

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldín (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Oscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo García Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Coordinadores de este número especial de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO:

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

y

Lucía Aragüez Valenzuela

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

ÍNDICE

Miguel Ángel Gómez Salado, Lucía Aragüez Valenzuela, *Introducción al número por parte de los Coordinadores*..... 1

Artículos

Belén del Mar López Insua, *El modelo de Planes de igualdad ante los recientes cambios normativos*..... 8

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, *Problemas jurídico-prácticos derivados de la utilización de las TIC en materia laboral*..... 28

Sara Guindo Morales, *La protección de la mujer trabajadora frente al despido*..... 62

Jorge Baquero Aguilar, *De la reciente regulación del teletrabajo en las Administraciones Públicas y de la necesidad de una precisa concreción vía negociación colectiva desde la perspectiva de género*..... 106

Lucía Aragüez Valenzuela, *El papel de la mujer en las universidades públicas: una mirada crítica*..... 146

Miguel Ángel Gómez Salado, Sofía Louise Martínez Martínez, Jesús Avellaneda Menchón, *El papel de la mujer en el sector tecnológico: una especial referencia a las empresas tecnológicas, a los empleos emergentes y al campo de la ciberseguridad*..... 175

José Antonio Rueda Monroy, *La virtualidad jurídica de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer en el ordenamiento español*..... 197

Gloria María Montes Adalid, *Employer branding digital y la atracción y retención de talento. Especial referencia al Plan de Igualdad*..... 222

María Villar Cañada, *Mujer y seguridad social en España. ¿La introducción de las nuevas tecnologías en el trabajo como un elemento más de discriminación por razón de género?*..... 245

II

- Francisco Vigo Serralvo**, *Algunas notas críticas sobre el complemento por maternidad para las pensiones contributivas del art. 60 LGSS*..... **278**
- María Iluminada Ordoñez Casado**, *La jubilación de las trabajadoras a tiempo parcial a la luz de las SSTC n. 91 y n. 92 del 3 y 15 julio 2019*..... **298**
- José Luis Ruiz Santamaría**, *Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora*..... **319**
- María del Carmen Macías García**, *Un análisis jurídico-social de la nueva Guía SEGO: criterios de valoración del riesgo laboral durante el embarazo*..... **358**

Introducción al número por parte de los Coordinadores

La protección jurídica de la mujer trabajadora: el futuro del empleo y la tecnología

Pese a los importantes avances logrados en las últimas décadas, las mujeres continúan padeciendo un gran nivel de discriminación y de desigualdad en el lugar de trabajo. Hace tres años, concretamente en octubre del año 2017, el profesor Miguel Ángel Gómez Salado puso en marcha – en calidad de investigador principal – un *proyecto* sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora, en el marco del programa de ayudas para el desarrollo de iniciativas en materia de igualdad de género de la Universidad de Málaga, a fin de realizar una serie de encuentros internacionales en los que se dieran cita investigadores, docentes y alumnos para llevar la atención al género y analizar a fondo algunas de las esferas más cruciales.

Esta iniciativa llevó al profesor Gómez Salado, con la ayuda y colaboración de un grupo de jóvenes e inquietos investigadores, a dirigir y organizar el I Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora, *El camino hacia la igualdad*, que se celebró el día 29 de junio de 2018 en la Facultad de Estudios Sociales y del Trabajo de la Universidad de Málaga; un encuentro internacional en el que se dieron cita investigadores de varios países europeos y latinoamericanos y cuyas conclusiones fueron publicadas en 2019 por la prestigiosa editorial Laborum en una monografía colectiva titulada *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*.

El siguiente gran paso dado en la dirección del proyecto antes citado fue la celebración en el mes de octubre de 2020, de nuevo gracias a una ayuda de la Unidad de Igualdad de la Universidad de Málaga obtenida por el investigador principal unos meses antes, del II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora, *El futuro del empleo y la tecnología*. Se puede destacar que esta segunda edición de la actividad, que ha tenido que desarrollarse de manera virtual dadas las difíciles circunstancias que vivimos con motivo de la Covid-19, ha sido dirigida y coordinada de manera conjunta – y con mucha ilusión – por la profesora Lucía Aragüez

Valenzuela y por el profesor Miguel Ángel Gómez Salado, quienes han contado en todo momento con el apoyo desinteresado de un gran grupo de jóvenes docentes e investigadores procedentes de diferentes Universidades. La segunda edición de este Congreso, en la situación y coyuntura actual, en un contexto de nuevas reformas de la legislación laboral y de continuos cambios tecnológicos, ha permitido, por un lado, realizar un análisis sosegado y objetivo que ha puesto de relieve las cuestiones laborales más relevantes sobre la mujer trabajadora, el futuro del empleo y la tecnología, y por otro lado, consolidar y ampliar una red de investigadores de diversas disciplinas jurídicas y sociales, tal y como se puede observar en el programa del Congreso y en el presente número de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, en el cual figuran publicados algunos de los trabajos que fueron presentados en los distintos paneles de dicha jornada, agrupados en dos bloques temáticos:

- a) el empleo;
- b) la Seguridad Social y la Prevención de Riesgos Laborales.

Así, en el primer bloque temático relativo al empleo han quedado agrupados los siguientes estudios.

El primero de ellos, llevado a cabo por Belén del Mar López Insua (Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada y Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social), se titula *El modelo de Planes de igualdad ante los recientes cambios normativos*. En él, la autora aborda de manera excelente el principio de igualdad por razón de género, profundizando acerca de su significado y su alcance material. Tras ello, estudia con detenimiento la obligación de negociar los planes de igualdad, así como las especialidades de los planes de igualdad en el sector público.

El segundo estudio presente en este número es el de Pompeyo Gabriel Ortega Lozano (Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada), quien hace referencia a los *Problemas jurídico-prácticos derivados de la utilización de las TIC en materia laboral*. Para ello, profundiza en la posible colisión de determinados derechos fundamentales (como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, entre otros derechos) con los sistemas tecnológicos avanzados como pueden ser las redes sociales, la utilización de sistemas de mensajería, la monitorización de dispositivos tecnológicos o circuitos cerrados de videovigilancia.

La tercera contribución ha sido formulada por Sara Guindo Morales (Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada) y hace mención a *La protección de la mujer trabajadora frente al despido*. En concreto, en este trabajo la autora analiza; en primer

lugar, el sistema multinivel de protección de las personas trabajadoras frente al despido en los ámbitos nacional, comunitario, europeo e internacional; en segundo lugar, la derogación de la causa *d* del art. 52 ET por ser susceptible de constituir una doble discriminación: por razón de género/sexo y por razón de discapacidad; y, en tercer lugar, la protección de las mujeres trabajadoras frente al despido, en concreto, frente al despido objetivo o por circunstancias objetivas.

En cuarto lugar, tiene que ser mencionado necesariamente el interesante estudio de Jorge Baquero Aguilar (Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga) que lleva por título *De la reciente regulación del teletrabajo en las Administraciones Públicas y de la necesidad de una precisa concreción vía negociación colectiva desde la perspectiva de género*. En este extenso artículo, su autor, después de analizar la nueva regulación del teletrabajo en el marco de la crisis sanitaria provocada por la Covid-19 y su “itinerario negociatorio”, aborda, entre otras cuestiones, los *Posibles riesgos que pueden afectar a las empleadas públicas derivados de una incorrecta implantación del teletrabajo* (§ 5).

En quinto lugar, está el brillante artículo de Lucía Aragüez Valenzuela (Directora de la segunda edición de este Congreso internacional y Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga), que aborda *El papel de la mujer en las universidades públicas: una mirada crítica*. En este trabajo, la autora aporta una visión amplia acerca de la situación de la mujer en las Universidades Públicas, tanto en el ámbito de la docencia universitaria como en el del desempeño de puestos directivos. En este sentido, reflexiona sobre la inclusión de género en las Universidades, acercándose a una realidad que refleja que aún nos queda mucho camino por recorrer. Además, aporta algunos datos estadísticos para acercarse a esta realidad y propone posibles soluciones para equilibrar la representación de las mujeres con respecto a los hombres.

En sexto lugar, se encuentra el trabajo titulado *El papel de la mujer en el sector tecnológico: una especial referencia a las empresas tecnológicas, a los empleos emergentes y al campo de la ciberseguridad*, que ha sido elaborado de manera conjunta por Miguel Ángel Gómez Salado (Investigador principal del proyecto, Director de la primera y la segunda edición del Congreso internacional y Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga), Sofía Louise Martínez Martínez (Investigadora Predoctoral del área de Organización de Empresas de la Universidad de Málaga) y Jesús Avellaneda Menchón (Investigador Predoctoral del área de Tecnologías Informáticas de la Universidad de Málaga). De este estudio se quiere subrayar que los tres autores analizan si existen brechas de género en relación con las empresas tecnológicas y los nuevos empleos emergentes.

El séptimo estudio de este número ha sido elaborado con detalle por José Antonio Rueda Monroy (Investigador Predoctoral del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga) y lleva por título *La virtualidad jurídica de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer en el ordenamiento español*. A lo largo de este artículo, su autor aborda *La acción positiva como vehículo hacia la igualdad real y efectiva en el acceso al empleo* (§ 2), para posteriormente analizar el *Régimen jurídico interno de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer: la respuesta legal a los principios comunitarios* (§ 3). Finalmente, realiza *Una interpretación sistemática del totum revolutum normativo en relación a las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer* (§ 4).

El último trabajo incluido en este primer bloque ha sido llevado a cabo por Gloria María Montes Adalid (Investigadora del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga) y se titula *Employer branding digital y la atracción y retención de talento. Especial referencia al Plan de Igualdad*. En este artículo, la autora aborda, en primer término, el concepto de *employer branding*, realizando una revisión bibliográfica. Seguidamente, analiza la «transformación del *employer branding* en la era digital», así como el papel «que juegan las redes sociales en la atracción, selección y retención del talento en las empresas». Luego, hace mención «a los planes de igualdad como punto clave para mejorar el *employer branding*» y concluye su trabajo con una breve reflexión «sobre cómo gestionar la marca de empleador en estos tiempos de Covid-19».

El segundo bloque temático se dedica a la Seguridad Social y la Prevención de Riesgos Laborales y abarca los siguientes estudios.

El primer artículo de este bloque lo firma Isabel María Villar Cañada (Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén) y tiene por título *Mujer y seguridad social en España. ¿La introducción de las nuevas tecnologías en el trabajo como un elemento más de discriminación por razón de género?*. En él, la autora presenta una magnífica reflexión acerca de la incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación en el ámbito de la Seguridad Social y de cómo ello puede desencadenar un elemento más de discriminación que acreciente la desigualdad de género. A ello, se le suma una interesante reflexión acerca de la crisis sanitaria y de la necesidad en utilizar las herramientas tecnológicas como cauce procedimental para el desarrollo del trabajo.

Cambiando de tercio, en el siguiente artículo titulado *Algunas notas críticas sobre el complemento por maternidad para las pensiones contributivas del art. 60 LGSS* y firmado por Francisco Vigo Serralvo (Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga), se incluye una profunda reflexión acerca del reconocimiento de la pensión contributiva que se ofrece

de forma exclusiva a las mujeres, considerándose su posible extensión a las pensiones de viudedad para el colectivo femenino. Con ello, este autor pretende aminorar las brechas por razón de género que están suponiendo una merma en materia de cotización en los tiempos presentes.

En tercer lugar, se encuentra el trabajo titulado *La jubilación de las trabajadoras a tiempo parcial a la luz de las SSTC n. 91 y n. 92 del 3 y 15 julio 2019* y su autora es María Iluminada Ordoñez Casado (Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga). El él, la autora aborda una de las cuestiones que ha suscitado mayores controversias a nivel doctrinal y jurisprudencial relativa a los coeficientes de parcialidad y global de parcialidad en el cálculo de las pensiones de jubilación derivados de los contratos a tiempo parcial, los cuales han sido protagonizados por el colectivo femenino. Con ello, reflexiona acerca de las situaciones de discriminación indirecta que se vienen produciendo entre hombres y mujeres desde una perspectiva jurisprudencial.

El cuarto estudio de este bloque se titula *Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora*. Su autor, José Luis Ruiz Santamaría (Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Málaga), firma un interesante y nada fácil trabajo que pretende aportar un enfoque actual sobre la protección de la seguridad y salud de la mujer, la cual ha adquirido la categoría de derecho fundamental. Sin embargo, efectuando un análisis pormenorizado de la normativa, el autor nos muestra la inexistencia de una estrategia en materia de prevención de riesgos laborales asociada a la desigualdad de género y, por consiguiente, reflexiona sobre la necesidad de fomentar una verdadera cultura preventiva que abogue por la perspectiva de género.

Finalmente, se encuentra el último trabajo que incide en el tema de la Seguridad Social y la Prevención de Riesgos Laborales, y que tiene por título *Un análisis jurídico-social de la nueva Guía SEGO: criterios de valoración del riesgo laboral durante el embarazo*. Su autora, María del Carmen Macías García (Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga), aborda desde un punto de vista crítico las modificaciones introducidas por la nueva edición de la guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo. Para la misma, parece haberse perdido una oportunidad de flexibilizar los requisitos con el objetivo de fomentar la natalidad de la mujer trabajadora.

Tras exponer de manera ciertamente sucinta los diferentes temas que serán objeto de una mayor reflexión a lo largo de la lectura del número de la Revista, se mencionan a continuación algunas reflexiones finales. Y es que es cierto que el papel de la mujer en el mundo del trabajo, de entre otros

muchos escenarios, resulta ser de gran importancia, ya que, a pesar de los intentos por parte del legislador de paliar las situaciones de discriminación por razón de género, las mismas continúan estando muy presentes; aunque es cierto que, de forma paulatina, se pueden observar pequeños cambios en materia de igualdad que merecen ser renombrados.

La concepción de la presente introducción tiene como objetivo resaltar, no solo todo lo que queda por alcanzar para conseguir una plena igualdad, sino también los pequeños logros que se vienen consiguiendo desde tiempo atrás, ya sea desde una perspectiva normativa, jurisprudencial o social. Esta es la razón por la que se trae a colación el papel tan relevante que ha asumido la jueza María Luisa Segoviano Astaburuga en el ámbito del mundo laboral, presentando una lucha incansable por la mujer en el trabajo. La jueza Segoviano Astaburuga se incorporó al Alto Tribunal en el mes de noviembre de 2006 en la sala de lo social tras una amplia carrera como jurista. De entre sus labores en el Tribunal Supremo, se destacan, como no podría ser de otro modo, las numerosas sentencias relativas a las desigualdades que sufría la mujer en el ámbito laboral y de la Seguridad Social. Tanto es así que es considerada como una jueza “feminista” por abordar la defensa a ultranza de la igualdad. De hecho, en 2016 fue una de las fundadoras de la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE) junto a otras magistradas.

Además, ha sido autora de numerosas publicaciones en materia de igualdad de género, fundamentalmente centradas en el servicio doméstico, el acoso laboral y sexual, la protección contra la violencia de género en el ámbito laboral, los aspectos socio-jurídicos de la maternidad, las igualdades de trato en materia salarial en las administraciones públicas, entre muchos otros temas que ahora no se mencionan.

Tal ha sido su memorable trabajo como jueza que muy recientemente se ha convertido en la primera mujer en presidir una sala del Tribunal Supremo desde su fundación en 1812 en las Cortes de Cádiz. La magistrada, elegida por amplia mayoría (19 votos a favor y dos abstenciones) por los vocales del Consejo General del Poder Judicial, tomó posesión como presidenta de Sala Cuarta de lo Social del Alto tribunal. Tras este acontecimiento, la jueza manifiesta su intención de paliar las injusticias, reducir las brechas de género, así como asentar una justicia más justa y más inteligible ante el ciudadano.

En cualquier caso, este es tan solo uno de los acontecimientos que vienen ocurriendo en el mundo del trabajo. Es cierto que quizá los cambios no se vengán realizando con la premura esperada, pero el mensaje resulta esperanzador para el colectivo de las mujeres trabajadoras.

Sin embargo, aún nos queda un arduo camino por recorrer que, como no podría ser de otra manera, podrá ser objeto de futuras reflexiones en próximas ediciones del Congreso.

Miguel Ángel Gómez Salado

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

Lucía Aragüez Valenzuela

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga (España)

El modelo de Planes de igualdad ante los recientes cambios normativos*

Belén del Mar LÓPEZ INSUA**

RESUMEN: La implantación de los planes de igualdad conllevan el establecimiento de nuevas obligaciones empresariales que pretenden asegurar una salvaguarda del “principio a la igualdad” no sólo desde un punto de vista material, sino también desde una perspectiva formal. El objetivo último que pretenden alcanzar la Ley Orgánica de Igualdad del año 2007 no es otro que el de adoptar medidas concretas en el ámbito profesional que eliminen cualquier forma de discriminación que dificulte el normal desarrollo de este derecho en trabajos de igual valor. Pese a la importancia que en la vida social y profesional desarrolla el derecho a la igualdad y no discriminación, lo cierto es que todavía no se ha logrado alcanzar este objetivo. De ahí que, en los años 2019 y 2020, se hayan publicado importantes novedades legislativas al hilo de los múltiples incumplimientos que se suceden en la praxis ordinaria.

Palabras clave: Planes de igualdad, derecho a la no discriminación, contenido mínimo, empresas y trabajador.

SUMARIO: 1. El principio de igualdad por razón de género: significado y alcance material. 2. La obligación de negociar planes de igualdad. 2.1. El contenido del Plan de Igualdad tras el RD-L 6/2019: puntos críticos. 2.2. Novedades legislativas: el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro. 3. Especialidades de los Planes de igualdad en el sector público. 3.1. Marco normativo y regulador. 3.2. Negociación de los Planes de igualdad en el sector público. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* El presente artículo proviene de la ponencia *Los planes de igualdad: caracterización y problemas de materialización*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

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

The Equality Plans Model in the Light of Recent Policy Changes

ABSTRACT: The implementation of equality plans entails the establishment of new corporate obligations that seek to ensure a safeguard of the “principle of equality” not only from a material point of view, but also from a formal perspective. The ultimate objective of the 2007 Organic Law on Equality is to adopt specific measures in the professional sphere that eliminate any form of discrimination that hinders the normal development of this right in jobs of equal value. Despite the importance of the right to equality and non-discrimination in social and professional life, this objective has not yet been achieved. Therefore, in 2019 and 2020, important legislative developments have been published in line with the multiple breaches that occur in ordinary practice.

Key Words: Equality plans, non-discrimination right, minimum content, enterprises and workers.

*La ley es una disposición de carácter general, una regla de conducta.
Pero si la conciencia moderna descarta del dominio público todas las hipótesis metafísicas,
la de la soberanía nacional como la del Derecho divino y la de la investidura divina,
la ley no puede ser el mandato formulado por una voluntad soberana.*

León Duguit¹

1. El principio de igualdad por razón de género: significado y alcance material

El derecho a la igualdad entre mujeres y hombres constituye para la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOI), «un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983»². Este principio se erige, por tanto, en una obligación de derecho internacional que vincula a todas las naciones y la cual, dado su carácter primordial, debe inspirar al resto de derechos fundamentales.

La igualdad de género implica la equiparación entre ambos sexos, lo cual no sucede en la práctica porque actualmente las mujeres se encuentran todavía en una situación de desventaja con respecto a los varones. Así por ejemplo: en materia de derechos laborales (a la hora de acceder a un trabajo, de ser remuneradas por ello o, incluso, de progresar en el empleo)³, en educación, políticas y en oportunidades vitales las mujeres siguen estando en peor posición que los varones⁴.

Las exigencias de respecto de la igualdad de oportunidades conllevan el establecimiento de nuevas obligaciones empresariales, por lo que la salvaguarda al “principio a la igualdad” no sólo ha de estar garantizada desde un punto de vista material, sino que requiere ir más allá de la abstracción de la igualdad jurídica o formal para adoptar medidas concretas en el ámbito

¹ L. DUGUIT, *Las transformaciones del derecho público y privado*, Comares, 2007, p. 40.

² Véase la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007 en su apartado I.

³ G. FABREGAT MONFORT, *Introducción al derecho laboral en el empleo público*, Bomarzo, 2014, pp. 119-120.

⁴ F. CAVAS MARTÍNEZ, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, [La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva. Los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad](#), en [Anales de Derecho, 2007, vol. 25](#), p. 344; J.M. SERRANO GARCÍA, *La regulación convencional del contenido de los planes de igualdad*, en *Relaciones Laborales*, 2008, n. 1, p. 1096.

profesional⁵.

Las iniciativas adoptadas en materia de género, tanto a nivel internacional, como comunitario y nacional, han implicado un cambio de orientación significativo respecto del sentido atribuido a los derechos como instrumentos de realización del principio de la dignidad humana. Así pues ha reformado el criterio de que los sujetos titulares de los derechos no son sin el “hombre abstracto”, que en la práctica limitaba el alcance de los derechos universalmente atribuidos a los seres humanos. Frente a esa idea está la de la «persona socialmente situada», en los distintos contextos y ámbitos donde se despliega su personalidad. Se ha tratado de reforzar una concepción material de los derechos; un sometimiento a un principio de realidad que tuviera en cuenta las circunstancias condicionantes para su ejercicio efectivo marcando diferencias respecto al liberalismo individualista, el cual desatendía la realidad de la desigualdad y de las situaciones de vulnerabilidad de los sujetos por distintos motivos (sexo, raza, clase social, etcétera). Al tiempo se percibe que la democracia no tiene una dimensión exclusivamente formal y procedimental, sino que ha de tener una dimensión sustancial, de manera que todo sistema democrático debe de proveer de los medios institucionales y jurídicos para que se realice efectivamente los derechos humanos *para todos*⁶.

2. La obligación de negociar planes de igualdad

La aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres supuso para la doctrina un gran avance dentro de ese propósito de consecución de unas políticas de igualdad y no discriminación por razón de género, sin embargo, la realidad ha demostrado como los efectos de la misma no han sido tan notables como se esperaban. Así pues, de un lado, esta ley encomienda a la negociación colectiva que cumpla con el mandato de evitar la discriminación y, de otro lado, que adopte las medidas necesarias para hacer efectivo el principio de igualdad en las relaciones laborales. Para lo cual, la Ley Orgánica de igualdad añade al contenido del art. 85.1 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) un nuevo apartado

⁵ J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, *El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos*, en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, M.R. MARTÍNEZ BARROSO (dirs.), *Propuestas para la igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 187-241.

⁶ *Idem*.

segundo⁷: «Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres».

Este deber de negociación de medidas de igualdad que establece el art. 85.1 ET en su II parte difiere del deber genérico de negociar que establece el art. 89.1 ET. Por lo que nos encontramos ante un deber que, se refiere en realidad, al contenido normativo y obligacional de los convenios colectivos, pero que no constituye contenido mínimo⁸. Porque de haber sido así, se habría incluido en el apartado 3 del art. 85 ET, ubicación que hubiese sido más coherente con la existencia de un auténtico deber de respetar la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. En sentido, cabe afirmar que no constituye éste un límite al deber de negociar⁹, a diferencia de lo que establece el art. 45.1 LOI en donde sí se alude al «deber de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier discriminación laboral entre mujeres y hombres».

La relación entre ambos preceptos es clara, así pues, mientras que el deber de «adoptar medidas de igualdad» (que establece el art. 45.1 LOI) se mueve dentro del ámbito empresarial en donde deberá garantizarse el principio de igualdad, el «deber de negociar medidas de igualdad» (art. 85.1.2 ET) se ciñe al ámbito de la representación de los trabajadores. Por lo que, en este último caso, éste se convierte en un deber meramente instrumental, que se mueve independientemente del tamaño de la empresa y ámbito funcional; de ahí que las partes estén obligadas sólo a negociar, pero no a alcanzar un acuerdo. Por lo que si la negociación fracasa, en todo o en parte, dado que deber de adoptar medidas de igualdad es más amplio que el de negociar, será entonces el empresario el obligado a adoptar medidas de igualdad cuando no se hayan adoptado a través de la negociación colectiva¹⁰.

⁷ § 2, n. 1, del art. 85 introducido por el apartado diecisiete de la disposición adicional décimo primera de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁸ J.F. LOUSADA AROCHE, *El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres*, en J.F. LOUSADA AROCHE (coord.), [El Principio de Igualdad en la Negociación Colectiva](#), Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 35.

⁹ S. OLARTE ENCABO, *Los planes y medidas de igualdad en la negociación colectiva tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, en O. MOLINA HERMOSILLA (ed.), *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, Bomarzo, 2010, p. 199.

¹⁰ «si la ausencia de medidas de igualdad en el producto negocial sería sospechoso de encubrir discriminaciones, esa sospecha se incrementará cuando se sume el

No obstante, este deber de negociar podrá concretarse en la discusión de un conjunto de medidas adoptadas después de realizar un diagnóstico de la situación, tendente a alcanzar la igualdad y eliminar la discriminación, a través de los llamados “planes de igualdad”. Como es sabido, la obligación de negociar estos planes presenta un carácter vinculante para la negociación estatutaria en las empresas de más de 50 trabajadores¹¹, lo que implica que cuando no se cumpla con ese requisito numérico las empresas no estarán obligadas a implantar planes de igualdad¹², salvo que por Convenio Colectivo se imponga dicha obligación. En cualquier caso, todas las empresas (sea cuál sea el número de trabajadores) están obligadas a efectuar medidas para conseguir una efectiva igualdad por razón de género¹³.

Las Administraciones Públicas deberán respetar, al igual que en el sector privado, el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, tal y como se establece en el art. 1.3.d de la Ley 5/2015, de 30 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP). Y es que, aunque la LOI no se refiera específicamente al sector público utiliza, genéricamente, el término “empresas” para hacer referencia ampliamente a «todas las personas, físicas o jurídicas» titulares de una empresa (empleando así la misma omnicomprendiva acepción que recoge el art. 1.2 ET). En este sentido, para el ámbito público la LEBEP concreta en su Disposición Adicional 7ª la obligación de que todas las Administraciones respeten este mandato para lo cual insta a éstas a que adopten Planes de Igualdad.

La necesidad de garantizar la igualdad de trato se convierte para la LEBEP en un principio estructural. No obstante, no deja de ser curioso que se recoja este principio en la parte externa de la LEBEP y no en el cuerpo del articulado, todo ello sin perjuicio de algunas referencias más concretas y dispersas a lo largo del mismo (referidas a los órganos de selección y a los

incumplimiento del deber empresarial de adoptar medidas de igualdad» (J.F. LOUSADA AROCHE, *op. cit.*, p. 31).

¹¹ Tras la reforma operada por el RDL 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE, 7 marzo 2019). En concreto, tras este real decreto se amplía y modifica el contenido y alcance del Plan de Igualdad y se vuelve obligatorio su registro. Se extiende, de manera progresiva, la exigencia de planes de igualdad a empresas de 50 o más trabajadores: a) empresas de entre 151 y 250 trabajadores, un año desde el 7 marzo 2019 para aprobar el Plan de Igualdad; b) empresas de entre 101 y 150 trabajadores, 2 años desde el 7 marzo 2019 para aprobar el Plan de Igualdad; c) empresas de 50 a 100 trabajadores, 3 años desde el 7 marzo 2019 para aprobar el Plan de Igualdad.

¹² S. OLARTE ENCABO, *op. cit.*, pp. 205 ss.

¹³ Tal y como indica el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los Planes de Igualdad y su registro.

derechos de conciliación)¹⁴. La Disposición Adicional 7ª de la Ley 5/2015 se refiere así a la necesidad de implantar un Plan de Igualdad sin que quepa tener en consideración la plantilla de la empresa, el volumen, la capacidad o carga de trabajo, así como cualquier otro factor diferenciador como bien pudiera ser el de la modalidad contractual. Por lo que el Plan que se adopte vinculará a todo el personal que preste sus servicios para una Administración Pública, ya sea laboral, administrativo o funcionario. Únicamente, establece la LOI distinciones cuando el Plan a negociar es en la Administración General del Estado (en adelante AGE). Así pues, el art. 64 LOI ha fijado una serie de peculiaridades que tienen que ver con los aspectos del Plan de Igualdad a implantar en la AGE, pero que nada tiene que ver con la obligatoriedad o no de su adopción en todas las Administraciones Públicas¹⁵.

2.1. El contenido del Plan de Igualdad tras el RD-L 6/2019: puntos críticos

El art. 46.2 LOI dispone que, «Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo». Todas estas medidas se regulan de una manera, más o menos parecida, en el ámbito público y privado. Por lo que son relativamente pocas las diferencias que pueden encontrarse en ambos sectores.

Algunas de las materias que han sido objeto de análisis y tratamientos en los Planes de Igualdad han sido las de: clasificación profesional, ingreso en la empresa, promoción, ascensos y acoso sexual. No obstante a lo anterior, tras el RD 6/2019, se ha ampliado el contenido mínimo que deberá recogerse en los planes de igualdad a las siguientes materias:

- a) proceso de selección y contratación;
- b) clasificación profesional;
- c) formación;
- d) promoción profesional;

¹⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, *Gobernanza y políticas de buena administración: el Estatuto Básico del Empleado Público*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, S. OLARTE ENCABO, P. RIVAS VALLEJO (dirs.), *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 27/2007, de 12 de abril de 2008*, Comares, 2008, p. 45.

¹⁵ G. FABREGAT MONFORT, *op. cit.*, p. 117.

- e) condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres;
- f) ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral;
- g) infrarrepresentación femenina;
- h) retribuciones;
- i) prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

En el caso del empleo público, esta medida tiene quizás poca aplicación práctica debido al ámbito tan característicos de estratificación funcional a través de las relaciones de Puestos de Trabajo¹⁶. En su virtud se establecen la denominación y las funciones que les corresponde a cada colectivo, así como el régimen jurídico correspondiente en atención al tipo de personal (arts. 74 y 77 LEBEP). Sin embargo, cabe criticar, que la inserción de esta herramienta en el ámbito público no está vinculada al respeto a la presunción de “neutralidad”, puesto que en el fondo los sistemas de clasificación profesional en los organismos públicos se vinculan a un medio más de ordenación y gestión de los recursos humanos que de prevención de las desigualdades¹⁷.

Así por ejemplo, el ingreso en la Administración es una materia sobre la que todavía queda mucho camino por andar si lo que se quiere, de verdad, contrarrestar la estructura profundamente discriminatoria del empleo por razón de género. El hecho de que persista la masculinización de determinados sectores dificulta enormemente la consecución de una igualdad entre sexos. A este respecto, se encuentran Planes en lo que sí se contemplan algunas medidas destinadas a preservar el principio de igualdad y no discriminación:

- 1) garantizar la no intervención de la variable de género como condición para la selección de personal. Se tendrá en cuenta la titulación, experiencia profesional, competencias y las pruebas de conocimiento, pero nunca las circunstancias personales (todo en atención a los principios de mérito y capacidad que establece la CE);
- 2) eliminación en la redacción y publicidad de ofertas de empleo con lenguaje sexista;
- 3) inclusión de un porcentaje mínimo o cuota del 60% en aquellos puestos

¹⁶ Se entienden que son «aquellos instrumentos técnicos con carácter de norma general e imperativa, a cuyo tenor se crean unos determinados niveles, grupos o categorías profesionales que jerarquizan los puestos estables, tanto si pertenecen al régimen laboral como funcionarial». Ver E. SALDAÑA VALDERAS, [Los sistemas de clasificación profesional en los planes de igualdad de la empresa privada y el sector público](#), en [Temas Laborales](#), 2013, n. 119, pp. 91-118.

¹⁷ [Ibidem](#), pp. 105-108.

o promociones en los que las mujeres estén subrepresentadas;

4) posibilidad de inclusión de cláusulas de acción positiva, etc.

En cuanto a la promoción y ascensos la mayoría de los Planes contemplan medidas de información y sensibilización acerca de los procesos de promoción para hacer posible el principio de igualdad de trato. En concreto, algunas de las medidas más destacadas son: la de no emplear como punto de referencia para la evaluación valores culturalmente masculinos, sino únicamente cualidades o habilidades concretas para el correcto desempeño del puesto (trabajo en equipo, atención al cliente, capacidad para resolver problemas...); establecer preferencia por el género menos representado en la función en caso de igualdad de mérito y nivel competencial e introducir criterios objetivos que eliminen las premisas que puedan obstaculizar la carrera de las mujeres, para lo cual deberá formarse específicamente en género e igualdad de oportunidades a los responsables de proponer dichas candidaturas.

Dado que la formación suele ser la clave de los ascensos, se han establecido criterios para que la selección no sea discriminatoria. De este modo, algunas de las cláusulas que regulan esta materia se refieren a: información y apertura de los cursos a personas que estén disfrutando de permisos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar; dar preferencia a la formación no presencial; garantizar que la formación se proporcione en horario laboral, etc.

En materia de acoso sexual y por razón de género la LEBEP recoge, en el apartado *b* del art. 14, el derecho «al respeto de los empleados públicos a su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral». Y, tipifica el acoso sexual y por razón de sexo y de orientación sexual como falta muy grave en el art 95.2.

En el art. 51 LOI, por su parte establece que «las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo» y, en su art. 62 precisa que «para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, las Administraciones Públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación». En este sentido, se han desarrollado por las distintas Administraciones Públicas protocolos de actuación para evitar el acoso sexual.

El procedimiento de actuación ante una situación de acoso sexual y por razón de sexo en el sector público tratará garantizar la protección suficiente de la víctima en cuanto a su seguridad y su salud, teniendo en cuenta las

posibles consecuencias tanto físicas como psicológicas que se deriven de esta situación, trabajando conjuntamente, la persona técnica (agente de igualdad) con el comité de salud laboral o las delegadas y delegados de prevención, atendiendo muy especialmente a las circunstancias laborales que rodean a la víctima. Para ello, se crea equipo de atención al acoso sexual y por razón de género, el cual estará compuesto en paridad por mujeres y hombres, asimismo en la Administración deberán estar representados tanto el personal funcionario como el laboral.

