

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

Contributing to guaranteeing integral and effective equality: Law 15/2022, of July 12, integral for equal treatment and non-discrimination

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada.
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.*

<https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*

<https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum*

<https://orcid.org/0000-0001-5054-8822>

Cita Sugerida: 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): 11-42.

"En rigor, un contrato de derecho privado que entraña una relación tal de dominación, bien ofrece un motivo de intervención para el Estado. Nuestra época, que quiere acabar con los últimos restos del Estado patrimonial, no consiente que un ciudadano ejerza un dominio permanente respecto de otro, sin que el Estado intervenga, cuide y guie. A partir de este supuesto, la legislación moderna no vacila en intervenir de un modo decisivo [...]"

ANTON MENDER¹

1. PLANTEAMIENTO

Cierto es que el deseo de recibir igual trato por quien está en las mismas circunstancias encuentra permanente expresión-demanda en forma de nítida aspiración de los ciudadanos afectados por la diferencia perjudicial y constituye fundamento último y crucial de los sistemas políticos democráticos, máxime cuando las situaciones de discriminación tienen un carácter transversal, afectando a la entera posición social del individuo y de los grupos discriminados. No menos verdad resulta que

¹ MENDER, A.: *El Derecho civil y los pobres*, traducción de Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, "Reformismo social y socialismo jurídico" (pp. 7-112), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1998, p. 279.

las relaciones laborales constituyen, probablemente, el ámbito o, al menos, uno de los ámbitos en el que aquellas situaciones se hacen más visibles y son más sensibles², no en vano “la igualdad es un ingrediente esencial de nuestro sistema jurídico-laboral”³, de manera que informa la práctica totalidad de los temas fundamentales de la disciplina, acabando por convertirse en un principio general de elaboración y aplicación del Derecho del Trabajo⁴, hasta un punto tal que “cuando tratamos el valor de la igualdad en el seno del Derecho del Trabajo aparece, inevitablemente, un efecto multiplicador de aquél en la medida en que todo el *Ius Laborum* es, histórica y teleológicamente, una expresión del principio de igualdad material”⁵.

No cabe desconocer, por ende, que determinados colectivos de personas encuentran severos obstáculos sociales y jurídicos en el acceso al mercado de trabajo y en el mantenimiento de su vinculación profesional⁶. El diseño de las medidas tendentes a la remoción de tales óbices deviene, pues, imprescindible, pudiendo reseñar una línea normativa de evolución constante de la mano de una interpretación dinámica de los derechos de igualdad y no discriminación, ligado este último a causas concretas en constante ampliación para atender a nuevas realidades sociales⁷.

Bajo tales premisas, la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE de 13 de julio de 2022), constituye, hasta el momento, el último eslabón de una larga cadena de política del Derecho destinada a dar cobertura a la legítima pretensión de ser tratado por igual en cualquier momento y lugar, extendiendo su ámbito de aplicación, como no podía ser de otra manera, al marco laboral, pues el derecho al trabajo y el deseo de trabajar son algo consustancial al devenir vital⁸.

Teniendo en cuenta que en el diseño de un concepto avanzado de igualdad han intervenido muy distintos actores jurídicos: legislaciones internacionales y nacionales, así como jurisprudencias internacionales, nacionales y regionales, no puede ser cometido de estas páginas realizar un exhaustivo estudio de todas estas dinámicas variables sobre las que existen brillantísimos tratados doctrinales. Antes al contrario, con un objetivo mucho más modesto únicamente se van a revisar viejos conceptos que recobran plena actualidad, ampliando miras *ad futurum* a la luz de las últimas novedades incorporadas.

2. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL: DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL AL DERECHO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL GARANTISMO JURÍDICO

La atribución al principio de igualdad de la condición de parámetro germinal de los derechos humanos constituye una de las piezas esenciales de los sistemas jurídicos democráticos alejados

² VALDÉS DAL-RE, F.: “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”, en *Igualdad de género y relaciones laborales*, VALDÉS DAL-RE, F. y QUINTANILLA NAVARRO, B., Dirs., Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 30.

³ ALONSO OLEA, M.: “Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 16, 1983, p. 63.

⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, Acarl, Madrid, 1991, pp. 9 y ss.

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El principio de igualdad y el Derecho del Trabajo”, en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1072.

⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.: “Aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el Derecho europeo”, en *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. y FERNÁNDEZ LIESA, C. Dirs. y Coords., Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 19-21.

⁷ BORRAJO DACRUZ, E.: “La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo”, *Documentación Laboral*, nº 7, 1983, p. 36.

⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y no discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 83.

de privilegios y exenciones. No es por casualidad que el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, proclamara que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”. Tampoco se debe al azar que el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948, reprodujera dicha fórmula: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Expresión reiterada, a su vez, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2).

En relación a este estándar mundial de tutela se parte de la premisa realista de que de que la verdadera discriminación que sufren las mujeres es una discriminación estructural y no puntual. Así, aparte de la tutela garantista judicial, deben adoptarse otro tipo de medidas adicionales: entre ellas, medidas político jurídicas dirigidas a reformar estructuralmente la sociedad patriarcal, terminar con la artificial división de la esfera pública/privada -a estos efectos- y con los estereotipos de género. A nivel social hay que luchar -en sentido jurídico y social-, además, contra la apatía de generaciones de mujeres que dan por hecho las conquistas que tanto trabajo costaron en un pasado no tan lejano. Hay que señalar que sin duda se han producido muchos avances (desde el punto de vista jurídico y de las prácticas sociales), pero, paradójicamente, la consecución de cambios en las últimas décadas que disminuyen la desigualdad entre los sexos, no ha venido acompañada de una cierta desaceleración de dichos cambios, por la existencia de fuertes resistencias ideológico-culturales y factores fácticos que inciden en desigualdades materiales. Y en la coyuntura actual esto se acentúa en una época de crisis cultural y de eficacia de los valores internacional y constitucionalmente consagrados. De ahí que resulte especialmente necesaria la instrumentación de medidas político-jurídicas y sociales proactivas contundentes que rompan estructuralmente (incidiendo en sus causas, no sólo en sus consecuencias) el conjunto de factores de toda índole del sistema social que propician y hacen persistentes las desigualdades⁹.

Sin entrar en los detalles de una evolución que en modo alguno puede darse por concluida, lo cierto es que este concepto de igualdad en la ley transita en años sucesivos desde la sujeción de todos, por igual, al ordenamiento jurídico, hacia una aplicación de la ley a todos también por igual, de manera que el principio de igualdad queda quebrantado “no sólo cuando la ley deja de ser concebida como norma general y se transforma en norma singular”, sino también “cuando la aplicación de esa norma general se realiza, no de manera general, sino en razón de distinciones y consideraciones personales”¹⁰.

Ahora bien, esta noción será progresivamente sustituida y reemplazada por otra de carácter más sustantivo, en la que la discriminación ya no plantea un problema de trato desigual injustificado para acoger una situación de marginación social de ciertos colectivos de personas físicas, de manera que las causas de la propia discriminación ya no pueden ser invocadas como legítimos títulos potencialmente significativos de tratamientos diferenciadores. La discriminación deja de ser entendida, así, como una distinción arbitraria y no objetiva, y asume un sentido netamente peyorativo en atención a una doble circunstancia: por una parte, por el carácter “odioso” del propio criterio de diferenciación, basado en características biológicas o en situaciones sociales de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad; de otro, por cuanto la distinción genera en los sujetos discriminados un perjuicio, un daño o una desventaja por ellos no deseada¹¹.

⁹ MONEREO ATIENZA, C.: “Igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles, sociales y culturales y textos internacionales concordante*, Granada, Comares, 2014, pp. 29 y ss.

¹⁰ VALDÉS DAL-RE, F.: “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”, cit., p. 20.

¹¹ VALDÉS DAL-RE, F.: “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”, cit., p. 28.

Uno de los elementos que no faltan en las definiciones de discriminación en los sucesivos Tratados internacionales que han analizado su existencia para prohibirla es, precisamente, la vinculación de la discriminación a unas causas determinadas, de modo que la conexión entre el acto peyorativo y el motivo seleccionado por el legislador es suficiente para entender prohibida esa conducta, quedando la posibilidad de justificación de la diferencia de trato limitada dentro de los márgenes del control más estricto¹², cuya nota esencial es el perjuicio objetivo de los intereses de la víctima, sin que importe la concurrencia de intención de perjudicar en el sujeto que la pone en práctica incluso si ese sujeto posee razones económicas creíbles para actuar, incluyendo comportamientos sociales de victimización de ciertos colectivos basados en un amplio cuadro de causas en que tiene su origen.

La tríada igualdad en la ley, igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley queda integrada en el núcleo fuerte de los derechos fundamentales (atendiendo al principio de indivisibilidad, interdependencia y progresividad de todos los derechos fundamentales)¹³, cuya titularidad también corresponde a las personas trabajadoras, quienes, como cualquier otro ciudadano, son titulares y pueden reclamar, a través de los remedios arbitrados en cada ordenamiento, que las leyes laborales que les resulten aplicables no establezcan desigualdades de trato no objetivas o arbitrarias. Es más, el tránsito de una igualdad formal a una noción material conlleva que la interdicción de discriminación haya pasado, de ser concebida como un derecho oponible frente a los poderes públicos, a ser un derecho de directa aplicación en la esfera privada y, muy señaladamente, en las relaciones laborales, acompañado de acciones de tutela destinadas a poner entre paréntesis la idea de neutralidad de las reglas jurídicas y a sustituirla por otra que utiliza de manera selectiva el derecho como vía de diferenciación al objeto de conseguir la igualdad real y efectiva.

Bajo tales premisas, el concepto más acabado de discriminación elaborado a escala internacional es el que proporciona el Convenio núm. 111 de la OIT, de 1958, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. A los efectos de este Convenio, “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 igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (art. 1).

¹² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Las causas de discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, nº 98, 2009, p. 12.

¹³ “La Unión Europea está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”. Cfr. Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Versión consolidada 2016/C 202/02) . Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, Capítulo III (“La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales”), pp. 137-212; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45 (2017), realizando aquí que en el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales adquiere un papel central el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos fundamentales. Este principio enlaza con la idea-fuerza de que los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana. En los sistemas jurídicos actuales y en el pensamiento contemporáneo prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos fundamentales. Este principio de indivisibilidad presupone que los derechos fundamentales forman un bloque unitario y no pueden ser situados en una estricta relación jerárquica. Tales derechos se presuponen y necesitan mutuamente en orden a garantizar su plena efectividad jurídica social. Dicha indivisibilidad e interdependencia se debe vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales y no sólo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos (eficacia jurídica en la realidad; en el mundo de la vida donde el Derecho se hace realmente “vivo”). Por otra parte, y en este marco analítico, es importante reconsiderar el llamado principio de no regresión o irregresividad del nivel alcanzado en la garantía de los derechos fundamentales.

3. LA IMPRONTA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL MARCO DEL SISTEMA DE GARANTÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos comporta el reconocimiento de los derechos en términos de garantías jurídicas en sentido estricto. El art. 1 del CEDH delimita las obligaciones de los Estados parte en la protección efectiva de los derechos y libertades, indicando que “las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”. El CEDH no sólo queda configurado como instrumento de positivación reforzada de derechos, sino que, en coherencia con ello, delimita imperativamente líneas de acción y de remoción de los poderes públicos de aquellos obstáculos que impidan la efectividad de los mismos. Es también un instrumento garantista vivo llamado a una interpretación dinámica y evolutiva (en esa dirección se sitúa el principio promocional de la igualdad sustancial consagrado ex art. 9.2, en relación con los artículos 1 y 10, de nuestra Norma Fundamental). Asimismo, establece, con precisión, las limitaciones a los posibles -y excepcionales- limitaciones a la articulación de las restricciones de los derechos y principios fundamentales que garantiza¹⁴.

