era adaptado a las secuelas resultantes de su accidente de trabajo.

J.M.A.R. interpuso recurso contra la resolución del INSS por la que este se había negado a reconocerle una incapacidad laboral permanente. Mediante sentencia de 2 de marzo de 2020, el órgano jurisdiccional que conoció de este recurso reconoció a J.M.A.R. una incapacidad

⁸ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO 2006, L 204, p. 23)

⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 (DO 2010, L 23, p. 35)

permanente total para su profesión habitual. Dicha sentencia indicaba, en particular, que, “con independencia de que el trabajador haya sido reubicado por la empresa y pueda prestar servicios actualmente porque solo debe conducir durante 40 minutos cada día aproximadamente, lo cierto es que la situación residual en que ha quedado su tobillo y pie derecho le impediría realizar esa conducción de forma continuada para el caso de que tuviera que dedicarse a ello de forma plena, como implica su profesión habitual que lo es de conductor de camión”. Esa sentencia reconoció también a J.M.A.R. el derecho a percibir una pensión mensual equivalente al 55 % de su salario diario.

Once días más tarde, el 13 de marzo de 2020, Ca Na Negreta notificó a J.M.A.R. la resolución de su contrato de trabajo, con arreglo al artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores, debido a su incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual.

J.M.A.R. recurrió esta decisión de Ca Na Negreta, S.A. ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Eivissa, que desestimó su recurso. Este órgano jurisdiccional entendía que el reconocimiento de la incapacidad permanente total de J.M.A.R. para ejercer su profesión habitual justificaba que se pusiera fin a su contrato de trabajo, sin que el empresario tuviera obligación legal de destinarlo a otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa.

J.M.A.R. interpuso entonces recurso de suplicación contra dicha sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

Al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, sin embargo, le surgieron algunas dudas.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares observa que el artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores¹⁰ no ha sido modificado desde el 10 de marzo de 1980 y que, por tanto, no se ha adaptado para tener en cuenta la Directiva 2000/78 ni la Convención de la ONU. Además, según el tenor del artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores, la declaración de incapacidad permanente total para el ejercicio de la profesión habitual permite la extinción automática del contrato de trabajo, sin que deba cumplirse ninguna formalidad ni abonarse indemnización alguna, distinta de la pensión mensual (equivalente, para J.M.A.R., al 55 % de su salario). Constata el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares que tal extinción de contrato de trabajo no está supeditada al cumplimiento de ninguna obligación previa de realizar “ajustes razonables” a pesar de que la propia Ca Na Negreta había demostrado la viabilidad de tales ajustes al haber reubicado a J.M.A.R. en otro puesto dentro de la empresa.

Esta situación hizo dudar al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de la compatibilidad del artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores con el derecho de la Unión.

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares decidió suspender el procedimiento y plantear dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia que, según este último, deben examinarse conjuntamente.

Concretamente, según el Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta y de los artículos 2 y 27 de la Convención de la ONU, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional (esto es, en el caso de autos, el artículo 49, apartado 1, letra e),

¹⁰ El artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores establece en su apartado 1:

“El contrato de trabajo se extinguirá:

[...]

e) Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.

[...]”

del Estatuto de los Trabajadores) que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

Antes de responder a esa cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia entra a examinar la aplicabilidad de la Directiva 2000/78.

3.2. La aplicabilidad de la Directiva 2000/78

El Tribunal de Justicia empieza por recordar que el concepto de “discapacidad”, en el sentido de la Directiva 2000/78, debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Habida cuenta de que, en virtud de su artículo 3, apartado 1, letra c), la Directiva 2000/78 se aplica a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación, en particular, con las condiciones de despido, el Tribunal de Justicia también recuerda que el concepto de “despido” se refiere a la extinción unilateral de toda actividad mencionada en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/78. Así, concluye que el concepto de “despido” debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento.

Ello lleva al Tribunal de Justicia a hacer dos constataciones.

Por una parte, el Tribunal de Justicia constata que a J.M.A.R. se le ha reconocido la condición de “persona con discapacidad” en el sentido de la legislación española que transpone el artículo 5 de la Directiva 2000/78, a saber los artículos 4, 40 y 63 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad. Como la limitación de la capacidad de J.M.A.R. puede impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional, el alto Tribunal entiende que la situación de J.M.A.R. está comprendida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia observa que el hecho de que J.M.A.R. hubiera solicitado que se le reconociera la incapacidad permanente total y de que tuviera conocimiento de que el artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores confería a su empleador el derecho a resolver su contrato de trabajo a raíz de ese consentimiento no significa que J.M.A.R. hubiera dado su consentimiento a que su contrato de trabajo quedara extinguido. Por lo tanto, el alto Tribunal entiende que la resolución del contrato de trabajo de J.M.A.R., fundada en el artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores, está comprendida entre las “condiciones de despido” en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78.

El Tribunal de Justicia llega así a la conclusión de que la situación de J.M.A.R. está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.

3.3. Examen de las cuestiones prejudiciales

El Tribunal de Justicia empieza su análisis recordando, en particular, que la Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con la Convención de la ONU y que, en virtud del artículo 2 de dicha Convención, el concepto de “discriminación por motivos

de discapacidad” incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables.

Para el Tribunal de Justicia, el concepto de “ajustes razonables” implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario.

A este respecto, el Tribunal de Justicia observa que la normativa nacional controvertida en el litigio principal, es decir el artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores, permite el despido de un trabajador cuando se le haya declarado formalmente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, sin obligar a su empleador a adoptar previamente las medidas adecuadas, en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2000/78, o a mantener las medidas adecuadas que ya haya adoptado, como, en el caso de J.M.A.R., su reubicación.

Según el alto Tribunal, el artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores parece tener el efecto de dispensar al empresario de su obligación de realizar o, en su caso, mantener, ajustes razonables (como un cambio a otro puesto) aun cuando el trabajador de que se trate disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad requeridas para desempeñar las funciones esenciales de ese otro puesto. Sin embargo, precisa que incumbe al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares comprobar este extremo. Afirmar también el Tribunal de Justicia que el artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores tampoco parece obligar al empresario a demostrar que tal cambio de puesto podría imponerle una carga excesiva antes de proceder al despido del trabajador.

El Tribunal de Justicia añade que, el hecho de que, en virtud del artículo 49, apartado 1, letra e), del Estatuto de los Trabajadores, se reconozca la incapacidad permanente total a petición del trabajador y de que esta le dé derecho a una prestación de seguridad social, a saber, una pensión mensual, conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones, carece de relevancia a este respecto. En efecto, el Tribunal de Justicia entiende que dicha normativa, que obliga al trabajador con discapacidad a soportar el riesgo de perder su empleo para poder disfrutar de una prestación de seguridad social, menoscaba el efecto útil del artículo 5 de la Directiva 2000/78, según el cual se debe salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y el mantenimiento en el empleo.

De esta manera, el Tribunal de Justicia concluye que una normativa nacional en materia de seguridad social no puede ir en contra, en particular, del artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

3.4. Conclusión

A la luz de sus consideraciones anteriores, el Tribunal de Justicia declara que el artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta y de los artículos 2 y 27 de la Convención de la ONU, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en

virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

Proyecto PID2020-115701RB-I00 Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la Disrupción Digital



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE CIENCIA, INNOVACIÓN
Y UNIVERSIDADES



ISBN 978-84-10262-40-9



9 788410 262409 >