Entre las competencias y funciones que se le atribuyen a este equipo se encuentran:

- a) recibir todas las denuncias por acoso sexual o razón de sexo;
- b) llevar a cabo la investigación de las denuncias de acuerdo con lo establecido en este protocolo, para lo que dispondrá por parte de la empresa de los medios necesarios y tendrá acceso a toda la información y documentación que pudiera tener relación con el caso. Tendrá libre acceso a todas las dependencias del centro, debiendo toda la plantilla prestar la debida colaboración que por parte del equipo se le requiera;
- c) recomendar y gestionar ante el departamento de Recursos Humanos las medidas precautorias que estime convenientes;
- d) elaborar un informe de conclusiones sobre el supuesto de acoso investigado, que incluirá los medios de prueba del caso, sus posibles agravantes o atenuantes, e instando, si es necesario a la apertura de expediente disciplinario contra la persona denunciada, debiendo ser denunciada de tal extremo y de la sanción impuesta;
- e) supervisar el efectivo cumplimiento de las sanciones impuestas como consecuencia de casos de acoso sexual y por razón de sexo;
- f) velar por las garantías comprendidas en el protocolo de actuación.

Pese a la importancia que desempeñan los Planes de Igualdad para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la realidad demuestra como todavía éstos se encuentra aún lejos de alcanzar ese objetivo. La existencia de discriminaciones por razón de género en el ámbito público trae su causa en la confabulación de numerosas circunstancias, entre las que se encuentran:

- 1) la escasa participación femenina en las mesas de negociación¹⁸, aunque

¹⁸ M.T. PÉREZ DEL RÍO, *Discriminación por razón de género y negociación colectiva*, en J. SÁNCHEZ PÉREZ (coord.), *Aproximación interdisciplinaria al conflicto y a la negociación*, Universidad de Cádiz, 2005, p. 279. Como consecuencia de ello las organizaciones sindicales han adoptado el rol de no impulsar los temas paridad, convirtiéndose así en portadores de intereses “machistas”. Ver B. AGRA VIFORCOS, *Igualdad y discriminación por razón de género en el seno de las organizaciones sindicales*, en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 28 y 29 de*

- sí es cierto que cada vez más se está corrigiendo en ese dato;
- 2) la deficiente preparación de los negociadores colectivos;
 - 3) la relegación de la igualdad frente a los temas retributivos, clasificación profesional, acceso al empleo;
 - 4) la repetición de las normas precedentes, por lo que no se innova en materia de igualdad de género, pues en la mayoría de los convenios colectivos se reproducen los mismos esquemas que ya aparecen enunciados en el tenor literal de la ley.

La onnipresencia de los prejuicios de género queda así reforzada tras todo ese elenco de carencias que actualmente manifiestan los Planes de Igualdad, lo que unido a la dispersión característica propia de aquellos en los que reside ese poder de creación de normas determina que, en la práctica, resulte cada vez más difícil superar la barrera que separa ambos sexos en pro de una igualdad laboral efectiva.

2.2. Novedades legislativas: el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro

El RD-L 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, incorporó cambios muy significativos en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en materia de planes de igualdad. Sin embargo, dejó emplazado para un futuro el desarrollo reglamentario algunas cuestiones de suma relevancia, como son: el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad, así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso se llevaría próximamente.

Tras un importante retraso debido a la situación creada por el Covid-19, en el *Boletín Oficial del Estado* de 14 de octubre de 2020 sale, finalmente, publicado el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro. Se trata éste de un nuevo reglamento que no tiene previsto entrar en vigor hasta el 14 de enero de 2021, esto es, tres meses después de su publicación en el *BOE*.

El nuevo Reglamento sobre planes de igualdad, básicamente, desarrolla el art. 46.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, con relación a las materias y temas a las que hace referencia este precepto, junto con otros

mayo de 2004, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005, p. 745.

aspectos para mejorar la eficacia de los planes de igualdad y también para incrementar la seguridad jurídica al ayudar a clarificar algunos aspectos, incluyendo otro de los aspectos más comprometidos, la legitimación para negociar los planes de igualdad, lo que resuelve cuestiones como las que se plantean cuando la empresa tiene varios centros de trabajo con representación legal de las personas trabajadoras o cuando no existe tal representación legal, situaciones que, dada la extensión de la obligación de elaborar planes de igualdad, se verán incrementadas de manera significativa. De manera más específica, este Real Decreto fija: el procedimiento de elaboración de los planes de igualdad a través de una comisión negociadora, el contenido mínimo – que debe incluir la auditoría retributiva – y su vigencia.

Entre las novedades más destacadas se presentan las siguientes: Primero, la obligación de negociar planes de igualdad se extiende a todas las empresas de cincuenta o más personas trabajadoras la elaboración y aplicación de un plan de igualdad será obligatoria, salvo que – con independencia de la plantilla – la obligación venga impuesta por convenio. La elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta o negociación con la representación legal de las personas trabajadoras, salvo obligación impuesta por convenio. Ahora bien, para las empresas que componen un grupo de empresas podrán elaborar un único plan para todas o parte de las empresas del grupo. Sin embargo, en la caso de Empresas de Trabajo Temporal (ETT's) las medidas que recoja el plan de igualdad serán igualmente de aplicación a las personas trabajadoras cedidas por ETT's durante los periodos de prestación de servicios.

Segundo, es importante que todas las empresas hagan controles de umbral, al menos, el último día de los meses de junio y diciembre de cada año. Y es que, una vez que se alcance el umbral (50 trabajadores) habrá obligación de negociar. Por supuesto, la cuantificación del umbral se hará con independencia del número de centros de trabajo y la forma de contratación, por lo que habrá que incluir tanto a los trabajadores a tiempo parcial, como a los trabajadores contratados a tiempo determinado.

Tercero, las empresas deberán iniciar el procedimiento de negociación de sus planes de igualdad mediante la constitución de una comisión negociadora, dentro del plazo máximo de los tres meses siguientes al momento en que hubiesen alcanzado las personas de plantilla que lo hacen obligatorio y como máximo en el plazo de un año debe estar aprobado y presentada la solicitud de registro.

Estarán legitimados para negociar los planes de igualdad (incluidos los diagnósticos previos) por parte de los trabajadores: el comité de empresa, los delegados de personal o, en su caso, las secciones sindicales que en su

conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité. En caso de carencia de la representación dicha, entonces intervendrán los interlocutores en la negociación a la que se refiere el art. 41.4, letras *a* y *b*, ET.

Cuarto, el diagnóstico obligatorio ha de partir del proceso de selección y cumplir con un contenido mínimo¹⁹.

Quinto, el plan deberá quedar obligatoriamente registrado y asimismo habrá de incluir los salarios desglosados de toda la plantilla, incluido el personal directivo y los altos cargos, desglosada y promediada por clasificación profesional y por trabajos de igual valor, e incluyendo salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales²⁰.

Sexto, los planes de igualdad que estuviesen vigentes a la entrada en vigor de este Real Decreto deberán adaptarse – previo proceso negociador – en un plazo máximo de un año.

Séptimo, el periodo de vigencia o duración de los planes de igualdad, que será determinado, en su caso, por las partes negociadoras, no podrá ser superior a cuatro años.

Finalmente, se han previsto multas de hasta 187.000 euros por no cumplir con las obligaciones que en materia de igualdad establecidas en el Estatuto de los Trabajadores o convenio colectivo puede dar lugar a sanciones económicas con multas entre 626 euros y 6.250 euros en caso considerarse grave o de entre 6.251 euros a 187.515 euros en caso de considerarse muy graves. Igualmente, la norma contempla la pérdida automática de ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción y la exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses. El control de aplicación y sanción en caso de incumplimientos de los planes de igualdad corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

3. Especialidades de los Planes de igualdad en el sector público

Los planes de igualdad constituyen una vía para implicar a la negociación colectiva en la consecución de la igualdad de derechos y de oportunidades entre hombres y mujeres. Y es que, dado que la ley no impone un modelo cerrado y uniforme de plan de igualdad, sino únicamente las orientaciones

¹⁹ Véase el cap. III, *Contenido de los planes de igualdad*, que señala el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro.

²⁰ Y todo ello, en cumplimiento del RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE, 14 octubre 2020, n. 272).

para su elaboración podrán entonces los negociadores colectivos determinar: el contenido del plan, los objetivos a alcanzar y el sistema de vigilancia y evaluación.

3.1. Marco normativo y regulador

A fin de hacer justicia al principio de igualdad de trato que tanto proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como la normativa comunitaria, nace la LOI para combatir en España esa discriminación (directa o indirecta) por razón de sexo y promover la igualdad.

De manera coherente con ese propósito general la LOI encomienda a la negociación colectiva la necesidad de que se adopten en las empresas (públicas y privadas) medidas de acción positiva, introduciendo así un derecho temporal desigual a favor del sexo femenino, tendentes a corregir todas aquellas situaciones de desigualdad fáctica, no corregibles con la sola formulación del principio a la igualdad jurídica o formal²¹. Y es ahí, en donde la negociación colectiva y los Planes de Igualdad cumplen un papel relevante para la mejora empresarial de las desigualdades existentes entre hombres y mujeres.

El deber de negociar Planes de Igualdad se inscribe en una línea que nace, mucho antes de la entrada en vigor de la LOI, con la propia Constitución Española (CE). Por lo que aquí interesa, la obligación de garantizar la igualdad de trato que promueve el art. 14 CE conecta, íntimamente, con el deber que se le encomienda a los Poderes Públicos de remover los obstáculos que dificulten el acceso al empleo, condiciones de trabajo y la necesidad de promover acciones positivas (arts. 9.2 CE²² y 9.1 LOI). Por su parte y para el empleo público, el art. 103.3 CE establece que el acceso al sector se realizará de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El art. 46 LOI, en su apartado 1 define lo que se entiende por Plan de

²¹ F. CAVAS MARTÍNEZ, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *op. cit.*, p. 345.

²² Según el Tribunal Constitucional cabe diferenciar dos mandatos intrínsecos en el art. 14 CE: el primero, referido a la igualdad formal y el segundo relativo a la prohibición de discriminación. Es, precisamente, en base a este segundo aspecto en donde, a su vez, encuentra el art. 14 CE conexión el art. 9.2 CE referente a la igualdad material. La igualdad material debe predominar sobre la igualdad formal, por lo que la paridad de trato exige que la igualdad formal acepte excepciones cuando la finalidad de ese trato “no paritario” es alcanzar la igualdad material entre aquellos que no están equiparados (STC 128/1987, de 16 de julio).

Igualdad, a saber: «Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados». Se trata, por tanto, de un conjunto de medidas de alcance y contenido mayor que el que podría alcanzarse con la mera negociación aislada. De ahí que los Planes supongan un plus o una exigencia suplementaria que añaden, de forma selectiva, un contenido más específico que aquél que figura en los convenios colectivos²³. El Plan de Igualdad deberá adoptar la forma colectiva, de manera que habrá de ser negociado con los representantes de los trabajadores en los términos previstos por la legislación vigente (apartado 2 de la Disposición Adicional 7ª de la LEBEP) o, en cualquier caso, ser materia objeto de consulta con aquellos que mejor conocen la realidad de una empresa (trabajadores, empresarios o sus representantes)²⁴.

En este sentido, la LOI encomienda al Plan de Igualdad la naturaleza propia de un instrumento jurídico colectivo (convenio o pacto de empresa), según la legislación vigente. Por lo que las partes quedarán vinculadas al mismo durante el plazo fijado, siendo sus efectos idénticos a los recogidos para el convenio colectivo (art. 38.2 EBEP). De ahí que, no quepa la posibilidad de actuación unilateral por parte de la Administración, reglamentación y actuación en contra de lo pactado.

3.2. Negociación de los Planes de igualdad en el sector público

Las Administraciones Públicas deberán elaborar y aplicar un Plan de Igualdad que deberá desarrollar lo previsto en el convenio colectivo o condiciones de trabajo del personal dependiente de la misma (apartado 2 de la Disposición Adicional 7ª del EBEP). En efecto, teniendo en cuenta que el sector público coexisten distintos colectivos (personal laboral, funcionario y administrativo) es lógico que, a efectos de evitar desigualdades, se aplique para todo el personal el mismo Plan con independencia de las especificidades de cada grupo.

²³ R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, en *Relaciones Laborales*, 2007, n. 1.

²⁴ G. FABREGAT MONFORT, *op. cit.*, p. 123.

En un principio, la LEBEP permite una negociación separada en el convenio entre laborales y los acuerdos del personal funcionario. Lo que, sin dudas, puede llegar a dar lugar a una regulación dual distinta, por no decir esquizofrénica para sendos colectivos. Sin embargo, al definir la LOI al Plan de Igualdad como un «conjunto ordenado de medidas» (art. 46) deja claro cómo en dicho instrumento se exige, en sí mismo, una integración, es decir, una unidad con coherencia interna. Por lo que, la adopción de una serie de medidas de forma aislada y sin sistemática de conjunto o unidad no podrían ser consideradas como un Plan de Igualdad. Debiendo éste ser aplicable a todo el personal que preste sus servicios en régimen de ajenidad para una Administración Pública y sin consideración de su vínculo jurídico (laboral, administrativo o funcional) ²⁵. Asimismo, en aquellos casos en los que hubiera personal que no se rige por convenio, el Plan de Igualdad se aplicará de igual modo que al personal que se encuentra comprendido en convenio colectivo.

Dado que no es posible negociar por separado para estos dos colectivos, el proceso negociador se desarrollará pues a través de las Mesas específicas que al efecto se prevean por la normativa específica para esta materia, esto es, para el personal laboral regirá la Comisión Negociadora (art. 88 ET) y para el funcional la Mesa de negociación (art. 34 EBEP) ²⁶. Si así decide, quedarán entonces constituidas las partes negociadoras, debiendo ambas mesas llegar a un acuerdo en cuanto a la materia objeto de pacto. Sin

²⁵ G. FABREGAT MONFORT, *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo, 2007, pp. 13-16.

²⁶ Téngase en cuenta, en este sentido, lo previsto por el art. 37.1 EBEP en donde la ley realiza una verdadera reserva a favor de la negociación colectiva. Ahí se establece una serie de materias – a saber: a) la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas; b) la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios; c) las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos; d) las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño; e) los planes de Previsión Social Complementaria; f) los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna; g) los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas; h) las propuestas sobre derechos sindicales y de participación; i) los criterios generales de acción social; j) las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales; k) las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley; l) los criterios generales sobre ofertas de empleo público – que no podrán ser objeto de negociación en todas las Mesas, sino únicamente en las Mesas específicas previstas para el personal funcionario. Ver J. RIVERO LAMAS, A.L. DE VAL ARNAL, *Art. 37. Materias objeto de negociación*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, S. OLARTE ENCABO, P. RIVAS VALLEJO (dirs.), *op. cit.*, pp. 371-375.

embargo, en este punto, lo que ocurre en la práctica es que el Plan será negociado de manera conjunta por medio de las Mesas Generales de Negociación, quedando afectado tanto el personal laboral, como el funcionario, por el contenido al que llegue dicho organismo (art. 36 EBEP)²⁷.

Idéntico contenido se ha previsto por la LOI en su Título V, *El principio de igualdad en el empleo público*, el cual no sólo se refiere en general a la Administración Pública, sino también en particular a la Administración General del Estado.

Al hilo de todas estas cuestiones, el art. 34.4 LEBEP ha previsto la posibilidad de que se negocien Planes de Igualdad pero a través de Mesas Sectoriales previstas para ámbitos inferiores o específicos de una Administración Pública. Por lo que el contenido del Plan, para ese concreto ámbito sectorial, habrá de articularse en torno a lo pactado en el instrumento que se negocie en la Mesa General. Aunque nada impide que, aunque el Plan se negocie en una Mesa general conjunta, la misma realice remisiones en determinadas materias o desarrolle lo previsto en las negociaciones diferenciadas entre personal laboral y funcionario.

Al igual que ocurre con el sector privado, la obligación de negociar no exige necesariamente la consecución de un acuerdo. En todo caso, si fracasa la negociación la Administración Pública seguirá estando obligada a aplicar un Plan de Igualdad, por lo que «una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer – unilateralmente – las condiciones de trabajo» (art. 38.7 LEBEP).

4. Conclusiones

A pesar de la importancia que desempeñan los planes de igualdad para la consecución de una efectiva igualdad entre mujeres y hombres, la realidad demuestra como todavía éstos se encuentran muy lejos de alcanzar ese objetivo. En efecto, así lo reflejan el propio RD-L 6/2029 y también el RD 901/2020, en donde se reconoce el fracaso en la aplicación efectiva de los planes de igualdad quizás por una falta de concienciación social, pero también de medidas imperativas. Ciertamente, aunque sendas normativas

²⁷ A este respecto, cabe preguntarse si es posible que intervengan en la negociación la representación legal o unitaria de los trabajador. Es evidente que en el ámbito público únicamente podrán negociar los sindicatos, ahora bien, cuando se traten de mesas específicas para el ámbito laboral entonces sí será posible que a dicha negociación se sumen los delegados de personal y comités de empresa.

pretenden intensificar las medidas de igualdad en las empresas a través de nuevas obligaciones y controles, por otro lado olvidan una serie de problemas reales que ocurren en la praxis ordinaria como son, por ejemplo, el escaso número de inspectores de trabajo que hay en España y la sobrecarga de trabajo que ya soportan con motivo de la situación creada por el Covid-19. Quizás la medida más tangible y efectiva desde un punto de vista práctico sea, hoy por hoy, la relativa a la obligación de negociar un plan de igualdad a partir de 50 a más trabajadores y de registrarlo. Con ello, claramente, se pretende evitar que las empresas eludan ese deber de negociar planes de igualdad (tal y como ocurría antes de la reforma de 2019) mediante la imposición de un control administrativo que garantice su cumplimiento.

La existencia de discriminaciones por razón de género en el ámbito público y privado trae su causa en la confabulación de numerosas circunstancias, entra las que se encuentran:

- 1) la escasa participación femenina en las mesas de negociación;
- 2) la deficiente preparación de los negociadores colectivos;
- 3) la relegación de la igualdad frente a los temas retributivos, clasificación profesional, acceso al empleo;
- 4) la repetición de las normas precedentes, por lo que no se innova en materia de igualdad de género, pues en la mayoría de los planes de igualdad se reproducen los mismos esquemas que ya aparecen enunciados en el tenor literal de la ley.

Por todo ello, entiendo que de nada sirve publicar nuevas normas legislativas si las empresas no asumen como propias esas exigencias de garantía en pro a una igualdad real y de oportunidades entre su plantilla y la sociedad. Se trata, en definitiva, de un avance que no sólo beneficiaría a las empresas (en término de clima laboral, reputación, atracción y adquisición del talento), sino que además se proyectaría en las estructuras sociales y en la economía de todo el país.

5. Bibliografía

AGRA VIFORCOS B., *Igualdad y discriminación por razón de género en el seno de las organizaciones sindicales*, en AA.VV., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005

ALMENDROS GONZÁLEZ M.Á., MONEREO PÉREZ J.L. (coords.), *Tiempo de trabajo y conciliación laboral: permisos, licencias, reducciones y redistribuciones de jornada para conciliar trabajo y familia*”, en C.A. MELLADO, M.Á. ALMENDROS GONZÁLEZ, G.

FABREGAT MONFORT, R. GÓMEZ GORDILLO, D. LANTARÓN BARQUÍN, A. MERINO SEGOVIA, J.L. MONEREO PÉREZ, A.B. MUÑOZ RUÍZ, W. SANGUINETI RAYMOND (coords.), *La regulación legal y convencional del tiempo de trabajo*, Lefebvre, 2020

CABEZA PEREIRO J., *Los planes de igualdad: balance y cambios normativos*, en [Revista Derecho Social y Empresa, 2020, n. 12](#), pp. 18-36

CAVAS MARTÍNEZ F., SÁNCHEZ TRIGUEROS C., [La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Promoción de la igualdad en la negociación colectiva. Los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad](#), en [Anales de Derecho, 2007, vol. 25](#), pp. 343-370

DUGUIT L., *Las transformaciones del derecho público y privado*, Comares, 2007

ESCUADERO RODRÍGUEZ R., *Planes de igualdad en la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, en *Relaciones Laborales*, 2007, n. 1, pp. 1011-1043

FABREGAT MONFORT G., *Introducción al derecho laboral en el empleo público*, Bomarzo, 2014

FABREGAT MONFORT G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo, 2007

GALLART FOLCH A., *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Comares, 2000

LÓPEZ INSUA B.M., *La exigencia o baremación de planes de igualdad entre hombres y mujeres por el operador económico*, en M.M. PARDO LÓPEZ (dir.), *Inclusión de cláusulas sociales y mediambientales en los pliegos de contratos públicos*, Aranzadi, 2020

LÓPEZ INSUA B.M., *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Laborum, 2017

LOUSADA AROCHE J.F., *El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres*, en J.F. LOUSADA AROCHE (coord.), [El Principio de Igualdad en la Negociación Colectiva](#), Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008

MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M., *El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos*, en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, M.R. MARTÍNEZ BARROSO (dirs.), *Propuestas para la igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016

MONEREO PÉREZ J.L., MOLINA NAVARRETE C., *Gobernanza y políticas de buena administración: el Estatuto Básico del Empleado Público*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, S. OLARTE ENCABO, P. RIVAS VALLEJO (dirs.), *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 27/2007, de 12 de abril de 2008*, Comares, 2008

OLARTE ENCABO S., *Los planes y medidas de igualdad en la negociación colectiva tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, en O. MOLINA HERMOSILLA (ed.), *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, Bomarzo, 2010

PÉREZ DEL RÍO M.T., *Discriminación por razón de género y negociación colectiva*, en J. SÁNCHEZ PÉREZ (coord.), *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Universidad de Cádiz, 2005

RIVERO LAMAS J., DE VAL ARNAL A.L., *Art. 37. Materias objeto de negociación*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, S. OLARTE ENCABO, P. RIVAS VALLEJO (dirs.), *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 27/2007, de 12 de abril de 2008*, Comares, 2008

SALDAÑA VALDERAS E., [Los sistemas de clasificación profesional en los planes de igualdad de la empresa privada y el sector público](#), en [Temas Laborales](#), 2013, n. 119, pp. 91-118

SERRANO GARCÍA J.M., *La regulación convencional del contenido de los planes de igualdad*, en *Relaciones Laborales*, 2008, n. 1, pp. 1095-1119

SIERRA HERNÁIZ E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social, 2013

Problemas jurídico-prácticos derivados de la utilización de las TIC en materia laboral*

Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO**

RESUMEN: Analizamos algunos de los problemas prácticos más concurrentes en la práctica jurídica del Derecho Laboral en plena vinculación con las TIC (tecnologías de la información y comunicación). Para ello profundizamos en la posible colisión de determinados derechos fundamentales (como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, entre otros derechos) con sistemas tecnológicos avanzados como pudieran ser las redes sociales, la utilización de sistemas de mensajería, la monitorización de dispositivos tecnológicos o circuitos cerrados de videovigilancia.

Palabras clave: Tecnología, información, comunicación, monitorización, derechos.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Libertad de expresión, nuevas tecnologías y poder empresarial. 2.1. La libertad de expresión: desde sus orígenes conceptuales hasta su proyección en las nuevas tecnologías. 2.2. Las nuevas tecnologías y la libertad de expresión en clave jurisprudencial: algunos casos relevantes. 3. La doctrina jurisprudencial en la videovigilancia de puesto físico y el control del correo electrónico. 4. Balance y perspectivas: una serie de reflexiones a modo de conclusión. 5. Bibliografía.

* El presente artículo proviene de la ponencia *La tecnología, la potestad empresarial y el teletrabajo: especial referencia a colectivos desfavorecidos*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Profesor Ayudante Doctor, Universidad de Granada (España).

Legal-Practical Problems Derived from the Use of ICTs on Labour Matters

ABSTRACT: We analyse some of the most practical and concurrent problems in the legal practice of Labour Law in full relation to the ICTs (Information and Communication Technologies). To do this, we deepen the possible confrontation of certain fundamental rights (such as the right to freedom of expression and the right to privacy, among other rights) with advanced technological systems as for example the social media, the use of messaging system, the monitoring of technological devices or closed circuit of video monitoring.

Key Words: Technology, information, communication, monitoring, rights.

1. Introducción

Analizamos dos cuestiones relevantes en el ámbito jurídico-práctico relacionado con las nuevas tecnologías y que, en ocasiones, entran en colisión con derechos fundamentales: por un lado, la libertad de expresión; y, por otro, la monitorización del trabajador por sistemas tecnológicos.

En el avance de este derecho fundamental a la libertad de expresión, en los asuntos en los que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse, localizamos casos en los que esta libertad confrontaba y colisionaba con otro tipo de derechos o bienes constitucionales que requerían de protección. Es por ello que la construcción del contenido del derecho a la libertad de expresión se ha construido por oposición con otros derechos: de ahí que la libertad de expresión haya sido definida y confeccionada por sus límites. Cada vez con mayor confrontación consecuencia de un mundo global e interconectado y con un especial avance de las nuevas tecnologías. En efecto, durante mucho tiempo, el Tribunal Constitucional ha venido resolviendo, caso por caso, la colisión y la confrontación de la libertad de expresión con otro tipo de derechos, lo que ha dado lugar a la constitución de un sinfín de límites mediante la técnica de ponderación de los bienes en conflicto. El resultado consecuente del método de “ponderación de bienes”, asumido por el Tribunal Constitucional, no ha sido otro que el de definir el contenido constitucional del derecho fundamental a la libertad de expresión a través de la “exclusión” una vez aplicados los “límites” que son derechos o bienes dignos de protección constitucional. Entonces, no queda otra que confirmar que la libertad de expresión será lo restante si la protección de esos otros bienes o derechos no se imponen por el simple hecho de que el mensaje controvertido no ha contribuido a la libertad de la opinión pública¹. Y ahora, en un mundo global e interconectado, es obvio que la incorporación a un sistema productivo sustentado en nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) genera una serie de problemas y realidades jurídicas que eran impensables, hace años, para el ordenamiento jurídico español.

Por otro lado, otro de los actuales problemas jurídicos se localiza en la posibilidad del empresario de monitorizar el correo electrónico (o cualquier medio electrónico) del trabajador perteneciente a la empresa y la posibilidad de grabar o controlar al trabajador mediante cámaras o sistemas de videovigilancia dentro del centro de trabajo. Lo cierto es que, en ambos

¹ I. VILLAYERDE MENÉNDEZ, *Artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5: La libertad de expresión*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, 2018, tomo I, pp. 584-585.

supuestos, se plantea una fuerte tensión dialéctica entre varios derechos que disfrutan de dimensión constitucional: por un lado, la propiedad privada y la tutela del patrimonio empresarial (art. 38 CE); y, por otro, los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la libertad de expresión (art. 20.1 CE). Derechos que deben ponerse en relación con la propia normativa del CEDH. Es evidente que en este complejo tema se suscitan multitud de cuestiones conflictivas respecto al alcance y prevalencia de cada uno de los derechos, centrándonos, en este texto, en la parte práctica y la solución de casos conflictivos que han sentado jurisprudencia. Pautas jurisprudenciales que vienen siendo aplicadas, en mayor o menor medida, con interpretaciones diversas por los tribunales españoles y que derivan de las últimas sentencias del TEDH. Terminamos este estudio diferenciando cuando el control o la videovigilancia ha sido comunicada previamente por el empresario, lo que tendrá consecuencias diferentes y modos de proceder alternativos para, superada la proporcionalidad exigida por los tribunales cuando no haya sido comunicado al trabajador, la prueba (grabación o, en su defecto, control o monitorización de las comunicaciones electrónicas del trabajador) sean consideradas lícitas y utilizarse como instrumentos probatorios en el juicio.

2. Libertad de expresión, nuevas tecnologías y poder empresarial

2.1. La libertad de expresión: desde sus orígenes conceptuales hasta su proyección en las nuevas tecnologías

Es el art. 20.1.a CE el que se refiere a la libertad de expresión cuando se refiere a este derecho como «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Libertad de expresión que comprende, de conformidad con el art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), «la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». Nos situamos en un derecho fundamental que forma parte del núcleo fuerte de los derechos humanos², de primera generación, y que tiene

² F. VALDÉS DAL-RÉ, *La dimensión laboral de la libertad de expresión*, en *Relaciones Laborales*, 2004, n. 1, p. 81; F. VALDÉS DAL-RÉ, *La libertad de expresión e información en la Carta de Niza*, *ibidem*, 2014, n. 1, p. 1; F. VALDÉS DAL-RÉ, *Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, n. 2, p. 91.

un papel relevante y esencial para asegurar la estructura democrática de una sociedad: así es reconocido por la mayoría de los textos de derechos fundamentales elaborados por organismos internacionales y en las constituciones nacionales, relacionándose con la protección multinivel de este siglo³.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual». Además, «no se aplica solamente a las “informaciones” o “ideas” que se reciben favorablemente o se consideran inocuas o indiferentes, sino también a las que ofenden, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay sociedad democrática»⁴. Para el Tribunal Constitucional, el art. 20 CE «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2, de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre, ni por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder»⁵.

Por tanto, la libertad de expresión es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la ley, e incluidos frente a la propia ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución admite. Además de un derecho fundamental, es un valor objetivo esencial del Estado democrático y, como tal, está dotado de un valor superior o eficacia irradiante, ocupando una posición preferente en el conjunto de estos derechos⁶.

Pero, además, es también el primer derecho inespecífico calificado como tal. Se trata de derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos

³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Libertad de expresión*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020, p. 346.

⁴ TEDH 8 julio 1986 (TEDH 1986\8).

⁵ STC 16 marzo 1981 (RTC 1981\6).

⁶ G.P. ROJAS RIVERO, *Libertad de expresión y de información*, en A.P. BAYLOS GRAU, J. CABEZA PEREIRO, J. CRUZ VILLALÓN, F. VALDÉS DAL-RÉ (coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley, 2015, p. 374.

que, ejercitados por los trabajadores, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica⁷. En Derecho del Trabajo es doctrina consolidada aquella que viene admitiendo dos grupos o especies diferenciados de derechos: por un lado, aquellos derechos laborales que, en sentido estricto, solo pueden ser ejercitados por los trabajadores en cuanto tales y no por todo el colectivo de ciudadanos; por otro, aquellos derechos que reciben la denominación de derechos laborales inespecíficos. Estos últimos, como indicábamos, son derechos, reconocidos a todos los ciudadanos y que sin ser de contenido estrictamente laboral pueden ser ejercidos por los trabajadores en sus propias relaciones laborales⁸. Así pues, «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones». Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa «legítima el que quienes prestan servicios en aquella por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de “feudalismo industrial” repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza»⁹.

Libertad de expresión, límites y nuevas tecnologías a las que actualmente se recurre a diario, por ejemplo, para sancionar a los trabajadores, en ocasiones, con el despido disciplinario de los mismos, la mayor de las sanciones laborales existentes¹⁰; como prueba válida a utilizar en

⁷ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, en R. MARTÍN JIMÉNEZ, A.V. SEMPERE NAVARRO (coords.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2003, p. 229.

⁸ P.G. ORTEGA LOZANO, *Otros derechos o principios constitucionales que se proyecta en la relación laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *op. cit.*, p. 539; P.G. ORTEGA LOZANO, S. GUINDO MORALES, *Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 225, pp. 77 ss.; S. GUINDO MORALES, *Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2019, n. 53.

⁹ STC 19 julio 1985 (RTC 1985\88) y STC 6 septiembre 2018 (RTC 2018\89).

¹⁰ S. GUINDO MORALES, *El tratamiento de los derechos laborales inespecíficos en la negociación colectiva: Apartado D) Ámbito local*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ

procedimientos civiles, penales, contenciosos administrativos y laborales; para la selección de personal (todas las empresas suelen acudir a redes sociales para analizar al candidato en su vida privada); para el uso de acciones colectivas por partes de los representantes de los trabajadores (negociación colectiva y derecho a la información); como herramienta para la acción sindical y para el desarrollo de las funciones del derecho a la libertad sindical (información, publicidad, etcétera); para probar fraudes en la empresa y en la seguridad social con períodos de incapacidad temporal (trabajador en IT que se marcha de vacaciones y realizar actividades contraproducentes); como herramienta de trabajo siendo utilizado también para fines privados (el control del correo electrónico institucional de la empresa); entre otros muchos supuestos más. Pero, en el trasfondo de todos estos problemas, destaca un elemento clave en común: el derecho fundamental a la libertad de expresión y sus límites en un mundo global e interconectado.

Es preciso matizar que el trabajador no es un titular ordinario del derecho a la libertad de expresión en el sentido de que pueda utilizar estos derechos de manera general o incondicionada, sin causa específica, dentro de la empresa¹¹. No es así; el trabajador podrá disfrutar de este derecho fundamental en un determinado contexto jurídico cuyo ejercicio queda sometido a reglas singulares y estrictas¹².

La libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental, no es sin embargo un derecho ilimitado, estando sujeta a los límites que establece el art. 20.4 CE: «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Pero, además, y cuando la expresión pública de ideas y opiniones se ejerce por un trabajador, tomando como contenido aspectos generales o singulares del funcionamiento y actuación de la empresa en la que presta servicios, el ejercicio de aquella libertad ha de enmarcarse en unas determinadas pautas de comportamiento, que el art. 7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que

CORTÉS (dirs.), *op. cit.*, p. 665; S. GUINDO MORALES, *Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, n. 6, p. 504.