El art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en su versión original, bajo la rúbrica “prohibición de discriminación”, establece que “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 y social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier situación”¹⁵, previsión interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶ entendiéndose que la calificación de una conducta como discriminatoria requiere la concurrencia simultánea de dos requisitos: una diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y una falta de justificación objetiva y razonable de esa diferencia, enjuiciada la arbitrariedad en términos de ausencia de proporcionalidad entre el medio utilizado y el objetivo perseguido¹⁷.

Desde tal atalaya, buena parte de los esfuerzos de la normativa de la Unión Europea ha ido dirigida no sólo a la proclamación del derecho a no ser discriminado en materia de empleo y ocupación, sino más específicamente, a la asunción por los Estados de políticas que promuevan la igualdad de oportunidades, con objeto de eliminar cualquier discriminación al respecto¹⁸. Hay que subrayar que conforme al art. 6 del TUE “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”; y que, en todo caso, “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*” (art. 6, apartados 2 y 3 del TUE). Por lo tanto, la CEDH es *forma parte del Derecho de la Unión*, en la modalidad *principalista* que

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “Obligaciones e interpretación (Artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)” y “Restricción de derechos. Artículos 15 a 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs): *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, pp. 307-334. Para la garantía de la prohibición de discriminación, véase, en la misma obra colectiva antes citada en esta nota, GIL RUÍZ, A.M.: “Prohibición de discriminación (artículo 14)”, pp. 177 y ss.

¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “El principio fundamental de no discriminación en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos en el marco del sistema multinivel de garantías”, *Revista Derecho del Trabajo*, nº 21, 2018, pp. 9 y ss.

¹⁶ Por todas, STEDH de 23 de noviembre de 1983, asunto Van der Musselle c. Belgique.

¹⁷ VALDÉS DAL-RE, F.: “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”, cit., p. 27.

¹⁸ BALLESTER PASTOR, M.A.: “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, 2011, p. 211.

establece el imperativo de legalidad fundamental ex art. 6.3 TUE, el cual, en este sentido, actúa como norma de principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario¹⁹.

Dentro del Tratado de la Unión y del Tratado de Funcionamiento se encuentran apelaciones expresas a la igualdad como uno de los valores básicos de obligado respeto. En concreto, en el Tratado de la Unión se declara que esta institución combatirá la exclusión social y la discriminación (art. 3.3 TUE) y respetará la igualdad de los ciudadanos (art. 9), así como el mandato dirigido a tratar de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 10 TUE)²⁰. Igualmente, en el Tratado de Funcionamiento se recogen referencias explícitas a la eliminación de las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad (art. 8 TFUE), facultando a la Unión 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 TFUE), a la abolición de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros en el ámbito de la libre circulación de trabajadores (art. 54.2 TFUE), a la armonización de las legislaciones nacionales en materia de igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo (art. 153.1 i), a la igualdad entre trabajadores y trabajadoras en materia de retribución (art. 157.1 TFUE), así como en asuntos de empleo y ocupación (art. 157.3 TFUE), siendo el art. 157.4 TFUE el que prevé 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 evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”²¹.

Como texto emblemático, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados, recoge los principios de igualdad (art. 20) y prohibición de discriminación como fórmula prohibitiva de las conductas lesivas a la igualdad de los grupos desfavorecidos (art. 21), acompañada de una amplia serie enunciativa de causas de discriminación, reflejo de la experiencia internacional, de enunciado flexible, lo que permite que se reconozcan variantes en el desarrollo de los comportamientos discriminatorios, desde la discriminación por relación hasta la discriminación múltiple, que puede ser admitida como resultado del juego conjunto de varios factores. Especial atención se dedica a algunos grupos concretos, tradicionalmente segregados o excluidos del mercado de trabajo, como son las personas con discapacidad, los jóvenes o quienes asumen superiores responsabilidades familiares con dificultades de conciliación profesional. Ejemplo de lo primero se encuentra cuando se establece que “la Unión reconoce o respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad” (art. 26). Muestra de lo segundo cuando se afirma que “los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Nivel de protección (Artículo 53). Garantía multinivel de los derechos fundamentales”, y “Prohibición del abuso de derecho [y respecto a las garantías mínimas de los derechos] (Artículo 54)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 1397-1419, y pp. 1421-1444, respectivamente.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Presente y futuro del Derecho del Trabajo en Europa ante los retos del siglo veintiuno”, en VV.AA.: *The Balance between Worker Protection and Employer Powers: Insights around the World*, CEREJEIRA NAMORA, N., MELLA MÉNDEZ, L., ABRUNHOSA E SOUSA, D., CEREJEIRA NAMORA, G., y CASTRO MARQUES, E. (Eds.), International Congress Labour, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2018, pp. 16-109.

²⁰ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: “Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razones de orientación e identidad sexual”, en *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, MORENO GENÉ, J. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. Dir., Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 81.

²¹ CRUZ VILLALÓN, J.: “Las medidas de acción positiva”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación del Tribunal de Justicia*, CASAS BAAMONDE, M.E. y GIL DE ALBURQUERQUE, R., Dir., Francis Lefebvre, Madrid, 2009, p. 250.

pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación” (art. 32). Referencia de lo tercero cuando se prevé que “con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y aun permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño (art. 33.2).

Piezas claves son igualmente la Carta Social revisada que reconoce el derecho de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación y el Pilar Europeo de Derechos Sociales que también alude al derecho de igualdad de oportunidades en materia laboral, incluido el acceso al mercado de trabajo.

Nota común de la normativa europea es que se adentra de forma decidida y exhaustiva en perfilar una de las manifestaciones de la discriminación, cual es la derivada del sexo, extremo sobre el que merece parar la atención, siquiera brevemente. La protección de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, sobre todo en materia de empleo y Seguridad Social, no estaba reconocida originariamente con carácter general en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, cuyo art. 119 sólo se refería a la igualdad salarial y además en relación con el mismo trabajo. Como no es difícil adivinar, este precepto tenía una meta marcadamente económica²², siendo diseñado como mera cláusula de seguridad con la finalidad de evitar un posible *dumping social* de la mano de obra femenina.

En su limitada formulación, el art. 119 fue durante muchos años escasamente operativo, hasta que tuvo lugar un nuevo enfoque “constitucional” de la igualdad que en buena parte se produjo como consecuencia de la obra de ingeniería jurídica realizada por la doctrina y por la jurisprudencia comunitaria, para tratar de paliar la desconsideración obrante en el Tratado²³. Y en este ejercicio, el Tribunal de Justicia procedió a atribuir una eficacia directa horizontal al derecho a no ser discriminado por razón de sexo así como a extender su ámbito material de aplicación extramuros de la igualdad retributiva, terminando por reconocer tal derecho como fundamental en el conjunto de los aspectos de la vida profesional, incluso más allá²⁴.

La recepción del principio de no discriminación, reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en la Carta Social Europea de 1961, y en la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989²⁵, como derecho social fundamental, es reforzada por el Tratado de Amsterdam, que supone la

²² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Igualdad de género y políticas comunitarias”, *Relaciones Laborales*, nº 6, 2000, p. 1.

²³ ARCE, J.C.: *El trabajo de las mujeres en Derecho Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 379.

²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o «de igual valor»”, en revista *La Ley Unión Europea*, núm. 94, 2021. En el Derecho de la Unión Europea se reconoce que la discriminación salarial -en sus diversas manifestaciones y vertientes- puede provenir de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que limiten el principio de libertad de circulación, en cuyo caso los Estados miembros están obligados a su supresión. Pero también derivar de los convenios colectivos o ser impuesta incluso en los contratos de trabajo. En tales supuestos los Estados miembros deberán actuar de forma activa y vigilante declarando la nulidad de tales cláusulas o acuerdos o induciendo eficazmente a su modificación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha desempeñado, en este punto, un papel primordial, siendo así su doctrina modelo para la promoción en la equiparación salarial por condiciones de género en todo el ámbito comunitario. A este respecto, la novísima sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021, en el asunto C-624/19, se convierte en modelo de ese paradigma que pretende erigirse a nivel comunitario.

²⁵ Esta instrumento tuvo el valor jurídico-político de una Declaración de Derechos, pero constituyó un hito respecto del proceso de *comunitarización* de la protección de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores en un sentido simétrico (pero sin el mismo rango y valor jurídico) que la Carta Social Europea de 1961 (versión actual mejorada y revisada de 1996). Esa configuración jurídica y puesta en valor -demostrado en la experiencia jurídica- de este último *instrumento plenamente vigente* (por más que tienda todavía a ser devaluado en gran parte de la

constitucionalización en el ámbito comunitario de las medidas de integración social generales y las específicas dirigidas a las mujeres²⁶.

Este Tratado dio verdaderos impulsos a la protección efectiva a nivel comunitario de la igualdad de sexo y al reconocimiento del derecho a la paridad entre mujer y hombre como verdadera prerrogativa de la persona, más allá de la esfera económica y profesional, siendo incorporado como objetivo “transversal de las distintas políticas y esferas de actuación de la Comunidad, habilitando, al tiempo, a los Estados para establecer medidas tendentes a facilitar al sexo menos representado, es decir, a las mujeres, el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar las desventajas en sus carreras profesionales²⁷. En concreto, asume el párrafo segundo del art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007, perteneciente a su capítulo III, denominado “igualdad”, que reconoce el derecho fundamental a la igualdad formal (art. 20), como principio que prohíbe toda discriminación, y, en particular, la ejercida por razón de sexo” (art. 21), y ordena garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, “inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución” (art. 23)²⁸.

Con posterioridad, el TFUE incluye disposiciones sobre la igualdad en la regulación de la política social (título X, arts. 151 a 161), entre cuyos objetivos se integran la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y la lucha contra las exclusiones (art. 151), haciendo referencia expresa a la obligación de la Unión de apoyar y completar la acción de los Estados miembros respecto de la igualdad entre hombres y mujeres en cuando a oportunidades laborales (art. 153.1). Siguiendo esta línea, el art. 157 TFUE recoge el compromiso de cada Estado miembro de garantizar la aplicación de igualdad de retribución para un mismo trabajo o de igual valor, adoptando al tiempo medidas para garantizar la aplicación de la igualdad y, en concreto, el ofrecimiento de ventajas destinadas específicamente a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de sus actividades laborales y el progreso en sus carreras profesionales. Con un lenguaje más cauteloso, el art. 10 TFUE manifiesta que “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo²⁹”.

Como no podía ser de otra manera, el principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres ha estado presente igualmente en los sucesivos instrumentos Derecho derivado, manifestando esta misma evolución, pudiendo mencionar la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 19 de febrero de 1975, en materia de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos³⁰, ya derogada; la Directiva 76/207, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, respecto al

doctrina científica, y no tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión), es estudiada ampliamente en MONEREO PÉREZ, J.L.: “Carta comunitaria y derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I y II)”, en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, números 56 (1992)-57 (1993). Asimismo, MONEREO PÉREZ, J.L.: “La Carta Comunitaria de Derechos Sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política”, VV.AA.: *Autonomía colectiva y autonomía individual: la dimensión social del Mercado Único*, Fernández López, M.F. (coord.), Sevilla, CARL, 1992, pp. 261-326.

²⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de la legalidad tras la sentencia Marschall)”, *Relaciones Laborales*, nº 18, 1998, p. 52.

²⁷ GALIANA MORENO, J.: “Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 88, 1998, pp. 192 y ss.

²⁸ Un estudio de los artículos 20, 21 y 23 en MONEREO ATIENZA, C.: “Igualdad ante la Ley”, “No discriminación” e “Igualdad entre hombres y mujeres”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 447 y ss., 463 y ss., y 503 y ss.

²⁹ CASAS BAAMONDE, M.E.: “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº. 1, 2017, p. 3.

³⁰ DOCE L 45, 19 febrero 1975.

acceso al empleo, a la formación y promoción profesional, y a las condiciones de trabajo³¹; o la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, también derogadas; o, con carácter más reciente, la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación³², que supone la refundición, entre otras, de las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE, 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, y la 97/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo y sus modificaciones.