¹¹ J. GARCÍA MURCIA, *Los “usos laborales” de las libertades de expresión e información*, en T. SALA FRANCO, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, E. BORRAJO DACRUZ (coords.), *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley, 2003, p. 85.

¹² I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 590.

«los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»¹³. La emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe. Y viceversa, la libertad de expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales¹⁴.

Para el Tribunal Constitucional¹⁵, la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas: campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica (art. 16.1 CE)¹⁶. Por el contrario, cuando se persigue no dar opiniones sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. Ciertamente, resultará, en ocasiones, difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos informativos de los valorativos: en tal caso habrá de atenderse al elemento predominante.

A su vez, para el TEDH, la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del completo desarrollo de cada persona. La libertad de expresión (con algunas salvedades) es válida no sólo para las informaciones o ideas aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para las que molestan, chocan o inquietan. Pero, como indicábamos, esta libertad está sometida a excepciones que, sin embargo, requieren una interpretación justa. Limitación que debe probarse de manera convincente¹⁷.

Para el Tribunal Constitucional, la libertad de expresión que la Constitución Española reconoce argumenta que este derecho no cubre el articular juicios de valor claramente ofensivos o injuriosos; por tanto, queda excluido del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión – consagrado

¹³ STC 15 diciembre 1983 (RTC 1983\120).

¹⁴ RTC 1985\88, cit.

¹⁵ STC 6 junio 1990 (RTC 1990\105).

¹⁶ STC 15 febrero 1990 (RTC 1990\20).

¹⁷ STEDH 29 febrero 2000 (TEDH 2000\90) y STEDH 23 abril 1992 (TEDH 1992\1).

en el art. 20 de la Constitución Española – el denominado derecho al insulto¹⁸. En relación al derecho de expresarse críticamente, el Tribunal Constitucional establece que la emisión o difusión de opiniones ofensivas en forma desajustada constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico que convierte en ilícito o abusivo el ejercicio de la libertad de expresión¹⁹. En ese sentido, es preciso recordar que la libertad de expresión no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige²⁰.

Además, el contenido de la libertad de expresión del trabajador encuentra diferencias importantes con la libertad de expresión civil o común. Por un lado, a la libertad de expresión del trabajador se le imponen restricciones específicas y más intensas por la especial relación jurídica con una empresa o entidad. Por otro, esta especial vinculación termina fomentando su ejercicio por diversas razones como, por ejemplo, porque la propia empresa termina proporcionándole al trabajador la experiencia y los datos con los que conformar una opinión. Lo anterior, fundamenta un nivel de crítica más elevado que debe cohonestarse con una mayor responsabilidad del trabajador en su libertad de expresión²¹.

Libertad de expresión que actualmente posee un importante auge debido a las nuevas tecnologías, lo que ha venido obligando a los tribunales a establecer y concretar nuevas fundamentaciones adaptadas a las posibilidades virtuales y a la nueva tecnología, valorándose aspectos como la red utilizada, los destinatarios potenciales, la accesibilidad a dicha información, etcétera²². Es evidente que la tecnología ha tenido serias consecuencias en la forma en que ejercemos nuestros derechos, con especial incidencia en el de libertad de expresión, pues las formas de expresar libremente nuestras ideas u opiniones han cambiado por completo. Asimismo, la tecnología también ha modificado los canales de comunicación a través de los cuáles solíamos expresarnos. Incide en ello la creación de redes (sociales, profesionales, etcétera) y el avance tecnológico de los teléfonos móviles, los cuáles, dan acceso a cualquier hora del día y en

¹⁸ STC 25 noviembre 1997 (RTC 1997\204), STC 5 junio 2006 (RTC 2006\174) y STC 19 junio 2006 (RTC 2006\181).

¹⁹ RTC 1983\120, cit.

²⁰ STC 17 enero 2000 (RTC 2000\6), STC 26 febrero 2001 (RTC 2001\49) y RTC 2006\181, cit.

²¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *op. cit.*

²² S. DEL REY GUANTER, *Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo*, La Ley, 2016, p. 319.

cualquier estado del ser humano (triste, enfadado, ebrio, etcétera). Es por esto último por lo que puede sacarse de contexto las expresiones emitidas. Incluso poner una concreta expresión y, con el paso de los años, pensar lo contrario e intentar borrarla después, expresión y contenido que pueden tener consecuencias laborales, políticas o sociales relevantes y que no eran previsibles en esa fecha. Son formas en las que se termina perdiendo el control de lo que se expresa, con una constante sobreexposición al exterior, teniendo presente que no todas las personas que utilizan dichas vías de comunicación son conscientes de la magnitud de una determinada publicación en un determinado momento.

Estos modos de comunicación pueden acarrear graves consecuencias por la sensibilidad de lo que se ha llamado lo políticamente correcto o incorrecto, junto con interpretaciones extremas de determinados colectivos que pueden terminar acotando al máximo expresiones que podrían haber sido expresadas con humor, en contextos no profesionales, con otro tipo de voluntad por parte de la persona que emite la información, etcétera. Todo ello, unido al hecho de que todas las personas pueden tener acceso directo a la idea, opinión o creencia, junto con determinadas interpretaciones que pueden ser demasiado extremas, hacen que cualquier emisión de información pueda convertirse en una tarea de riesgo extremo que, en ocasiones, puede costar la propia relación laboral, lo que está suponiendo, en definitiva, un nuevo límite o escollo al derecho de la libertad de expresión.

La realidad es que son supuestos que suelen solucionarse a través de una “lógica empresarial” que viene a justificar una determinada reacción por parte de la empresa (v.gr. un despido) con el sustento de perjudicar los intereses del empleador o empresario; sin embargo, no existe una lógica jurídica que venga a justificar dicha reacción por tratarse de la esfera privada de la persona (que, a su vez, es también trabajadora) y de sus derechos fundamentales. La solución que hasta el momento adoptan las empresas no es otra que la adopción de cláusulas contractuales en el propio contrato de trabajo o en códigos de conductas empresariales: en tal sentido, se viene proponiendo por la doctrina la denominada “desconexión en la libertad de expresión”, de manera que se garantice el ejercicio de este derecho fundamental sin consecuencia laboral alguna; es decir, que lo que ocurre en la vida privada de la persona no tenga impacto en la vida profesional del trabajador²³.

²³ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *op. cit.*, p. 368.

2.2. Las nuevas tecnologías y la libertad de expresión en clave jurisprudencial: algunos casos relevantes

1) Suele ocurrir que el derecho a la libertad de expresión esté en conflicto con el derecho de imagen de la empresa o a su reputación. Así ocurre en un caso en el que un trabajador de una conocida multinacional publica opiniones, comentarios e imágenes desagradables en la red social *Facebook* donde está identificado como trabajador de esa mercantil. La empresa, a través del control de la actividad de sus trabajadores en las redes, advierte de que las publicaciones y comentarios realizados por el trabajador sobre un conflicto internacional vulnera la imagen y la reputación de su empresa. Ante tales publicaciones y comentarios, determinados usuarios de la red realizaron una campaña en contra del consumo en la tienda de esta gran multinacional. Con estas circunstancias la empresa comunica mediante carta el despido disciplinario del trabajador por considerar que afecta gravemente a la reputación de la empresa y porque las publicaciones e imágenes son contrarias a la dignidad de las personas, ofensivas, difamatorias y humillantes. En la misiva resolutoria, la empresa advierte y destaca que este trabajador, además de con su nombre y apellidos, viene a identificarse como empleado de esa empresa, lo que ha determinado que las publicaciones trasciendan del ámbito personal al ámbito profesional al quedar las publicaciones ligadas directamente a la propia compañía, afectando de forma muy grave a la reputación e imagen de la empresa. En el juicio, el trabajador alegó que dichas publicaciones y comentarios se trataban de “humor negro”. Sin embargo, para el juzgador, el art. 20 CE, «proclama la libertad de pensamiento, ideas y opiniones, aunque no la de calificativos degradantes, ni puede disculparse tampoco la utilización de expresiones ofensivas o una incorrección del lenguaje, que estará tolerada en las conversaciones amistosas, pero no en otros ámbitos, de modo que resultan sancionables las conductas que impliquen un exceso en el ejercicio de aquel derecho y lo sean en proporción a la entidad del mismo». Considera el juez que la conducta del trabajador llega a ser conocida por el público y llega a dañar la imagen de la compañía ante eventuales clientes. Además, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, «la empresa puede adoptar las medidas disciplinarias oportunas a pesar de que el trabajador no se encuentra ni en tiempo ni en lugar de trabajo, al indicar que respecto del tiempo fuera de jornada laboral, no significa que en ese periodo se disponga de bula absoluta para realizar actuaciones que vayan en perjuicio de la empresa, pues hay que considerar que todas ellas están de alguna forma vinculadas a la relación laboral en cuanto redundan directa o indirectamente

un perjuicio a la empresa»²⁴. En definitiva, en el presente caso, «estaríamos ante un incumplimiento contractual consistente en desobediencia con un evidente y notorio perjuicio para la empresa, así como ante la pérdida de confianza en la persona del trabajador, por lo que debe considerarse que la calificación del despido ha de ser la de procedente, por cuanto la medida adoptada por el empresario es proporcionada en atención a las condiciones concurrentes y a las expresiones y contenidos proferidos, aparte del medio empleado»²⁵. En nuestra opinión, en este supuesto, es importante destacar el protocolo que en la propia empresa existía para el uso de las redes sociales y que el trabajador conocía por haber firmado el documento informativo por el que se comprometía a no atentarse contra la libertad de las personas; en este sentido, debe destacarse que la propia empresa, después de este suceso, ha modificado el convenio colectivo tipificando como falta muy grave: «la publicación o difusión de comentarios vejatorios o contrarios a la dignidad de las personas o derechos fundamentales realizados por los empleados en medios o redes sociales, cuando se identifiquen como empleados o utilizando el nombre de la compañía»²⁶. En este sentido, de cara a una correcta utilización de la facultad de control y potestad disciplinaria de la empresa, sería conveniente que las empresas vengamos a incluir en sus políticas y códigos de conductas reglas que se refieran expresamente a los usos de las redes sociales. En este sentido, la problemática surge de la posibilidad del empresario de controlar las actuaciones y movimientos realizados por el trabajador en internet (redes sociales, redes profesionales, chats, etcétera); en definitiva, las cuestiones que se plantean versan sobre el control de las publicaciones y comentarios que el empleado puede realizar en cualquier web y, además, cuál sería la legitimidad real del empresario para controlar dichos contenidos en plena vinculación con los límites existentes del derecho fundamental a la libertad de expresión de los trabajadores. Todo lo anterior vinculado, obviamente, a la realidad de las nuevas tecnologías y la gran repercusión que cualquier mínimo comentario puede tener en la empresa. En este sentido, el art. 20.3 ET permite que el empresario pueda adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando, en su adopción y aplicación, la consideración debida a su dignidad.

2) En este otro supuesto, bajo el curiosamente elegido pseudónimo de “la cosa nostra”, el trabajador escribía en la red, en alusión a un directivo de la

²⁴ STS 21 septiembre 2017 (RJ 2017\4310).

²⁵ Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca 28 febrero 2018 (JUR 2018\121686).

²⁶ M. LÓPEZ BALAGUER, *Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?*, en *Temas Laborales*, 2019, n. 146, p. 105.

empresa al que se refería como el “alcalde”, lo siguiente: «la presión la tenemos en la mano nosotros, sólo con hacer todo bien los matamos, lo primero es hacerle la cama al alcalde y dejar a los demás en paz, el perro no hace tanto daño como este sujeto, y si alguien que sepa su nombre completo y dirección y teléfono móvil que lo ponga en el foro que de lo demás ya nos encargaremos otros, yo en particular le ponía las pilas y le quitaba las ganas de jugar con el pan de 1000 obreros, os lo garantizo, este leonés lo que quiere es hundir la empresa que hay buena en Ponferrada porque los de León nos tienen envidia». Se analiza en este caso las manifestaciones que hizo el trabajador en el foro, teniendo en cuenta que era un foro público, de acceso libre a través de internet, dedicado a los problemas laborales de su empresa y leído efectivamente por trabajadores de la misma, muchos de los cuales participaban con sus comentarios y mensajes. En relación con el alcance de la libertad de expresión en el ámbito del contrato de trabajo, el Tribunal Constitucional ha dicho que la relación laboral genera un complejo de obligaciones recíprocas entre empresario y trabajador que nuestra legislación, y por lo que se refiere a las exigibles específicamente al trabajador, obliga a desarrollar conforme a las reglas de la buena fe y diligencia (art. 5 ET), hasta el punto de que la transgresión de este específico deber se tipifica como uno de los supuestos de despido disciplinario (art. 54 ET). De este modo, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo que el ejercicio de la libertad de expresión por el trabajador, en su relación con el empresario, debe desarrollarse conforme a las exigencias de la buena fe. Si bien tal exigencia de buena fe no debe confundirse con la existencia de un genérico deber de lealtad a la empresa que fuera omnicompreensivo de una situación de sujeción al interés empresarial, pues es necesario preservar el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito (modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente) de su libertad constitucional, modulación que sólo debe producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva. En el presente caso no estamos propiamente ante una expresión de ideas u opiniones, legítimas o no, ni ante la transmisión de información, veraz o no, sino ante un llamamiento a la intimidación de un directivo de la empresa. Quien lanza el mensaje, precisamente en un contexto de grave conflicto laboral y amparado en un pretendido anonimato encubierto con el nombre de “la cosa nostra” elegido para participar en el foro de internet, después de utilizar el verbo “matar”, posteriormente matizado, pero que induce a pensar en actos de violencia, pide a quienes puedan leer el mensaje que comuniquen el nombre completo, la dirección y el teléfono móvil del directivo empresarial, asegurando que con esos datos él mismo, ayudado en

su caso por otros, se encargaría de determinadas tareas indeterminadas descritas como “hacerle la cama”, “ponerle las pilas” y “quitarle las ganas de jugar con el pan de 1.000 obreros”. Y esas expresiones aluden inequívocamente a actos de violencia o cuando menos de intimidación no especificados, pero dirigidos en concreto contra la persona de este directivo en su ámbito privado, puesto que se pide su dirección personal. Independientemente de cuáles fueran las intenciones reales de quien remitió ese mensaje, es obvio que, al lanzarse a un foro público donde sería leído por muchos trabajadores de la empresa, cuando menos contiene una amenaza difusa contra una persona dirigida a su amedrentamiento o intimidación, puesto que se deduce que quien emitió el mensaje pensaba que la persona afectada llegaría a conocer el mismo y habría de sentirse amenazado de forma anónima por actos no especificados, pero situados en un contexto de enfrentamiento y violencia, siendo lo más relevante que para ello se quisiera conocer su domicilio y sus teléfonos privados. No es cierto, por tanto, que nos encontremos ante una mera «expresión de disgusto y malestar laboral, tal vez con expresiones poco adecuadas, pero fruto de una situación laboral conflictiva», ni que se trate únicamente de «llamar a la unión de todos los trabajadores». Sin sacar de contexto tales manifestaciones, sino precisamente en el contexto del conflicto laboral, se entiende claramente en las mismas la amenaza latente contra una persona de la que se recaban datos personales, aunque sea efectivamente por considerar a esta responsable de la situación de conflictividad laboral. El propio anonimato de la expresión contribuye a la eficacia de la amenaza y es motivo adicional de reproche contra su autor. Con ello «se han excedido notablemente los límites legítimos de la expresión del conflicto y se incurre en una conducta vulneradora de la buena fe contractual que es susceptible de ser sancionada con el despido»²⁷.

3) En el análisis de otro supuesto, resulta preciso analizar las manifestaciones que el trabajador viene a realizar por dos medios: por un lado, correo electrónico dentro de la empresa y, por otro, participación en comentarios dentro de una página web. Respecto al correo electrónico dirigido a la subdirección general de operaciones y al jefe de flota en el que se hace una queja formal «por haber sido destituido como comandante de aeronave» y por «no haber actuado por igual dentro de la responsabilidad orgánica a diferencia de otros casos», la sentencia confirma que la «libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige. Nótese que tal crítica se encuentra por el momento dentro del

²⁷ STSJ Castilla y León, Valladolid, 21 abril 2010 (AS 2010\1854).

ámbito interno de la empresa y no tiene en esta fase repercusión a terceros». Además, «no cabe negar la libertad del trabajador para expresar a sus superiores que en su opinión hayan podido incurrir en responsabilidades administrativas o penales, ni puede lícitamente sancionarse esa manifestación con el despido; máxime si todo lo anterior se produce como una reacción a una sanción – la pérdida de la condición de comandante – que le ha sido impuesta y considera injusta». En suma, el malestar y la crítica vertidos en el ámbito interno de la empresa sobre cuestiones laborales y de funcionamiento de la empresa entran dentro del ámbito de la libertad de expresión sin traspasar sus límites, pues ni hay manifestaciones insultantes, ni propagación exterior, sean o no ciertas o correctas las críticas efectuadas. Respecto a los comentarios dentro de una página web, el trabajador despedido vino a afirmar que «como conocedor de un delito debo denunciarlo. Se atentó contra la seguridad de vuelo y de los pasajeros», denuncia irregularidades como «el incumplimiento de la prohibición de acceso a la cabina de vuelo por pasajero alguno, el abandonar un tripulante su puesto no por razones fisiológicas, y la realización por un tripulante de un vuelo de ida y vuelta Madrid-New York-Madrid, “como en los viejos tiempos” en contra de la normativa aérea; además recomienda abiertamente volar en una compañía con paz social y no en otra como la demandada que se halla en conflicto, añadiendo incluso que al volar los tripulantes con miedo a ser sancionados ello conduce irremediabilmente al accidente». Para el tribunal, la valoración judicial que merecen estos comentarios es que el trabajador «ya no se halla en uso de su libertad de expresión dentro de la empresa, sino que está transmitiendo al exterior opiniones que desprestigian a la empresa basadas en informaciones no debidamente contrastadas y que han resultado infundadas», según los cuales «no consta que durante el vuelo hubiera entrado un pasajero en la cabina (existía una fotografía del presidente de la compañía en la cabina pero no está acreditado que se hiciera durante el vuelo) y no era cierta la realización de un viaje de ida y vuelta por un mismo piloto. Recuérdese que el derecho a comunicar información veraz aunque no requiere una exactitud absoluta de lo afirmado, sí exige una comprobación razonable de las fuentes de las que proviene». No solamente se imputan graves irregularidades con quiebra de la seguridad en vuelo, no contrastadas, sino incluso delitos. El daño injustificado que se produce al honor y la imagen de la empresa es innegable, debido a las imputaciones que realiza el trabajador de forma pública y con trascendencia incluso penal, aparte de quebrantar la buena fe contractual por recomendar a las empresas de la competencia frente a su empleadora. Por último, «no cabe minimizar el alcance de la difusión con base en el alegado escaso conocimiento público de la página web en la que el actor vertió sus

comentarios, pues no se ha acreditado ese escaso alcance aunque sea una página especializada y en todo caso basta con que los interesados en el sector de la aviación hayan podido tener acceso a esas manifestaciones para considerar producido el daño a la empresa»²⁸.

4) Sin embargo, en otro caso también parecido en el que un trabajador publicaba una serie de comentarios en *Twitter*, considera el tribunal que debe aplicarse la teoría gradualista de la pena y la debida proporcionalidad entre la gravedad de una conducta y la sanción impuesta, lo que se sustenta porque no parece que los comentarios del trabajador hayan llegado a tener la publicidad y extensión suficiente para haber llegado a ser conocidos por el gran público y llegar a dañar la imagen de la compañía ante proveedores y clientes. Además, se tiene en cuenta que no hay lucro personal y tampoco se acredita el daño ocasionado a la empresa. Y excepto el último en que se dice que los trabajadores están hartos de la opresión, no parecen especialmente injuriosos o calumniosos, sino que reflejan un trabajador indignado por causas que ni siquiera se concretan, en un contexto que parece que tiene un enmarque ciertamente explicable por la situación de conflicto laboral ante el cambio de la distribución de los servicios y agravamiento de las condiciones laborales. Y desde luego es una conducta injustificable pero que no llega a ser de gravedad extrema para merecer la sanción del despido, en un trabajador que en sus años de servicio no se le achaca amonestación alguna, y ello sin perjuicio de que pudo ser sancionada con una pena inferior²⁹.

5) En este otro caso se declara la nulidad del despido de una trabajadora por vulneración del derecho de libertad de expresión y del derecho a la libertad sindical. En concreto, la trabajadora vino a publicar en *Facebook* lo siguiente: «más que nunca convencida de que esto no es hostelería, esto es el cortijo de Pascual nada más por cómo actúa junto a su séquito de palmeros [...]. La gente no conoce ni de lejos lo que es la dignidad, me parece tremendo que haya compañeros de trabajo que apoyen a este tipo de empresario que lo único que hace es destruir empleo estable a cambio de trabajo precario, a fin de que los trabajadores no puedan pedir sus derechos. Pero lo triste de todo esto es que los palmeros del empresario saben perfectamente la realidad de lo que hay en esta empresa y son compañeros de ETT, que no pueden protestar que no tienen horarios y que viven pendientes de un teléfono. Vergonzoso que la clase obrera se preste a este tipo de pantomimas»³⁰.

²⁸ STSJ Madrid 16 diciembre 2013 (AS 2014\113).

²⁹ STSJ Navarra 21 febrero 2014 (2014\101739).

³⁰ STSJ Andalucía, Málaga, 17 enero 2018 (JUR 2018\90541).

6) En relación con el derecho a la libertad de expresión se considera también el despido del trabajador procedente por publicar en *Facebook* el siguiente texto: «mirar la sinvergüenza de mujer [...]. Desayunando en el Toro en horario de trabajo, y es capaz la muy zorra de despedirnos [...] por ir a buscar un bocadillo al comedor de Repsol, se le tendría que caer la cara de vergüenza. Por desgracia en la viña del señor hay muchas mujeres que por las razones que se desconocen son capaces de joder a hombres, pues me quedo más tranquilo o me quedaré más tranquilo cuando la pille fuera del trabajo y le diga lo zorra que es, y que no tenemos que pagar si es una mala follada o si tiene un mal día, pero que sepa que nos ha jodido por lo menos mil euros porque le ha salido del coño. Siento las palabras utilizadas, pero esa cosa no merece menos. Es una zorra»³¹.

7) Igualmente, se declara el despido de la trabajadora procedente por publicar una serie de textos como los siguientes en *Facebook*: «voy a ser sincera. Me repugna [...] me da asco. Me indigna enormemente [...] cuando la que dice llamarse gerente de una empresa con un servicio público como es el tan digno y hermoso que prestamos [...] el ayudar a personas dependientes [...] ese ser que pretende ser jefa y no es más que una pura dictadora que maltrata a sus empleados negándoles el derecho no solo del cobro de sus salarios a tiempo [...] sino de todo lo básico mira para su ombligo de oro podrido no administrando (y valga la redundancia) ese dinero de todos para enriquecimiento de unos pocos. Y me siento orgullosa de todos mis compañeros [...] que aun pasándolo bastante mal y teniendo que mendigar a amigos y familiares dinero para que puedan comer sus hijos [...] van todos los días al trabajo responsabilizándose de su labor como profesionales que son. Un abrazo a mis compañeros y una patada en el culo al resto de esta pirámide de mafiosos». Y una serie de publicaciones en las que insulta a la gerente con expresiones como maltratadora, déspota, dictadora, psicópata, arrogante, corrupta, asquerosa, con locura de poder, etc. Lo que se acompaña de una entrevista en la radio en el que manifestó que «existe maltrato psicológico terrible por ambas partes, tanto por la empresa como por la Administración pública». Ante lo ocurrido, el tribunal concluye que la trabajadora se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho de libertad de expresión, incurriendo en una intromisión ilícita en el área jurídicamente protegida de la gerente, lo que, en versión inglesa sería calificable de *trespass*. Además, el hecho de que la trabajadora «se ampare en su condición sindical no desvirtúa la evidencia de que utilizó expresiones insultantes y descalificadoras y ambos derechos el de libertad sindical y el de libertad de expresión deben armonizarse, de tal manera que la actora

³¹ STSJ Cataluña 6 noviembre 2015 (JUR 2015\301558).

individualmente o el sindicato, en su caso, pudieron actuar en los términos previstos por el Ordenamiento Jurídico, sin que sea aceptable, amparándose en una situación laboral conflictiva, recurrir al insulto o descalificación personal. Una cosa es utilizar expresiones que molesten, inquieten o perturben y otra dejarse llevar por el insulto o la descalificación, donde la dignidad resulta afectada de forma incompatible con el ordenamiento jurídico»³².

8) Se considera procedente el despido disciplinario del trabajador que, entre otros hechos, en *Facebook* publicó lo siguiente: «el servicio de ayuda a domicilio en Cádiz está en manos de inútiles integrales del primero al último [...]. Los trabajadores y usuarios merecen algo mejor [...]. Hay que municipalizar este servicio ya. Auxiliares a domicilio necesitan gente responsable preparada [...]. No insensibles víboras mentirosas descorazonadas, presas del enchufismo el amiguismo y el corporativismo sus mejores aliados, trabajadores y trabajadoras pelearán pronto por un sindicato a su altura. Por sus derechos y los de los enfermos ánimo y confianza». Para el tribunal, en el presente caso se han excedido los límites de la libertad de expresión que al igual que la libertad de información ha de ponderarse con el respeto a la dignidad y el honor de quienes integran la empresa también amparados constitucionalmente, dado que, los comentarios ofensivos y difamatorios con graves insultos y descalificaciones hacia los directivos de la empresa y compañeros de trabajo, se han vertido por el trabajador a través de su perfil de Facebook, provocando una rápida y extensa difusión de los mismos, que merece la calificación de falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza subsumible en el despido disciplinario³³.

9) En este otro supuesto en el que también están involucradas las nuevas tecnologías (*Facebook*), la trabajadora vertió expresiones por escrito con publicidad en las cartas abiertas al Alcalde y al resto del Equipo de gobierno. Cartas en las que utilizaba expresiones tales como que la trabajadora está sufriendo «acoso y derribo», que se le ha intentado amonestar, que le han ninguneado y decapitado, que «el fabuloso comunicado del alcalde», que las afirmaciones «suenan a película», las «mentiras que os habéis atrevido a publicar», que la persona que le ha sustituido le «ha suplantado la identidad», «este ayuntamiento se ha convertido en una mafia», he podido «sentir a mi alrededor la presión política», «además de pisotear el talento y las ilusiones que dejen de mentir y manipular». Efectivamente, la actora reconoció la autoría de las cartas, así como las expresiones contenidas en la misma en

³² STSJ Murcia 26 abril 2017 (AS 2018\415).

³³ STSJ Andalucía, Sevilla, 8 junio 2017 (JUR 2017\231667).

base a su derecho a la libertad de expresión. Para el tribunal, teniendo en cuenta que las expresiones proferidas no afectan a la dignidad humana, ni al honor, ni siquiera a la consideración pública que se tenga de la persona o del grupo, la trabajadora se ha limitado a llevar a cabo una opinión personal en ningún momento negada por su propia autora, por lo que, en consecuencia, dichas expresiones ni son ofensivas ni merecen la sanción del despido. Es por ello que el despido así producido ha de configurarse como improcedente³⁴.

10) Por otro lado, se declara procedente el despido disciplinario del trabajador que realizó una serie de grabaciones en el interior de las instalaciones de la entidad, llevando el uniforme de trabajo en el que aparece el nombre y el logo de la empresa, realizando gestos de baile, así como gestos con el dedo corazón alzado de ambas manos, dirigiéndolos a la cámara, y subido a una cinta de transporte de alimentación en funcionamiento. Posteriormente el trabajador decide editar un video con dichas imágenes, remitiéndolo por *Whatsapp* a un grupo de amigos y colgándolo en la red social *Facebook*, en abierto y, por tanto, sin restricciones para el visionado por los distintos usuarios de dicha aplicación, acompañando a la reproducción del citado vídeo el siguiente texto: «cuando el jefe pregunta, ¿quién viene a trabajar en agosto? Esto es lo que yo respondo» Apareciendo sobrescrito en el vídeo la expresión «hasta septiembre hijos de puta». El trabajador, tras tener conocimiento de la incoación de expediente disciplinario por parte de la empresa, procedió a bloquear la emisión del video en la red social *Facebook*. A todo lo anterior, se le acompaña una serie de incumplimientos de medidas de prevención de riesgos laborales. Para el tribunal, todo ello son infracciones laborales con suficiente entidad para un despido disciplinario³⁵.

11) Por lo que se refiere a la ilegítima intromisión e intervención de conversaciones privadas, cabe decir que la prueba documental aportada por la empresa (transcripción de un *WhatsApp*) no se ha efectuado vulnerando el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), y ello por cuanto que el conocimiento de la conversación privada lo tiene la empresa por la revelación de la otra interlocutora, o sea que una de las intervinientes en dicha conversación fue quien se la facilitó a la empresa³⁶. Al respecto, a la vista de la jurisprudencia, los denominados “pantallazos” son admitidos como medio de prueba en todos los órdenes jurisdiccionales, ya se trate de capturas de pantalla del contenido de los mensajes transmitidos a través de

³⁴ STSJ Andalucía, Granada, 30 junio 2016 (JUR 2017\49116).

³⁵ STSJ Madrid 18 abril 2018 (JUR 2018\168130).

³⁶ *Idem*.

redes sociales o mediante la exhibición del terminal utilizado³⁷.

12) En este otro supuesto, para determinar si las declaraciones que hizo el actor a través de su cuenta de red social *Facebook* superan los límites de la libertad de expresión, debe atenderse a que el actor ha venido a criticar las elevadas retribuciones que percibían algunos directivos de la empresa que no se justificaban a su modo de ver con la situación de crisis por la que estábamos pasando, como igualmente criticaba la supresión a la escuela de música de las becas o la extinción de los contratos de trabajo de trabajadores. Además, reclamaba a través de este mismo medio más transparencia, que se publicaran las retribuciones y se investigaran las contrataciones del coro, dado que se había hecho determinadas contrataciones de ciertos personajes públicos que de entrada carecían de cierta justificación. Es cierto que junto con a todo ello, también se llegó a calificar a ciertos directores de la fundación de mafiosos y que también profirió frente a esto todo tipo de expresiones sacadas de contexto y mal sonantes, pero para este tribunal, con la finalidad de determinar si todo ello ha superado los límites que otorga el derecho de libertad de expresión, también es preciso tener en consideración la situación en la que se encontraba el trabajador, el momento y las circunstancias en la que se llevaron a cabo, pues una misma palabra, acto o gesto puede revestir la máxima gravedad en una determinada situación y carecer de esta en muchas otras. En definitiva, lo que se debe valorar es si las mismas tenían o no un claro ánimo de injuriar o por el contrario si se hicieron con el simple ánimo de crítica o denuncia. Y, en este sentido, no puede olvidarse cuál fue el instrumento del que se sirvió el trabajador para realizarlas, ni tampoco que en ningún momento identificó a las personas frente a los que imputaban una serie de conductas que a su juicio merecían los calificativos que señalaba. Si además se tiene en cuenta que la empresa donde trabaja el actor es una fundación que se nutre principalmente de fondos públicos y que, por tanto, debe soportar una mayor cuota de crítica que una empresa privada, o que ningún perjuicio se le ha producido, o que las críticas se publicaron en su perfil personal de *Facebook* de acceso limitado, o que en relación a la denuncia sobre cierta contratación es cierta, «se puede concluir que el conjunto de las manifestaciones y críticas, siendo eso si exageradas, desagradables y sobre todo poco afortunadas y sin duda reprochables moralmente, no superan los límites que hemos descrito y por tanto hay que considerarlas realizadas en el ejercicio del legítimo derecho de libertad de expresión en el que se queda incluido el derecho a criticar a quien le han

³⁷ F.A. CASTILLO BLANCO, *Grupos de Whatsapp, cuerpos de seguridad y crítica de los responsables institucionales*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2019, n. 200.

negado varias veces su reincorporación a su anterior puesto de trabajo desde su situación de excedencia, a quien ve como se contrata a otras personas sin aparente justificación, o a quien según parece y a su juicio no cumple con los mínimos de transparencia e integridad que como empresa que se nutre de fondos públicos corresponde»³⁸. Sin perjuicio de lo anterior, en este sentido, nos llama la atención que este tribunal no considere injurioso o suficientemente ofensivos términos y expresiones como “mafiosos”, “corruptos” y “cobrarse favores”. Y, asimismo, tenga en consideración que al tratarse de una fundación que se financia con fondos públicos deba someterse a una exposición y crítica mayor³⁹.

3. La doctrina jurisprudencial en la videovigilancia de puesto físico y el control del correo electrónico

Comencemos haciendo referencia al control del correo electrónico del trabajador. Lo cierto es que para controlar el correo electrónico del trabajador, con las últimas y recientes sentencias del TEDH⁴⁰, la doctrina que impera es aquella que confirma que no solo se requiere la prohibición expresa de uso personal del mismo sino que hace falta algo más: una advertencia clara y previa al control (principio de transparencia), que afecte a la intimidad o al secreto de la comunicación en la menor medida posible (principio de proporcionalidad), tanto en lo que respecta a la intensidad del control como a los medios técnicos utilizados para ello (principio de minimización)⁴¹. La jurisprudencia parte de la sentencia del TEDH de fecha 3 de abril de 2007, asunto *Copland c. Reino Unido*, y que, en suma, entiende que no se transgrede el derecho a la intimidad del trabajador cuando el control de los dispositivos electrónicos de la empresa (incluido el correo electrónico otorgado al trabajador y que transponemos a las videograbaciones⁴²) cuente con el conocimiento del empleado o se encuentre expresamente previsto en ley. Criterio completado con la

³⁸ STSJ Cataluña 3 marzo 2016 (JUR 2016\94299).

³⁹ A. NAVARRO SERRANO, *Redes sociales y libertad de expresión: ¿puede un trabajador criticar a su empleadora, fuera del centro y jornada de trabajo, y ser sancionado por ello?*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, n. 8.

⁴⁰ J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA LOZANO, *El control empresarial del correo electrónico del trabajador*, en *Temas Laborales*, 2019, n. 150, pp. 133 ss.

⁴¹ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos*, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2019, n. 16, p. 114.

⁴² J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA LOZANO, *La grabación o videovigilancia de la empresa*, en *La Ley Unión Europea*, 2019, n. 76.

sentencia del TEDH (Gran Sala) de fecha 5 de septiembre de 2017, caso *Barbulescu II*⁴³, donde se reconoce que, a pesar de las instrucciones otorgadas por la empresa a los trabajadores sobre el uso y disfrute de los dispositivos electrónicos, se debe examinar si el empleado fue advertido antes de la vigilancia que iba a llevarse a cabo en las comunicaciones electrónicas de su correo institucional (es necesario un aviso previo antes del comienzo de la supervisión), sin que la empresa pueda provocar una intromisión importante en la vida privada del trabajador y valorando si existen vías menos invasivas para ello⁴⁴.

Así, el TEDH concreta que las autoridades nacionales deben de evaluar si la medida empresarial supera el siguiente test⁴⁵:

- si existió información previa y clara a los trabajadores de las medidas de control que pueden utilizarse, de su alcance y de su puesta en práctica;
- el grado de fiscalización empresarial y su extensión, tanto temporal como material (si se ha examinado la totalidad o solo parte de las comunicaciones);
- si existen argumentos legítimos que justifique el control, monitorización o la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a las mismas por tratarse de una medida invasiva e intrusiva;
- si existen otras medidas y medios alternativos menos agresivos y más respetuosos con la vida privada del trabajador y demás derechos fundamentales;
- de qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente, si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida;
- si se respetan determinadas garantías para el trabajador de manera que, si se accede al contenido de sus comunicaciones, el mismo haya sido previamente notificado.

Por otro lado, siguiendo la estela del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDyGDD), extiende su ámbito de aplicación a las relaciones laborales y funcionariales en las cuales, aunque con alguna matización, rigen los principios y garantías de la protección de datos, que

⁴³ TEDH 5 septiembre 2017, caso *Barbulescu c. Rumania*.

⁴⁴ *Vid.* M.E. CUADROS GARRIDO, *La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, n. 11.

⁴⁵ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *op. cit.*, pp. 117-118.

deben de ser respetados por la Administración como responsable del tratamiento: consentimiento, licitud, transparencia, finalidad, adecuación, pertinencia, exactitud y actualización, temporalidad, seguridad a través de la confidencialidad, seudonimización o cifrado, evaluación de impacto y responsabilidad proactiva. A los citados parámetros se le unen una serie de salvaguardas de la persona que se configuran como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los postulados genéricos: información, acceso, rectificación, supresión, bloqueo, limitación del tratamiento, portabilidad u oposición⁴⁶. Asimismo, la citada ley establece límites en el ejercicio del poder de supervisión empresarial para proteger, entre otros aspectos: el derecho de la intimidad de los trabajadores y empleados públicos tanto en el uso de los dispositivos digitales puestos a disposición por su empresario (art. 87), como frente al recurso a los mecanismos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (art. 89) o también a raíz del establecimiento de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (art. 90), sin dejar de mencionar la posibilidad de desconexión del trabajador o empleado público para respetar sus tiempos de descanso (art. 88)⁴⁷. No obstante, la norma no resuelve todos los problemas existentes, lo que obliga a seguir realizando una labor de integración entre, por un lado, el marco jurídico compuesto por la ley y el Reglamento de aplicación directa y obligatoria, pudiendo ser invocado en todo tipo de relación pública o privada⁴⁸; y, por otro, el propio EBEP (arts. 53.1 y 20.2 EBEP en relación con el arts. 14 y 87.1 LOPDyGDD). En relación al correo electrónico u otras formas de comunicación, de conformidad con la doctrina, ya no está implicado sólo el derecho fundamental a la intimidad o a la protección de datos, sino que también queda afectado el secreto a las comunicaciones, sin que pueda quedar explicado mediante las facultades que se le atribuyen a la Administración en relación con sus empleados⁴⁹.

En suma, para que el control o grabación al trabajador por parte del empresario sea legítimo, primero, debe superarse el test de transparencia respecto a la información previa otorgada al afectado; segundo, debe

⁴⁶ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del reglamento europeo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 423, pp. 19-62, pp. 19 ss.

⁴⁷ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, [Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos](#), cit., p. 113.

⁴⁸ J. GOÑI SEIN, *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, 2018, p. 15.

⁴⁹ A. DESDENTADO BONETE, E. DESDENTADO DAROCA, *La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 1, pp. 19 ss.

superarse la cuestión relativa a la finalidad debiendo existir un motivo válido para su fiscalización; y, tercero, el principio de proporcionalidad en lo que se refiere a la preferencia de controles menos invasivos frente a los más intrusivos, siempre y cuando exista una opción real y no una mera comodidad o conveniencia empresarial⁵⁰. Por tanto, se requiere la advertencia previa de control o grabación, que la misma sea clara, que existan motivos reales para la realización de la monitorización, y que con tal finalidad se utilicen aquellos medios que sean menos intrusivos para respetar la intimidad del trabajador⁵¹.

No obstante, después del caso *Barbulescu II*, se han dictado varias sentencias en las que se vuelve a poner el foco de atención en la solución otorgada. Nos referimos, primero, a la sentencia del TEDH, de fecha 22 de febrero de 2018, en el asunto *Libert c. Francia*. En esta sentencia, y sustentándose en derecho francés, de manera dudosa, se confirma que en el control del ordenador del trabajador, al haberse localizado por el sustituto del mismo material pornográfico y presuntas falsificaciones de documentos que no tenían que ver con la actividad laboral, la actuación empresarial fue legítima porque el derecho francés permite la compatibilidad entre la intimidad con la potestad empresarial de acceder a los ficheros profesionales del trabajador, aún en su ausencia, siempre y cuando este no identifique los ficheros como privados. En suma, en esta última sentencia, el TEDH (en comparación con el caso *Barbulescu II*) ya no se muestra igual de decidido en la protección del trabajador frente al control empresarial, sustentándose – con argumentos bastante débiles – en el derecho interno francés⁵². La valoración de este caso se hace desde un punto de vista crítico pues creemos que los argumentos jurídicos utilizados para fallar en tal sentido son algo débiles y contradictorios.

Llegamos así a la reciente sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 17 de octubre de 2019 (caso *López Ribalda II y otros c. España*), que cambia el fallo de la sentencia del caso *López Ribalda I*. Y respecto a la más reciente de las sentencias, localizamos ya importantes referencias doctrinales. Para el prof. Molina Navarrete⁵³, el problema es que

⁵⁰ C. MOLINA NAVARRETE, *El poder empresarial de control digital: ¿“nueva doctrina” del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?*, en *IUSLabor*, 2017, n. 3, pp. 287 ss.

⁵¹ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos*, cit., p. 118.

⁵² L. MELLA MÉNDEZ, *El control empresarial de los correos y archivos electrónicos del trabajador: valoración crítica de la reciente jurisprudencia nacional y europea*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 11, pp. 1198 ss.

⁵³ C. MOLINA NAVARRETE, *Ahora que el TC recela de la «cámara oculta», el TEDH la respalda en las empresas: La insoportable «liquidez» de la jurisprudencia*, en *CEF – Laboral Social*, 18 octubre 2019.

el TEDH «llega a una conclusión opuesta a la de su sentencia de 9 de enero de 2018. Con los mismos mimbres – de hecho y de derecho – dijo lo contrario». Y continúa señalando que «con ello parecía licuar la “sólida” doctrina de un buen número de tribunales superiores que, a su vez, seguían al Tribunal Supremo que, a su vez, vivía a la estela de la sentencia del Tribunal Constitucional 39/2016 (que parece resistir al tiempo, dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia – STSJ del País Vasco 1431/2019, de 16 de julio; lo duda, cómo no, la STSJ de Cataluña 2842/2019, de 4 de junio –). Entonces quien sonrió fue la abogacía de trabajadores, que hallaba un “sólido” asidero a las demandas anulatorias – recurrentes – de medidas de este tipo. Pero la alegría va por barrios y ahora “sonríe” la abogacía de empresas, que respira aliviada sabiendo que la Gran Sala del TEDH respalda sus prácticas de control por cámara oculta; eso sí, si se dan ciertos requisitos – que ahora convergen con el test Barbulescu –, puesto que, por supuesto, no es una patente de corso». Y concluye confirmando que «la sentencia del TEDH llega cuando el Tribunal Constitucional español parece decantar una doctrina más garantista, prohibiendo como regla la vigilancia por cámaras ocultas (STC 25/2019, de 25 de febrero, que aunque refiere al ejercicio de la profesión periodística, su doctrina sirve con carácter general, también para las relaciones de trabajo)». Para el prof. Rojo Torrecilla⁵⁴, esta sentencia «no se aparta de los criterios generales fijados en la conocida como Barbulescu II». Señala la importancia de esta nueva sentencia, afirmando que «no hay duda de que introduce consideraciones jurídicas que militan a favor de un mayor poder empresarial en el control del trabajo de las personas trabajadoras en la empresa. Y al mismo tiempo, no hay duda de que sigue manteniendo la obligación de respetar escrupulosamente la doctrina Barbulescu II para que ese control pueda ser considerado conforme a derecho, con lo que sigue habiendo un amplio campo de interpretación para los juzgados y tribunales cuando se planteen casos semejantes». En suma, «la Gran Sala no ha dado barra libre al control empresarial ni ha desmantelado la protección de la privacidad de la persona trabajadora en la empresa que queda plenamente incluida dentro del art. 8 del CEDH y por supuesto, en el caso español, de la normativa vigente, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales».

Para el letrado González Espada (abogado que ha ejercido la defensa

⁵⁴ E. ROJO TORRECILLA, *Medias verdades y fake news en el mundo jurídico. No cabe todo en la videovigilancia de una persona trabajadora. A propósito de la sentencia “López Ribalda” de la Gran Sala del TEDH de 17 de octubre de 2019 (y recordatorio de la sentencia de Sala de 9 de enero de 2018 y del caso Barbulescu II, sentencia de Gran Sala de 5 de septiembre de 2017)*, en www.eduardorjotorrecilla.es, 23 octubre 2019.

jurídica de las trabajadoras despedidas del supermercado)⁵⁵, «de un modo mucho más matizado de lo que sugieren algunos titulares periodísticos profundamente inexactos, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concluido que la utilización de sistemas de videovigilancia mediante cámaras ocultas en los centros de trabajo de cuya existencia no se haya informado a los trabajadores podría no vulnerar el derecho a la intimidad y la privacidad en determinados supuestos excepcionales». Sobre el contenido de *López Ribalda II*, el abogado confirma que «dista mucho de ser un aval al uso indiscriminado y no informado de cámaras ocultas como medio adecuado de control de la prestación laboral o protección del propio patrimonio. A criterio del Tribunal con sede en Estrasburgo, la obligación por parte de las empresas de informar con antelación a los trabajadores de la eventualidad de verse sometidos a mecanismos de videovigilancia se mantiene plenamente vigente y constituye una garantía necesaria para preservar el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y desarrollado en numerosa legislación comunitaria y estatal». Sin embargo, frente a esta norma general de obligado seguimiento, el TEDH estima que «se puede admitir la omisión del deber de información que liga a las empresas en aquellos supuestos excepcionales en los que existan “sospechas razonables” de la comisión de “actos ilícitos o infracciones graves” que afecten severamente “a los intereses de la empresa” y “siempre que no haya medios alternativos menos intrusivos”. Es decir, en ningún caso admite el TEDH, como algunos pretenden hacer creer, que sea lícito utilizar cámaras ocultas sin informar a la plantilla como medida preventiva o mecanismo de control habitual de la prestación laboral sino que, únicamente, se admite su uso cuando existan indicios fundados de la comisión de actos graves que solo puedan ser revelados a través de estos mecanismos, correspondiendo siempre a los tribunales nacionales valorar si la medida es proporcionada y razonable». Por tanto, son los tribunales los que deberán analizar en el caso concreto si las áreas sometidas a grabación son o no merecedoras de protección. Concluye el letrado afirmando que «el problema no radica en el texto de *López Ribalda II* sino en el contenido excesivamente laxo de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales que exonera de culpa a las empresas infractoras a condición de que las cámaras ocultas sirvan para acreditar cualquier acto ilícito. En esa definición caben demasiadas cosas, incluidos comportamientos de muy escasa incidencia sobre el interés de la empresa. Eso es precisamente lo que

⁵⁵ COLECTIVO RONDA, *Caso Mercadona: límites al control empresarial*, en *Colectivo Ronda*, 21 octubre 2019.

matiza el TEDH. No puede justificarse instalar cámaras sin informar de ello para prevenir cualquier ilícito. Han de ser comportamientos graves y las sospechas deben ser fundadas sobre la existencia de indicios suficientes».

En el mismo sentido, el prof. y abogado Vidal López reconoce que, «a pesar de las sospechas razonables del empleador, el TEDH no legitima una videograbación con cámaras ocultas de carácter ilimitado, sino que la validez de su instalación y de las pruebas que puedan obtenerse dependerá de si se supera o no el juicio de constitucionalidad (medida proporcional, necesaria e idónea)»⁵⁶.

En definitiva, los titulares leídos en prensa en los que se anunciaba que el TEDH avalaba que se grabara a los trabajadores de los supermercados no es verdaderamente cierto. Lo cierto es que, en la sentencia del TEDH de fecha 9 de enero de 2018 (asunto *López Ribalda I*), se declaraba que la medida adoptada por el supermercado Mercadona de instalar cámaras de grabación no superaba el juicio de proporcionalidad por dos motivos principales: el primero, en relación con la Ley Orgánica de Protección de Datos, por no informarse a los trabajadores de la instalación de las cámaras ocultas; y, el segundo, por el carácter indiscriminado de la grabación, ya que la misma afectaba a todos los trabajadores del supermercado, abarcando la totalidad de la jornada y extendiéndose en el tiempo por varias semanas. Sin embargo, en la reciente sentencia del TEDH de fecha 17 de octubre de 2019 (caso *López Ribalda II*), la Gran Sala, manteniendo la misma fundamentación jurídica anterior, llega a la conclusión contraria. En otros términos, para el TEDH ha existido una justificación evidente que permitía a la empresa tomar la decisión de grabar en su supermercado dado que existían sospechas razonables de irregularidades graves que estaban suponiendo importantes pérdidas para el empresario. No estamos, por tanto, ante una mínima sospecha o una mera suposición (en estos casos, reiteramos, no se podrá grabar). Para el tribunal la instalación del circuito de videograbación ha superado el test de proporcionalidad porque existían sospechas razonables de las irregularidades que se estaban cometiendo, lo que termina por justificar la instalación de las cámaras. Al final, nos encontramos ante un problema de interpretación de cuestiones fácticas, más que de fundamentación o sustento jurídico.

Como recomendación a aquellos empresarios que quieran instalar un circuito de videovigilancia, se advierte de que, dado que la imagen de la persona es un dato de carácter personal, la empresa deberá de informar, de manera previa, de la instalación de las cámaras a los empleados.

⁵⁶ P. VIDAL, [*¿Qué ha dicho el Tribunal de Derechos Humanos sobre las cámaras ocultas para vigilar empleados?*](#), en *Jurista Enloquecido*, 21 octubre 2019.

Concretamente, la LOPD se refiere a la obligación de informar a los afectados de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. Por tanto, sí es posible instalar cámaras para el cumplimiento de la plantilla con efectos preventivos o para detectar irregularidades o incumplimientos por parte de los trabajadores (también transportable a los supuestos de monitorización de los ordenadores o notificaciones electrónicas de la empresa), pero, y así se aconseja, cumpliendo varios requisitos:

- informar a los trabajadores de que van a ser grabados o controlados por videovigilancia. Para ello se recomienda colocar un distintivo visible en el que se avise de la instalación de las cámaras y de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal (de conformidad con la normativa ya mencionada). Igualmente, y para ser más prudentes, se recomendaría la notificación individual a cada trabajador y, en los contratos que se firmen con nuevos trabajadores, incluir una cláusula concreta en la que se informe expresamente de este contenido;
- avisar a los trabajadores de que las grabaciones o la videovigilancia puede ser utilizada también para justificar incumplimientos laborales. Para ello se recomienda incluir una nota informativa en la misma notificación individual de cada trabajador, así como también incluirlo en los nuevos contratos que se firmen entre la empresa y trabajadores.

¿Y qué ocurre si no se informa o avisa a los trabajadores de manera preventiva? En caso de que los trabajadores demanden al empresario serán los tribunales los que decidirán, caso por caso, si se supera el juicio de proporcionalidad. Para superar el juicio de proporcionalidad cuando se está grabando o monitorizando a los trabajadores se realizan las siguientes recomendaciones:

- que la cámara o el circuito de grabación esté instalada durante unos pocos días, los necesarios para permitir confirmar las sospechas de los incumplimientos o irregularidades existentes por el trabajador;
- igualmente, la cámara o el circuito de grabación deberá de enfocar solo el puesto de trabajo de la persona de la que se sospecha (recordemos que deben ser sospechas razonables). Con dichas finalidades se recomienda que la instalación la realice una empresa externa y de prestigio para que pueda certificar ambas recomendaciones con la finalidad de que las pruebas puedan considerarse lícitas y terminen superando el juicio de proporcionalidad;
- la grabación o videovigilancia también deberá superar la idoneidad necesaria del juicio de proporcionalidad. Esto significa que dicha grabación deberá de tener la finalidad de detectar el incumplimiento o la

irregularidad que se pretende evitar y de la que se tiene sospechas razonables (no caben meras sospechas o intuiciones, pues es evidente que tales justificaciones no superarían el juicio de proporcionalidad). Para el cumplimiento de dicha finalidad se recomienda su acreditación mediante cualquier tipo de documento que permita verificar estas sospechas razonables. Por ejemplo: una auditoría de tienda que permita verificar que, entre el dinero de caja y los productos disponibles, no hay un encuadre correcto (a ser posible, también realizada por empresa externa);

- la grabación o videovigilancia también deberá ser necesaria. Esto significa que no haya sido posible adoptar cualquier otra medida que fuera menos lesiva para la intimidad del trabajador. Con dicha finalidad se recomienda valorar diferentes opciones y medidas a tomar, incluso por empresas profesionales externas al propio empresario que se va a ver obligado a realizar la grabación o videovigilancia sin informar a los trabajadores. Una vez más, es recomendable derivar el encargo en profesionales del sector o empresas externas para que así lo puedan acreditar en juicio.

En lo que respecta a los correos electrónicos, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, se recomienda a las empresas que vengan a realizar planes o protocolos de actuación en los que se confirmen las siguientes cualidades⁵⁷:

- se establezcan reglas empresariales de uso del correo corporativo prohibiéndose el uso del mismo para temas personales (no obstante, no puede entenderse que, por el mero hecho de la prohibición de un uso no profesional, ya puede el empresario controlar el correo);
- se les informe expresamente de las reglas del uso del correo corporativo;
- se les informe de la existencia de medidas de control del correo y de que se podrá acceder al contenido del mismo de manera selectiva y proporcionada al fin perseguido, lo que vendrá a eliminar cualquier expectativa razonable de confidencialidad⁵⁸ (en este sentido, también es conveniente su aparición en convenio colectivo, aunque parte de la doctrina viene a rechazar que así se supere el juicio de proporcionalidad puesto que las leyes que regulan derechos fundamentales deben ser respetadas por el convenio colectivo sin que el mismo pueda invalidar algún derecho fundamental como, por ejemplo, el secreto de las

⁵⁷ J. LAHERA FORTEZA, *Nueva vuelta de tuerca sobre el control empresarial del correo electrónico corporativo de los trabajadores*, en *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, 2017, n. 128, p. 72.

⁵⁸ D. TOSCANI GIMÉNEZ, *Facultades de la empresa de vigilar el correo electrónico del trabajador*, en *Capital Humano*, 2019, n. 346, p. 1.

- comunicaciones del art. 18.3 CE⁵⁹);
- se valoren, antes de la apertura o análisis de los correos corporativos, la selección de otras medidas de carácter menos intrusivo.

4. Balance y perspectivas: una serie de reflexiones a modo de conclusión

Es doctrina pacífica que el derecho fundamental a la libertad de expresión tiene por objeto las apreciaciones, creencias y/o juicios de valor subjetivos y personales que no sean formalmente injuriosos e innecesarios para el mensaje que se quiere transmitir (aunque resulten molestos o hirientes). Así pues, el Tribunal Constitucional nunca ha distinguido entre pensamientos, ideas y opiniones, ni ha tratado dichas nociones como si fueran categorías diferenciables entre sí; pero lo que nunca ha protegido el Tribunal Constitucional ha sido el derecho al insulto. De la jurisprudencia puede extraerse como una especie de “escala” de protección en el que localizamos opiniones o críticas hirientes, informaciones intrascendentales, errores informativos, etcétera. Son supuestos en los que habrá que estar al caso concreto para analizar si hemos superado esos límites constitucionales. Pero una cosa es clara en este sentido: cuanto más nos acerquemos al insulto y a la mentira, menor será la tutela constitucional del contenido del mensaje en confrontación con otros derechos y bienes constitucionales. Por el contrario, cuanto más se acerque el contenido del mensaje a los valores constitucionales objeto de protección (a los que nos hemos referido a lo largo de este texto), mayor será la protección dispensada por nuestros tribunales. Al hilo de lo anterior, los tribunales se encuentran obligados a efectuar un juicio ponderativo que les permita dilucidar, a la vista de las circunstancias que concurren en el caso que examinan, si la conducta encuentra protección en el derecho fundamental a la libertad de expresión. Pero, por otro lado, cuando esa libertad de expresión es empleada a través de las nuevas tecnologías, en especial, las redes sociales, la persona que lo expresa debe ser “cuidadosa” en el sentido de que posee un tiempo de meditación y reflexión para proferir y verbalizar lo que quiere expresar, lo que se convierte en un aspecto con el que considerar y medir la gravedad del comentario realizado en un mundo globalizado, lo que debe ponerse en plena vinculación con el medio utilizado; así, la persona que lo publica en

⁵⁹ M. SEPÚLVEDA GÓMEZ, *Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites*, en *Temas Laborales*, 2013, n. 122, p. 210.

una red social es plenamente consciente de la repercusión, globalización y difusión que puede llegar a tener las expresiones empleadas, por lo que no puede tener ninguna expectativa de confidencialidad, aun cuando se limite y restrinja la privacidad de la red utilizada⁶⁰.

Respecto al problema de la grabación o monitorización por sistemas tecnológicos, lo que está claro de todo este análisis doctrinal y jurisprudencial es que, para determinar si se ha producido la vulneración de un derecho fundamental del trabajador, se deberá estar al caso concreto debiendo efectuarse un análisis detallado, un estudio particular del caso en el que se revise si la medida empresarial (de grabación, acceso a sistemas periféricos, lectura de contenido de correos corporativos, etcétera) desarrollada y ejecutada bajo la tutela de los poderes empresariales, tiene justificación suficiente, necesaria y proporcionada en un sentido u otro (conforme el test de proporcionalidad o legitimidad). Sea como fuese, en la aplicación del test de proporcionalidad al caso concreto, se debe ser consciente de que, en algunas ocasiones, el mismo estará claro y, en otras, sin embargo, se generarán dudas, debiendo asumirse la existencia de tintes o criterios subjetivos por una u otra parte. Concluimos este texto haciendo un llamamiento a una oportuna regulación legal que permita cerrar la problemática del control del correo electrónico y/o la grabación/vigilancia del trabajador mediante cámaras visibles y ocultas⁶¹; en definitiva, la regulación de las nuevas tecnologías y los poderes empresariales (más ahora con el teletrabajo). Una regulación legal que permita la convivencia y mesurada limitación de los derechos afectados y que logre cerrar las controversias jurídicas que se han abierto en pro de una mayor seguridad jurídica de la relación laboral; por tanto, debe reivindicarse el papel protagonista del legislador en este ámbito junto con la función complementaria de la autorregulación de las partes implicadas⁶².

⁶⁰ E.E. TALÉNS VISCONTI, *Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 23; E.E. TALÉNS VISCONTI, *Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en internet: comentario a la STSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2014, n. 35.

⁶¹ A.V. SEMPERE NAVARRO, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales: el estado de la cuestión*, en *Revista de Derecho*, 2010, n. 11, pp. 260-262 y 285-286.

⁶² F. PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, M.A. GARCÍA RUBIO, *El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2017, n. 196, p. 53.

5. Bibliografía

CASTILLO BLANCO F.A., *Grupos de Whatsapp, cuerpos de seguridad y crítica de los responsables institucionales*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2019, n. 200, pp. 11-50

COLECTIVO RONDA, [Caso Mercadona: límites al control empresarial](#), en [Colectivo Ronda](#), 21 octubre 2019

CUADROS GARRIDO M.E., *La mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, n. 11, pp. 129-146

DEL REY GUANTER S., *Nuevas perspectivas de la libertad de expresión e información en las relaciones laborales: contrato de trabajo y redes sociales*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo*, La Ley, 2016

DESDENTADO BONETE A., DESDENTADO DAROCA E., *La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 1, pp. 19-39

GARCÍA MURCIA J., *Los “usos laborales” de las libertades de expresión e información*, en T. SALA FRANCO, J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, E. BORRAJO DACRUZ (coords.), *Derecho vivo del trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, La Ley, 2003

GOÑI SEIN J., *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Bomarzo, 2018

GUINDO MORALES S., *El tratamiento de los derechos laborales inespecíficos en la negociación colectiva: Apartado D) Ámbito local*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020

GUINDO MORALES S., *Sobre la readmisión del trabajador tras la declaración de improcedencia del despido objetivo por causas técnicas y organizativas una vez jubilado anticipadamente desde el día siguiente a la fecha de efectividad del despido*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2019, n. 53

GUINDO MORALES S., *Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2017, n. 6, pp. 504-515

LAHERA FORTEZA J., *Nueva vuelta de tuerca sobre el control empresarial del correo electrónico corporativo de los trabajadores*, en *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, 2017, n. 128, pp. 70-72

LÓPEZ BALAGUER M., [Libertad de expresión y redes sociales: ¿es posible sancionar al trabajador por publicaciones de contenido privado ajenas al trabajo?](#), en [Temas Laborales](#), 2019, n. 146, pp. 95-120

- MELLA MÉNDEZ L., *El control empresarial de los correos y archivos electrónicos del trabajador: valoración crítica de la reciente jurisprudencia nacional y europea*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018, n. 11, pp. 1198-1219
- MOLINA NAVARRETE C., *Abora que el TC recela de la «cámara oculta», el TEDH la respalda en las empresas: La insostenible «liquidez» de la jurisprudencia*, en *CEF – Laboral Social*, 18 octubre 2019
- MOLINA NAVARRETE C., *El poder empresarial de control digital: ¿“nueva doctrina” del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente?*, en *IUSLabor*, 2017, n. 3, pp. 287-297
- MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G., *El control empresarial del correo electrónico del trabajador*, en *Temas Laborales*, 2019, n. 150, pp. 133-159
- MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G., *La grabación o videovigilancia de la empresa*, en *La Ley Unión Europea*, 2019, n. 76
- NAVARRO SERRANO A., *Redes sociales y libertad de expresión: ¿puede un trabajador criticar a su empleadora, fuera del centro y jornada de trabajo, y ser sancionado por ello?*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, n. 8, pp. 159-164
- ORTEGA LOZANO P.G., *Otros derechos o principios constitucionales que se proyecta en la relación laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020
- ORTEGA LOZANO P.G., GUINDO MORALES S., *Derecho de huelga y nuevas tecnologías: a propósito del esquirolaje interno y tecnológico*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 225, pp. 77-114
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, en R. MARTÍN JIMÉNEZ, A.V. SEMPERE NAVARRO (coords.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2003
- PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL F., GARCÍA RUBIO M.A., *El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2017, n. 196, pp. 41-54
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos*, en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2019, n. 16, pp. 110-127
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del reglamento europeo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 423, pp. 19-62
- RODRÍGUEZ-PINERO ROYO M., *Libertad de expresión*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020

ROJAS RIVERO G.P., *Libertad de expresión y de información*, en A.P. BAYLOS GRAU, J. CABEZA PEREIRO, J. CRUZ VILLALÓN, F. VALDÉS DAL-RÉ (coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley, 2015

ROJO TORRECILLA E., [*Medias verdades y fake news en el mundo jurídico. No cabe todo en la videovigilancia de una persona trabajadora. A propósito de la sentencia "López Ribalda" de la Gran Sala del TEDH de 17 de octubre de 2019 \(y recordatorio de la sentencia de Sala de 9 de enero de 2018 y del caso Barbulescu II, sentencia de Gran Sala de 5 de septiembre de 2017\)*](#), en www.eduardorojotorrecilla.es, 23 octubre 2019

SEMPERE NAVARRO A.V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales: el estado de la cuestión*, en *Revista de Derecho*, 2010, n. 11, pp. 259-287

SEPÚLVEDA GÓMEZ M., [*Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral. Límites y contra límites*](#), en [*Temas Laborales*, 2013, n. 122](#), pp. 197-214

TALÉNS VISCONTI E.E., *Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 23, pp. 66-79

TALÉNS VISCONTI E.E., *Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en internet: comentario a la STSJ Madrid de 16 de diciembre de 2013*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2014, n. 35, pp. 341-351

TOSCANI GIMÉNEZ D., *Facultades de la empresa de vigilar el correo electrónico del trabajador*, en *Capital Humano*, 2019, n. 346

VALDÉS DAL-RÉ F., *Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales*, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2016, n. 2, pp. 91-99

VALDÉS DAL-RÉ F., *La libertad de expresión e información en la Carta de Niza*, *ibidem*, 2014, n. 1, pp. 1-17

VALDÉS DAL-RÉ F., *La dimensión laboral de la libertad de expresión*, en *Relaciones Laborales*, 2004, n. 1, pp. 81-93

VIDAL P., [*¿Qué ha dicho el Tribunal de Derechos Humanos sobre las cámaras ocultas para vigilar empleados?*](#), en [*Jurista Enloquecida*](#), 21 octubre 2019

VILLAVEVERDE MENÉNDEZ I., *Artículo 20.1.a) y d), 20.2, 20.4 y 20.5: La libertad de expresión*, en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, 2018, tomo I, pp. 584-585

La protección de la mujer trabajadora frente al despido*

Sara GUINDO MORALES**

RESUMEN: Este trabajo de investigación analiza, en primer lugar, el sistema multinivel de protección de las personas trabajadoras frente al despido en los ámbitos nacional, comunitario, europeo e internacional, en segundo lugar, la derogación de la causa *d* del art. 52 ET por ser susceptible de constituir una doble discriminación – por razón de género/sexo y por razón de discapacidad – y, en tercer lugar, la protección de las mujeres trabajadoras frente al despido, en concreto, frente al despido objetivo o por circunstancias objetivas. Por último, finalizamos este estudio con el desarrollo de una serie de conclusiones y propuestas de *lege lata* y de *lege ferenda* para solucionar o, al menos, mejorar, la vigente configuración y régimen jurídico de la protección de la mujer trabajadora frente al despido.

Palabras clave: Protección, mujer, trabajo, despido, despido objetivo, tecnología.

SUMARIO: 1. Introducción: el principio de causalidad del despido en el ordenamiento jurídico laboral nacional, comunitario, europeo e internacional: el sistema multinivel de garantía. 2. La derogación de la causa *d* del art. 52 ET por ser susceptible de constituir una doble discriminación: por razón de género/sexo y por razón de discapacidad. 3. La protección de la mujer trabajadora frente al despido objetivo. 3.1. La doble discriminación por razón de género/sexo y por razón de edad de las mujeres trabajadoras en el despido objetivo por ineptitud y por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo. 3.2. Supuestos de calificación judicial de nulidad del despido por circunstancias objetivas contemplados en el RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, tras el RD-L 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. 3.3. Supuestos de calificación judicial

* El presente artículo proviene de la ponencia *La protección de la mujer trabajadora frente al despido*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Doctora en Derecho; Profesora en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España).

de nulidad del despido por circunstancias objetivas contemplados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. 4. Balance y perspectivas: conclusiones. 5. Bibliografía.

The Protection of Woman Employees Against Dismissal

ABSTRACT: This research work analyses, firstly, the multilevel system of protection of employees against dismissal in the national, of the European Union, European and international field, secondly, the repeal of the reason *d* of Article 52 of the Workers' Statute for being susceptible of constituting a double discrimination – by reason of gender/sex and by reason of disability – and, thirdly, the protection of women employees against dismissal, especially, against the objective dismissal or by objective circumstances. Finally, we finish this study with the development of a series of conclusions and proposals of *lege lata* and of *lege ferenda* to solve or, at least, improve, the current configuration and legal regime of the protection of woman employees against dismissal.

Key Words: Protection, woman, work, dismissal, objective dismissal, technology.