En concreto, la Directiva 2006/54 se caracteriza por su amplitud de contenidos, comportando la extensión del principio de paridad al conjunto de las condiciones de trabajo, desde la contratación al desarrollo de la relación y hasta el despido, y abarcando además las iniciativas de orientación y formación profesional³³, sin dejar de atender la salvaguarda de la igualdad de trato en el ámbito judicial³⁴ a través de las denominadas “cláusulas de protección jurisdiccional efectiva del principio de igualdad de los sexos³⁵”.

Por otra parte, y al igual que en otras parcelas del ordenamiento, la igualdad y no discriminación por razón de sexo, ha contado con la inestimable ayuda y el impulso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuyos pronunciamientos han contribuido de una manera fundamental en su difusión, protección y mejora, habiendo sido el arranque de múltiples avances y revisiones que paulatinamente se han ido incorporando al acervo normativo de la Unión Europea y han aquilatado el devenir de la normativa interna. Este Tribunal ha considerado el de igualdad de trato entre hombres y mujeres como “un derecho fundamental”, reconociendo efecto directo a las disposiciones de los arts. 14, apartado 1, letra c), y 15 de la Directiva 2006/54, que sancionan la prohibición de discriminación por sexo en las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución, y el derecho de la mujer a reintegrarse en un puesto de trabajo en condiciones no desfavorables tras un permiso por maternidad³⁶.

En fin, aun cuando la inicial atención a la discriminación por razón de sexo y la relevancia de su tratamiento normativo -y jurisprudencial- no ha sido superado por ninguna otra, lo cierto es que debe combinarse con el enriquecimiento en lo que al Derecho derivado se refiere a través de las importantes Directivas 2000/43, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, así como la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato y la ocupación referida a religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación³⁷.

³¹ DOCE L 39, 14 febrero 1976.

³² DOULE L 204, 26 julio 2006.

³³ LÓPEZ BALAGUER, M.: “El principio de igualdad en el acceso al empleo y en materia retributiva”, en *La transposición del principio antidiscriminatorio contrario al ordenamiento jurídico laboral español*. BALLESTER PASTOR, M.A., Coord., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 84.

³⁴ SSTJCE de 11 de mayo de 1986, asunto C-175/84, Bilka; de 27 de junio de 1990, asunto C-33/89, Kowalska ó de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, Seymour-Smit.

³⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La transposición en España de la Directiva 76/207/CEE”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, nº 18, 2014, p. 474.

³⁶ STJCE C-595/12, de 6 de marzo de 2014, asunto Loredana Napoli.

³⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, en *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, CASAS BAAMONDE, M.E. y GIL DE ALBUQUERQUE, R., Dirs., Francis Lefebvre, Madrid, 2019, p. 229.

Es lo cierto que el principio de igualdad ha tenido una garantía reforzada en materia retributiva (en sentido amplio del término “retribución”) en el Derecho Social de la Unión. En la actualidad, la segregación del mercado laboral europeo impone una devaluación de lo femenino en donde, precisamente, se han adoptado decisiones basadas en la obediencia de ciertos estereotipos o roles tradicionales³⁸. El inadecuado proceso de heteroidentificación de la mujer perpetúa la secesión horizontal y vertical del mercado de trabajo, consagrando así relaciones desiguales en donde ellas asumen las cargas familiares al tiempo que concilian la vida laboral y familiar (sistema de doble jornada)³⁹. Al término, esta situación lleva aparejada el percibo de menores remuneraciones⁴⁰. A todo ello hay que sumar, como no podía ser de otra manera, la temporalidad en el empleo, la precariedad laboral y el disfrute de jornadas a tiempo parcial. Ciertamente, esta situación provoca una abrupta ruptura con una de las funciones sociales del salario, esto es, la de “reequilibrar las relaciones de poder en una sociedad fuertemente mercantilizada y, en particular, en las intramatrimoniales”⁴¹. Y ello por no hablar de las consecuencias que sobre la vida activa de los seres humanos despliega, al reducir las cotizaciones a la Seguridad Social y, por ende, la cuantía de las prestaciones públicas.

El derecho a una igualdad salarial entre hombres y mujeres se relaciona de manera indivisible con los principios de igualdad y no discriminación que tanto consagran las instituciones internacionales⁴². A este respecto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya proclamó en el artículo 41 de su Constitución de 1919 “la especial y urgente importancia” del establecimiento “del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de igual valor”, lo cual evidencia que el elemento “sexo” no debe tomarse en cuenta a fin de producir desigualdades salariales⁴³. En su momento, el Convenio número 100 de la OIT (1951)⁴⁴ supuso un importante paso para la consecución de esa igualdad, ya que en él se promovía y garantizaba “la aplicación del principio de equiparación retributiva entre hombres y mujeres”, acogiendo así aquél concepto de “trabajos de igual valor” que ya esbozaba en la Constitución de la OIT (artículo 117). De acuerdo con el Convenio de 1951, el momento de fijación de las tasas salariales para un trabajo de igual valor será clave en esta materia, pues es ahí cuando mejor se pueden afrontar las discriminaciones indirectas. Junto a este instrumento normativo, en el año 1958 aparece el Convenio núm. 111 de la OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación.

³⁸ Véase MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o «de igual valor»”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 94, 2021.

³⁹ Actualmente y junto a *mainstreaming* se han propuesto, entre otras cosas, nuevas definiciones para las nociones de Mercado y de Estado. Entendiendo éstos como dos ámbitos principales que regulan la Economía. “Ahora se reivindica un triángulo formado por Mercado-Familia-Estado. Asimismo, se definen de manera distinta el tiempo y su gestión. Se quiere romper con esa idea tradicional por la que el hombre ha tenido un tiempo dividido en tiempo de trabajo y tiempo de ocio, mientras la mujer ha disfrutado sólo de un tiempo de trabajo continuo acentuado hoy por la doble jornada laboral. Estas nuevas nociones permiten una reforma más profunda de las sociedades actuales, que es decididamente el objetivo para acabar con las discriminaciones por razón de sexo”. Ver MONEREO ATIENZA, C.: “La igualdad entre mujeres y hombres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, VV.AA., VÁZQUEZ BERMÚDEZ, I. (Coord), *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*, Sevilla, Unidad para la Igualdad de la Universidad de Sevilla, 2012, p. 1195.

⁴⁰ LÓPEZ INSUA, B.M.: “La prohibición de discriminación en la retribución por razón de género ex art. 45.2 del TFUE”, en VV.AA., GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Coord), *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión*, Nº59, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2016, pp. 91-106.

⁴¹ SERRANO GARCÍA, M.ªJ.: “El derecho a la igualdad retributiva por razón de género” en VV.AA., VALDÉS DAL-RÉ, F. y QUINTANILLA NAVARRO, B. (Dirs), *Igualdad de género y relaciones laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 126.

⁴² LÓPEZ INSUA, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.

⁴³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1989, p. 1 en su versión digital.

⁴⁴ Completado por la Recomendación núm. 90, de 29 de junio de 1951, sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina.

Ambos convenios se configuran, a día de hoy, como fundamentales a raíz de la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo adoptados por la OIT en 1998⁴⁵.

El concepto de “trabajo de igual valor” es típicamente un concepto jurídico indeterminado en el Derecho comunitario, lo que significa que está necesitado de concreción y especificación. El Tribunal de Justicia de la Unión ha creados orientaciones y criterios objetivos para evaluar lo que debe considerarse «trabajo de igual valor» (asunto C400/93, Royal Copenhagen; asunto C309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse; asunto C381/99, Brunnhofer; asunto C427/11 Margaret Kenny y otros contra Minister for Justice, Equality and Law Reform y otros). Para definir lo que constituye un «trabajo de igual valor», los empleos deben compararse a la luz de criterios objetivos y neutros desde el punto de vista del género, tales como la educación, los requisitos profesionales y de formación, las capacidades, el esfuerzo y la responsabilidad, el trabajo realizado y la naturaleza de las tareas correspondientes. En la práctica, la aplicación de este concepto supone que los empleadores deben definir criterios clave que sean pertinentes para la organización y su modelo de negocio y sobre la base de los cuales los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor obtienen una retribución comparable. No impide que los empresarios remuneren de manera distinta a las personas que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, siempre que las s se basen en criterios objetivos, neutros en cuanto al género y libres de sesgos (v.gr., atendiendo al rendimiento y competencia).

Desde el ámbito comunitario el principio de igualdad ha ido abriéndose paso en un espacio no exento de reticencias y dificultades. Este derecho fue en un inicio prácticamente desconocido por los Tratados Funcionales garantes de una Comunidad Europea creada para la defensa de los intereses económicos, siendo así el primero de los derechos reconocidos en pro de la igualdad por razón de género. De modo que la CECA, únicamente, incluía dos previsiones al respecto: por razón de nacionalidad y por razón de sexo. Primeramente, por razón de nacionalidad debía suprimirse cualquier restricción que produjese una discriminación en la remuneración⁴⁶ o en las condiciones de trabajo entre trabajadores nacionales y migrantes. Se trataba ésta de una materia derivada del

⁴⁵ GARCÍA TRASCASAS, A.: “La igualdad en la empresa privada: igualdad retributiva y no discriminación por razón de sexo”, en VV.AA., SANZ MULAS, N. (Coord), *Políticas de empleo e igualdad: Especial referencia al ámbito universitario*, Granada, Comares, 2012, pp. 33-34.

Ello no obstante a lo anterior, se encuentran también otros instrumentos normativos internacionales y comunitarios que también se refieren a este principio, entre otros: la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944, el artículo 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, la Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966 (art.7), el artículo 14 del Convenio núm.117 de la OIT de 22 de junio de 1962, la Carta Social Europea de 1961, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 4 de mayo de 1988, la Recomendación núm. 1146 de 11 de marzo de 1991, sobre igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de 1989, el Tratado de Maastricht de 1992 (el cual incorpora el Acuerdo sobre Política Social de 31 de octubre de 1991), el Libro Verde de 17 de noviembre de 1993, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del año 2000 (art. 21), el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Lisboa de 2007... etcétera. Ver MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a una remuneración equitativa, justa y satisfactoria (incluido el Derecho a la igualdad salarial)”, (Art. 23, apartado 2 y 3 DUDH; Art. 7. a.i y 7.c PIDESC)”, en VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords)., *El sistema universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pp. 829-867. Y, de igual modo, MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a una remuneración equitativa (artículo 4)”, en VV.AA., 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, pp. 465-508.

⁴⁶ Llama la atención, este punto, los Reglamentos 38/1964 y 1612/1968. En particular, éste último, al regular la libre circulación de trabajadores desarrollaba, ampliamente, la igualdad de trato. De modo que se prohibía toda discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembro con respecto al empleo, la

derecho a la libre circulación de trabajadores (artículo 48 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea) y que, por consiguiente, estaba basada en una motivación puramente económica (más que social). Mientras que, por razón de sexo, el artículo 119 del Tratado de Roma establecía el principio de igualdad retributiva (hasta que con el Tratado de Ámsterdam se convirtiera en el artículo 141 del TCE). De modo que, sobre un fundamento también económico, se procuraba impedir que la libre competencia se viera fraudulentamente alterada por costes laborales desiguales para sendos sexos⁴⁷. El derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor entre los trabajadores y las trabajadoras es un principio fundamental de la Unión Europea desde el Tratado de Roma de 1957. La Directiva 2006/54/CE sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación ya impone que los empleadores debe garantizar la igualdad de retribución entre hombres y mujeres. Ya en el año 2014, se complementó mediante una Recomendación de la Comisión Europea sobre la transparencia de las retribuciones⁴⁸. A pesar de esta normativa, el principio de igualdad de retribución no se aplica ni se hace cumplir plenamente. Conforme a las reiteradas conclusiones de Eurostat, la brecha salarial entre hombres y mujeres en la UE sigue siendo muy amplia y generalizada.