1. Introducción: el principio de causalidad del despido en el ordenamiento jurídico laboral nacional, comunitario, europeo e internacional: el sistema multinivel de garantía

La configuración y el régimen jurídico vigente de la institución del despido ha dispuesto un conjunto de exigencias que se deben respetar para proteger tanto a las personas trabajadoras como a los empresarios.

Estas exigencias pueden incluirse dentro de los tres grupos siguientes:

- a) garantía material, principio de causalidad de la extinción;
- b) garantía formal;
- c) garantía judicial, estabilidad real o absoluta, por un lado, y obligacional o relativa, por otro¹.

El principio de causalidad resolutoria constituye una de las señas de identidad de la legislación laboral en los países desarrollados, siendo prueba decisiva de ello que los textos normativos internacionales más significativos sobre esta materia incorporan la exigencia de la causa en el despido; lo contrario, esto es, la ausencia de la misma, conllevaría instaurar un período de prueba permanente a lo largo de toda la vida de la relación laboral, algo que sólo es admisible como excepción en la primera fase de desarrollo del contrato laboral². Baste con citar los ejemplos más emblemáticos al respecto.

En primer lugar, la existencia de una causa suficiente forma parte de las exigencias contenidas con carácter general por el Convenio OIT C158 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador³ el cual se refiere a ello cuando, en su art. 3, establece la siguiente aclaración terminológica: «a los efectos del presente Convenio, las expresiones terminación y terminación de la relación de trabajo significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador»⁴, en los mismos

¹ J.C. QUINTERO LYONS, voz *Nulidad del despido*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1563-1564. *Vid.* también J.L. MONEREO PÉREZ, *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Bomarzo, 2017, p. 19; J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA LOZANO, *La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral. Estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad*, en *La Ley Unión Europea*, 2018, n. 57 (recurso electrónico).

² J. CRUZ VILLALÓN, *La regulación del despido en España: funciones y articulación jurídica*, en J. CRUZ VILLALÓN (ed.), *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 230 ss.

³ Adoptado en Ginebra en fecha de 22 de junio de 1982.

⁴ Como afirma J. APARICIO TOVAR, voz *Despido*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO

términos que la Recomendación OIT R166 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador⁵ que lo complementa expresa en el art. 4 que, «a los efectos de la presente Recomendación, las expresiones terminación y terminación de la relación de trabajo significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador».

Y, partiendo de lo dispuesto en el precepto citado, el art. 4 del Convenio OIT C158 manifiesta que «no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio».

En efecto y, en teoría, el empresario no podrá, por su propia iniciativa, poner término a la relación de trabajo salvo que exista una causa justa que ampare su decisión⁶. Sin embargo, no cualquier causa es admisible para justificar la decisión extintiva, sino que ha de estar relacionada con alguno de los siguientes motivos del art. 4 del Convenio⁷:

- a) con la capacidad del trabajador;
- b) con la conducta del trabajador;
- c) con las necesidades de funcionamiento de la empresa.

Estas tres razones resultan conducibles a las siguientes causas de extinción del contrato de trabajo que lista el art. 49.1 del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET):

- las causas extintivas del art. 49.1.e por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, guardan relación con la capacidad del trabajador;
- las causas extintivas del art. 49.1.k – por despido del trabajador – están relacionadas con su conducta;
- las causas extintivas de los arts. 49.1.b, por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, 49.1.i, por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y 49.1.l, por causas objetivas legalmente procedentes, tienen relación con las necesidades de funcionamiento de la empresa.

THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *op. cit.*, p. 637: el Convenio OIT C158, posiblemente con la finalidad de evitar problemas derivados de la versión en distintas lenguas, no utiliza la expresión “despido”, sino la descriptiva «terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador».

⁵ Adoptada en Ginebra en fecha de 22 de junio de 1982; Recomendación que sustituyó a la Recomendación OIT R119.

⁶ P.G. ORTEGA LOZANO, *El despido disciplinario*, Universidad de Granada, 2018, p. 33.

⁷ I. ALBIOL MONTESINOS, *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Deusto, 1990, p. 36.

En segundo lugar, según el art. 153.1.d del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁸, «para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral».

En tercer lugar, el art. 3.1.c de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁹, establece que, dentro del límite de las competencias conferidas a la UE, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con «las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración». En cuarto lugar, el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)¹⁰, bajo el título de *Protección en caso de despido injustificado*, dispone que «todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales»¹¹.

Además, el art. 33.2 CDFUE expresa que, con la finalidad de poder conciliar la vida familiar y laboral, «toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad».

El art. 30 CDFUE, interpretado en sentido inverso, viene a establecer el principio de la necesaria causalidad del despido, tal y como existe en nuestro país¹²; sin embargo, se trata de una previsión de carácter genérico que, hasta el momento, ha tenido un escaso eco en la evolución de la legislación nacional de los Estados miembros de la UE en materia de despido¹³.

En quinto lugar, el art. 24 de la Carta Social Europea revisada (CSEr)¹⁴, rubricado *Derecho a protección en caso de despido*, establece que, con el fin de

⁸ En DOUE, 30 marzo 2010.

⁹ En DOCE, 2 diciembre 2000.

¹⁰ En DOUE, 30 marzo 2010.

¹¹ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, *Protección en caso de despido injustificado (art. 30)*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012, pp. 695 ss.

¹² A excepción de otros como, por ejemplo, América del Norte, en donde rige, con excepciones, el despido libre. Al respecto, vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *El despido en los Estados Unidos e Inglaterra*, en F. CARMONA POZAS (coord.), *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, 1992, pp. 9 ss.

¹³ J. CRUZ VILLALÓN, *La intervención de la Unión Europea en materia de despido*, en J. CRUZ VILLALÓN (ed.), *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁴ Hecha en Estrasburgo en fecha de 3 de mayo de 1996.

garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la protección en caso de despido, «las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial».

Aunque España no se encuentre vinculada por la CSEr – sí por la Carta Social Europea¹⁵ –, debido a que, aunque la ha firmado, aún no la ha ratificado, le es de aplicación el art. 10 del Convenio OIT C158 en el que se ha inspirado el art. 24 de la misma, en virtud del cual, «si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada»¹⁶.

En sexto lugar, dispone el Principio 7, letra *b*, del Pilar Europeo de Derechos Sociales¹⁷, relativo a la protección en caso de despido que, antes de proceder a un despido, «los trabajadores tienen derecho a ser informados de los motivos de este y a que se les conceda un plazo razonable de preaviso. Tienen derecho a acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial y, en caso de despido injustificado, tienen derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada»¹⁸.

Principio que también se encuentra en el considerando 3 de la reciente Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea¹⁹.

¹⁵ Hecha en Turín en fecha de 18 de octubre de 1961.

¹⁶ A. MURCIA CLAVERÍA, *Despido improcedente: una sanción mínima y polémica que no garantiza el derecho a la protección contra el despido injustificado*, en F. VALDÉS DAL-RÉ, A. MURCIA CLAVERÍA (dirs.), *El despido en España tras la reforma laboral (2012-2014)*, Francis Lefebvre, 2018, p. 132.

¹⁷ Aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en fecha de 17 de noviembre de 2017.

¹⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, *Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social*, en *Lex Social*, 2018, n. 2, p. 260.

¹⁹ En *DOUE*, 11 julio 2019.

Como se ha podido comprobar, aunque la expresión “despido improcedente”, se utilice en nuestra legislación laboral, no es usual su uso en las fuentes internacionales reguladoras del despido, las cuales, en su lugar, habitualmente utilizan la expresión “despido injustificado” o “sin razón válida”²⁰.

Por último, aunque la CE no regula de forma expresa la necesidad de tutelar al trabajador frente al despido ilícito o arbitrario, la doctrina jurisprudencial del TC resulta esclarecedora al apreciar que el derecho al trabajo reconocido en el art. 35 CE – derecho que ha sido tradicionalmente considerado como el derecho social paradigmático entre todos los derechos sociales, o el derecho social por antonomasia²¹ –, conlleva el derecho de los trabajadores a «no ser despedidos si no existe justa causa»²² – de hecho, la reciente jurisprudencia unificada²³ viene contemplando la necesidad de que, en supuestos dudosos al respecto, se privilegie la interpretación más favorable a la continuidad en el empleo²⁴ –, por lo que la causalidad es inherente a la decisión empresarial con independencia del tipo de despido de que se trate²⁵ – nuestro ordenamiento jurídico regula la figura del despido en tres figuras diferenciadas: colectivo, objetivo y disciplinario –, lo cual significa también que la estabilidad en el empleo forma parte del contenido del derecho al trabajo.

En suma, dicho grupo normativo internacional, comunitario, europeo y nacional, conforma el grueso preceptivo orientado a exigir el justificado

²⁰ J. MARTÍNEZ GIRÓN, *Despido improcedente*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *op. cit.*, p. 649.

²¹ J.L. MONEREO PÉREZ, N. TOMÁS JIMÉNEZ, voz *Derecho al trabajo*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *op. cit.*, p. 529.

²² Así lo ha consagrado en la STC de fecha 2 de julio de 1981 (RTC 1981\22), en virtud de la cual «el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa». Doctrina constitucional reiterada en la STC de fecha 27 de octubre de 2003 (RTC 2003\192), en la que, el Alto Tribunal, a la vez que reconocía la libertad de empresa consagrada constitucionalmente en el art. 38, declaró que «no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido, dada la necesaria concordancia que debe establecerse entre los arts. 35.1 y 38 CE».

²³ Tales como, por ejemplo, la STS de fecha 29 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8837).

²⁴ M.Á. FALGUERA BARÓ, *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Bomarzo, 2013, p. 55.

²⁵ P.G. ORTEGA LOZANO, *op. cit.*, p. 30.

motivo del despido del trabajador en los términos del art. 52 ET²⁶.

No obstante todo lo anterior, la reforma laboral del año 2012 ha olvidado respetar los derechos y principios establecidos anteriormente, haciendo prevalecer las exigencias económicas de eficiencia y competitividad de las empresas²⁷.

2. La derogación de la causa d del art. 52 ET por ser susceptible de constituir una doble discriminación: por razón de género/sexo y por razón de discapacidad

Convirtiendo en letra legal la reciente doctrina judicial²⁸ emanada por la STSJ de Cataluña (Barcelona) de fecha 17 de enero de 2020²⁹ – que declaró el despido objetivo por absentismo laboral enjuiciado improcedente – y, en contra de lo dispuesto en la STC de fecha 16 de octubre de 2019³⁰ – que avaló el despido objetivo por absentismo laboral –, en fecha de 18 de febrero de 2020 se aprobó en Consejo de Ministros el RD-L 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el art. 52.d del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores³¹, aprobado por el RDL 2/2015, de 23 de octubre³² – en adelante y para simplificar, RD-L 4/2020 –, convalidado en el Congreso de los Diputados en fecha de 25 de marzo de 2020, cuyo artículo único, que lleva por rúbrica *Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre* establece que «queda derogado el apartado d) del artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre».

²⁶ J.L. MONEREO PÉREZ, *El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Comares, 2014, p. 173.

²⁷ M.N. MORENO VIDA, *Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 115, p. 200.

²⁸ C. MOLINA NAVARRETE, *Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal*, en *CEF – Laboral Social*, 19 febrero 2020.

²⁹ JUR 2020\53312.

³⁰ JUR 2019\294154.

³¹ Sobre el art. 52.d ET, *vid.*, ampliamente, M.Á. GÓMEZ SALADO, *El absentismo laboral como causa del despido objetivo. Puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2019.

³² En BOE, 19 febrero 2020.

RD-L 4/2020 que pasará a la historia como el inicio del cambio normativo laboral³³ – pues la derogación del art. 52.d ET es un acto legislativo excepcional en la medida en que ningún legislador desde el año 1980 ha eliminado causas de despido, sino que las ha aumentado o facilitado³⁴ –, cuya inmediata entrada en vigor, de conformidad con la disposición final segunda, se produce al día siguiente al de su publicación en el *BOE*, esto es, el día 20 de febrero del año 2020.

Pues bien, según su dilatado Preámbulo o Exposición de Motivos – seis páginas de siete que tiene la norma – dividida en ocho partes, el Gobierno ha fundamentado el porqué de la derogación del art. 52.d ET, en su totalidad, y no sólo en la versión que impuso la reforma laboral del año 2012³⁵. Así pues, los puntos que consideramos clave al respecto son los siguientes:

En primer lugar, que, en la práctica, tras la introducción paulatina y progresiva de las ausencias al trabajo no computables al efecto, el supuesto aplicativo del art. 52.d ET ha quedado reducido de hecho «a las faltas de asistencia injustificadas y a las bajas por contingencias comunes de duración inferior a veinte días».

En segundo lugar, que, tras la reforma laboral acaecida en el año 2012 en virtud de la cual se eliminó del art. 52.d ET el requisito del absentismo global de la empresa, el despido por faltas de asistencia al trabajo del art. 52.d ET, «se aplica en España cuando se alcanzan los porcentajes de faltas de asistencia establecidos, sin que el precepto requiera expresamente que se realice en cada caso juicio de adecuación y proporcionalidad».

En tercer lugar, que el ordenamiento jurídico-laboral de nuestro país «ya dispone de mecanismos para asegurar la sanción para la persona que tiene faltas de asistencia injustificadas»: el art. 54.2.a ET relativo al despido disciplinario fundamentado en «las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo».

En cuarto lugar, que el art. 52.d ET ha dado lugar recientemente a relevantes pronunciamientos judiciales, tanto por parte del TC – la sentencia de fecha 16 de octubre de 2019³⁶, la cual avaló dicho precepto estatutario³⁷ –, como

³³ E. ROJO TORRECILLA, *Derogación del art. 52 d) LET. Un artículo de dos líneas, y un preámbulo de seis páginas, que marcan el inicio del cambio de la normativa laboral. Notas al Real Decreto-Ley 4/2020 de 18 de febrero*, en www.eduardorojotorrecilla.es, 19 febrero 2020.

³⁴ A. BAYLOS GRAU, *¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art 52 d) del Estatuto de los Trabajadores?*, en *Según Antonio Baylos...*, 24 febrero 2020.

³⁵ A. BAYLOS GRAU, *Sobre la derogación del despido por absentismo*, en *Según Antonio Baylos...*, 19 febrero 2020.

³⁶ JUR 2019\294154, cit.

³⁷ *Vid.* un comentario de dicha sentencia en J. MORENO I GENÉ, *La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador*, en

por parte del TJUE – más específicamente, las sentencias de fecha 18 de enero de 2018³⁸ y 11 de septiembre de 2019³⁹ –, expresando respecto de la primera sentencia del TJUE que «establece la inadecuación del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores a la Directiva 2000/78, por considerar que su formulación puede ser constitutiva de discriminación por razón de discapacidad, a menos que existan cauces de control de adecuación (finalidad de combatir el absentismo) y proporcionalidad (que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad)».

Juicios de control de adecuación y proporcionalidad que requiere la doctrina del TJUE y que, según este instrumento constitucional, no concurren en el art. 52.d) ET, el cual únicamente contempla un procedimiento de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de aplicación automática cuando concurren los porcentajes de inasistencia al trabajo a los que se refiere.

En quinto lugar, tras exponer la existente confrontación de intereses legítimos de ambas partes de la relación laboral que reside en el art. 52.d) ET, la Exposición de Motivos declara que la extinción del contrato de trabajo de personas que se encuentran enfermas «no solo entronca con el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, como ha señalado en numerosas ocasiones el TJUE, sino que también genera en la persona trabajadora que ve extinguido su contrato una situación de gran vulnerabilidad profesional, personal y social».

En sexto lugar, que en la reciente STJUE de fecha 11 de septiembre de 2019⁴⁰, el Tribunal de Luxemburgo «volvió de nuevo a establecer que el despido al que se llegara como consecuencia de una situación de bajas médicas reiteradas podía ser constitutivo de discriminación por razón de discapacidad».

A lo que añadió, además, «que el empresario está obligado a realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo antes de proceder al despido de la persona con discapacidad derivada, entre otros factores, de sus faltas de asistencia al trabajo».

Razón por la cual, según el RD-L 4/2020, «la situación generada a partir de la jurisprudencia referida requiere la inmediata corrección normativa a efectos de asegurar que se aplica adecuadamente en España la doctrina establecida por el TJUE».

En séptimo lugar, que, como ya ha señalado el TJUE, «resulta legítimo el interés por disminuir el absentismo en la empresa, pero ello no puede

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2020, n. 55, *passim*.

³⁸ TJCE 2018\3.

³⁹ TJCE 2019\184.

⁴⁰ *Idem*.

llevarse a cabo sin tener en cuenta el efecto que puede tener en el colectivo de personas con discapacidad», pues, tras las sentencias de dicho tribunal de fecha 11 de julio de 2006⁴¹, 11 de abril de 2013⁴², 1 de diciembre de 2016⁴³ y 18 de enero de 2018⁴⁴, las personas trabajadoras con discapacidad, así como las personas trabajadoras con enfermedades de larga duración, pueden tener un volumen de faltas de asistencia al trabajo intermitentes de baja duración mayor que las personas trabajadoras sin discapacidad, lo que supondría una «discriminación indirecta por razón de discapacidad» si se les despidiera en base al art. 52.d ET.

Motivo por el que la Exposición de Motivos concluye al respecto que «la legitimación de cualquier despido que pueda recaer con mayor frecuencia en personas con discapacidad o con enfermedades de larga duración requiere de garantías más intensas de las que actualmente configura el actual artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores porque, tal y como advierte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entra en juego el derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad establecido en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000».

En octavo lugar, que, asimismo, el art. 52.d ET «es susceptible de afectar particularmente a las mujeres, dada la mayor participación de las mujeres en las actividades de cuidado, fundamentalmente por las dificultades de conciliación derivadas de factores múltiples», a lo que añade que «puede ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de género» al legitimar que se expulse del mercado laboral a las personas cuidadoras, así como al lanzar el mensaje erróneo de que «la cuestión de la conciliación recae tan solo en la persona y no en la empresa y en la sociedad».

En virtud de lo anterior, la inmediata supresión del art. 52.d ET es un requisito indispensable «para la configuración de un nuevo contexto en el que la conciliación y la corresponsabilidad constituyan un referente imprescindible».

Preámbulo que proporciona pistas de por dónde desea avanzar el actual Gobierno respecto a la ampliación de las medidas sobre conciliación y corresponsabilidad ya contenidas en el RD-L 6/2019⁴⁵.

En noveno lugar, en suma, el RD-L 4/2020 concluye que «resulta injustificada, pues, la existencia de una fórmula extintiva que legitima el despido tanto por ausencias justificadas como injustificadas, cuando ello puede suponer, tal y como ha reconocido el TJUE, una mayor afectación

⁴¹ TJCE 2006\192.

⁴² TJCE 2013\122.

⁴³ TJCE 2016\308.

⁴⁴ TJCE 2018\3, cit.

⁴⁵ E. ROJO TORRECILLA, *op. cit.*

para las personas con discapacidad», razón por la cual, «procede, por ello, la inmediata derogación del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores a efectos de garantizar el derecho a la no discriminación de las personas, así como para evitar el riesgo de exclusión social de colectivos de especial vulnerabilidad».

En décimo lugar y, descendiendo al terreno de la justificación de dicho instrumento constitucional cuyo régimen jurídico se contiene en el art. 86 CE⁴⁶, el Preámbulo señala «el contenido del real decreto-ley se fundamenta en motivos objetivos y de oportunidad política que requieren su aprobación inmediata» y que, en concreto:

- garantiza el cumplimiento de la Directiva 2000/78/CE, cumpliendo de este modo con el principio de primacía del Derecho Comunitario;
- asegura la adecuada e inmediata traslación al ordenamiento jurídico-laboral español de la doctrina judicial contenida en la STJUE de fecha 18 de enero de 2018⁴⁷;
- evita que se introduzcan más resoluciones judiciales a nivel interno contradictorias entre sí, en aras de la defensa del principio de seguridad jurídica constitucionalmente reconocido en el art. 9.3⁴⁸, así como contrarias al espíritu y finalidad de la norma europea y de la interpretación dada por el Tribunal de Luxemburgo al art. 2.2.b, inciso i, de dicha Directiva;
- evita que se produzcan situaciones de discriminación directa o indirecta para colectivos de trabajadores especialmente vulnerables que se encuentran en alto riesgo de exclusión laboral y social, tales como las personas con discapacidad o las mujeres.

En definitiva, según la Exposición de Motivos del RD-L 4/2020, todo lo

⁴⁶ Que estipula que: «1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia».

⁴⁷ TJCE 2018\3, cit.

⁴⁸ A tenor del cual «la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

anterior justifica la conexión o relación entre la situación de urgencia expuesta y la concreta medida adoptada para subvenir a ella, siendo clara la necesidad de derogar el art. 52.d ET con la finalidad de erradicar la situación susceptible de generar discriminaciones, inseguridad jurídica e incumplimiento de las obligaciones derivadas de nuestra pertenencia a la UE.

Ahora bien, dicha normativa constitucional de extrema y urgente necesidad adolece de varios e importantes problemas⁴⁹: en primer lugar, un problema de derecho transitorio o intertemporal, de manera que, pese a que el RD-L 4/2020 se justifica, entre otras razones, con la finalidad de eliminar la seguridad jurídica existente al respecto, produce una incertidumbre acerca del ámbito temporal de aplicación al sembrar la duda de si los procesos judiciales abiertos en este momento deben resolverse conforme al nuevo derecho o conforme al derecho del tiempo de su maduración y, en segundo lugar, un problema de incoherencia e ineficacia finalista, en el sentido de que no prohíbe el despido por absentismo justificado, sino que sólo lo reconducirá a su improcedencia, así como tampoco evita un uso mercantil del derecho constitucional a la salud, ya que permanecen otras causas de despido para ello como el despido objetivo fundamentado en la ineptitud de la persona trabajadora.

Por todo lo anterior, únicamente resta señalar que, a pesar de la voluntad del legislador gubernamental de proteger a los trabajadores frente a un despido sin justa causa basado en su salud, lo único que ha determinado es el abono de la indemnización de 33 días de salario por año de servicio – cuantía económica del despido improcedente – en lugar de 20 días de salario por año de servicio – cuantía económica del despido objetivo procedente – , por lo que se seguirá mercadeando, esto es, negociando, con la salud de las personas trabajadoras⁵⁰. Lo cual determinaría que se deben realizar las correspondientes reformas adicionales para evitar el efecto de desplazamiento del art. 52.d a los arts. 52.a y 54 ET, pues de lo contrario se “monetizaría” el despido y se frustraría la protección efectiva *in natura* del trabajador.

Por último, resta señalar que la STC de fecha 16 de octubre de 2019 contó con los votos particulares discrepantes del Excmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré – al que se adhirió el Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón –, del Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, y de la Excma. Sra. D^a María Luisa Balaguer Callejón, los cuales entendieron que el art. 52.d ET debería haber sido declarado inconstitucional por vulnerador de los arts. 14

⁴⁹ C. MOLINA NAVARRETE, *op. cit.*

⁵⁰ *Idem.*

– por razón de discapacidad y por razón de discriminación indirecta por razón de sexo –, 15, 35.1 y 43.1 CE – estos dos últimos en relación con el canon hermenéutico imperativo del art. 10.2 CE⁵¹, pues dicho precepto constituye la puerta de conexión necesaria entre el derecho social fundamental a la salud y el estándar multinivel de garantía del derecho a la salud⁵² –, a los cuales es esencial el no ser despedido sin justa causa.

Especialmente, al interesante y reflexivo voto particular formulado por la Excm. Sra. D^a María Luisa Balaguer Callejón en cuanto a que el art. 52.d ET incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo en base al art. 14 CE, al art. 2.2 de la Directiva 2000/78/CE⁵³ y al art. 2.1.b de la Directiva 2006/54/CE⁵⁴ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)⁵⁵ «que la sentencia de la que disiento no ha sido capaz de apreciar, aun siendo incontestable su evidencia»⁵⁶. Con cita de

⁵¹ En virtud del cual «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

⁵² J.L. MONEREO PÉREZ, *La garantía jurídica del derecho social fundamental a la salud y la asistencia sanitaria*, en M.N. MORENO VIDA, M.T. DÍAZ AZNARTE (dirs.), *La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar. Una visión nacional y europea*, Comares, 2019, pp. 3-4.

⁵³ Concerniente al concepto de discriminación, según el cual, a efectos de lo dispuesto en el apartado 1: «a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica».

⁵⁴ Que dispone que, a efectos de la Directiva, se entiende por discriminación indirecta «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios».

⁵⁵ En BOE, 26 julio 2006.

⁵⁶ *Vid.* I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGINA, *La constitucionalidad del despido objetivo por excesiva morbilidad o sobre quién debe asumir el coste del absentismo*, en *Nueva*

diversos estudios y datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística que lo evidencian⁵⁷.

Ello, por cuanto la realidad social muestra que, «aunque se haya producido una cierta evolución, con una mayor incorporación de la mujer al ámbito laboral, los roles tradicionales siguen manteniéndose, y que las mujeres sufren en mucha mayor medida que los hombres la carga de la doble jornada, laboral y familiar. Y esa situación repercute notablemente en su salud y en su actividad laboral, lo que, unido a sus condiciones fisiológicas, las deja expuestas en mucha mayor medida a sufrir bajas por incapacidad laboral de corta duración o a faltas de asistencia debidas a sus cargas familiares, que pueden quedar sometidas a la aplicación del art. 52 d) LET». Discriminación indirecta por razón de sexo que se define en el art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵⁸ como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone 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».

Perspectiva de género que también ha sido analizada en la STSJ de Cataluña (Barcelona) de fecha 17 de enero de 2020⁵⁹, en virtud de la cual, «nos hallamos ante una disposición, (art.52d) ET), que es aparentemente neutra, pero que pone a personas del sexo femenino en desventaja particular con respecto a personas del masculino, en tanto que el despido por ausencias de corta duración derivado de enfermedad afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres».

A lo que añade como conclusión dicha sentencia que, «sin entrar en el juicio de constitucionalidad del art.52d) ET, a nivel convencional dicha disposición supone una infracción del art.11 CEDAW, por cuanto se produce una discriminación indirecta por razón de género en la garantía de los derechos a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio; el derecho a la seguridad social, en particular en casos de incapacidad para trabajar y, en fin, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras, que dadas las mayores tasas de desempleo entre su colectivo,

Revista Española de Derecho del Trabajo, 2019, n. 226.

⁵⁷ J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las "bajas laborales" (A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE 20 noviembre)*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2019, n. 21, p. 18.

⁵⁸ En BOE, 23 marzo 2007.

⁵⁹ JUR 2020\53312, cit.

se ven lógicamente más afectadas por el precepto en cuestión». Finalmente, el RD-L 4/2020 ha sido derogado recientemente por la Ley 1/2020 de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el art. 52.d del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RDL 2/2015, de 23 de octubre (Ley 1/2020).

3. La protección de la mujer trabajadora frente al despido objetivo

3.1. La doble discriminación por razón de género/sexo y por razón de edad de las mujeres trabajadoras en el despido objetivo por ineptitud y por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo

La protección sociolaboral de los trabajadores maduros mayores⁶⁰ – con terminología diversa pero equiparable: trabajadores de edad avanzada o maduros⁶¹ – constituye actualmente una de las principales preocupaciones como consecuencia del incremento del número de personas que viven hasta edades más avanzadas y de sus importantes efectos en la economía en general y en la Seguridad Social en particular⁶². De hecho, se habla actualmente de la *silver economy*⁶³ o *silver économie*, esto es, la economía plateada (el término “*silver*” hace referencia el color plateado del cabello).

Y es que, en España, el proceso de envejecimiento activo⁶⁴ es especialmente acusado⁶⁵, entendiéndose por tal, según la definición efectuada por la OMS, «el proceso por el que se optimizan las oportunidades de bienestar físico, social y mental durante toda la vida, con el objetivo de ampliar la esperanza

⁶⁰ S. GUINDO MORALES, *Condiciones laborales de los trabajadores maduros: tiempo de trabajo y salud laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, 2019, pp. 287-306.

⁶¹ J.L. MONEREO PÉREZ, *Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel*, en *Lex Social*, 2019, n. 1, p. 734.

⁶² J.L. MONEREO PÉREZ, *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, cit., p. 19.

⁶³ M.N. MORENO VIDA, *Las transformaciones sociales y tecnológicas y su incidencia en los sistemas nacionales europeos de asistencia sanitaria: apuntes para la reflexión*, en M.N. MORENO VIDA, M.T. DÍAZ AZNARTE (dirs.), *op. cit.*, p. 92.

⁶⁴ *Vid.* B.M. LÓPEZ INSUA, *La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2018, n. 1, p. 83.

⁶⁵ J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, J.A. MALDONADO MOLINA, R.M. GONZÁLEZ DE PATTO, *Manual de Derecho de la Dependencia*, Tecnos, 2014, p. 17.

de vida saludable, la productividad y la calidad de vida en la vejez», es decir, una vejez con trabajo⁶⁶.

Pero, aunque es un hecho real que los trabajadores maduros presentan especiales dificultades para acceder al mercado laboral, también es cierto que tienen un mayor riesgo de ser expulsados del mismo⁶⁷ mediante determinadas causas de despido objetivo tales como la ineptitud y la falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo.

A pesar de la protección de la persona trabajadora mayor, madura o de edad avanzada en el ámbito nacional, comunitario, europeo e internacional, existen indicios fundados de que la edad, especialmente en su franja superior, constituye hoy en día la principal causa de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales⁶⁸, junto con el sexo y el racismo. Siendo precisamente las mujeres las que más sufren el fenómeno del edadismo en el lugar de trabajo⁶⁹.

Al igual que sucede con la causa de despido objetivo relativa a la ineptitud del trabajador, la conexión entre la edad y la falta de adaptación del mismo a las modificaciones técnicas/tecnológicas efectuadas en su puesto de trabajo como causa de despido objetivo es evidente, ya que ambas circunstancias se dan en gran medida en los trabajadores mayores, maduros o de edad avanzada⁷⁰.

Si bien, la falta de adaptación no puede presumirse directamente por razón de la edad avanzada de la persona trabajadora, sino que debe ser probada por el empresario⁷¹.

⁶⁶ M.I. RAMOS QUINTANA, *Envejecimiento activo en la sociedad del cansancio*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 54, pp. 9-12.

⁶⁷ C. ARAGÓN GÓMEZ, *La ineptitud sobrevenida por razón de edad*, en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova, 2009, p. 236.

⁶⁸ W. SANGUINETI RAYMOND, *La edad: ¿céntrica de las discriminaciones?*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 59.

⁶⁹ P. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, *El edadismo: significado, causas y efectos en los ámbitos laboral y de la salud de las personas en edad de jubilación*, en AA.VV., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, 2019, tomo II, p. 157.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 180.

⁷¹ A.V. SEMPERE NAVARRO, Y.R. QUINTANILLA NAVARRO (dirs.), *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Consejo Económico y Social, 2009, p. 181.

3.2. Supuestos de calificación judicial de nulidad del despido por circunstancias objetivas contemplados en el RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, tras el RD-L 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

La nulidad del despido es la consecuencia del despido prohibido⁷². Así, de conformidad con el art. 53.4.1 ET, «cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio».

No existe obstáculo que impida la utilización globalizadora de la expresión genérica de “despido lesivo de derechos fundamentales” para abarcar todos los derechos que tienen dicho rango constitucional, incluidos los despidos discriminatorios⁷³.

Esta primera causa de nulidad del despido se divide en dos partes: por un lado, la discriminación del trabajador⁷⁴ y, por otra, la violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

La primera parte es coherente con lo establecido en el art. 14 CE, el cual establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

⁷² J.C. QUINTERO LYONS, *op. cit.*, p. 1563.

⁷³ En cuanto a los despidos discriminatorios, *vid.* la STC de fecha 23 de noviembre de 1981 (RTC 1981\38), analizada en J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La Constitución y el despido*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 464 ss., según el cual esta sentencia fue el impacto más directo, contundente y perdurable de la CE en la regulación del despido, la cual, procedió a crear una nueva acción hasta entonces inédita en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, tal y como venía siendo interpretada y aplicada por nuestros tribunales ordinarios: la acción de impugnación judicial de despidos discriminatorios. *Vid.* también M.D. GARCÍA VALVERDE, J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, *Artículo 108. Calificación del despido por la sentencia*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, 2013, p. 601.

⁷⁴ Según la STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 28 de marzo de 2019 (JUR 2019\131602), el uso abusivo por la parte empresarial del contrato temporal no constituye la nulidad del despido verbal de un trabajador, «salvo cuando la diferencia de trato tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución y por el Estatuto de los Trabajadores», sino la calificación judicial de improcedencia.

Así como con lo dispuesto en el ET, que recoge el derecho a la no discriminación en el art 4.2.c cuando declara que, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho «a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate», y en el art. 17 referente a la no discriminación en las relaciones laborales, al tenor del cual, se considerarán nulos y sin efecto, «los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español. Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

Discriminación que, conforme el art. 1.1 del Convenio OIT C111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación⁷⁵, comprende: «a) 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; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados»⁷⁶.

⁷⁵ Adoptado en Ginebra en fecha de 25 de junio de 1958.

⁷⁶ *Vid.*, al respecto, el comentario de la STJUE de fecha 20 de junio de 2019 (TJCE

Históricamente, entre todas las causas discriminatorias posibles enunciadas con anterioridad, las más utilizadas por los empleadores frente a sus personas trabajadoras han sido el sexo – discriminación hacia la mujer –, el estado civil – dote por matrimonio entregada a las trabajadoras que extinguiesen su contrato de trabajo con ocasión de su matrimonio –, la edad – personas trabajadoras mayores, maduras o de edad avanzada –, la nacionalidad, raza o etnia – extranjeros –, la religión – potestad de las confesiones religiosas para emitir el juicio de idoneidad sobre las personas que hayan de impartir las enseñanzas de su credo, esto es, los profesores de religión –, ideología – empresas de tendencia – o convicciones, la orientación sexual, la afiliación o no a un sindicato, la discapacidad, la enfermedad, etc.⁷⁷.

En cuanto a la carga de la prueba en estos casos, según el art. 96.1 LRJS, «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

La segunda parte, es decir, el despido nulo por violación de derechos

2019\113) en A. TOLODÍ, [El TJUE otorga la máxima protección a trabajadores que defienden a una víctima de discriminación por embarazo](#), en [Argumentos en Derecho Laboral](#), 17 septiembre 2019, y, también, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, A. FOLGOSO OLMO, [Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), 2019, n. 5. Sentencia que ha declarado que el art. 24 de la Directiva 2006/54/CE, según el cual «los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato», debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional – en este concreto caso, belga –, en virtud de la cual, en una situación en la que una persona que se considera víctima de una discriminación por razón de sexo – por no haber sido seleccionada para un determinado puesto de trabajo en base a su embarazo – ha presentado una reclamación, una trabajadora de la misma empresa que le ha prestado apoyo en ese contexto – y que fue despedida por razones objetivas casi nueve meses después de que se opusiera a la negativa de la empresa a contratar a la trabajadora embarazada – se encuentra protegida contra las medidas de represalia tomadas por el empresario si ha intervenido como testigo en el marco de la instrucción de esa reclamación y su testimonio cumple los requisitos formales previstos por dicha normativa.

⁷⁷ R. POQUET CATALÁ, *Análisis del despido objetivo en los momentos actuales*, Aranzadi, 2017, pp. 291 ss.

fundamentales y libertades públicas, incluye tanto las vulneraciones de los derechos fundamentales y libertades públicas como los derechos específicos e inespecíficos⁷⁸.

En cuanto a la carga de la prueba en estos casos, asimismo, según el ar. 96.1 LRJS, «en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Al respecto, según la STC de fecha 22 de julio de 1999⁷⁹, «cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental».

No obstante lo anterior, matiza el Alto Tribunal a continuación que, «para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales».

En lo que concierne a los derechos inespecíficos, la CE recogió un elenco de derechos no dirigidos expresamente a los empleadores y trabajadores como consecuencia de las formulaciones genéricas con las que se reconocen: “todos”, “los españoles”, “toda persona”, “los ciudadanos”, “todas las personas”, “nadie”, “se reconoce”, etc.⁸⁰.

Sin embargo, estos últimos derechos también tienen una vertiente laboral, pues corresponden a todos los ciudadanos independientemente de que trabajen o no, ya que son derechos inherentes a la condición humana⁸¹.

Pues, como bien señaló hace ya unas décadas el TC⁸², «la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como

⁷⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *Artículo 122*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, 2010, p. 540.

⁷⁹ RTC 1999\140.

⁸⁰ A.V. SEMPERE NAVARRO, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Cuestiones introductorias*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, A.V. SEMPERE NAVARRO (dirs.), *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*, Aranzadi, 2011, p. 17.

⁸¹ *Idem*.

⁸² STC de fecha 19 de julio de 1985 (RTC 1985\88).

ciudadano».

De hecho, aunque los derechos y libertades que tienen la categoría de fundamentales por su ubicación en la CE⁸³ no poseen un contenido exclusivamente laboral, tienen importantes repercusiones en el marco de las relaciones de trabajo⁸⁴.

En virtud de lo anterior, existen dos categorías de derechos laborales fundamentales contenidos en la CE: los específicos y los inespecíficos, constituyendo los específicos aquellos que han sido concebidos y recogidos para desplegar sus principales efectos jurídicos en el terreno laboral (arts. 22.1, relativo al derecho de asociación, y 28, relativo al derecho a la libertad sindical⁸⁵ y a la huelga⁸⁶), y los no específicos aquellos que, aun no siendo laborales *strictu sensu*, corresponden a todo ciudadano, aunque también puedan tener una proyección indirecta e implícita en el ámbito laboral⁸⁷ (arts. 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25 y 27)⁸⁸.

A título ejemplificativo, constituiría un supuesto de nulidad el despido de un trabajador que es representante legal o sindical – aunque sólo en la representación sindical se identifique la existencia de un derecho fundamental por su ubicación en la CE⁸⁹ – y respecto del cual no se ha respetado la prioridad de permanencia del mismo en la empresa.

Así como otro de los supuestos en que los Juzgados y Tribunales han declarado la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora ha sido el

⁸³ En la sección 1ª del Capítulo Segundo.

⁸⁴ W. SANGUINETI RAYMOND, *Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales*, en *Relaciones Laborales*, 2012, n. 21-22, p. 17.

⁸⁵ Por ejemplificar, la STSJ de Cantabria de fecha 28 de diciembre de 2018 (AS 2019\364) ha declarado nulo, con abono de indemnización por daños y perjuicios, el despido de una trabajadora que no era representante de los trabajadores en la fecha del despido, pero que fue despedida en represalia por su actividad sindical, puesto que, con el despido, el empresario pretendía evitar el apoyo, con el voto de la trabajadora, a la implantación de un determinado sindicato, es decir, que hubiera representación de un determinado sindicato en la empresa, cuando el empresario prefería otro.

⁸⁶ J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA LOZANO, *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Aranzadi, 2019, p. 323.

⁸⁷ M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 31-34; M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *op. cit.*

⁸⁸ S. GUINDO MORALES, *Ámbito local*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020, pp. 665-683.

⁸⁹ F. VILA TIerno, *Despido nulo y vulneración del derecho a la representación de los trabajadores. Libertad sindical y prioridad de permanencia*. SJS Madrid núm. 12, de 29 abril 2016 (AS 2017, 1762), en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 209, pp. 247-254.

derecho a la tutela judicial efectiva cuando el despido se acuerda vulnerando la garantía de indemnidad de las personas trabajadoras en represalia por el ejercicio de acciones judiciales o extrajudiciales emprendidas por la persona trabajadora frente a la empresa, por ejemplo, por haber denunciado a la empresa ante la ITSS⁹⁰ (aun cuando si bien «es cierto que se han producido pérdidas en las ventas de la empresa, con una caída continua en la cifra de negocios, no por ello se destruye el indicio de discriminación por vulneración de la garantía de indemnidad»⁹¹), por haber reclamado ante la Administración Pública empleadora el reconocimiento del carácter indefinido del contrato de trabajo⁹², por haber iniciado procedimientos de reclamación internos propios de la empresa⁹³, por haber testificado en contra de la empresa en procesos judiciales, etc.⁹⁴.

Dicha garantía de indemnidad frente a represalias empresariales se fundamenta en los siguientes preceptos:

- art. 4.2.g ET, en virtud del cual, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho «al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo»;
- art. 53.4 ET, al establecer que, «cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio»;
- art. 24.1 CE, que dispone que todas las personas tienen derecho «a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»;
- art. 5.c del Convenio OIT C158, a tenor del cual uno de los motivos que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de

⁹⁰ STS de fecha 17 de febrero de 2015 (RJ 2015\1391) y STSJ de Asturias de fecha 22 de enero de 2019 (AS 2019\902).

⁹¹ STSJ de Madrid de fecha 25 de julio de 2018 (JUR 2018\253644).

⁹² STS de fecha 24 de febrero de 2016 (RJ 2016\1472).

⁹³ Ya que el art. 17.1.2 ET establece que «serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

⁹⁴ J.R. MERCADER UGUINA, *Artículo 53. Forma y efectos de la extinción por causas objetivas*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2012, p. 758.

trabajo es el «presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes».

Junto a esta primera sustancial y básica causa de nulidad del despido, el legislador adiciona otras relacionadas con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral que constituyen más bien presunciones legales automáticas de que la extinción del contrato de trabajo en tales supuestos merece la calificación judicial de nulidad⁹⁵.

Así, el art. 53.4.2 ET – en los mismos términos que el art. 108.2 LRJS – añade a continuación que también será nula la decisión extintiva empresarial en los siguientes supuestos.

«a) La de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos».

Lo que se pretende corregir con este supuesto es la decisión empresarial de prescindir de una persona trabajadora por causas vinculadas a una circunstancia personal y familiar que van en contra de lo establecido en el art. 14 CE⁹⁶, disfrutando los empleados de la presunción legal de que sus despidos han sido motivados por encontrarse en dichas situaciones, por lo que el empresario deberá acreditar la procedencia de la medida extintiva y la ausencia de ánimo discriminatorio de la misma⁹⁷.

«b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo [desafortunada redacción, pues su determinación puede resultar ciertamente difícil⁹⁸] hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6 [independientemente de que tengan o no derecho a los mismos⁹⁹], o estén

⁹⁵ R. TASCÓN LÓPEZ, *Impugnación, recurribilidad y ejecución procesal del despido*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *Tratado del despido*, La Ley, 2018, p. 449.

⁹⁶ Según la STS de fecha 22 de marzo de 2019 (JUR 2019\133533), es nulo el despido de una trabajadora embarazada con un contrato de trabajo temporal – eventual por acumulación de tareas – que deviene indefinido por haberse celebrado en fraude de ley.

⁹⁷ J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, L.Á. TRIGUERO MARTÍNEZ, *Artículo 122. Calificación de la extinción del contrato*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, cit., p. 668.

⁹⁸ M.D. GARCÍA VALVERDE, J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA, *op. cit.*, p. 603.

⁹⁹ *Idem.*

disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral».

En cuanto a este supuesto de nulidad cabe realizar diversas consideraciones. En primer lugar, que el despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión del contrato de trabajo a que se refiere la letra *a* – por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural, o la decisión extintiva empresarial notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos suspensivos – es nulo.

Ahora bien, esta causa de nulidad del despido se vincula a supuestos en los que la decisión empresarial obedece a motivos de discriminación por razón de sexo y, directa o indirectamente, a circunstancias personales de la persona trabajadora que se encuentra en dichas situaciones¹⁰⁰.

Como consecuencia de lo anterior, no se impide el despido de la mujer trabajadora que se encuentre embarazada por otras causas relacionadas con la conducta incumplidora del contrato de trabajo¹⁰¹ (despido disciplinario). Por lo que, salvo que sea procedente, el despido de trabajadora embarazada constituye una discriminación por razón de sexo con independencia del conocimiento por el empresario¹⁰².

Por otro lado, según la STS de fecha 25 de junio de 2020¹⁰³, conforme el art. 80.1.ª LRJS, no pueden invocarse en demanda hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación y, por ende, no pueden ser tenidos en cuenta, ya que en ningún momento se alegó por la demandante que estuviera embarazada, siendo la causa invocada para la impugnación del despido que el contrato era temporal para obra o servicio y ésta no había concluido en la fecha del despido, para posteriormente ampliar y aclarar la demanda, alegando que la causa de despido era el embarazo.

En relación con lo anterior, se debe recordar que no cabe despido nulo cuando se extingue un contrato temporal de una trabajadora embarazada¹⁰⁴, excepto si el contrato temporal se ha celebrado en fraude de ley, en cuyo

¹⁰⁰ J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *op. cit.*, p. 543.

¹⁰¹ R. POQUET CATALÁ, *op. cit.*, p. 312.

¹⁰² STS de fecha 28 de noviembre de 2017 (RJ 2017\5657).

¹⁰³ JUR 2020\207144.

¹⁰⁴ SJS de Ciudad Real de fecha 20 de junio de 2019 (JUR 2019\287649).

caso sí cabe despido nulo¹⁰⁵.

En segundo lugar, que uno de los importantes avances que introdujo la Ley 39/1999 fue precisamente la protección de las mujeres trabajadoras contra conductas empresariales discriminatorias, razón por la cual incorporó como novedad este supuesto de nulidad del despido producido durante la duración del embarazo, con independencia de la existencia o no de indicios de tratamiento discriminatorio¹⁰⁶.

Pues la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE)¹⁰⁷, dispuso en su art. 10, rubricado *Prohibición de despido* que, como garantía para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o que se encuentren en periodo de lactancia, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud, se establece lo siguiente: «1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despidiera a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1».

La STJUE de fecha 22 de febrero de 2018¹⁰⁸, en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Cataluña mediante auto de fecha 20 de enero de 2016¹⁰⁹, indicó cómo debe interpretarse el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, así como declaró que la legislación española es contraria a lo dispuesto en el art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE.

Así, por un lado, declaró que la legislación española es contraria a lo

¹⁰⁵ JUR 2019\133533, cit. E. MARTÍN, [Cuándo es nulo y cuándo no el despido de una trabajadora embarazada](#), en [Sincro Blog](#), 14 septiembre 2020.

¹⁰⁶ J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *La mujer trabajadora en el derecho histórico del trabajo en España*, Comares, 2019, p. 147.

¹⁰⁷ En *DOCE*, 28 noviembre 1992.

¹⁰⁸ TJCE 2018\6.

¹⁰⁹ AS 2016\575.

dispuesto en el art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE debido a que nuestro derecho interno no prohíbe expresamente con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que se encuentre en periodo de lactancia, sino que únicamente se limita a establecer en concepto de reparación la nulidad automática y objetiva del despido, lo cual no constituye una protección suficiente de tal colectivo de trabajadores¹¹⁰.

Y, además, según el Tribunal de Luxemburgo¹¹¹, «un despido durante esos períodos sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo».

Lo que obliga a una revisión de la normativa de nuestro país sobre el despido de los sujetos protegidos por la Directiva 92/85/CEE, ya que la mera calificación judicial de nulidad podría no estar otorgando la protección preventiva adecuada¹¹².

Esta sentencia fue aducida por la STS de fecha 20 de julio de 2018¹¹³, en la que se declaró el despido nulo de una embarazada incluida en un despido colectivo, al no haber acreditado el empresario los criterios de selección cuál es el motivo que le lleva a prescindir del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora¹¹⁴.

Por otro lado, otra cuestión polémica en cuanto a esta causa de nulidad del despido se ha centrado en el desconocimiento por el empresario de la situación de embarazo¹¹⁵ o de las restantes situaciones, puesto que, según el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE relativo a las definiciones, a efectos de la misma se entiende por trabajadora embarazada «cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales», imponiéndose la doctrina unificada del TS en el sentido de que el desconocimiento empresarial del estado de embarazo de la mujer trabajadora no constituye un elemento que pueda evitar la nulidad del despido, la cual únicamente podrá ser bloqueada ante la prueba de la procedencia de la extinción del contrato de trabajo acordada

¹¹⁰ M. ARETA MARTÍNEZ, *Discriminación directa*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), [Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres](#), BOE, 2018, p. 188.

¹¹¹ STJCE de fecha 11 de octubre de 2007 (TJCE 2007\270).

¹¹² M.A. BALLESTER PASTOR, *El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado*, en *Trabajo y Derecho*, 2018, n. 45.

¹¹³ RJ 2018\4034.

¹¹⁴ E. MARTÍN, *op. cit.*

¹¹⁵ Sobre este tema, *vid.* I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGINA, *La consolidación por el Tribunal Constitucional del principio de nulidad objetiva de los despidos durante el embarazo, aunque la empresa ignore el estado de la trabajadora*, en *Justicia Laboral*, 2008, n. 35, pp. 5-11.

por el empleador¹¹⁶.

Por ende, el único requisito que se le impone a la mujer trabajadora para que el órgano judicial laboral califique su despido de nulo es que acredite un hecho físico objetivo como es su embarazo cuando fue despedida¹¹⁷.

Asimismo, los tribunales han extendido esta doctrina al despido de una mujer trabajadora embarazada que, un día antes de ser despedida, tiene conocimiento de que su embarazo no llegó a término¹¹⁸, pero no al despido de una mujer trabajadora que se queda embarazada poco después de ser despedida¹¹⁹, ni al despido de una mujer trabajadora que sigue un tratamiento de fecundación *in vitro* si todavía no hay embarazo ni transferencia de óvulos al útero¹²⁰ – lo que no obsta, que, en este último caso, el despido sea nulo por discriminatorio por razón de sexo, al ser una situación exclusiva de la mujer¹²¹ –, ni el despido de una mujer trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad¹²².

De hecho, el TS¹²³, en un despido objetivo por causas económicas, declaró su nulidad por la existencia de indicios de discriminación por razón del sexo de la trabajadora sometida a un tratamiento de fecundación *in vitro* al no acreditarse las circunstancias objetivas invocadas y, además, al haber reconocido expresamente el empleador su improcedencia.

Por tanto, mientras el despido de una mujer trabajadora embarazada únicamente se puede calificar judicialmente de procedente o de nulo, el despido de una mujer trabajadora que sigue un tratamiento de fecundación *in vitro* también se puede calificar judicialmente de improcedente¹²⁴.

En tercer lugar, que el despido de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a que se refieren los arts. 37.4, para el cuidado del lactante hasta que cumpla nueve meses en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el art. 45.1.ª ET, 37.5, por nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, y 37.6 ET, por razones de guarda legal¹²⁵ de un menor de doce

¹¹⁶ *Vid.* las SSTs de fecha 17 de octubre de 2008 (RJ 2008\7167) y 16 de enero de 2009 (RJ 2009\1615). J.L. MONEREO PÉREZ, J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *op. cit.*, p. 543.

¹¹⁷ M. ARETA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 189.

¹¹⁸ STSJ de Madrid de fecha 2 de marzo de 2009 (JUR 2009\261916).

¹¹⁹ STSJ de Madrid de fecha 26 de abril de 2017 (AS 2017\885).

¹²⁰ STJCE de fecha 26 de febrero de 2008 (IJCE 2008\36).

¹²¹ M. ARETA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 189-190.

¹²² STSJ de Extremadura de fecha 26 de septiembre de 2018 (JUR 2018\29732).

¹²³ STS de fecha 4 de abril de 2017 (RJ 2017\1981).

¹²⁴ M. ARETA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 190.

¹²⁵ Al respecto, *vid.* la STSJ de Galicia de fecha 15 de julio de 2019 (AS 2019\1870), que declaró nulo el despido de una trabajadora que solicitó la reducción de jornada laboral por

años, de una persona con discapacidad o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo – o estén disfrutando de ellos – es nulo.

De conformidad con lo establecido en el art. 53.4.b ET, la garantía de indemnidad en dichos permisos laborales cubre tanto el periodo en que los trabajadores se encuentren disfrutando de los mismos como el periodo previo de haberlos solicitado, aunque su disfrute efectivo todavía no haya comenzado¹²⁶.

En cuarto lugar, que el despido de las personas trabajadoras que hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el art. 46.3 ET por cuidado de hijos y por cuidado de familiares¹²⁷, es nulo.

Dicho precepto estatutario expresa que los trabajadores «tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa».

Así como también los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva «para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida».

Ahora bien, también será nulo el despido de aquellas personas trabajadoras cuya situación de excedencia forzosa haya finalizado que hayan solicitado su readmisión al puesto de trabajo y el empresario lo haya impedido, pues, en caso contrario, se iría en contra del espíritu de la propia ley – tal y como establece el art. 3.1 CC, a tenor del cual «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» – que trata de garantizar el ejercicio de tal derecho por el empleado¹²⁸.

En quinto y último lugar, que el despido de las mujeres trabajadoras

guarda legal, solicitud a la que la empresa no respondió (ni afirmativa ni negativamente) en el momento del despido.

¹²⁶ R. POQUET CATALÁ, *op. cit.*, p. 320.

¹²⁷ M.Á. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección familiar del trabajador*, en *Temas Laborales*, 2003, n. 72, pp. 96 y 98.

¹²⁸ R. POQUET CATALÁ, *op. cit.*, p. 321.

víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en el ET para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, es nulo.

Al respecto, de un lado, cabe decir que los derechos reconocidos tanto en el ET como en la LO 1/2004 para hacer efectiva la protección contra las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género cuyo ejercicio no puede justificar el despido objetivo son los contenidos en los siguientes preceptos:

- art. 37.8 ET, que establece que «los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa» (reducción de la jornada laboral y reordenación del tiempo de trabajo);
- art. 40.4 ET, en virtud del cual «los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo que se vean obligados a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo» (movilidad geográfica);
- art. 45.n ET, al establecer que el contrato de trabajo puede suspenderse por la «decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género» (suspensión del contrato de trabajo);
- art. 21.1 de la LO 1/2004, rubricado *Derechos laborales y de Seguridad Social*, según el cual «la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo» (reducción de la jornada laboral, reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica, cambio de centro de trabajo, suspensión del contrato de trabajo y extinción del contrato de trabajo).

De otro lado, en cuanto a los modos de acreditación de la condición de víctima de violencia de género, de conformidad con lo estipulado en el art. 23 de la LO 1/2004, las situaciones de violencia de género se acreditarán

«mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género».

Así como también podrán acreditarse «mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos [...]. La de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento».

Con este supuesto de nulidad del despido de lo que se trata es de evitar que el empresario posponga eventuales represalias al trabajador que ha suspendido el contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento¹²⁹, al momento de su reincorporación al puesto de trabajo pues, en tal caso, el despido sería calificado judicialmente de improcedente por ausencia de causa¹³⁰.

A lo que establece el párrafo siguiente del art. 53.4.c ET que, «lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida»¹³¹.

Dicha regla conlleva un evidente traslado de la carga probatoria, tanto de la desconexión con tales situaciones como de la justificación objetiva de la causa invocada por el empleador¹³².

¹²⁹ *Vid.* la STSJ de Castilla y León de fecha 2 de octubre de 2019 (JUR 2019\302464), que ha declarado nulo el despido disciplinario fundamentado en la causa *d* del art. 54.2 ET – relativo a la transgresión de la buena fe contractual – de una trabajadora que se encontraba en situación de IT por tendinitis de Quervain, cuando todavía no habían transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

¹³⁰ R. POQUET CATALA, *op. cit.*, p. 311.

¹³¹ JUR 2019\264992.

¹³² J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, L.Á. TRIGUERO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 669.

De hecho, a título ejemplificativo, la SJS de Burgos de fecha 2 de agosto de 2019 ha calificado de procedente y no de nulo el despido objetivo por causas productivas de una trabajadora embarazada, pues el empresario utilizó el mismo criterio de despido – la antigüedad – tanto para la trabajadora embarazada como para el resto de los trabajadores despedidos dentro de cada sección de la empresa.

Los supuestos establecidos en las letras *a*, *b* y *c* del art. 53.4 ET arrancan de la Ley 39/1999, ulteriormente perfeccionados por la LO 3/2007, siendo objeto de una profunda reestructuración con integración de todos los supuestos desde la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial¹³³, continuando en la LRJS¹³⁴.

Se debe recordar que el vigente apartado cuarto del art. 53.c ET es el resultado de la modificación operada por el reciente RD-L 6/2019, el cual, ha incorporado un segundo párrafo al art. 14.2 ET, relativo al periodo de prueba, con el siguiente texto: «la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad»¹³⁵.

Es decir, el art. 14.2.2 dispone la aplicación de la calificación judicial de nulidad automática al despido sin causa de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba desde el inicio de su embarazo¹³⁶.

Con lo anterior pasa al baúl de los recuerdos la doctrina contenida en la STS de fecha 18 de abril de 2011¹³⁷ – con voto particular incluido –, en virtud de la cual, el desistimiento empresarial producido durante el periodo de prueba de una trabajadora embarazada no goza de la protección legal contenida en el art. 55.5.b ET relativa a la calificación judicial de nulidad con el respectivo efecto jurídico de la readmisión inmediata de la persona trabajadora, sino que será la propia del derecho constitucional fundamental a la no discriminación por razón de sexo – por causa del embarazo – consagrado en el art. 14 CE de resultar probado su vulneración, en cuyo caso se apreciaría la nulidad del cese extintivo empresarial, ello, en base a que la institución jurídica del periodo de prueba es distinta a la institución

¹³³ En BOE, 4 noviembre 2009.

¹³⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, *op. cit.*, p. 543.

¹³⁵ M.A. BALLESTER PASTOR, [El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol](#), en *Temas Laborales*, 2019, n. 146, p. 38.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ RJ 2011\5814.

jurídica del despido¹³⁸.

En antepenúltimo lugar, cabe señalar lo dispuesto en el Convenio OIT C183 sobre la protección de la maternidad¹³⁹, a tenor del cual «se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia».

A lo que añade a continuación que, «la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador», tal y como sucede en nuestro país¹⁴⁰, en donde se invierte la carga de la prueba.

En penúltimo lugar, a título ilustrativo, son supuestos de despido nulo el de una trabajadora con jornada reducida por razón de guarda legal de menor, al margen de la existencia o no de móvil discriminatorio¹⁴¹, el de una trabajadora con jornada laboral reducida por cuidado directo de familiar que no puede valerse por sí mismo¹⁴², o el de una trabajadora tras reincorporarse con posterioridad a la baja por maternidad¹⁴³.

Por último, en virtud de todos los anteriores supuestos de nulidad del despido, cabe señalar que, cuando se trata de un despido en el que se alega discriminación o vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, el órgano judicial deberá pronunciarse sobre la existencia o no del móvil real alegado por el trabajador, debiendo el despido calificarse judicialmente de nulo cuando ello resulte probado o, en caso contrario, de procedente o improcedente, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de un despido relacionado con el embarazo o con los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal del trabajador, en donde únicamente el despido

¹³⁸ J.F. LOUSADA AROCHENA, *Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación*, en [Derecho Social y Empresa, 2019, n. 11](#), p. 94.

¹³⁹ Adoptado en Ginebra en fecha de 15 de junio de 2000.

¹⁴⁰ J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VALERA, *La seguridad social, «en general», en los convenios de la OIT*, en [Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014, n. 112](#), p. 41; J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, [El Convenio OIT núm. 102 \(1952\) sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales](#), en [esta Revista, 2019, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT](#), pp. 91 ss.

¹⁴¹ STS de fecha 20 de enero de 2015 (RJ 2015\222).

¹⁴² STS de fecha 18 de abril de 2017 (RJ 2017\1998). *Vid.* AA.VV., *Memento práctico. Social 2019*, Francis Lefebvre, 2019.

¹⁴³ STS de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 18 de mayo de 2012 (JUR 2012\326868).

podrá ser calificado como nulo o procedente, nunca como improcedente¹⁴⁴.

3.3. Supuestos de calificación judicial de nulidad del despido por circunstancias objetivas contemplados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

El art. 122.2 LRJS establece que la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas será nula en los siguientes supuestos.

«a) Cuando resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador». Este supuesto de nulidad coincide con el previsto en el art. 53.4.1 ET, en virtud del cual, «cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio».

«b) Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». Es decir, cuando «en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto»¹⁴⁵. El TS¹⁴⁶ ha interpretado este supuesto de nulidad del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no contemplado en el ET del siguiente modo:

- que, ante la literalidad del precepto, «una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a ser el día final del plazo (el “*dies ad quem*”) para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial (“*dies a quo*”) para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes»;
- que, conforme al último inciso del art. 51.1 ET, únicamente se consideran fraudulentas y nulas las nuevas extinciones, es decir, «las

¹⁴⁴ R. POQUET CATALÁ, *op. cit.*, p. 326.

¹⁴⁵ *Íbid.*, al respecto, la STS de fecha 3 de julio de 2012 (RJ 2012\9585).

¹⁴⁶ STS de fecha 23 de abril de 2012 (RJ 2012\8524).

correspondientes al periodo de noventa días que empezó a correr cuando se extinguió su contrato», siendo esta solución lógica porque, «hasta que no se producen las “nuevas extinciones” no se superan los límites que determinan la calificación del despido como colectivo, razón por la que la norma sólo sanciona con la nulidad las extinciones que se demoraron para no superar los umbrales dichos, siempre que, además, no se justifiquen por otras causas»;

- que esta doctrina general no se aplicará en los supuestos de «obrar fraudulento contrario al artículo 6-4 del Código Civil, como acaece cuando la proximidad entre los sucesivos ceses es tan escasa que cabe presumir que el empresario sabía que a las extinciones acordadas se le unirían en fechas próximas otras con las que se superarían los umbrales del despido colectivo».

«c) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período». Este supuesto de nulidad coincide con el previsto en el art. 53.4.2.a ET, al disponer que es nula la decisión extintiva empresarial «de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos».

«d) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra c), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores». Este supuesto de nulidad coincide con el previsto en el art. 53.4.2.b ET, en virtud del cual, es nula la decisión extintiva empresarial «de las trabajadoras

embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral».

«e) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo». De este modo, la LRJS establece un plazo de tiempo de nueve meses – en comparación con los doce meses establecidos en el art. 53.4.2.ª ET¹⁴⁷, tras la reforma operada por el RD-L 6/2019 – que entiende suficiente para amortiguar la posible decisión empresarial por represalia frente al disfrute de unos determinados derechos por parte del trabajador como consecuencia de la maternidad, adopción, acogimiento o paternidad¹⁴⁸.

Por ello, la reciente Sentencia del TSJ del País Vasco de fecha 5 de febrero de 2019¹⁴⁹ ha calificado de nulo el despido de una mujer trabajadora nueve meses y ocho días después del parto.

Una vez que el art. 122 LRJS enumera los supuestos de nulidad del despido por circunstancias objetivas, a continuación, dispone que «lo establecido en las letras c), d) y e) será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados».

Por último, como se ha tenido ocasión de comprobar, algunos de los supuestos de nulidad del despido contenidos tanto en la ley sustantiva como en la ley procesal también se recogen en el art. 5 del Convenio OIT C158, según el cual, entre las circunstancias que no constituyen causas justificadas para terminar la relación laboral se encuentran las siguientes: «(a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las

¹⁴⁷ Según el cual es nula la decisión extintiva empresarial «de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento».

¹⁴⁸ R. TASCÓN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 450.

¹⁴⁹ JUR 2019\184024.

horas de trabajo; (b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; (c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; (d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; (e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad».

4. Balance y perspectivas: conclusiones

1) La protección frente al despido injustificado o sin justa causa de las personas trabajadoras se encuentra consagrada tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido y, a título ejemplificativo, para tutelar a las mujeres trabajadoras, el art. 33.2 CDFUE expresa que, con la finalidad de poder conciliar la vida familiar y laboral, «toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad».

2) Como ya advertía uno de los votos particulares discrepantes a la STC de fecha 16 de octubre de 2019, la letra *d* del art. 52 ET se derogó por medio del RD-L 4/2020, al ser susceptible de constituir una doble discriminación indirecta: por razón de discapacidad y por razón de género/sexo. Real Decreto-Ley que ha sido derogado por la Ley 1/2020.

3) El despido objetivo fundamentado en las causas *a* y *b* debería incluir algún tipo de condicionante, limitación, excepción o matización respecto de las mujeres trabajadoras que, además, fueran mayores, maduras o de edad avanzada – edadismo –, pues aunque es notoria la inevitable relación existente entre el factor edad y el deterioro – en mayor o menor medida – de las aptitudes así como de las adaptaciones de las personas trabajadoras a las nuevas tecnologías, la falta de aptitud y de acomodación no deben ser presumidas por el empresario, sino probadas por el mismo.

4) Consciente el legislador de la todavía imperante discriminación hacia la mujer en el ámbito de las relaciones laborales tanto en el momento de su contratación como en el momento de su finalización, ha contemplado tanto en el ET como en la LRJS una serie de supuestos relacionados con el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral que constituyen presunciones legales automáticas de que la extinción del contrato de trabajo en tales supuestos merece la calificación judicial de nulidad, con los efectos jurídicos que ello conlleva: la readmisión, junto con el abono de los salarios de tramitación.

5) Para proteger aún más a las mujeres trabajadoras frente al despido, el apartado cuarto del art. 53.c ET fue modificado por el reciente RD-L 6/2019, el cual, ha incorporado un segundo párrafo al art. 14.2 ET, relativo al periodo de prueba, con el siguiente texto: «la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad».

6) En cuanto al supuesto de nulidad establecido en el art. 53.4.2.b ET, en virtud del cual, es nula la decisión extintiva en el supuesto de «la de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral», el ET debería especificar cuándo se entiende que se ha iniciado el embarazo.

7) El ET debería dejar claro, tal y como ha declarado el TS al respecto, que si el empresario no conoce el embarazo de la mujer trabajadora, ello no impide la calificación judicial de nulidad del despido, salvo que el despido sea procedente. Lo anterior, a pesar de lo dispuesto en el art. 2.a de la Directiva 92/85/CEE, relativo a las definiciones, el cual establece que, a efectos de la misma, se entiende por trabajadora embarazada «cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales».

8) Conforme a la STJUE de fecha 22 de febrero de 2018¹⁵⁰ acerca de que la legislación española es contraria a lo dispuesto en el art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE, en virtud del cual «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo», nuestro ordenamiento jurídico laboral debería revisarse en aras de una mayor protección preventiva y no reparadora – mediante la calificación judicial de

¹⁵⁰ TJCE 2018\6, cit.

nulidad con los efectos jurídicos de la inmediata readmisión de la persona trabajadora con abono de los salarios de tramitación – del despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz recientemente o que se encuentre en periodo de lactancia.