La inclusión en el seno del Tratado de Roma de la igualdad salarial supuso un paso importante para el aseguramiento de esta equiparación retributiva entre ambos sexos en la esfera comunitaria, pues no sólo dibujaba un estándar a nivel colectivo aplicable a los diferentes ordenamientos internos de los Estados parte, sino que además contaba con el privilegio de imponerse a las disposiciones nacionales contrarias. De modo que, la prohibición de discriminación entre los nacionales comunitarios -en términos generales- se convierte así en condición “*sine qua non*” para la existencia de un Mercado Común, sin el cual no se puede alcanzar los fines propios de integración económica y social que establece el Tratado (art. 7 del Tratado de Roma). Por lo que, el principio de igualdad retributiva se eleva a derecho fundamental constitutivo y base del orden europeo⁴⁹, en tanto se considera un mecanismo enderezado para evitar el *dumping social* entre los Estados miembros del naciente colectivo económico europeo.⁵⁰

Esa funcionalización del Tratado ha permitido una interpretación notablemente dinámica, imaginativa y flexible del concepto de discriminación, extendiendo así dicha prohibición más allá de los Estados miembros y de las instituciones comunitarias a los ciudadanos de países comunitarios. Lo que ha permitido, además, un lento desplazamiento del principio desde su originario significado económico hacia una cierta definición de equiparación entre ciudadanos comunitarios que -sobre todo en lo relativo a los límites de la libertad de circulación de personas- se relaciona cada vez más, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con los derechos humanos y las libertades fundamentales, a saber: “la regla de igualdad de trato consagrada por el Derecho comunitario prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles, fundadas sobre la discriminación, sino también todas las

retribución y las demás condiciones de trabajo (Véase la Sección II del Capítulo I del Título III de la Parte Tercera, dedicada a la libre circulación de personas y servicios).

⁴⁷ QUESADA SEGURA, R.: “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº3, 2007, p. 54. MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a una remuneración equitativa (artículo 4)”, en VV.AA., 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, pp. 465-508.

⁴⁸ RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN DE 7 de marzo de 2014 “sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia” (Texto pertinente a efectos del EEE) (2014/124/UE)

⁴⁹ CASAS BAAMONDE, M.ªE.: “Igualdad de retribución por razón de sexo”, *Relaciones Laborales*, nº22, Tomo 2, 2002, p. 2 en su versión digital.

⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o «de igual valor»”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 94, 2021.

formas disimuladas de discriminación, que, por aplicación de otros criterios de distinción, producen de hecho el mismo resultado”⁵¹.

Esta visión de la no discriminación por nacionalidad, se refuerza en materia de libre circulación de personas, en la que la interpretación extensiva del principio ha traspasado incluso su originario fundamento económico. Se ha tendido a construir un cierto estatuto de ciudadano económico, que incluso va más allá de la especialidad funcional de la comunidad y que, finalmente, supera esa visión económica y productiva para fundamentar el principio de igualdad de trato en la propia dignidad de la persona humana⁵², convirtiéndose de esta manera la no discriminación por razones retributivas en un primer pilar para la construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales⁵³.

A partir de los años 70 el principio de igualdad retributiva ha ido experimentando una notable evolución normativa, que se ha hecho valer en todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena (incluido el trabajo de aquellos que prestan sus servicios para el ámbito de la función pública, bajo cualquier modalidad o relación jurídica por cuenta ajena). Y es que, el efecto directo (tanto horizontal, como vertical), automático o *self executing* del ahora artículo 157 del TFUE no puede ser objeto de una interpretación estricta, en cuanto que “...esta expresión se utiliza precisamente para hacer resaltar el carácter fundamental de algunos preceptos”⁵⁴.

En el vigente derecho originario, el TFUE establece que en todas las acciones de la UE quedará fijado el objetivo de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres, por lo que en la ejecución de sus políticas y acciones se luchará contra la discriminación entre sexos (artículos 8 y 10 del TFUE). Ahora bien, en la misma línea, el artículo 45.2 de este Tratado impone que: “La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”, a cuyo efecto el artículo 157.1 del TFUE (antiguo 141 TCE) establece que “...cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”⁵⁵, entendiéndose por retribución, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. A este respecto, la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; y que b) la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo (artículo 157.2 del TFUE). Hay que tener en cuenta el alcance omnicompreensivo del concepto de retribución a estos efectos, pues se establece un concepto estipulativo y funcional que abarca una noción de retribución que va más allá de las percepciones de naturaleza estrictamente salarial. Se trata de un concepto amplio de retribución, que es comprensivo no solo el salario en *ius strictum*, sino también los complementos, ya sea en efectivo o en especie, que los trabajadores reciben directa o indirectamente de sus empleadores.

⁵¹ Ver Asunto REYNERS 2/84, 21 de junio 1974. De igual modo, en el asunto SIMMENTHAL (106/1977 de fecha 09-03-1978) se ha precisado las consecuencias del efecto directo: ser fuente directa e inmediata de derechos y obligaciones para los afectados, ya sean los Estados o los particulares partes en relaciones jurídicas nacidas del derecho comunitario y vincular al juez que ha de proteger los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.

⁵² MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

⁵³ MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o «de igual valor»”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 94, 2021.

⁵⁴ La doctrina judicial ya ha resaltado esta idea a través del Asunto Defrenne II del año 1976. Ver también la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 2004 en el Asunto C-284-02, Sass y 13 de enero de 2004, Asunto C-256/01, Allonby.

⁵⁵ Con “independencia de que lo realice un trabajador o una trabajadora”, Sentencias del TJUE en los Asuntos Lawrence (C-320/00) y Cadman (C-17/05).

Estos complementos abarcan las primas, el pago de horas extraordinarias, las facilidades de transporte (por ejemplo, automóviles proporcionados por el empleador y tarjetas de transporte), las ayudas para vivienda, la indemnización por asistir a cursos de formación, los pagos en caso de despido, los suplementos por horas extraordinarias, las gratificaciones pagadas a discreción del empleador, el subsidio obligatorio por enfermedad, la indemnización obligatoria y las pensiones de jubilación, aportaciones empresariales a los planes privados complementarias, etcétera. Ahora bien, el principio de igualdad de retribución no significa que todas las personas que trabajan deban ser remunerados por igual, sino que las diferencias retributivas deben basarse en criterios objetivos, no relacionados con el sexo, teniendo la carga de la prueba el empleador en caso de controversia jurídica.

Por su parte, la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, establece en su artículo 16 que debe “garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres” y “desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”⁵⁶. A tal fin, conviene intensificar, “donde quiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la ecuación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional” y “desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”⁵⁷.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/2010) (en adelante, CDFUE), entronca en esa tradición en la cultura de los derechos sociales fundamentales al garantizar explícitamente el derecho del trabajador a condiciones de trabajo justas y equitativas (que incluye las *condiciones salariales*) (señaladamente, el crucial art. 31 CDFUE (“Condiciones de trabajo justas y equitativas”)⁵⁸.

4. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO SOPORTE JURÍDICO A LA ACCIÓN DEL LEGISLADOR

Siguiendo la estela internacional y comunitaria, la Constitución Española está impregnada de una preocupación especial por luchar contra las desigualdades económicas y sociales, esto es, por la instauración de la igualdad sustancial o real, extensiva a las relaciones laborales. Una lectura certera de la Norma Fundamental permite comprobar cómo no se limita a proclamar solemnemente el principio de la igualdad ante la ley, como consecuencia de la soberanía popular y de la democraticidad del Estado, sino que diseña esta igualdad como una manifestación específica de un principio constitucional más amplio y comprensivo que coloca previamente a la igualdad como valor superior del ordenamiento y por ello del propio orden constitucional. No otra interpretación puede tener el art. 1.1 CE cuando afirma que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento... la igualdad”⁵⁹.

⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a una remuneración equitativa (artículo 4)”, 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, pp. 465-508.

⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o «de igual valor»”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 94, 2021.

⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Condiciones de trabajo justas y equitativas”, 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, pp. 739-782.

⁵⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, *Revista de Política Social*, nº. 121, 1979, pp. 381 y ss.

Ahora bien, aun cuando “la igualdad se configura como ‘valor superior’ que impregna todo el orden constitucional y el orden jurídico, con una función reguladora omnicompreensiva que va mucho más allá de las tipificaciones específicas que de la propia igualdad cabe extraer de la propia Constitución”, lo cierto es que estas regulaciones concretas no agotan el principio de igualdad; antes bien son manifestaciones específicas del mismo que el constituyente ha estimado más necesitadas de una protección rigurosa, pero sin colmar con ello todo el contenido potencial de ese principio de igualdad (valor superior), junto a la libertad, la justicia y el pluralismo”, que concierne al ordenamiento jurídico en su totalidad⁶⁰.

Pieza clave es el art. 14 CE, que proclama el derecho a la igualdad y no discriminación, citando como motivos especialmente reprochables el nacimiento, la raza, el sexo, la religión u opinión, añadiendo en cláusula abierta “cualquier otra circunstancia personal o social”. Este precepto presenta una naturaleza compleja, pues proclama tanto la igualdad ante la ley como la interdicción de la discriminación⁶¹. A partir de dicha doble configuración constitucional, el intérprete máximo de la Carta Magna ha señalado, en primer lugar, como rasgos esenciales del principio de igualdad ante la ley los siguientes: 1) No cualquier desigualdad va a suponer una contravención del art. 14 CE, habida cuenta de que la vulneración solamente acaece cuando la desigualdad introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable⁶². 2) El principio recogido en el art. 14 CE exige que a iguales supuestos de hecho le sean de aplicación similares consecuencias jurídicas, entendiéndose que dicha identidad concurre cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional⁶³. 3) No se prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino únicamente cuantas resulten artificiosas o injustificadas por no encontrar fundamento en criterios objetivos suficientemente razonables de conformidad con criterios o juicios de valor generalmente aceptados⁶⁴. 4) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos⁶⁵.

En segundo lugar, la discriminación, conforme al art. 14 CE, supone una diferencia de trato que actúa contra el sujeto discriminando o menoscabando el goce de ciertos derechos y ventajas o agravando sus cargas, con origen en ciertos rasgos de la persona o de la configuración social (sexo, raza, parentesco, lengua, condición social, discapacidad física, psíquica o sensorial), lo que origina una situación objetiva discriminatoria, que pone en peligro el respeto a la dignidad humana y los derechos inherentes a la persona, de manera que las medidas contra la discriminación aparecen como instrumento fundamental para asegurar la igualdad, protegiendo a ciertos grupos necesitados de una tutela reforzada⁶⁶.

⁶⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, *Revista de Política Social*, nº. 121, 1979, pp. 381 y ss.

⁶¹ El Tribunal Supremo ha destacado como este precepto comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de estas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado. SSTs 17 octubre 1990 (RJ/1990/7929) y 17 mayo 2000 (RJ/2000/5513).

⁶² STCo 76/1990, de 26 de abril.

⁶³ STCo 177/1993, de 31 de mayo.

⁶⁴ STCo 253/2004, de 22 de diciembre.

⁶⁵ STCo 61/2013, de 14 de marzo.

⁶⁶ STCo 62/2008, de 26 de mayo.

Así, cuanto caracteriza “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”⁶⁷, de manera que “la cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta”⁶⁸.

La respuesta por excelencia del ordenamiento jurídico frente a las actuaciones de discriminación es la de prohibirlas y, por tanto, declarar nulas las conductas que incurran en la misma. No obstante, el legislador considera que ello no es suficiente, por cuanto que las situaciones de segregación o marginación social, producidas por prácticas largo tiempo admitidas o consentidas de discriminación, muestran un panorama histórico bastante consolidado de postergación de los grupos victimizados, de modo que la superación de la situación de discriminación no se resuelve de forma inmediata por medio de una simple regla prohibitiva. En este contexto, surgen las medidas denominadas de acción positiva o de discriminación positiva, por medio de las cuales se establecen reglas temporales de promoción, preferencia o favorecimiento del grupo social tradicionalmente discriminado, con vistas a acelerar el proceso de transformación hacia una situación fáctica final de equiparación real y efectiva, que supere más rápidamente las enraizadas diferencias injustificadas⁶⁹. En otras ocasiones, ya no se trata sólo de un objetivo de transición, destinado a forzar un mayor ritmo en el cambio histórico, sino de diferencias estructurales o consustanciales que fuerzan a medidas de apoyo directo a los grupos perjudicados, en cuyo caso la medida puede llegar a contemplarse como permanente, pero siempre bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁷⁰.