5. Bibliografía

AA.VV., *Memento práctico. Social 2019*, Francis Lefebvre, 2019

ALBIOL MONTESINOS I., *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Deusto, 1990

ALMENDROS GONZÁLEZ M.Á., [La protección familiar del trabajador](#), en [Temas Laborales](#), 2003, n. 72, pp. 69-103

APARICIO TOVAR J., voz *Despido*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2014

ARAGÓN GÓMEZ C., *La ineptitud sobrevenida por razón de edad*, en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova, 2009

ARETA MARTÍNEZ M., *Discriminación directa*, en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), [Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres](#), BOE, 2018

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

BALLESTER PASTOR M.A., *El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Guisado*, en *Trabajo y Derecho*, 2018, n. 45, pp. 74-85

BAYLOS GRAU A., [¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art 52 d\) del Estatuto de los Trabajadores?](#), en [Según Antonio Baylos...](#), 24 febrero 2020

BAYLOS GRAU A., [Sobre la derogación del despido por absentismo](#), en [Según Antonio Baylos...](#), 19 febrero 2020

BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO P., *El edadismo: significado, causas y efectos en los ámbitos laboral y de la salud de las personas en edad de jubilación*, en AA.VV., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, 2019, tomo II

CRUZ VILLALÓN J., *La intervención de la Unión Europea en materia de despido*, en J. CRUZ VILLALÓN (ed.), *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, Tirant lo Blanch, 2012

CRUZ VILLALÓN J., *La regulación del despido en España: funciones y articulación jurídica*, en J. CRUZ VILLALÓN (ed.), *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, Tirant lo Blanch, 2012

ESCRIBANO GUTIÉRREZ J., *La mujer trabajadora en el derecho histórico del trabajo en España*, Comares, 2019

FALGUERA BARÓ M.Á., *La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral*, Bomarzo, 2013

GARCÍA VALVERDE M.D., MONEREO PÉREZ J.L., MORENO VIDA M.N., *Artículo 108. Calificación del despido por la sentencia*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, 2013

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., MERCADER UGINA J.R., *La constitucionalidad del despido objetivo por excesiva morbilidad o sobre quién debe asumir el coste del absentismo*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 226, pp. 13-20

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., MERCADER UGINA J.R., *La consolidación por el Tribunal Constitucional del principio de nulidad objetiva de los despidos durante el embarazo, aunque la empresa ignore el estado de la trabajadora*, en *Justicia Laboral*, 2008, n. 35, pp. 5-11

GÓMEZ SALADO M.Á., *El absentismo laboral como causa del despido objetivo. Puntos críticos en la redacción del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2019

GUINDO MORALES S., *Ámbito local*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020

GUINDO MORALES S., *Condiciones laborales de los trabajadores maduros: tiempo de trabajo y salud laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, 2019

LÓPEZ INSUA B.M., [La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones](#), en [e-Revista Internacional de la Protección Social](#), 2018, n. 1, pp. 74-109

LOUSADA AROCHENA J.F., *Maternidad y conciliación en el trabajo por cuenta ajena tras el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo: una primera aproximación*, en [Derecho Social y Empresa](#), 2019, n. 11, pp. 70-97

MARTÍN E., [Cuándo es nulo y cuándo no el despido de una trabajadora embarazada](#), en [Sincro Blog](#), 14 septiembre 2020

MARTÍNEZ GIRÓN J., *Despido improcedente*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2014

MARTÍNEZ GIRÓN J., *La Constitución y el despido*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003

MARTÍNEZ GIRÓN J., *El despido en los Estados Unidos e Inglaterra*, en F. CARMONA POZAS (coord.), *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, 1992

MARTÍNEZ GIRÓN J., ARUFE VALERA A., *La seguridad social, «en general», en los convenios de la OIT*, en [Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social](#), 2014, n. 112, pp. 35-48

MERCADER UGUINA J.R., *Artículo 53. Forma y efectos de la extinción por causas objetivas*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2012

MOLINA NAVARRETE C., [Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal](#), en [CEF – Laboral Social](#), 19 febrero 2020

MONEREO PÉREZ J.L., *La garantía jurídica del derecho social fundamental a la salud y la asistencia sanitaria*, en M.N. MORENO VIDA, M.T. DÍAZ AZNARTE (dirs.), *La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar. Una visión nacional y europea*, Comares, 2019

MONEREO PÉREZ J.L., [Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel](#), en [Lex Social](#), 2019, n. 1, pp. 681-746

MONEREO PÉREZ J.L., [Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social](#), en [Lex Social](#), 2018, n. 2, pp. 251-298

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

MONEREO PÉREZ J.L., *El despido colectivo tras las sucesivas reformas laborales*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: análisis de su régimen jurídico*, Comares, 2014

MONEREO PÉREZ J.L., *Protección en caso de despido injustificado (art. 30)*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012

MONEREO PÉREZ J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., *Artículo 122*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *El nuevo proceso laboral. Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, 2010

MONEREO PÉREZ J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., TRIGUERO MARTÍNEZ L.Á., *Artículo 122. Calificación de la extinción del contrato*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, 2013

- MONEREO PÉREZ J.L., FERNÁNDEZ BERNAT J.A., [*El Convenio OIT núm. 102 \(1952\) sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#), 2019, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, pp. 90-123
- MONEREO PÉREZ J.L., MORENO VIDA M.N., MALDONADO MOLINA J.A., GONZÁLEZ DE PATTO R.M., *Manual de Derecho de la Dependencia*, Tecnos, 2014
- MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G., *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Aranzadi, 2019
- MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G., *La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral. Estudio jurídico crítico a propósito de la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16: Ruiz Conejero, y el acervo comunitario sobre discriminación y discapacidad*, en *La Ley Unión Europea*, 2018, n. 57
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G., *El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las “bajas laborales” (A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE 20 noviembre)*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2019, n. 21, pp. 13-22
- MONEREO PÉREZ J.L., TOMÁS JIMÉNEZ N., voz *Derecho al trabajo*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2014
- MORENO I GENÉ J., *La extinción del contrato por absentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, n. 55
- MORENO VIDA M.N., *Las transformaciones sociales y tecnológicas y su incidencia en los sistemas nacionales europeos de asistencia sanitaria: apuntes para la reflexión*, en M.N. MORENO VIDA, M.T. DÍAZ AZNARTE (dirs.), *La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar. Una visión nacional y europea*, Comares, 2019
- MORENO VIDA M.N., [*Novedades en materia de modalidades contractuales: contrato indefinido para pequeñas empresas, trabajo a tiempo parcial y trabajo a distancia*](#), en [*Temas Laborales*](#), 2012, n. 115, pp. 193-220
- MURCIA CLAVERÍA A., *Despido improcedente: una sanción mínima y polémica que no garantiza el derecho a la protección contra el despido injustificado*, en F. VALDÉS DAL-RÉ, A. MURCIA CLAVERÍA (dirs.), *El despido en España tras la reforma laboral (2012-2014)*, Francis Lefebvre, 2018
- ORTEGA LOZANO P.G., [*El despido disciplinario*](#), Universidad de Granada, 2018
- PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003

- PALOMEQUE LÓPEZ M.C., *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991
- POQUET CATALÁ R., *Análisis del despido objetivo en los momentos actuales*, Aranzadi, 2017
- QUINTERO LYONS J.C., voz *Nulidad del despido*, en A. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARZ (coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2014
- RAMOS QUINTANA M.I., *Envejecimiento activo en la sociedad del cansancio*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 54, pp. 9-12
- ROJO TORRECILLA E., [Derogación del art. 52 d\) LET. Un artículo de dos líneas, y un preámbulo de seis páginas, que marcan el inicio del cambio de la normativa laboral. Notas al Real Decreto-Ley 4/2020 de 18 de febrero](http://www.eduardorjotorrecilla.es), en www.eduardorjotorrecilla.es, 19 febrero 2020
- SÁNCHEZ TRIGUEROS C., FOLGOSO OLMO A., [Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, n. 5
- SANGUINETI RAYMOND W., *La edad: ¿centenaria de las discriminaciones?*, en *Trabajo y Derecho*, 2019, n. 59, pp. 10-15
- SANGUINETI RAYMOND W., *Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales*, en *Relaciones Laborales*, 2012, n. 21-22, pp. 15-30
- SEMPERE NAVARRO A.V., QUINTANILLA NAVARRO Y.R. (dirs.), *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Consejo Económico y Social, 2009
- SEMPERE NAVARRO A.V., SAN MARTÍN MAZZUCCONI C., *Cuestiones introductorias*, en C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, A.V. SEMPERE NAVARRO (dirs.), *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*, Aranzadi, 2011
- TASCÓN LÓPEZ R., *Impugnación, recurribilidad y ejecución procesal del despido*, en J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (dir.), *Tratado del despido*, La Ley, 2018
- TOLODÍ A., [El TJUE otorga la máxima protección a trabajadores que defienden a una víctima de discriminación por embarazo](#), en *Argumentos en Derecho Laboral*, 17 septiembre 2019
- VILA TIERNO F., *Despido nulo y vulneración del derecho a la representación de los trabajadores. Libertad sindical y prioridad de permanencia. SJS Madrid núm. 12, de 29 abril 2016 (AS 2017, 1762)*, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2018, n. 209, pp. 247-254

De la reciente regulación del teletrabajo en las Administraciones Públicas y de la necesidad de una precisa concreción vía negociación colectiva desde la perspectiva de género*

Jorge BAQUERO AGUILAR**

RESUMEN: La pandemia internacional provocada por el Covid-19 ha generado una situación hasta el momento desconocida tanto a nivel internacional como nacional. Lo que nos ha llevado – entre otras cuestiones – a reformular muchos de los postulados acuñados dentro de nuestro ordenamiento jurídico con el único objetivo de adaptarnos a la nueva realidad. De ello no ha escapado la nueva regulación del teletrabajo en el marco del empleo público. Para algunos expertos, los niveles de implantación del teletrabajo han alcanzado cotas que en otras circunstancias hubiese conllevado muchos años lograr. No obstante así, los preceptos introducidos por el art. 47-*bis* del RDL 5/2015 se manifiestan como claramente insuficientes ante la multitud de aristas que presenta tanto la nueva implantación de dicho sistema de trabajo como su nueva regulación y su posterior concreción vía negociación colectiva. Lo que puede conllevar, desde nuestro punto de vista, un problema futuro en relación a su concreción debido tanto a la debilitación de la negociación colectiva, como al enorme arco negociatorio abierto derivado de nuestro sistema de descentralización administrativa. En relación a las empleadas públicas de nuestro sistema, la nueva regulación también plantea toda una serie de incógnitas y de posibles futuros problemas que, de no ser tomada en consideración la perspectiva de género, puede generar toda una serie de problemas en relación a todo un conjunto de elementos: riesgos de sobreexposición digital, problemas relacionados con la prevención de riesgos laborales, conciliación de vida laboral y familiar, etc. Es por ello por lo que, el

* Este artículo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de I+D+i, UMA18-FEDERJA-028, *Las nuevas tecnologías y su impacto en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: el impacto socio económico de la economía digital*, siendo, además, fruto de una investigación más precisa de la ponencia que se realizó por mi parte como ponente invitado en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

papel de la negociación colectiva, se plantea como factor crucial para no caer en una más que probable falta de atención a los derechos de nuestras empleadas públicas en general.

Palabras clave: Teletrabajo, estadísticas, nueva regulación, Covid-19, empleadas públicas, derechos digitales, prevención de riesgos laborales, negociación colectiva, conciliación de la vida laboral y familiar, triple presencia.

SUMARIO: 1. A modo de introducción. 2. Estadísticas sobre el personal empleado público en nuestro país. 3. La regulación previa del teletrabajo antes de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19. 4. De la nueva regulación y de su itinerario negociatorio. 5. Posibles riesgos que pueden afectar a las empleadas públicas derivados de una incorrecta implantación del teletrabajo. 5.1. Los derechos digitales y su posible afectación a la mujer trabajadora en el marco de las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas. 5.2. Prevención de riesgos laborales y empleada pública: breves anotaciones a ciertas particularidades a tener en consideración. 5.2.1. Los riesgos físicos. 5.2.2. Los riesgos psicosociales. 5.2.3. La conciliación de la vida laboral y familiar. 5.3. El riesgo de la “triple presencia” de las empleadas públicas: una “trampa silenciosa”. 6. De la necesidad imperiosa de una precisa, correcta y adecuada concreción vía negociación colectiva de los preceptos del art. 47-*bis* con vistas a una mayor protección jurídica futura de las empleadas públicas de nuestro país. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

About the Recent Regulation of Telework in Public Administrations and the Need for a Precise Concretion through Collective Bargaining from a Gender Perspective

ABSTRACT: The international pandemic caused by Covid-19 has generated a situation so far unknown both internationally and nationally. This has led us – among other issues – to reformulate many of the postulates coined within our legal system with the sole objective of adapting to the new reality. The new regulation of telework within the framework of public employment has not escaped this. For some experts, the levels of telework implementation have reached levels that in other circumstances would have taken many years to achieve. However, the precepts introduced by article 47-*bis* of the Royal Legislative Decree No. 5/2015 are manifested as clearly insufficient in the face of the multitude of edges that both the new implementation of said work system and its new regulation and its subsequent implementation via collective bargaining present. Which may entail, from our point of view, a future problem in relation to its realization due both to the weakening of collective bargaining and to the enormous open bargaining arc derived from our system of administrative decentralization. In relation to the women public employees of our system, the new regulation also raises a whole series of unknowns and possible future problems that, if the gender perspective is not taken into consideration, can generate a whole series of problems in relation to a whole set of elements: risks of digital overexposure, problems related to the prevention of occupational risks, work-life balance, etc. That is why the role of collective bargaining is considered a crucial factor in order not to fall into a more than probable lack of attention to the rights of our women public employees in general.

Key Words: Telework, statistics, new regulation, Covid-19, women public employees, digital rights, occupational risk prevention, collective bargaining, work-life balance, triple presence.

1. A modo de introducción

Podría considerarse ya casi como un tópico clásico el hecho de tener que hacer referencia al inicio de cualquier disertación en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social o de Derecho del Empleo Público a la incidencia del virus SARS-CoV-2 o de la enfermedad Covid-19. Pero lo cierto es que el gran impacto que ha provocado la pandemia mundial y la crisis sanitaria¹ ya es algo que casi hemos interiorizado y normalizado, cuestión que viene reflejándose también en la sangría normativa² que se ha producido a lo largo de estos largos meses y en las medidas que se han adoptado para atender a la situación de clara y manifiesta excepcionalidad que hemos vivido.

El Covid-19 ha impactado de una forma hasta el momento desconocida tanto a nivel mundial como nacional. La declaración del Estado de Alarma vía RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 ha sido una medida sin precedentes en nuestro país y; derivado de dicha medida excepcional, han sido la aprobación y publicación de numerosos e interminables Boletines Oficiales del Estado y de las Comunidades Autónomas intentando poner coto al avance del virus³; así como también para procurar introducir medidas de orden social⁴, sanitaria⁵, de empleo⁶,

¹ Vid. in extenso OIT, [La COVID-19 y el mundo del trabajo. Quinta edición. Estimaciones actualizadas y análisis](#), Observatorio de la OIT, 30 junio 2020.

² Véase al respecto J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, [La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre \(A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID 19 y las medidas legales adoptadas\)](#), en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 23, pp. 11-53; F. VIGO SERRALVO, *La protección jurídico-laboral de los trabajadores temporales en la normativa de emergencia. Comentario crítico*, en F. VILA TIERNO (dir.), *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Laborum, 2020, pp. 157-180; N. RECHE TELLO, *El derecho al trabajo en tiempos de excepcionalidad constitucional: la regulación laboral en torno al COVID-19 en España*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2020, n. 1, pp. 70-135.

³ Vid. in extenso la “apabullante” normativa al respecto en AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, [COVID-19: Derecho Europeo y Estatal](#), 2020.

⁴ Véase al respecto de dicha cuestión F. VILA TIERNO (dir.), *op. cit.*

⁵ Obsérvese el análisis de la jurisprudencia reciente en relación a la salud y seguridad en el trabajo derivado de la pandemia y el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad social en J.L. RUIZ SANTAMARÍA, [Prevención de riesgos laborales y COVID-19: intervención de la ITSS y novedades jurisprudenciales en relación a esta materia](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, n. 1, pp. 244-251.

⁶ En relación con el empleo véase F. VILA TIERNO, *Crisis del empleo en la situación generada por el COVID-19. Antecedentes*, en F. VILA TIERNO (dir.), *op. cit.*, pp. 15-44.

laboral⁷ y de Seguridad Social⁸, entre otras muchas materias⁹.

En ese sentido, a todos los niveles de descentralización administrativa de nuestro país, se han tomado una serie de medidas tan urgentes como necesarias con el ánimo de adaptarnos a la nueva situación tan disruptiva como abrupta a la que nos hemos tenido que enfrentar¹⁰. Una de las vertientes normativas que se ha venido a desarrollar de forma urgente ha sido la de la Administración Electrónica que ya tenía cierto recorrido dentro de nuestras instituciones¹¹, pero que se ha visto en la necesidad de reformular sus postulados y de acuñar nuevas inversiones derivado del enorme impacto que ha provocado la situación de crisis sanitaria.

En ese orden de cosas, y con objeto de adaptarnos a la nueva situación en relación a la Administración Electrónica, por parte del Gobierno de la Nación se ha puesto en marcha el [Plan España Digital 2025](#)¹² en el que se incluyen «cerca de 50 medidas agrupadas en diez ejes estratégicos con los que, durante los próximos cinco años, se pretende impulsar el proceso de

⁷ Obsérvese el tratamiento tan gráfico del estado de la cuestión que se vierte en A.V. SEMPERE NAVARRO, *El Derecho Laboral, la pandemia y las preposiciones*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2020, n. 964, y C. MOLINA NAVARRETE, [La pretendida “prohibición del cese laboral” en tiempos de COVID-19](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, n. 1, pp. 84-102.

⁸ En materia de Seguridad Social véase J.A. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Medidas excepcionales en materia de Seguridad Social durante el COVID-19*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2020, n. 1, pp. 136-175; J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, n. 56; J.L. MONEREO PÉREZ, [La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de Seguridad Social en la “Sociedad del Riesgo”](#), en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 424-505; C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, *La lucha contra la exclusión socio-laboral en España: 1990-2020*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2020, n. 1, pp. 5-14. En relación el Ingreso Mínimo Vital obsérvese la reciente obra impresa de J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, A.R. TRILLO GARCÍA, *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, 2020.

⁹ *Vid. in extenso* respecto de los plazos administrativos y procesales M.À. FALGUERA BARÓ, *Comentarios sobre la regulación excepcional derivada de la COVID-19 en materia procesal y de procedimientos administrativos*, en *Ciudad del Trabajo*, 2020, n. 32, pp. 132-159.

¹⁰ Véase al respecto J.L. MONEREO PÉREZ, [Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, n. 1, pp. 16-83.

¹¹ Sobre el estado de la cuestión antes de la crisis sanitaria véase L. PARDO, [Aplicación de las nuevas tecnologías en la Administración pública](#), en *Revista de Contabilidad y Dirección*, 2011, n. 13, pp. 105-126; Z. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (coord.), *Nuevas Tecnologías, Administración y Participación Ciudadana*, Comares, 2010; M.J. FABRA VALLS, J.L. BLASCO DÍAZ (eds.), *La administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, Universitat Jaume I, 2007, p. 13.

¹² Fruto de ello es también la [Orden ETD/920/2020, de 28 de septiembre, por la que se crea y regula el Consejo Consultivo para la Transformación Digital](#).

transformación digital del país, de forma alineada con la estrategia digital de la Unión Europea, mediante la colaboración público-privada y con la participación de todos los agentes económicos y sociales del país»¹³. Concretamente, es en el punto 5 de dicho informe donde se ataja la *Transformación Digital del Sector Público* con atención a una serie de objetivos específicos de entre los que destacamos:

- 1) el impulso de la digitalización de servicios públicos¹⁴;
- 2) la introducción de la Inteligencia Artificial¹⁵ en la articulación y ejecución de políticas públicas¹⁶.

El ya mencionado Estado de Alarma ha conllevado – entre otras muchas cuestiones – el confinamiento de prácticamente toda la población a excepción de las fuerzas y cuerpos de seguridad, el personal sanitario, bomberos, etc. Derivado de todo lo anterior – y a lo que nos interesa para el caso – una parte significativa del empleo público de nuestro país se ha visto “forzada”¹⁷ a desarrollar su trabajo desde casa haciendo uso de una herramienta que, hasta el momento, había sido poco utilizada en el marco de nuestras Administraciones Públicas (AAPP): el teletrabajo¹⁸. Otro de los frentes a los que el legislador ha tenido que atender de una forma tan urgente como necesaria tal y como analizaremos a lo largo de esta disertación.

Debido a la parca regulación que se ha aprobado recientemente al respecto de la cuestión, teniendo en cuenta el gran número de empleadas públicas con las que cuentan las diversas Administraciones de nuestro país en sus diferentes niveles de descentralización administrativa, y puesto que se pospone el desarrollo normativo y la concreción de los términos en los que

¹³ Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA, [Plan España Digital 2025](#).

¹⁴ Véase A. VAQUERO GARCÍA, [Nuevos retos laborales ante la digitalización: un análisis desde la perspectiva económica](#), en [Temas Laborales](#), 2020, n. 151, pp. 311-326; I. MARÍN ALONSO, [Digitalización e innovación tecnológica en la AAPP: la necesaria redefinición de los derechos de los empleados públicos](#), *idem*, pp. 373-396.

¹⁵ Vid. D. MONTOYA MEDINA, [Nuevas relaciones de trabajo, disrupción tecnológica y su impacto en las condiciones de trabajo y empleo](#), en [Revista de Treball, Economia i Societat](#), 2019, n. 92.

¹⁶ Véase al respecto de la cuestión J.I. CRIADO (ed.), *Nuevas tendencias en la gestión pública. Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas administraciones públicas colaborativas*, INAP, 2017.

¹⁷ En esos mismos términos se manifiesta F. ROSENBAUM CARLI, [El teletrabajo dependiente: cuestiones centrales a torno a su regulación](#), en [Revista Jurídica del Trabajo](#), 2020, n. 2, p. 294.

¹⁸ Las cifras de implantación del teletrabajo en el marco de nuestras AAPP anteriores a la crisis sanitaria eran bastante bajas. Véase los datos por Ministerios en el año 2014 extraídos de [STATISTA](#). Cifras más actualizadas las podemos encontrar en B. ANGHEL, M. COZZOLINO, A. LACUESTA, [El teletrabajo en España](#), en [Boletín Económico Banco de España](#), 2020, n. 2, y INE, [El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-17](#), Cifras INE, 2020, n. 2.

se ha de prestar el teletrabajo en el marco de las AAPP vía negociación colectiva; consideramos que en ese marco negociador se habrían de tener en cuenta una serie de cuestiones concretas al objeto de desarrollar dichos preceptos teniendo en cuenta la perspectiva de género en el marco del empleo público.

2. Estadísticas sobre el personal empleado público en nuestro país

Afortunadamente, la incorporación de la mujer al mundo del trabajo¹⁹ – aunque todavía quedan muchas cuestiones pendientes por desarrollar y concretar – es ya una realidad más que consolidada en nuestro país²⁰. Situación de la que no escapa el marco del empleo público. Si observamos las estadísticas que se nos muestra en el Registro Central de Personal del Ministerio de Política Territorial y Función Pública del Gobierno de España a fecha de enero de 2020²¹, nos encontramos con que en España contamos con un total de 2.597.126 empleados públicos. Del total de todos ellos 512.767 pertenecen a la Administración General del Estado (el 19,74%), 1.514.126 a las Comunidades Autónomas (el 58,29%) y 570.819 a la Administración Local (el 21,97%). Si nos acercamos a dichos datos en las diversas Administraciones desde el punto de vista de la tipología de personal y sexo en porcentajes, nos encontramos con los siguientes datos: dentro de la categoría de funcionario de carrera nos encontramos con que la mujer ocupa el 51,6% de dichos puestos, ocupando el porcentaje de 48,4% el sector masculino. Donde mayor porcentaje de mujeres funcionarias existe es en el marco de las Comunidades Autónomas. También supera el porcentaje de mujeres con respecto al de los hombres en la categoría de personal laboral: un 54,8% de mujeres frente al 45,2% de hombres. En este caso, donde mayor nivel de implantación tienen las mujeres es en las Entidades Locales seguidas de las comunidades Autónomas apostándose en último lugar la Administración General del Estado. Es en la categoría de otro personal donde el colectivo femenino

¹⁹ Sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora *vid. in extenso* M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019, obra reseñada por J. BAQUERO AGUILAR, *Reseña de “Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica”*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, n. 1, pp. 318-322.

²⁰ *Vid.* J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015.

²¹ *Vid.* GOBIERNO DE ESPAÑA, *Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Registro Central de Personal. Enero 2020*.

obtiene los mayores niveles de porcentaje con respecto a los hombres. El 72% de esa categoría son mujeres frente al 28% de hombres.

En cómputo global, observamos que dentro del empleo público de nuestro país la mujer ocupa un total del 56,7% frente al 43,3% que ocupan los hombres superando en número a los mismos en más de un 13%²². Datos todos ellos que nos muestran la importancia y relevancia de la cuestión que venimos abordando a lo largo de este trabajo, y que refuerzan nuestra tesis de partida de que la concreción legal vía negociación colectiva en los diversos niveles administrativos de nuestra Administración en relación al teletrabajo necesariamente ha de contemplar la perspectiva de género a la hora de regular el mismo en el marco de nuestras AAPP.

3. La regulación previa del teletrabajo antes de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19²³

Hasta el momento de la irrupción de la crisis sanitaria el marco regulatorio previo del teletrabajo era muy escaso, por no decir nulo. No se había considerado como necesario su regulación puesto que los niveles de implantación del teletrabajo en el marco del empleo público eran muy reducidos (sobre todo dirigidos a personal de alta dirección y altos cargos de la Administración General del Estado). Un factor que consideramos de cierta relevancia – y que explicaría su poco desarrollo – es que la cultura del teletrabajo era poco admitida frente a la tradicional cultura del “presentismo” laboral: término que usamos en esta ocasión en el buen sentido de las diversas acepciones que puede extraerse del mismo²⁴.

Desde el punto de vista regulatorio, los antecedentes normativos internacionales más importantes en relación al teletrabajo que podían aportar un poco de luz en todo este asunto venían vinculados, de entrada, con lo siguiente:

- 1) el Convenio OIT C177 sobre el trabajo a domicilio de 1996 pero que no has sido ratificado por España. Convenio que va acompañado por la Recomendación OIT R184 sobre el trabajo a domicilio (poco aludido dentro de nuestro ordenamiento jurídico y dentro del marco de la

²² Obsérvese el análisis del [Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Registro Central de Personal. Enero 2020](#), cit., como documento analítico de referencia.

²³ Vid. H. ÁLVAREZ CUESTA, [Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia](#), en [Lan Harremanak](#), 2020, n. 43, pp. 175-201.

²⁴ Para D. MONTOYA MEDINA, [op. cit.](#), p. 2, «resulta inevitable plantearse qué repercusiones está produciendo la revolución tecnológica en las relaciones de producción y qué retos plantea dicho escenario para nuestro ordenamiento jurídico».

negociación colectiva en nuestro país hasta el momento);

- 2) el *Acuerdo marco Europeo sobre Teletrabajo* firmado en Bruselas en el año 2002 y revisado en 2009. De alcance obligacional y no normativo, el objeto de dicho Acuerdo es el de «elaborar un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores»²⁵. Acuerdo que se venía teniendo como “referente” conceptual en el marco de nuestro empleo público en materia de teletrabajo²⁶.

Atendiendo ya a la normativa interna de nuestro país, el RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)²⁷, contenía ciertos preceptos al respecto:

- 1) el art. 13 regulaba el “teletrabajo” casi en los mismos términos que el Acuerdo Marco Europeo anteriormente mencionado, pero denominándolo como “trabajo a distancia” y no como teletrabajo (aplicable en el caso del empleo público directamente al personal laboral de las AAPP);
- 2) el art. 34.8 ET hacía referencia al mismo en el párrafo primero de dicho apartado al hacer alusión a la adaptación y distribución de de la jornada de trabajo como medida de conciliación;
- 3) lo preceptuado en el § 3 del mismo apartado 8 de dicho art. 34 deja en manos de la negociación colectiva el mecanismo por el que se «pactarán los términos de su ejercicio» con el objeto de garantizar la discriminación²⁸;
- 4) siguiendo con el art. 34.8, § 3, en caso de ausencia de negociación colectiva será la propia persona trabajadora la que entablará las negociaciones con la empresa²⁹.

En el marco de la negociación colectiva dentro del ámbito de las relaciones laborales comunes contábamos también con el *III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017*, cuyo contenido es prorrogado por

²⁵ Véase al respecto Á. BELZUNEGUI ERASO, *Teletrabajo en España, acuerdo marco y administración pública*, en *Revista Internacional de Organizaciones*, 2008, n. 1, pp. 129-148.

²⁶ En ese sentido, en el Dictamen CES 22 julio 2020, n. 2, *Sobre el Anteproyecto de Ley de Trabajo a Distancia*, p. 10, el CES consideraba que «la intervención normativa que se lleve a cabo en esta materia debería apostar por el máximo respeto al espíritu y al fondo del Acuerdo marco europeo de referencia».

²⁷ *Vid. in extenso* A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2019.

²⁸ *Vid. in extenso* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Discriminación de género y “otras” discriminaciones: la discriminación múltiple a las mujeres*, en J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *op. cit.*, pp. 21-40.

²⁹ Sobre esta cuestión, véase G.F. MORARU, *Los derechos de comunicación de los representantes de los trabajadores: nuevas dimensiones a la luz de las TIC*, Bomarzo, 2020.

el *IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018, 2019 y 2020*³⁰, donde se establece una línea similar a la del *Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo* del año 2002 con algunos criterios que pueden ser utilizados por las empresas y por los trabajadores y sus representantes en relación al teletrabajo.

Por su parte, en el marco regulatorio de la Función Pública, en el RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) no se establecía ninguna cláusula expresa al respecto; sino referencias genéricas en materias de permisos (vía art. 49) sobre la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal familiar y laboral; pero nada específico en relación al teletrabajo³¹. Aunque no directamente referido al teletrabajo, pero sí indirectamente relacionado, lo que sí que se establece de forma expresa el art. 14.*j-bis* TREBEP es el derecho individual del empleado público «A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia [³²] y geolocalización, así como a la desconexión digital [³³]». Precepto éste que está en clara correspondencia con lo establecido por la [Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales \(LOPDGDD\)](#), que dedica el Título X a la *Garantía de los derechos digitales*. Concretamente, el art. 88 de dicha Ley Orgánica regula el *Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral* tanto para los trabajadores como para los empleados públicos³⁴ (vía art. 88.1) dejando un amplio margen a la negociación colectiva para detallar más cuestiones al respecto³⁵. Se pretende potenciar «el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar» (*ex art. 88.2*); teniéndose que prevenir la

³⁰ [Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.](#)

³¹ Para Á. BELZUNEGUI ERASO, *op. cit.*, p. 145, «el Estatuto del Empleado Público no se pronuncia sobre las condiciones de trabajo de los teletrabajadores de un servicio determinado. Al respecto, la Administración pública hace suyas las recomendaciones que al respecto efectuó en su día el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo a la hora de plantear los planes piloto y de realizar su seguimiento».

³² *Vid. in extenso* A. DELGADO JIMÉNEZ, [La videovigilancia de los trabajadores mediante cámaras ocultas: el caso López Ribalda y otros C. España \(STEDH de 17 de octubre de 2019\)](#), en [Revista Jurídica del Trabajo, 2020, n. 2](#), pp. 118-142.

³³ *Vid.* F. TRUJILLO PONS, *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, 2020.

³⁴ Para I. MARÍN ALONSO, *op. cit.*, pp. 386-387, el derecho a la desconexión digital «en el ámbito público, es concebido como un auténtico derecho individual del empleado público – y no una mera faceta del derecho al descanso como ocurre en el sector privado, aunque las diferencias entre uno y otro sean irreconocibles –».

³⁵ Obsérvese el análisis de Ó. REQUENA MONTES, [Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva](#), en [Lex Social, 2020, n. 2](#), pp. 541-560.

preservación del derecho «a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas» tal y como recoge el apartado 3 del mismo art. 88³⁶. En ese sentido, la Disposición Final decimotercera de la [LOPDGDD](#) modificaba el texto de la Ley del Estatuto de los Trabajadores añadiendo un art. 20-*bis* que regularía los *Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión* que, en este caso, sería aplicable sólo al personal laboral de las AAPP³⁷.

³⁶ B. TORRES GARCÍA, *Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica*, en *esta Revista*, 2020, n. 1, p. 248, plantea diversos mecanismos de preservación del derecho a la desconexión digital: «1) el apagado inmediato de los dispositivos informáticos una vez concluida la jornada laboral; 2) el sistema de alerta que avisa al trabajador que realiza más de cinco conexiones fuera de la jornada laboral, implantado por la empresa Michelin; 3) el sistema *mail on holiday* de Mercedes Benz, que redirige los correos entrantes a otros profesionales en activo de la empresa, en períodos de vacaciones; 4) el sistema de desconexión de servidores entre una franja horaria, impulsado por Volkswagen; 5) el reconocimiento de la no obligación de contestar llamadas, mensajes o correos fuera de la jornada laboral (del Banco Santander, Ikea y Vueling Airlines)». En esa misma línea, en el art. 15.1.4 de la reciente [Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro](#), se considera que «para una mejor gestión del tiempo de trabajo, se considerarán buenas prácticas: [...] promover la utilización de la configuración de la opción de envío retardado en los correos electrónicos que se emitan por parte de aquellas personas trabajadoras fuera de la jornada laboral y no concurren las circunstancias a las que se refiere el apartado 3 anterior; programar respuestas automáticas, durante los periodos de ausencia, indicando las fechas en las que no se estará disponible, y designando el correo o los datos de contacto de la persona a quien se hayan asignado las tareas durante tal ausencia».