El cariz de la tutela antidiscriminatoria es, por tanto, doble: positiva (promoción de condiciones para que la igualdad sea real y efectiva) y negativa (remoción de obstáculos que impidan el logro de esa igualdad). Centrando la atención en la segunda vertiente, ésta se concibe como una reacción represiva contra los actos discriminatorios, esto es, pretende castigar la discriminación una vez que se ha producido mediante una sanción; es la tutela que tradicionalmente se ha aplicado a los actos individuales de discriminación (discriminación directa) o colectivos, siempre que la colectividad está delimitada o sea delimitable (discriminación indirecta) e impone la paridad de trato, la interdicción absoluta del acto discriminatorio y su nulidad radical, acompañada de la pertinente reparación.

Transitando de lo general a lo particular, estos principios de igualdad y no discriminación que consagra la CE y sus garantías son los que marcan de forma más concluyente al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pues a nadie escapa que esta rama del Derecho ha quedado configurada como un sector del ordenamiento que responde a una visión avanzada de la igualdad, a una búsqueda de la igualdad real mediante instrumentos de intervención pública y colectiva, lo cual permite afirmar que la igualdad debe presidir las relaciones de trabajo desde su constitución a su extinción⁷¹. Así, el derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones laborales dispone de un “doble juego institucional”,

⁶⁷ STS 29 enero 2001 (RJ 2001/2069).

⁶⁸ STS 22 enero 2008 (RJ 2008/1621).

⁶⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: *El Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 239.

⁷⁰ STCo 269/1994, de 3 de octubre, sobre reserva de puestos a trabajadores discapacitados. GÓMEZ ABELLERIRA, F.J.: “Las acciones positivas de las empresas para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres*, MERCADER UGUINA, J.R., Dir., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 15 y ss.

⁷¹ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 346.

por una parte, el derecho de los sujetos laborales (trabajadores, empresarios, sindicatos y asociaciones empresariales) a obtener separadamente un trato igual de los poderes públicos (“derecho público subjetivo a la igualdad”) y, por otra parte, el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por su empresario en la relación de trabajo (“derecho privado subjetivo a la igualdad”)⁷².

En nuestro ordenamiento jurídico infraconstitucional se ha recogido, tanto el derecho a la igualdad como el derecho a la no discriminación, en su aplicación a las relaciones laborales. Cabe destacar, así, varias intervenciones acumulativas: se ha recogido el enunciado de la prohibición de discriminación en normas materialmente laborales, tal y como sucede, como ejemplo paradigmático, en el Real Decreto Legislativo , por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET); también se han dictado leyes contra la discriminación por motivos concretos que incluyen medidas específicas en materia de empleo, tal y como sucede con el sexo (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) o la discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre); igualmente, se ha promulgado una ley integral de igualdad efectiva, con proyección tanto al trabajo por cuenta ajena como al desarrollado en régimen de auto-organización (la Ley 15/2022).

5. LA REGULACIÓN ESTATUTARIA

Teniendo como marco general el art. 14 CE, que, como ya consta, reconoce el derecho de los españoles a la igualdad ante la ley prohibiendo cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, el art. 4.2 c) ET vuelve a recoger esta prerrogativa en la segunda de sus versiones (la prohibición de discriminación), cuando configura como uno de los derechos de los trabajadores el de “no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español”, ampliando dichas causas antidiscriminatorias a la discapacidad cuando el empleado se encuentre en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate⁷³.

Por su parte, el art. 17 ET, denominado “no discriminación en las relaciones laborales”, desarrolla tanto el art. 14 CE como el art. 4.2 c) ET, estableciendo la sanción de nulidad para todos aquellos preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones individuales 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 algunas de las siguientes causas, enumeradas en su articulado: edad, discapacidad, 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 o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Cierto es que este precepto contiene una relación amplia de diferencias de tratamiento prohibidas, mucho más extensa que la contenida en el art. 14 CE, si bien su diseño responde al modelo de lista cerrada. No menos verdad resulta que una certera lectura exige una interpretación extensiva en el contexto del art. 14 CE, pues, como es sabido, contiene una apelación final y general a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, lo cual permite hacer frente a cualquier

⁷² PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Discriminación por razón de sexo y despido de trabajadora embarazada”, en *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, BAYLOS GRAU, A. *et alii*, Coords., La Ley, Madrid, 2013, pp. 167 y ss.

⁷³ MONTOYA MELGAR, A.: “Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral”, *Revista Poética Social*, nº 121, 1979, pp. 332 y ss.

otra situación de marginación o segregación social rechazada por repugnante por el ordenamiento jurídico⁷⁴.

Conforme al art. 17 ET, se prohíben, también, las órdenes de discriminar y decisiones empresariales que comporten un trato desfavorable de los trabajadores, como represalia a reclamaciones, efectuadas en la empresa o ante acciones administrativas o judiciales, destinadas a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación⁷⁵.

Seguidamente, el art. 17.3 ET da por válidos los tratamientos favorecedores de determinados grupos de trabajadores en el marco de una determinada política gubernamental de empleo. Atribuye, así, al Gobierno la posibilidad de regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Estas medidas de fomento de la igualdad de oportunidades en el empleo tienen como objetivo, partiendo de la desigual situación en la que se encuentran determinados colectivos en la sociedad y de los obstáculos reales que les impiden acceder y mantenerse en el mundo laboral, suministrar los instrumentos o mecanismos que permitan romper esa tendencia y facilitar el acceso al trabajo en igualdad de oportunidades con los ciudadanos no condicionados por circunstancias subjetivas especiales⁷⁶.

Además, el art. 17.4 ET habilita a la negociación colectiva a establecer medidas de acción positiva con el fin de favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones (regla que se extiende también a las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación), para lo cual se podrán establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de manera que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas cuantas personas pertenezcan al sexo menos representando en el grupo profesional de que se trate. También cabe mencionar, de un lado, el art. 24.2 ET, que exige la adecuación de los ascensos y la promoción profesional en la empresa a “criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación”, y, de otro, el art. 28 ET sobre igualdad de remuneración por razón de sexo, con referencia a trabajos de “igual valor”, que desarrollan, no sólo el art. 14 CE, sino también el art. 35.1 CE.

En fin, pese a la bondad de los enunciados de la regulación estatutaria, no cabe olvidar que una de las mayores dificultades que presentan en la práctica las conductas discriminatorias es la de lograr demostrar la actuación lesiva, sobre todo cuando se oculta bajo una neutralidad aparente. La presunta víctima del tratamiento discriminatorio en lo laboral se suele encontrar carente de los elementos de información y de los instrumentos de comprobación necesarios para llegar a descubrir el trasfondo del asunto, para identificar las causas profundas de las diferencias de tratamiento existentes, particularmente cuando los móviles de las conductas empresariales no son explícitos desde el instante en que el empresario no tiene que justificar las razones de ejercicio del poder directivo en virtud de las posibilidades otorgadas por el art. 38 CE. Como instrumento procesal de reacción frente a esta situación desfavorable, se incorporan reglas de alteración parcial de la carga de la prueba, tal y como recoge el art. 96 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en virtud del cual: “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de

⁷⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 239.

⁷⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Política Social*, nº 137, 1983, pp. 61 y ss.

⁷⁶ CARDONA RUBERT, B.: “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, GOERLICH PESET, J.M., Dir., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 391.

vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

6. ESPECIAL REFERENCIA A DOS DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN CON REGULACIÓN MÁS COMPLETA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Desde hace décadas el sistema jurídico español viene realizando esfuerzos por lograr la eliminación de tratamientos discriminatorios por razón de sexo y género y por discapacidad. Buena parte de la normativa aprobada al respecto persigue la igualdad en el marco laboral.

6.1. POR RAZÓN DE SEXO Y GÉNERO

De entre las causas de discriminación, la sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo y la más extendida en el espacio, a la par que también es la más versátil en sus manifestaciones, la más relevante desde una perspectiva cuantitativa y la más primaria, por cuanto tiene la capacidad de sumar otras causas relegadoras, con singular manifestación peyorativa en las relaciones laborales: acceso al empleo (procedimientos de reclutamiento y selección), ejecución del contrato de trabajo (clasificación profesional, promoción y formación profesional o retribución) y extinción de la relación laboral (señaladamente en los casos de despido)⁷⁷.

La propia CE, en su art. 35.1 CE recoge el principio de no discriminación en el trabajo por razón de sexo⁷⁸. Ahora bien, pese al tiempo transcurrido desde la consagración constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres, la realidad de las relaciones laborales está lejos de ofrecer un panorama de verdadero equilibrio y de efectiva igualdad de oportunidades para las mujeres⁷⁹. Como es de sobra conocido, el mercado de trabajo presenta una serie de rasgos definitorios que evidencian con claridad la peor condición de la mano de obra femenina si comparada con la masculina. No cabe ocultar que todavía a día de hoy, las mujeres constituyen una fuerza de trabajo secundaria, en la que tiene mayor incidencia el desempleo, máxime cuando desarrollan preferentemente su prestación de servicios en ocupaciones feminizadas (“de cuello rosa”) y que, debido precisamente a ello, se consideran como poco cualificadas y se caracterizan en muchos casos por la inestabilidad y escasa retribución, cuando no caen de lleno en la economía informal o en el “trabajo negro”. La diferencia retributiva con los varones se mantiene, sin que deba silenciarse, tampoco, la presencia de ese “techo de cristal” que provoca que muy pocos puestos ubicados en lo más alto del sistema de clasificación profesional estén ocupados por féminas⁸⁰.

A todas estas desigualdades se suma la provocada por la atención de las personas dependientes, entendiéndose por tales aquéllas que durante un período prolongado de tiempo requieren de ayuda para realizar ciertas actividades cotidianas (vestirse, comer, asearse...). Su cuidado conduce a la mano de obra femenina, en muchos casos, a optar entre vida laboral o familiar⁸¹. Todo ello sin olvidar que la responsabilidad de atender a los hijos recae todavía principalmente sobre las mujeres, lo que a menudo conlleva dificultades para mantener su empleo y menores posibilidades para retomar tardíamente su

⁷⁷ VALDÉS DAL-RE, F.: “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”, cit., p. 30.

⁷⁸ BORRAJO DACRÚZ, E.: “La no discriminación por razón de sexo y sus efectos y garantías en el Derecho español del Trabajo”, *Documentación Laboral*, nº 7, 1983, p. 36.

⁷⁹ ARASATEY SAHÚN, M.L.: “Tutela judicial nacional”, en *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, MOYA AMADOR, R., Dir., Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 295.

⁸⁰ ARGÜELLES BLANCO, A.R.; MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, CES, Madrid, 2004, p. 23.

⁸¹ PÉREZ DEL RÍO, T.: *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid, 1984, pp. 21-22.

carrera profesional, lo cual repercute, lógicamente, en un descenso en la atención por el sistema de Seguridad Social⁸². Así pues, todavía no se ha logrado una igualdad real o sustancial, que amplía la distinción biológica o sexual binaria entre hombres y mujeres al conjunto de roles y atributos socioculturales social y universalmente asignados a un persona a partir del sexo al que pertenece, convirtiendo la diferencia sexual en diferencia social y cultural⁸³.

España ha hecho grandes avances en esta materia durante los últimos años, especialmente en género, a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LPIVG), y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), ambas portadoras de medidas laborales. Así, la LPIVG diseña un elenco de medidas tendentes a proteger a las trabajadoras que ha sufrido violencia de género por su pareja o expareja, diseñando medidas específicas de acceso al empleo y permitiendo una adaptación de sus condiciones laborales: flexibilidad del tiempo de trabajo, justificación de ausencias, movilidad geográfica, suspensión con reserva del puesto de trabajo y extinción del contrato con derecho a la percepción de la prestación por desempleo (arts. 21 y ss.).

Por su parte, el art. 5.1 LOIEMH establece que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, “se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”.

Protege la discriminación directa, que va referida a “la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable” (art. 6.1 LOIEMH). Desde tal premisa, la salvaguarda de la prohibición de discriminación por razón de sexo ha llevado al Tribunal Constitucional a establecer que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados, en el ámbito laboral y de la protección social si se trata de una trabajadora, sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1). En consecuencia, se incurre en la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo, lesiva del art. 14 CE, cuando se acredite que el factor prohibido representó la causa de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida

⁸² CES: “Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales”, *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Área de Estudios y Análisis*, núm. 38, 2004, p. 1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 67/2022 ha procedido a diferenciar los conceptos de sexo y género. El primero permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales, atendiendo a una compleja serie de circunstancias hormonales, morfológicas y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas definitorias, bien denominadas primarias (genitales internos y externos, estructura hormonal y estructura cromosómica), o bien denominadas secundarias (masa muscular, distribución del vello o estatura). Estos caracteres biológicos, que pueden no ser mutuamente excluyentes, vienen a formular una clasificación binaria o, en algún caso, terciaria, de las personas. Por su parte, el género no se identifica con las realidades biológicas, sino que deriva de construcciones sociales, educativas o culturales asociadas a los roles, las actitudes, los comportamientos, las expectativas y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres. Así pues, mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, el género va referido a caracteres relativos o coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico.

⁸³ CASAS BAAMONDE, M.E.: “La igualdad de género en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho Social*, nº 88, 2020, p. 14.

al margen del resultado discriminatorio⁸⁴. Así pues, aun cuando la concurrencia de discriminaciones directas es difícil en la práctica, pues es necesario que se manifiesten de forma expresa prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación de las mujeres, resulta de singular utilidad la figura del “comparador hipotético”⁸⁵, a partir del cual se permite que prospere una reclamación contra un empresario mostrando como indicio de discriminación un panorama general de comportamiento empresarial, en el que, previsiblemente, de haber sido hombre una trabajadora (y no necesariamente todo el colectivo de mujeres, y ni siquiera su mayoría) hubiera tenido derecho a un trato mejor (*but for*)⁸⁶. Es decir, la comparación no se produce solo cuando una persona sea o haya sido tratada de modo menos favorable por razón de sexo sino también cuando pudiera ser tratada de modo menos beneficioso por esta causa. Permite, pues, que a la hora de aportar indicios de discriminación directa no sea necesario para la demandante buscar un comparador masculino idéntico o siquiera similar. Bastaría una evidencia, conforme al comportamiento habitual de la empresa, referido a que su actuación hubiera sido diferente en el caso de que el reclamante hubiera sido hombre en lugar de mujer. No se limita a lo que le hubiera sucedido a un varón en la misma situación, de modo que la tutela asciende de grado porque, por tratarse de una discriminación directa, la justificación del empresario no puede ser ni general⁸⁷, ni fundada en razones financieras de la empresa⁸⁸. Todo ello sin olvidar que de acuerdo con el art. 8 LOIEMH, “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad”.

Ampara también las discriminaciones indirectas, concebidas 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). Se está, pues, ante una preterición de este tipo cuando concurren dos presupuestos: los datos estadísticos disponibles muestran que el porcentaje de mujeres afectadas es considerablemente superior al de los hombres sin que dicha realidad esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo⁸⁹.

Por su parte, el art. 7.3 LOIEMH establece que “se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”. 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 discriminatorio, degradante u ofensivo” (art. 7.2 LOIEMH). Integra el concepto de 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 discriminatorio, degradante y ofensivo”. Con mayor amplitud, el recientemente ratificado Convenio 190 de la OIT define su ámbito de aplicación englobando, como riesgo que ha de prevenirse, toda la violencia y el acoso que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, y específicamente⁹⁰, siempre y cuando estas conductas

⁸⁴ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral y Seguridad Social”, en *Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Dirs., Granada, Comares, 2008, p. 999.

⁸⁵ CABEZA PEREIRO, J.: “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, *Lan Harremanak*, nº 25, 2012, pp. 79 y ss.

⁸⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: “Igualdad de remuneración por razón de sexo”, en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, GOERLICH PESET, J.M., Coord., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 554.

⁸⁷ STJCE de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, *Seymour-Smith y Laura Pérez*.

⁸⁸ STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto C-177-88, *Dekker*.

⁸⁹ STJCE de 9 de febrero, de 1999, asunto C-167/1997, *Seymour Smith y Pérez*.

⁹⁰ 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*, nº 119, 2020, vol. 1, p. 29.

agresivas sean susceptibles de causar un grave daño a la víctima en su salud, su integridad física o psíquica y no hayan sido consentidas. Este enfoque más amplio supera el concepto de lugar y tiempo de trabajo clásicos admitiendo que los instrumentos sean titularidad o no de la empresa, al exigir solamente un punto de conexión laboral (como es el mero trasfondo de quienes establezcan tales conexiones, sean compañeros, clientes, suministradores, proveedores...). Elimina, además, el requisito de intencionalidad y obliga a introducir específicamente la violencia y el acoso laboral en la normativa de prevención, permitiendo además abordar la violencia en el contexto de las diversas formas de trabajo de las economías formal e informal donde prolifera la mano de obra femenina -como la agricultura de subsistencia, el cuidado de dependientes y ancianos, etc.- y también en una serie de modalidades no laborales como el trabajo voluntario, las prácticas y otras las relacionadas con la formación y el aprendizaje. Es más, el Convenio 190 hace referencia expresa en el art. 4 a las terceras personas, ajenas a la empresa, como posibles acosadores. Esta violencia externa tiende a producirse más a menudo en sectores como educación (profesorado), personal médico-sanitario, actividades de contacto directo con el público (sector servicios y ocio), medios de comunicación (cine, radio, televisión), periodismo (presentadores), mundo del espectáculo, política, deportistas de élite, teleoperadores o telemarketing⁹¹.

En fin, pese a todos estos avances, lo cierto es que las carencias son manifiestas frente a nuevas brechas y sesgos de género, que pueden coincidir o no hacerlo, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, con el sexo, incluyendo las situaciones en que se produce una modificación del aspecto del cuerpo o de las funciones fisiológicas por medios médicos o quirúrgicos, aquellas otras en que se produce una modificación registral o un reconocimiento público de tal identidad e incluso las que, sin que exista transición física o jurídica en sentido estricto, se manifiesten otras expresiones de género como la adopción de vestimenta, gestos o aptitudes propios del género con el que se identifica a la persona, independientemente del sexo biológico⁹².

6.2. DISCAPACIDAD

La condición personal de discapacidad constituye una causa legal de discriminación con particular manifestación en el marco de las relaciones laborales, no en vano las personas con discapacidad integran uno de los colectivos que mayores dificultades presentan en el acceso al mercado laboral con motivo de sus características físicas, psíquicas o sensoriales. Basta aportar un dato estadístico significativo que puede actuar como elemento de reflexión y piedra angular en las páginas siguientes⁹³: el índice de afiliación de este colectivo alcanza solamente el 1,50 por 100 o, dicho en otros términos, su tasa de inactividad duplica a la de las personas no discapacitadas, lo que demuestra los bajos niveles de integración.

El art. 2 a) 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 su inclusión social (LGD), define la discapacidad 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”, de manera que el art. 35 de dicho texto legal reconoce a las personas con discapacidad el derecho al trabajo “en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación”⁹⁴

⁹¹ VICENTE PACHÉS, F.: “El ciberacoso a la mujer: una nueva realidad silenciada de violencia de género en el trabajo”, en *Mujer, trabajo y nuevas tecnologías. Un estudio del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral desde una perspectiva de género*, ROMERO BURILLO, A.M., Dir., Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 162.

⁹² STC 67/2022.

⁹³ https://www.ige.eu/web/mostrar_actividade_estadistica.jsp?idioma=es&codigo=0204031016

⁹⁴ STEDH de 6 de abril de 2017, asunto A. P., Garçon y Nicot contra Francia.

Sus principales líneas de actuación van destinadas a⁹⁵:

- Establecer en las empresas una cuota de reserva destinada en exclusiva a este colectivo (art. 42 LGD y Real Decreto 364/2005, de 8 de abril), con particular manifestación en el empleo público [art. 59 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)] y en el marco de la contratación del sector público [Ley 9/2017, 8 de noviembre (LCSP)].
- Promover Centros Especiales de Empleo (CEE), Empresas de Inserción y enclaves laborales como ámbitos de empleo protegido (art. 37.2.b LGD) pero, al tiempo, como tránsito al mercado ordinario.
- Fomentar su contratación mediante subvenciones, deducciones fiscales o bonificaciones en la cotización
- Procurar su contratación y la mejora de sus condiciones laborales en el mercado ordinario de trabajo a través del programa de empleo con apoyo, regulado en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio.

Como *principio transversal vertebrador* de todo este entramado de actuaciones, las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los parámetros de igualdad de trato y no discriminación, entendiéndose que “existe discriminación directa cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad, y discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para eliminar las desventajas que supone esa disposición cláusula, pacto o decisión” (art. 35 LGD)⁹⁶.

Por su parte, el ET dedica varios preceptos al fomento del empleo de las personas con discapacidad. Así, el art. 2 prevé la regulación mediante Real Decreto de una relación laboral especial con personas con discapacidad en centros especiales de empleo. El art. 4.2 c), entre los derechos en la relación de trabajo, reconoce expresamente el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad “siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. El art. 17 sobre no discriminación en las relaciones laborales, establece en su apartado 2, que “podrán establecerse por ley exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente”, y en el apartado 3 se permite también al Gobierno la adopción de medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores en paro, así como otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos con especiales dificultades de acceder al empleo (medidas que se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable o a la conversión de contratos temporales en contratos

⁹⁵ Por extenso, MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir): *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, 1191 pp. ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, *Ibidem*, 1999.

⁹⁶ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: *La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: Una perspectiva desde el Derecho Europeo y el Derecho español*, Bomarzo, Albacete, 2019.

indefinidos), estableciendo como cláusula general el apartado 1 que se “entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo”. El art. 20.3 prevé, en el desarrollo de los poderes de dirección y control de la actividad laboral, la obligación de adoptar y aplicar de medidas concretas “la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”. Asimismo, el art. 20.4 determina que el empresario pueda verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado para justificar falta de asistencia, mediante reconocimiento a cargo de personal médico.

Varias previsiones estatutarias se dedican a establecer garantías frente al despido de las personas con discapacidad: en el caso de extinción de la situación de incapacidad temporal con declaración de incapacidad permanente (total, absoluta o gran invalidez) se prevé la no extinción del contrato, optando por el mantenimiento del vínculo contractual, que se mantendrá en suspenso hasta un máximo de dos años con derecho de reserva del puesto de trabajo, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo (art. 48.2 ET); aunque el Real Decreto Ley 4/2020 suprimió el despido por absentismo laboral del art. 52 d) ET, la discapacidad tiene especial incidencia en materia de extinción del contrato por ineptitud sobrevenida con posterioridad a la colocación [art. 52 a) ET]. El art. 51.5 ET, al consagrar la prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos de despido colectivo de los representantes de los trabajadores, añade a renglón seguido que “mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”. El art. 54.2 g) ET considera incumplimiento contractual del trabajador a efectos del despido “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”. El art. 53.2 ET concede un permiso de seis horas semanales retribuidas, durante el período de preaviso en el despido objetivo, al trabajador o a su representante legal si fuera una persona con discapacidad que lo tuviera, para buscar nuevo empleo. En fin, como especialidad digna de destacar, cabe recordar también que dentro de la relación laboral especial en CEE, el despido objetivo, tanto por ineptitud sobrevenida [art. 52 a) ET] como por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo [art. 52 b) ET], es necesaria la constatación por el equipo multidisciplinar.

Junto a ello, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), en su art. 25, regula la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos laborales, haciendo también referencia a la discapacidad física, psíquica o sensorial a efectos de evaluación de riesgos, adopción de medidas preventivas específicas y asignación de puestos de trabajo.

Asimismo, el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (LE), se sustenta, como principio básico en la no discriminación y la igualdad de oportunidades efectiva en el ámbito del empleo, haciendo expresa referencia a la discapacidad [art. 2 a) y d)], al derecho a un itinerario individualizado de empleabilidad con enfoque personalizado en relación a las personas con discapacidad (art. 28) o a su reconocimiento como colectivo prioritario de las políticas de empleo (art. 7.1 y 34).

De interés también es el Real Decreto 368/2021, de 25 de mayo, sobre medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite, en cuyo concepto se incluye a aquellas personas que cuenten con un grado de discapacidad intelectual reconocido entre el

20 y el 33 por 100, siguiendo al efecto el procedimiento establecido en el Real Decreto 1971/1999. Sin duda, tales sujetos, no incluidos dentro la categoría de personas con discapacidad en materia de política de empleo, encuentran también severas barreras y dificultades a la hora de acceder al mercado de trabajo, que son atendidas únicamente con incentivos en el empleo ordinario, sin incluir referencias al empleo por cuenta propia, al empleo público o al empleo protegido.

A pesar de este importante bagaje, la normativa presenta numerosas carencias, disfunciones y lagunas en relación con la superación del modelo médico-asistencial y la consolidación del modelo social contenido en la Convención de Naciones Unidas, lo que aconseja la promulgación de una Ley integral que aporte una puesta al día de nuestro ordenamiento jurídico, capaz de dar solución a los específicos problemas que presentan los colectivos de personas con discapacidad afectadas por trastornos mentales e intelectuales o grandes limitaciones físicas.

7. LEY 15/2022, DE 12 DE JULIO, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN: BASES JURÍDICAS

Aun cuando el sistema jurídico español cuenta con una regulación bastante avanzada, si bien no dejan de existir algunas carencias, en cuanto a los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo y por discapacidad, lo cierto es que el resto de causas carecían de un régimen acabado contando sólo con algunas menciones dispersas y deslavazadas. De ahí la conveniencia de la promulgación de una Ley transversal para la puesta en práctica del derecho a la igualdad de trato y no discriminación bajo una perspectiva integral y debidamente actualizada, incluyendo también lógicamente a las relaciones laborales.

Desde esta perspectiva, la Ley 15/2022 adopta como finalidad principal la de “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” (Preámbulo). Pretende, así, “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”. Incorpora, además, al ordenamiento nacional 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 estos últimos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la idea de consolidar el reconocimiento efectivo del principio de igualdad y establecer “nuevas garantías” para su disfrute⁹⁷.

Su art. 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 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”⁹⁸. Así, sin agotar el posible elenco de causas de discriminación al utilizar una fórmula abierta, además de mencionar los motivos más tradicionales, introduce explícitamente algunos más

⁹⁷ BAYLOS GRAU, A.: “Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”, <https://baylos.blogspot.com/>

⁹⁸ ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A.: “La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque”, <https://www.aedtss.com/la-ley-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-una-regulacion-necesaria-con-un-problema-grave-de-enfoque/>

novedosos como pudiera ser la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, así como la enfermedad, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, y, cómo no, la situación socioeconómica (distinta forma de indicar discriminación por pobreza o aporofobia, así como para incluir supuestos de discriminación por el aspecto físico)⁹⁹, permitiendo atender también a las posibles causas “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” (exposición de motivos).

No obstante, siguiendo la normativa europea e interna precedente, la Ley 15/2022 prevé que puedan “establecerse 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” (art. 2.2).

Además de definir conceptos de sobra conocidos, recogiendo los avances doctrinales y jurisprudenciales, como la discriminación directa, indirecta, medidas de acción positiva, protección frente a represalias o el acoso discriminatorio, se ocupa de aclarar términos como discriminación por asociación, esto es, cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas de discriminación, es objeto de un trato discriminatorio¹⁰⁰; la discriminación por error, es decir, “aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas”; discriminación múltiple, con manifestación “cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas”; o discriminación interseccional, considerada tal “cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación” (art. 6).

Teniendo en cuenta que el ámbito de aplicación de esta Ley se extiende a toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica atentatorio contra el derecho a la igualdad (art. 4.1), no puede extrañar que en el ámbito laboral (por cuenta ajena, pero también por cuenta propia en el art 11), prohíba toda discriminación en el acceso (haciendo especial mención al currículum de vida anónimo), las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo (art. 3). Veta la fijación de limitaciones, segregaciones o exclusiones por las causas previstas 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 (art. 11). Además, conforme al art. 5, la intimidad y protección sobre el dato de la condición de enferma o sana de la persona trabajadora se refuerza en materia de acceso al empleo desde el momento en que “el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto” (art. 9.5)¹⁰¹, lo cual no impide, lógicamente, la práctica de reconocimientos médicos a la luz del art. 22 LPRL o del art. 243 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS).

⁹⁹ ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, <https://www.aedtss.com/la-ley-15-2022-de-12-de-julio-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion/>

¹⁰⁰ Concepto incluido en la STJUE1 de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, Coleman, entendiéndose que la Directiva 2000/78/CE protegía a la madre de un niño con discapacidad de la discriminación en el empleo, puesto que los problemas planteados se debían al hecho de que la madre necesitaba más permisos laborales para cuidar de su hijo.

¹⁰¹ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación”, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/PUBL-TERRADILLOS-BRIEF.pdf>

Siguiendo lo previsto en el art. 17.4 ET, se habilita a la negociación colectiva 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 por las causas previstas en esta ley, pudiendo establecerse por las empresas y la representación de legal de los trabajadores, objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica” (art. 10.2). También se hace referencia a la posibilidad de diseñar 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, (informando) a los representantes de los trabajadores de las acciones adoptadas” (art. 33.2).

La vulneración de los derechos de igualdad y no discriminación, que en el marco del proceso laboral se canalizan a través de los arts. 177 y ss. LPRJ, no conlleva, en el redactado de la Ley 15/2022, solo una restitución a la situación anterior sino una reparación indemnizatoria de los daños y perjuicios causados, acompañada de una presunción de existencia del daño moral que se valorará conforme a las reglas de la sana crítica pero “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” (art. 27). La víctima también tiene derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente anterior a la interposición de la denuncia (art. 5.4).

La legitimación procesal para la defensa de estos derechos se atribuye a una amplia serie de figuras de representación de intereses colectivos, entre los que cabe mencionar a partidos y sindicatos, asociaciones de autónomos, de consumidores y usuarios y en general las organizaciones “que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos”, reconociendo expresamente la condición de interesado a los sindicatos, con independencia de su representatividad, en los procedimientos administrativos en los que la Administración tenga que pronunciarse en relación con una situación de discriminación” siempre que “las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación” (disposición final 3ª).

La Ley 15/2022 incorpora en el catálogo de entidades a que se refiere el art. 109 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del Sector Público, a la denominada Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, en cuyo seno se dará participación institucional a los sindicatos más representativos, a la que se atribuye capacidad para la defensa de los mencionados derechos, incluido el ámbito procesal.

En fin, la citada Ley tiene en cuenta que la lucha jurídica contra la discriminación no solo depende de la naturaleza del derecho a un trato igualitario, sino también, de manera decisiva, de otros muchos factores, metajurídicos unos y jurídicos otros, como pueden ser el decidido compromiso de los poderes públicos en combatir toda forma de discriminación, el igualmente firme empeño de los actores sociales (sindicatos y empresarios) en su erradicación a través de la negociación colectiva y de las prácticas de empresa, el activismo judicial en afirmar el derecho o la existencia de técnicas procesales que permitan una eficiente reacción frente a los casos de violación de la cláusula de no discriminación¹⁰².

¹⁰² VALDÉS DAL-RE, F.: “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”, *Igualdad de género y relaciones laborales*, VALDÉS DAL-RE, F. y QUINTANILLA NAVARRO, B., Dirs., Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 31.

8. ALGUNOS CAMBIOS INMINENTES: ENFERMEDAD Y ESTADO DE SALUD COMO NUEVAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN

Dejando a un lado a las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales cuyas circunstancias particulares van a ser atendidas por una futura Ley (actualmente en fase de proyecto)¹⁰³, procede destacar en este momento que ha sido de gigante el paso dado por la Ley 15/2022 en relación con una de las circunstancias que menor cobertura había tenido en la práctica, cual es la discriminación por enfermedad. Como ya consta, el ámbito subjetivo de la Ley 15/2022 toma como base el art. 14 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), incorpora expresamente, entre otros, los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (art. 2.1). Es más, el art. 2.3 dispone 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, rompiendo por consiguiente con una doctrina judicial que había negado esta circunstancia como motivo discriminatorio en los supuestos de despido. Viene a zanjar así la polémica sobre los despidos en situaciones de incapacidad temporal, apostando por su consideración como nulos (y no improcedentes) cuando no hubiera causa justificativa, superando la doctrina vertida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 presunta¹⁰⁴.

En efecto, cabe recordar que aun cuando los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no establecen que un despido por motivo de enfermedad tanga sin más un carácter discriminatorio a efectos de la Directiva 2000/78, lo cierto es que sí consagran el criterio de asimilación/equiparación a la discapacidad de enfermedades duraderas o de larga duración con lo que constituye una suerte de ampliación del concepto de discapacidad, protegiendo estos casos con la nulidad del despido. De tal doctrina da cuenta el caso HK Danmark¹⁰⁵, donde el TJUE ha señalado que en ciertos casos se puede incluir dentro del concepto de discapacidad aquellas enfermedades que causen una limitación que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones.

¹⁰³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 12 de mayo de 2015, asunto Identoba y otros contra Georgia, ha señalado que “la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos comprende cuestiones relacionadas con la identidad de género”. Además, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos define para las personas una esfera personal protegida que incluye la identidad sexual o identidad de género y la orientación sexual e implica reconocer un derecho a la autodeterminación y a la libertad para definir la propia identidad sexual o identidad de género configurado legalmente. En el marco internacional los principios de Yogyakarta precisan que “identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (Principios de Yogyakarta, 2007).

¹⁰⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social*, nº 1, vol. 9, 2019, pp. 681 y ss.

¹⁰⁵ STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335 y C-337/11, HK Danmark.

En parecido sentido, las Sentencias Daouidi¹⁰⁶ y Ring¹⁰⁷ señalan el carácter estigmatizante de las enfermedades de larga duración, de manera que la obesidad puede incluirse entre estas enfermedades siempre y cuando sea susceptible de crear limitaciones severas en el trabajo (Sentencias FOA v. Kommunernes Landsforening¹⁰⁸ o Ruiz Conejero¹⁰⁹).

Tal ampliación conceptual abriría un nuevo interrogante, pues la empresa, a excepción de lo que ocurre en los accidentes de trabajo, desconoce el diagnóstico de la enfermedad al no poder acceder a los datos médicos del trabajador, protegidos por el derecho a la intimidad. Únicamente dispone de una información somera sobre la duración probable que aparezca en su caso en el parte médico, de modo que si el empresario no conoce las circunstancias de la enfermedad (discapacidad presunta) no se le puede exigir el cumplimiento de la obligación de establecer “ajustes razonables” o, dicho en otros términos, este deber está condicionado a que el empresario tenga conocimiento de la discapacidad del trabajador, ya sea por expresa comunicación de este o por la detección visual o funcional derivada del rendimiento en el marco de la relación laboral. Tal realidad, que sólo podía resolverse aplicando el principio de la buena fe contractual, dejaba desprotegidos algunos dispuestos de despido, que han sido protegidos por la L2y 15/2022.

Contemplada “ex novo” la causa discriminatoria relativa a la enfermedad, incluso al “estado de salud”, que van más allá de la “enfermedad discapacitante” de la jurisprudencia citada del TJUE, hay que entender que el mandato del art. 55 ET que decreta la nulidad del despido disciplinario discriminatorio, y nulo, entraría en pleno juego, máxime cuando siempre va necesario ponderar su rendimiento de acuerdo con la “capacidad real”.

Ahora bien, pese a que estas conclusiones parecen acertadas, para que resulten indubitadas es necesario dar un paso más e introducir modificaciones expresas en tal sentido en los arts. 52 a) y 54 ET con el fin de evitar que, en la práctica siga siendo posible “monetizar” el despido considerado como improcedente a una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, lo que frustraría la protección efectiva de la persona enferma.

Una vez eliminada la posibilidad de despedir por absentismo al haber quedado derogado el párrafo d) del art. 52 ET, procede también parar la atención en el despido por ineptitud sobrevenida, que, en principio, no presenta especialidades en relación con las personas con discapacidad o enfermas, pero tiene una especial incidencia en estos colectivos, pues encubrir un acto discriminatorio (directo o indirecto).

Como es sabido, el art. 52 a) ET puede aplicarse a aquellos supuestos en los cuales el trabajador no es capaz de desempeñar correctamente los cometidos de su trabajo, situación que a menudo y en la práctica acompaña a una situación de discapacidad o enfermedad. De todas formas, para que la ineptitud pueda ser causa de extinción del contrato de trabajo debe conllevar una alteración del estado de salud de carácter físico o psicológico que aglutine una serie de requisitos: ha de ser verdadera, permanente y no circunstancial, general (referida al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no relativa a alguno de sus aspectos o a tareas extramuros de la actividad laboral contratada), de cierta relevancia (con rendimiento inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión) y afectante al trabajador y no a los medios materiales¹¹⁰.

¹⁰⁶ STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, Daouidi.

¹⁰⁷ STJUE de 11 de abril de 2013, asunto C-335/11, Ring.

¹⁰⁸ STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, FOA v. Kommunernes Landsforening.

¹⁰⁹ STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, Ruiz Conejero.

¹¹⁰ ALZAGA RUIZ, I.: “Reflexiones sobre el despido del trabajador por ineptitud conocida o sobrevenida”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 187, 2016, pp. 31 y ss.

Conocida tal discapacidad o enfermedad, la ausencia de cualquier objeción durante el período de prueba, o incluso la falta de pacto respecto a la realización de la prueba, comportará que el empleador no pueda alegar ineptitud con posterioridad. En cambio, cuando no se haya logrado superar la experimentación propuesta, el empresario quedará habilitado a resolver la relación, sin que tal decisión traiga aparejada, en principio y salvo causa torpe u oculta, discriminación alguna.

No obstante, la declaración del trabajador como no apto no autoriza a la empresa a extinguir automáticamente el contrato en el caso de que se trate de una persona con discapacidad o con problemas de salud, sino que la empresa ha de realizar un esfuerzo real por adaptar el puesto de trabajo, de manera que la empresa ha de probar no sólo la ineptitud del trabajador sino también la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador. Esta conclusión que aboga por la nulidad del despido si no se cumplen ambos extremos, amparada en el derecho a la seguridad y salud del trabajador y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la LPRL, debería ser recogida de forma expresa en un texto legal para asegurar el reconocimiento del mantenimiento en el puesto de trabajo, tal y como se deduce de la nueva causa de discriminación introducida en la Ley 15/2022 derivada de la “denegación de ajustes razonables” (art. 4).

Particular mención merecen los trabajadores de edad avanzada, pues, sin duda, son más vulnerables desde el punto de vista psicofísico, no en vano los problemas de salud y las enfermedades crónicas a largo plazo aumentan con la edad (alteraciones cardiovasculares, respiratorias, neuronales, hormonales o metabólicas). En efecto, la incidencia de enfermedades degenerativas es proporcional al cumplimiento de años y dada la probabilidad de que los trabajadores tiendan a trabajar más tiempo, el riesgo de desarrollar ciertas patologías se volverá todavía más frecuente. Además, una extensión temporal de la vida profesional puede conllevar una exposición más prolongada a los peligros en el lugar de trabajo, lo que constituye un factor de riesgo para los problemas profesionales de la salud como por ejemplo los trastornos musculoesqueléticos o las lesiones. Como bien se sabe, los trabajadores de 55 y más años son los trabajadores que tienen mayor incidencia en el caso de los accidentes de trabajo calificados como graves y mortales. Además, la duración media de los días de baja aumenta con la edad del trabajador lo que pone en evidencia su mayor vulnerabilidad ante los riesgos laborales¹¹¹. Las estadísticas ponen de manifiesto que alrededor del 30 por 100 de los trabajadores de edades comprendidas entre los 50 y los 64 años necesitan por razones de salud (que consisten principalmente en trastornos musculo-esqueléticos y mentales, acompañados de deficiencias cognitivas o sensoriales), una adaptación urgente del puesto de trabajo con el fin de reducir situaciones de incapacidad temporal o permanente, cuando no opciones por la jubilación anticipada. Así pues, en la población de mayor edad se producen limitaciones tanto físicas, como psicológicas, o ambas a la vez, siendo las disfunciones más evidentes las visuales y auditivas, unidas a las provocadas por dolores de espalda, cuello y nuca, hombros, rodillas, extremidades, manos y pies¹¹². Es muy significativo también que la mayoría de los accidentes laborales en los trabajadores de 55 años o más están causados por distracciones, descuidos, despistes o falta de atención. Por tales razones, es necesario tener en cuenta sus circunstancias concretas a la hora de planificar la prevención de tales siniestros¹¹³, cobrando pleno sentido la causa de discriminación derivada de la denegación de ajustes razonables que recoge la Ley 15/2022.

En suma, en materia de prevención de riesgos laborales, la edad debería ser un factor clave, pues tanto las condiciones físicas (agudeza visual, capacidad auditiva, coordinación motora), como

¹¹¹ CHABANÉS, M.: “Los trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales: análisis desde la negociación colectiva”, *Lan Harremanak*, nº 44, 2020, p. 310.

¹¹² GARCÍA NINET, J.I. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: *Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad*, CEOE, Madrid, 2015, p. 103.

¹¹³ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 374.

las mentales (dificultad de atención, memoria), sufren progresivas limitaciones a medida que pasa el tiempo¹¹⁴, lo cual todavía se hace más patente en determinadas profesiones. Ahora bien, la realidad muestra la escasa sensibilidad de la LPRL sobre estos extremos. Únicamente el legislador de Seguridad Social ha intervenido a través de dos mecanismos fundamentales:

De un lado, estableciendo edades de jubilación anticipada sin penalización, tal y como sucede con los trabajadores acogidos al Estatuto Minero, el personal de vuelo de trabajos aéreos, ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, bomberos, cuerpo de la ertzaina y policías locales. En todos estos supuestos, las circunstancias en las que se desarrolla el trabajo, en las que concurre una alta tensión no sólo física sino también mental, justifican el anticipo de la jubilación. Como botón de muestra, cabe señalar que el Tribunal Supremo ha sentado en relación con los controladores aéreos que “el alto nivel de estrés, la rotación de turnos y la extrema responsabilidad sobre las operaciones aéreas que controlan justifican sobradamente la medida legislativa (jubilación obligatoria a los 65 años), que, sin duda, tiene como finalidad evitar consecuencias negativas que pudieran derivarse de la incidencia de los factores descritos sobre el interés general”¹¹⁵.

De otro, protegiendo la situación de incapacidad para el trabajo como consecuencia de una alteración de la salud del sujeto que la padece a través de la prestación de incapacidad permanente total cuando el beneficiario presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, previsiblemente definitivas, que impiden la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (art. 194 TRLGSS). Tal afectación irá acompañada de una pensión vitalicia del 55% de la base reguladora. Esta pensión puede sustituirse, excepcionalmente, por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario sea menor de 60 años. Dicha pensión podrá también ser incrementada en un 20%, cuando por la edad del beneficiario, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior. En todo caso, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de titulares menores de sesenta años con cónyuge no a cargo (art. 196.2 TRLGSS).

En paralelo a este régimen de protección social, desde la legislación de función pública también se ha pretendido dar solución a este detrimento subjetivo a través de la denominada segunda actividad, entendida como institución específica que tiene como finalidad garantizar un equilibrio entre la eficacia en el servicio y el mantenimiento del derecho al cargo del funcionario, permitiendo la adaptación de su devenir profesional a los cambios que puedan producirse por el transcurso del tiempo o por la disminución sobrevenida de su aptitud físico-cognitiva¹¹⁶. En efecto, las reglamentaciones respectivas de los cuerpos de bomberos o policías, tanto a nivel nacional, autonómico o municipal, disponen la limitación de las funciones a realizar por los profesionales afectados cuando concurren las circunstancias en cada caso previstas, de suerte que podrán llevar a cabo unas concretas áreas, igualmente necesarias para la viabilidad de los servicios, pero cuya carga física o psíquica es

¹¹⁴ DE LA CASA QUESADA, S.: “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº extraordinario 2019, p. 137.

¹¹⁵ STS 1 julio 2021 (rec. 2695/2019).

¹¹⁶ CANTERO MARTÍNEZ, J.: “A vueltas con las causas de pase a la segunda actividad de los policías locales y su nuevo régimen de jubilación anticipada”, *Revista Vasca de Organización de Personas y Administraciones Públicas*, nº 17, 2019, p. 32.

ostensiblemente menor a la que comporta el desempeño de los quehaceres típicos del correspondiente cuerpo¹¹⁷.

En fin, teniendo en cuenta que las capacidades cambian con la edad, al calor de la Ley 15/2022 deberán plantearse otras acciones posibles dando cumplimiento a la exigencia de ajustes razonables antes de la salida de los trabajadores maduros del mercado de trabajo. Entre ellas, y como medidas preventivas, la posibilidad de aplicar alternativas de flexibilidad interna en la empresa, incluyendo el cambio de puesto de trabajo, junto con otras estrategias que, desde un enfoque integral, estén dirigidas a la adaptación del puesto de trabajo, sin olvidar el diseño de cauces para el retraso de los deterioros propios de la edad a través de reconocimientos médicos específicos o del impulso de hábitos de vida saludables, tal y como prevé el Libro Verde del Envejecimiento de la Unión Europea¹¹⁸.

9. CONCLUSIÓN

Los amplios términos empleados para definir las causas discriminatorias han permitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a los órganos judiciales nacionales ensanchar sus límites a través de una interpretación extensiva, dirigida a ofrecer una tutela discriminatoria más extensa, ampliando no sólo los contornos objetivos de la propia causa discriminatoria sino también el elenco de sujetos amparados bajo su paraguas tuitivo y los ámbitos funcionales de aplicación, incluyendo, como no podía ser de otra manera, el marco de las relaciones laborales¹¹⁹.

La Ley 15/2022, dentro del respeto riguroso a las exigencias del Derecho Comunitario y conforme a una integradora interpretación judicial, pretende moldear una realidad social resistente a hacer iguales a quienes deben serlo y derribar las barreas que lo impiden tan irracional como persistentemente. Supone un paso decisivo en la senda tendente a conseguir la ausencia de sesgos discriminatorios y la superación de denostados estereotipos que cercenan la dignidad de los seres humanos. Su proyección transversal 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. No se trata, por tanto, de una mera intervención legislativa dirigida 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.

¹¹⁷ LUJÁN ALCARAZ, J. y SELMA PENALVA, A.: “Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total ¿compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)”, *Revista Derecho de la Seguridad Social*, nº 13, 2017, p. 207.

¹¹⁸ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/com_2021_50_fl_green_paper_es.pdf

¹¹⁹ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 41.