³⁷ No obstante así, cierto es que existían algunos vagos referentes regulatorios además de lo anteriormente expuesto: 1) la [Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales](#); 2) un [Manual para la implantación de dicha Orden Ministerial](#); 3) la inclusión dentro la [Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos](#) de una habilitación en su Disposición Final Sexta para la regulación del teletrabajo en la Administración General del Estado; 4) la [Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012](#) donde se recoge la *Modernización y nuevas tecnologías* como medida de impulso de la buena administración, la calidad y la eficacia en los servicios públicos; 5) la [Resolución de 26 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos](#), plan recogido en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015; 6) además del tratamiento transversal ya comentado que opera al respecto todo lo recogido en el Título X [LOPDGDD](#).

Como se puede observar, una muy parca regulación al respecto del teletrabajo en el marco de las AAPP y con muy poco contenido normativo, lo que ha obligado al legislador nacional a introducir vía negociación colectiva preceptos normativos que atiendan la urgente necesidad generada por el Covid-19 y la posterior crisis sanitaria³⁸.

4. De la nueva regulación y de su itinerario negociatorio

Se considera por parte del legislador – y derivado de toda la crisis sanitaria y del grave impacto que ha tenido la misma sobre nuestras AAPP – como urgente y necesario la regulación del teletrabajo para incorporarla a nuestro ordenamiento jurídico tanto para las relaciones laborales comunes en general como para las relaciones de trabajo en el marco de las AAPP en particular³⁹.

En ese orden de cosas, en los primeros meses del Estado de Alarma se produjo un anuncio por parte de las diversas Administraciones de nuestro país (Estatual, Autonómica y Local) en el que acuerdan impulsar la reforma del TREBEP con el objetivo de adaptarlo a las necesidades actuales provocadas por la crisis sanitaria y de impulsar el teletrabajo. Después de un primer borrador de Anteproyecto de Ley de Teletrabajo que ha sufrido la oposición de los agentes sociales, y de una segunda propuesta filtrada, se ha dado lugar definitivamente al RD-L 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia⁴⁰, donde no se da cabida al personal de las AAPP tal y

³⁸ Desde el punto de vista de la jurisprudencia todavía es pronto para disponer de sentencias en base a la nueva regulación del teletrabajo. No obstante así, y en relación al mismo, a nivel jurisprudencial – y siempre fuera del marco de la AAPP y en el entorno de las relaciones laborales comunes – nos encontramos con un ramillete de sentencias a tener en cuenta: la STS 11 abril 2005 en relación a la voluntariedad de aceptación del teletrabajo; la STSJ de Cataluña de noviembre 2006 relativa a la no participación de los costes laborales del trabajador en la empresa; la STSJ de Murcia 27 abril 2015 confirmatoria de la extinción de la relación laboral instada por un trabajador vía art. 50.1.c ET tras la imposición por parte del empleador del teletrabajo sin compensación por costes adicionales derivados del teletrabajo al trabajador; la STJ de Castilla y León 3 febrero 2016 sobre tiempo de trabajo que garantice los límites de los mismos y los descansos; y la SAN 6 febrero 2019 que declara la nulidad que declara como nulo el hecho de que el trabajador tenga que aportar su teléfono móvil personal y la conexión a internet para instalarles un sistema de geolocalización.

³⁹ El teletrabajo «ha pasado así a asumir una importancia desconocida entre nosotros debido a la necesidad de hacer frente a la propagación incontrolada del virus COVID-19» (W. SANGUINETI RAYMOND, *¿La hora del teletrabajo?*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 66).

⁴⁰ Obsérvese el exquisito análisis al respecto de la cuestión de las diferentes versiones del Anteproyecto de Ley que realiza el profesor E. ROJO TORRECILLA, [Texto comparado, y](#)

como establece el art. 1.

Derivado de dicha exclusión se produce la ratificación de un acuerdo anunciado por parte de los sindicatos y del Gobierno el 21 de septiembre de 2020 en la Mesa General de Empleados Públicos para la modificación del TREBEP en relación a la regulación del teletrabajo en las AAPP. En ese sentido, el Gobierno de España – vía art. 36.1 TREBEP – acuerda con las AAPP y con los sindicatos la regulación del teletrabajo en dicho ámbito. De forma que «La regulación del teletrabajo en las administraciones públicas se incorporará en un nuevo artículo 47 bis en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP)» vía RD-L 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19. En base a su Disposición Final Segunda relativa a la *Adaptación de normas*, «las Administraciones Públicas que deban adaptar su normativa de teletrabajo a lo previsto en este real decreto-Ley dispondrán de un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del mismo»⁴¹.

La futura regulación tendría que contemplar toda una serie de parámetros con el único objeto de respetar no sólo los derechos laborales de los trabajadores como pudieran ser la negociación colectiva, todo lo relativo a la prevención de riesgos laborales (PRL), la conciliación de la vida personal y laboral, etc.; sino que también tendría que contener ciertas referencias en relación derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución⁴²: el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales⁴³, el derecho a la integridad física y moral, la protección de datos personales⁴⁴, el derecho a la desconexión digital, los derechos de intimidad frente a dispositivos de grabación de sonidos en lugar de trabajo⁴⁵, todo lo relativo a la

anotaciones, de la primera versión del Anteproyecto de Ley de trabajo a distancia (20 de junio) y del último documento presentado a los agentes sociales (1 de septiembre). Mucho más que meros retoques: del derecho de la persona trabajadora a la potenciación de la intervención empresarial y la regulación pactada, en www.eduardorojotorrecilla.es, 5 septiembre 2020.

⁴¹ Vid. in extenso V. ALMONACID LAMELAS, *Regulado el teletrabajo para las AAPP: el nuevo artículo 47 bis del TREBEP*, en *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2020, n. 11.

⁴² Sobre la posible vulneración de derechos fundamentales inespecíficos de los empleados públicos véase I. MARÍN ALONSO, *op. cit.*, p. 377.

⁴³ Detallado análisis sobre la jurisprudencia más incisiva al respecto es el que se realiza en M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, *Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 519-525. Véase también al respecto R. POQUET CATALÁ, *La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador*, en *ibidem*, 2018, n. 1, pp. 113-135.

⁴⁴ Vid. in extenso E. SIERRA HERNÁIZ, *El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores*, en *Temas laborales*, 2020, n. 152, pp. 115-138.

⁴⁵ Detalladamente analizado también en M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, *op.*

ciberseguridad, el papel que ha de jugar la Inspección de Trabajo, etc.⁴⁶.

Otras cuestiones de notable relevancia que cabía esperar que se contemplasen dentro de esa regulación – para el caso que nos interesa – son las siguientes:

- a) los mecanismos de control de los tiempos de trabajo⁴⁷ y del cumplimiento efectivo del mismo⁴⁸ evitando el “presentismo laboral”⁴⁹;
- b) la no transferencia de los costes laborales a los empleados públicos derivados de la prestación del servicio dentro de sus hogares;
- c) la necesaria articulación de la protección de los derechos sindicales y de la negociación colectiva teniendo en cuenta que el teletrabajo “deslocaliza” y debilita la masa laboral;
- d) la formación de los empleados públicos para no incurrir en una futura “brecha digital”⁵⁰.

No obstante todo ello, y tal y como nos tiene acostumbrado el legislador nacional, casi más larga es lo que se podría denominar como la Exposición de Motivos o el Preámbulo del Real Decreto-Ley (más de 7 páginas) que el contenido normativo o derecho material que introduce en nuestro ordenamiento jurídico⁵¹. Tan sólo un artículo para la regulación del teletrabajo en el ámbito de las AAPP⁵². Como venimos poniendo de manifiesto, muy escasa regulación para tan importante cuestión y para la gran cantidad de activos con los que cuentan nuestras AAPP, y una derivación expresa para casi todas las materias relacionadas con el teletrabajo a su concreción vía negociación colectiva. Lo que no hace sino

cit., pp. 525-534.

⁴⁶ Véase al respecto de las transformaciones sufridas en los últimos años en relación a las relaciones laborales en general y la digitalización de la economía J. CRUZ VILLALÓN, *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*, en *Temas laborales*, 2017, n. 138, pp. 13-47.

⁴⁷ Oportuno análisis al respecto de la cuestión en M. LÓPEZ BALAGUER, F. RAMOS MORAGUES, *op. cit.*

⁴⁸ Sobre la evaluación del desempeño dentro de las AAPP de nuestro país véase AA.VV., *Nuevos tiempos para la función pública. Propuestas para atraer y desarrollar el talento en la Administración General del Estado*, INAP, 2017, pp. 175-182.

⁴⁹ *Vid. in extenso* sobre este aspecto WOLTERS KLUWER, *Registro horario y teletrabajo*, en www.wolterskluwer.com/es, 7 julio 2020.

⁵⁰ Véase E.M. SIERRA BENÍTEZ, *La consolidación del teletrabajo y las variantes subjetivas en el Derecho del Trabajo*, en *Revista Jurídica del Trabajo*, 2020, n. 2, pp. 269-284.

⁵¹ Véase al respecto de la cuestión E.M. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 2020, n. 117, pp. 20-21.

⁵² *Vid. el interesante tratamiento que otorga al estado de la cuestión en R. CARRODEGUAS MÉNDEZ, La nueva regulación jurídica del teletrabajo en España y su incidencia en el ámbito de la Administración Pública*, en elconsultor.laley.es, 24 septiembre 2020.

plantear serios interrogantes teniendo en cuenta varias cuestiones de suma importancia a las que se podrían enfrentar el colectivo de empleadas públicas de nuestro país si se produjese una deficiente concreción normativa vía negociación colectiva de los genéricos preceptos contenidos en el art. 47-*bis* TREBEP.

5. Posibles riesgos que pueden afectar a las empleadas públicas derivados de una incorrecta implantación del teletrabajo⁵³

De la redacción del dicho precepto introducido en el art. 47-*bis* TREBEP, y en relación al hilo conductor de este análisis sobre el teletrabajo y las empleadas públicas en el marco de nuestras Administraciones e instituciones públicas, llama poderosamente la atención varias cuestiones:

- 1) toda la cuestión relativa a la protección de datos, a la desconexión digital, a la seguridad, a la educación digital, a la intimidad en los entornos digitales, etc⁵⁴;
- 2) todo lo relativo a la PRL que se formula con una remisión expresa a la normativa actual de una forma genérica. Normativa que, dicho sea de paso – opinión general de la mayoría de la doctrina –, necesitaría de una actualización urgente que se adapte a las necesidades actuales debido a la enorme evolución de la técnica⁵⁵;
- 3) el riesgo de la “triple presencia” de las empleadas públicas: un nuevo elemento que se podría introducir en base a la imprecisa formulación del nuevo precepto y del que hablaremos con más detalle *ut infra*.

⁵³ Para mayor abundamiento véase CCOO, [El teletrabajo desde la perspectiva de género y salud laboral](#), 2020.

⁵⁴ *Vid. in extenso* E.J. MONREAL BRINGSVAERD, J. THIBAUT ARANDA, Á. JURADO SEGOVIA (coords.), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, 2020.

⁵⁵ Lo que pone de manifiesto M.T. IGARTUA MIRÓ, [La obligación de seguridad 4.0](#), en [Temas Laborales](#), 2020, n. 151, p. 341, cuando dice que «En una sociedad hipertecnológica y una vez tipificado el riesgo de fatiga informática en el art. 88 LOPD, convendría llamar la atención sobre la exigencia de actualizar el RD sobre pantallas de visualización (RD 488/1997, de 14 de abril), notablemente superado por los cambios de los últimos veinte años, con disposiciones que abordan de forma más precisa los riesgos ligados a un uso intensivo y universal de las TICs».

5.1. Los derechos digitales y su posible afectación a la mujer trabajadora en el marco de las relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas

Toda la cuestión de los derechos digitales presenta una clara diferencia en cuanto a su tratamiento y desarrollo cuando se trata de relaciones laborales comunes o de empleo público. Podría decirse que en el ámbito de lo público se podrían considerar como auténticos derechos individuales, cosa que no se entiende así en el marco de las relaciones laborales comunes. No obstante así, y aunque la percepción subjetiva de un mayor nivel tanto de implantación como de reconocimiento de los mismos es claramente patente y manifiesta, todo lo relativo a los derechos digitales plantea también toda una serie de problemas en relación a las empleadas públicas de nuestro país derivado de la nueva regulación.

En ese sentido, observar como toda la cuestión relativa a los derechos digitales como pueden ser la protección de datos, la desconexión digital⁵⁶, la seguridad digital⁵⁷, la educación digital, la intimidad en los entornos digitales⁵⁸, etc.; no aparece contemplada dentro del art. 47-*bis* TREBEP. La única referencia a tales cuestiones viene de forma genérica en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley con el nulo valor normativo que ello supone. Lo que resulta, por tanto, es una remisión expresa a la normativa en vigor en la [LOPDGDD](#) que ya plantea ciertos vacíos y lagunas al respecto desde la configuración de dicha norma, según pone de manifiesto la doctrina científica⁵⁹.

Hay que tener presente en ese sentido que, derivado de la futura implantación del teletrabajo, nuestras empleadas públicas van a estar

⁵⁶ En palabras de Igartua Miró, «Sería conveniente reubicar y mejorar la regulación de la desconexión digital, especificando el deber empresarial de abstención y el propio cometido de la negociación colectiva o soluciones supletorias, a fin de garantizar su eficacia» (*idem*).

⁵⁷ En palabras de F. ROSENBAUM CARLI, *op. cit.*, p. 299, y abordando toda esta serie de cuestiones, «no menos importante son aquellos aspectos relativos a la ciberseguridad, dado que evidentemente, esta modalidad de trabajo puede ocasionar graves problemas de seguridad en el ciberespacio, pudiendo perjudicar tanto al propio trabajador, así como también a su empleador u otros compañeros de trabajo que accedan a la misma red virtual y electrónica expuesta a invasiones externas [...] que pueden generar contingencias [...] en lo relativo al acceso de información confidencial o privilegiada, así como posibles vulneraciones a la privacidad de los trabajadores [...] al exponer información y datos personales por el uso de las tecnologías».

⁵⁸ *Vid. in extenso* A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, [La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales](#), en [Temas Laborales](#), 2020, n. 151, pp. 275-292.

⁵⁹ En similares términos se manifiesta B. TORRES GARCÍA, *op. cit.*, pp. 255-258; también M.R. VALLECILLO GÁMEZ, [El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados](#), en [esta Revista](#), 2020, n. 1, p. 217.

expuestas a una mayor exposición tecnológica – en el amplio sentido del término – con el riesgo que conlleva también de ciertos niveles de exposición de su vida y personalidad íntima⁶⁰. Lo que es considerado por nuestra parte como una cuestión de urgente, necesaria y precisa concreción posterior vía negociación colectiva para atender a todas estas cuestiones litigiosas y controvertidas que se podrían plantear.

Sin ánimo de exhaustividad, podrían destacarse una serie de posibles problemas futuros al respecto de la cuestión que venimos abordando: la protección de datos de carácter personal⁶¹, la desconexión digital⁶², la seguridad digital, la educación digital, la “brecha digital”, la intimidación en los entornos digitales⁶³ – teniendo en cuenta que las empleadas públicas trabajarían desde casa –, las brechas de seguridad, la grabación de imágenes y sonidos, etc.

Tal como venimos analizando, recoge el TREBEP en su art. 14.j el derecho individual del empleado público «A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales». Dicha legislación vigente no es sino la [LOPDGDD](#), que dedica el Título X a la *Garantía de los derechos digitales*. El art. 88 de dicha Ley Orgánica se recoge el *Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*; dejando un amplio margen a la negociación colectiva para el detalle de estas cuestiones el apartado 1 de dicho artículo. El art. 88.2 pretende potenciar «el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar»; teniéndose que prevenir la preservación del derecho «a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas» según se establece en el art. 88.3.

Por su parte, el art. 87 regula el *Derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales*

⁶⁰ Para H. ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, p. 188, «los datos masivos generados por la persona teletrabajadora van a permitir su tratamiento a través de algoritmos y programas de inteligencia artificial, dejando a quien teletrabaja en situación de completa “transparencia”, no sólo respecto a su labor, sino a su personalidad íntima».

⁶¹ *Vid. in extenso* E. SIERRA HERNAIZ, *op. cit.*

⁶² *Vid.* M.R. VALLECILLO GÁMEZ, *op. cit.*, p. 217.

⁶³ Relacionado con la desconexión digital, en el artículo 15.1. (relativo a los *Derechos digitales*) de la reciente [Resolución de 23 de noviembre de 2020](#), cit., se establece que «las entidades realizarán acciones de formación y sensibilización sobre la protección y respeto del derecho a la desconexión digital y laboral y sobre un uso razonable y adecuado de las TIC, dirigidas a todos los niveles de la organización, y para ello pondrá a disposición de todas las personas trabajadoras, la información y/o formación necesaria».

en el ámbito laboral. En ese sentido, el apartado 1 recoge que «Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador». Y sigue el apartado 2 diciendo que «El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos»; debiéndose establecer, según el apartado 3, «criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente». Nos parece una cuestión de suma importancia la del acceso por parte del empleador al contenido de los dispositivos digitales. En ese sentido, nos dice el último párrafo del artículo que «El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados»; debiendo ser informados los trabajadores de «los criterios de utilización».

Cuestiones que podrían suscitar ciertas controversias legales así como cierta litigiosidad en el futuro – además de las anteriormente relacionadas – son las previstas en el art. 89 de dicha Ley Orgánica relativo al *Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo*. Dice así el apartado 1 del art. 89: «Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo»; debiendo «Los empleadores [...] de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida». Pero más interesante resulta el apartado 2 del mismo art. 89 cuando nos dice que «En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos».

Y ante estos preceptos nos planteamos lo siguiente: ¿qué sucedería en las circunstancias previstas donde parte de las reuniones de coordinación – e incluso la previsión de futuras citas telemáticas con los usuarios de nuestras

AAPP – fuesen grabadas y se llevase a cabo un mal uso de las mismas teniendo en cuenta que las empleadas públicas trabajarían desde la intimidad sus propios hogares? Hay que tener muy presente que todas estas cuestiones pueden dar lugar a la transgresión de derechos fundamentales inespecíficos⁶⁴ de las empleadas públicas como pueden ser los recogidos en el art. 18.1 de la Constitución Española relativo al derecho a la intimidad⁶⁵, en el art. 18.4 relativo a la protección de datos⁶⁶ y a la propia imagen⁶⁷ de las empleadas públicas y el art. 18.3 relativo al derecho al secreto de las comunicaciones en el desarrollo de su trabajo⁶⁸.

En cuanto a lo estipulado en el art. 90 de la misma Ley Orgánica relativa al *Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral*, este precepto no parece plantear de entrada problemas al respecto el teletrabajo llevado a cabo por parte de una empleada pública. Pero si es cierto que podrían suscitarse ciertas controversias en relación al control de los tiempos de trabajo a través de los terminales si no se lleva a cabo una correcta y adecuada implementación de los mecanismos de control de los mismos. Por otra parte, la Disposición Adicional Primera de dicha Ley Orgánica prevé las medidas de seguridad informática que se han de tener en cuenta en el ámbito del sector público. Pero, y a la luz de la nueva normativización y de las nuevas circunstancias, consideramos que es vaga y genérica dicha regulación por lo que el desarrollo vía negociación colectiva en relación con las empleadas públicas debería contemplar todas estas cuestiones de una manera tan precisa como oportuna.

En otro orden de cosas, pero directamente relacionado, la ciberseguridad es considerada como elemento fundamental a la hora de desarrollar la actividad laboral de forma telemática, puesto que derivado de esta modalidad de trabajo se pueden ocasionar importantes problemas de seguridad pudiendo perjudicar tanto al trabajador como a la Administración

⁶⁴ Vid. in extenso J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020.

⁶⁵ Vid. C. MOLINA NAVARRETE, *Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE y normas concordantes)*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *op. cit.*, pp. 265-290.

⁶⁶ Vid. J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *La protección de datos de carácter personal en el ámbito de la relación laboral como derecho fundamental inespecífico (art. 18.4 CE y normas concordantes)*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *op. cit.*, pp. 315-344.

⁶⁷ En relación a la discriminación de la imagen de la mujer vid. J. CRUZ VILLALÓN, *Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo*, en J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *op. cit.*, pp. 61-86.

⁶⁸ Véase al respecto a A.L. DE VAL TENA, *Derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE y normas concordantes)*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *op. cit.*, pp. 291-314.

Pública a la que pertenece; pudiéndose generar además incidencias en todo lo relativo a la información confidencial o privilegiada así como posibles vulneraciones de la privacidad de las empleadas públicas. Y dentro del marco conceptual de la *ciberseguridad* también se habría de tener en cuenta todo lo relativo al *ciberacoso* al que pudieran verse sometidas las empleadas públicas; debiendo hacerse una clara distinción entre el *ciberacoso*, el acoso laboral y el acoso por razón de sexo derivado de la implantación del teletrabajo que; aunque pudieran tener algunos puntos en común, la diferenciación no es sólo notable si no que también muy necesaria⁶⁹.

Como ya hemos dicho, toda la cuestión relativa a los derechos digitales no aparece contemplada dentro del art. 47 *bis* TREBEP. La única referencia a tales cuestiones viene de forma genérica en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley que hace una remisión expresa a la vigente Ley de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales que recoge, a su vez, toda la doctrina judicial del Tribunal Constitucional interpretada y modificada en ocasiones por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante así, a pesar de que la vigente [LOPDGDD](#) ha venido a regular muchas de estas cuestiones, en muchos otros aspectos deja muchas otras en un limbo interpretativo.

Ciertamente, nos asaltan serias dudas al respecto de cómo se articularán dichas medidas en el caso del teletrabajo en el ámbito de la función pública de nuestro país en general y en todo lo relativa a las empleadas públicas en particular. Lo que no hace sino plantear un escenario incierto ante toda esta serie de cuestiones suscitadas. Se ha de tener muy presente, por tanto, todas estas cuestiones en relación a las empleadas públicas de nuestro país cuando se lleve a cabo la necesaria concreción vía negociación colectiva⁷⁰ puesto que; en cierta forma, dicha opción laboral va a dejar a este colectivo femenino en un nivel considerable de transparencia no sólo en cuanto al ejercicio de su trabajo, sino también en todo lo relativo a su vida y personalidad íntima⁷¹.

⁶⁹ *Vid. in extenso* F. LOUSADA AROCHENA, *Acoso y violencia sexual y sexista, y en especial su tratamiento en la negociación colectiva*, en J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *op. cit.*, pp. 197-224, y B. QUINTANILLA NAVARRO, *Evaluación y seguimiento de Planes de Igualdad*, *ibidem*, pp. 171-198.

⁷⁰ *Vid.* J.L. MONEREO PÉREZ, P.G. ORTEGA LOZANO, *Derecho de información (art. 20. d) CE y normas concordantes*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *op. cit.*, pp. 371-406.

⁷¹ *Vid. in extenso* A. BAYLOS GRAU, *Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género*, en J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *op. cit.*, pp. 87-102.

5.2. Prevención de riesgos laborales y empleada pública: breves anotaciones a ciertas particularidades a tener en consideración⁷²

En opinión de parte de la doctrina, la PRL ha sido considerada como un obstáculo para el desarrollo del teletrabajo debido a la gran cantidad de incógnitas que plantea su desarrollo práctico⁷³. Una de ellas es que la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales no establece una definición expresa de lugar de trabajo, aunque sí referencias al centro de trabajo como punto de referencia para la aplicación de la norma⁷⁴. Preocupa entonces cómo se van a llevar a cabo las medidas de PRL en el caso de la implantación del teletrabajo a las empleadas públicas de nuestras instituciones. Como también preocupa cómo se van a llevar a cabo la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo, las medidas de protección y equipos de trabajo, la vigilancia de la salud, la coordinación de actividades preventivas, la protección de colectivos especiales, la organización de la actividad preventiva, las obligaciones de las trabajadoras en materia de prevención, la formación en materia de prevención de riesgos ante la nueva realidad y el control de dichas medidas por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social teniendo en cuenta la necesaria autorización para poder acceder a la vivienda de la persona teletrabajadora⁷⁵.

Desde el punto de vista de la PRL, la legislación actual no contempla de

⁷² Vid. B.M. LÓPEZ INSUA, *Derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 y normas concordantes)*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *op. cit.*, pp. 502-538.

⁷³ En ese sentido se manifiesta H. ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, p. 189.

⁷⁴ En ese sentido, en la reciente [Resolución de 23 de noviembre de 2020](#), cit., en su art. 15.10, párrafo primero, referido a los *Derechos colectivos y sindicales*, hace referencia a que el trabajador que teletrabajo, salvo acuerdo expreso en contrario, «deberá estar adscrito al mismo centro de trabajo en el que se desarrolle el trabajo presencial».

⁷⁵ Hay que tener en cuenta lo preceptuado en el art. 13.1 de la [Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social](#) en relación a que, «Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial». Recordemos que en base al art. 9.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, «Corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales». Vid. al respecto de la cuestión la problemática que se suscita en relación con el control del cumplimiento de la normativa reguladora de la relación laboral del servicio del hogar familiar y las posibles analogías que se podrían plantear en relación al teletrabajo analizada desde el punto de vista de la Inspección de Trabajo en C. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, [El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el control del cumplimiento de la normativa aplicable](#), en [Lex Social](#), 2019, n. 2, pp. 520-542.

forma expresa el teletrabajo por lo que; las actuaciones a adoptar para llevar a cabo las medidas de prevención, van a suponer todo un reto para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales ante la nueva realidad⁷⁶. Desde nuestro punto de vista se hace necesaria una reformulación de los postulados de la Prevención de Riesgos para atender de forma adecuada y oportuna las nuevas realidades a la que nos enfrentamos⁷⁷. En ese sentido, sin ánimo de exhaustividad – debido a la enorme complejidad y la amplitud desde la que se podría abordar el tema – los riesgos a los que se pueden enfrentar las empleadas públicas de nuestro país se podrían clasificar – a grandes rasgos – en tres apartados: los riesgos físicos, los riesgos psicosociales y la conciliación de la vida laboral y familiar.

5.2.1. Los riesgos físicos

Dentro de este apartado podríamos considerar – sobre todo – todo lo relativo a los trastornos musculo-esqueléticos que pueden sufrir las empleadas públicas que necesitaría de una revisión expresa al respecto de la cuestión⁷⁸. Médica y científicamente probado está la propensión de la mujer – por su propia evolución y constitución biológica – a partir de ciertas edades a sufrir problemas relacionados con los trastornos musculo-esqueléticos. Y como hemos podido observar, la nueva regulación del art. 47-*bis* hace una remisión genérica a la prevención; lo que no hace sino poner de manifiesto el hecho de que la concreción posterior vía negociación colectiva necesita contemplar estas cuestiones de una forma muy particular. Sobre todo porque la propia articulación del precepto introducido hace referencia a la obligación de la Administración de proporcionar todo el material informático y técnico necesario; pero no se establece nada sobre todo el material necesario para la debida protección ergonómica⁷⁹ de

⁷⁶ Véase R. LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Los servicios de prevención de riesgos laborales en tiempos del coronavirus*, en *Lan Harremanak*, 2020, n. 43, pp. 202-215.

⁷⁷ Véase al respecto de la cuestión M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de riesgos laborales. En especial a la luz de los nuevos retos 4.0*, en *Temas laborales*, 2020, n. 153, pp. 101-148.

⁷⁸ Véase al respecto de la cuestión E.E. GARCÍA-SALIRROSAS, R.A. SÁNCHEZ-POMA, *Prevalence of Musculoskeletal Disorders in University Teachers Who Perform Teletwork in Covid-19 Times*, en *SciELO*, 24 julio 2020.

⁷⁹ Dentro de las nuevas regulaciones para adaptar la reciente normativa en vigor, en el marco de las relaciones laborales comunes, en la reciente [Resolución de 23 de noviembre de 2020](#), cit., en su art. 15.6, se hace referencia a que las personas que teletrabajen «tendrán derecho a la dotación por parte de la empresa» de una serie de material necesario para el desarrollo de su trabajo e; incluso, a petición de «la persona teletrabajadora, silla

nuestras empleadas públicas⁸⁰.

Otros factores a tener en cuenta son las enfermedades cardiovasculares, los trastornos gastrointestinales, las lesiones oculares, los riesgos asociados al sedentarismo, los riesgos derivados de la exposición de ondas electromagnéticas, etc.⁸¹. Todas ellas consideradas como enfermedades y causas motivadoras de Incapacidad Temporal por parte de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo⁸².

5.2.2. Los riesgos psicosociales⁸³

Los riesgos psicosociales más característicos a los que se podrían enfrentar nuestras empleadas públicas derivada de la futura implantación del teletrabajo son la hiperconectividad digital⁸⁴, la fatiga mental, el tecnoestrés, la tecno-ansiedad, la tecno-depresión, la tecno-adicción⁸⁵, etc.

ergonómica homologada».

⁸⁰ Obsérvese INSHT, [Teletrabajo: criterios para su implantación](#), NTP, 1996, n. 412.

⁸¹ En palabras de M.R. VALLECILLO GÁMEZ, [op. cit.](#), pp. 230-231, «Las horas excesivas de trabajo se relacionan con los efectos crónicos de la fatiga, asociados a problemas de salud como enfermedades cardiovasculares, trastornos gastrointestinales y estados de salud mental que implican niveles altos de ansiedad, depresión y trastornos del sueño». Expone dicha A. que «Los nuevos riesgos asociados al tiempo de trabajo son múltiples: tecnofobia, tecnoadicción, tecnofatiga, tecnoansiedad, tecnoestrés. A estos riesgos psicosociales tenemos que sumar los riesgos físicos, trastornos musculoesqueléticos, lesiones oculares, riesgos asociados al sedentarismo, riesgos de sobre exposición a las ondas electromagnéticas». Lo que ha provocado – en palabras de dicha A. – que «Todas estas circunstancias han sido consideradas como enfermedades y causas motivadoras de incapacidad laboral por parte de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CNSST)».

⁸² Un estudio en profundidad en materia de PRL se desarrolla en M. LUQUE PARRA, A. GINÉS I FABRELLAS, [Teletrabajo y prevención de riesgos laborales](#), CEOE, 2016.

⁸³ Para M.T. IGARTUA MIRÓ, [op. cit.](#), p. 341, «A la vista de los cambios expuestos y la incidencia de los nuevos riesgos, quizás la normativa preventiva debería ajustarse a los contextos digitalizados en proceso de expansión, con una inclusión expresa de los riesgos psicosociales en la LPRL, partiendo de la propia evaluación, cierta definición legal y concreción de las medidas a adoptar».

⁸⁴ En relación a la hiperconectividad de los trabajadores; citando la STC 2 junio 2007, n. 160, que recordaba «que el derecho a la protección de la integridad psíquica (y, cabría añadir, de la integridad física) exige actuar antes de que se produzca el daño»; para Ó. REQUENA MONTES, [op. cit.](#), p. 555, «Asumiendo la hiperconectividad digital como un factor de riesgo psicosocial, causante de *estrés* y otros riesgos psicosociales, estaremos a disposición de actuar de forma preventiva sobre el problema que nos traen los actuales modos de vida, tan digitalizados y al alcance de todos».

⁸⁵ Obsérvese el interesante tratamiento del asunto por parte de S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, [La promoción de la salud mental de los trabajadores ante la tecnificación de los procesos](#)

Vocablos todos ellos que hacen referencia a las nuevas patologías⁸⁶ a las que se ha de hacer frente desde el punto de vista de la prevención. Pero otro factor de suma importancia – desde nuestro punto de vista – es el aislamiento socio-laboral que puede provocar el teletrabajo⁸⁷. En relación a este último nos parece importante citar de forma expresa e intencionada al acoso sexual, al acoso por razón de sexo y al acoso laboral; sin dejar de un lado a las empleadas públicas víctimas de la violencia de género⁸⁸. El teletrabajo puede ser una vía de escape para las empleadas públicas a la hora de “huir” de estas terribles situaciones, lo que puede provocar mayor aislamiento aún si cabe y un aumento mayor de las desastrosas incidencias y consecuencias que puede provocar este tipo de lacras laborales y sociales. Consideramos por tanto que, estos últimos factores, han de ser analizados de una forma minuciosa a la luz de la regulación del reciente Convenio OIT C190 sobre la eliminación del acoso y la violencia en el mundo del trabajo y de la Recomendación OIT R206 que lo acompaña sobre el mismo tema⁸⁹.

5.2.3. La conciliación de la vida laboral y familiar⁹⁰

El art. 47-*bis* plantea el teletrabajo como una herramienta eficaz en materia de conciliación⁹¹. No obstante todo ello, si no se articulan los mecanismos

productivos: apunte sobre cuestiones pendientes, en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2020, n. 22, pp. 39-72.

⁸⁶ En esos términos se manifiesta B. TORRES GARCÍA, *op. cit.*, pp. 241-242.

⁸⁷ Véase al respecto INSSBT, *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*, NTP, 2018, n. 1123.

⁸⁸ *Vid.* M.Á. GÓMEZ SALADO, *La extinción objetiva del contrato de trabajo por faltas de asistencia y la protección de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *op. cit.*, pp. 45-70.

⁸⁹ El *Dictamen CES n. 2/2020*, cit., p. 13, consideraba – aunque en lo relativo a las relaciones laborales comunes pero que también se puede extrapolar al ámbito de la Función Pública – que, en materia de PRL, debían introducirse «Medidas especialmente relevantes en el caso de las personas menores de edad, y en relación con riesgos como la violencia y el acoso en el trabajo a distancia».

⁹⁰ En ese sentido, para Ó. REQUENA MONTES, *op. cit.*, p. 545, «La doctrina francesa ha comprendido que el objeto de análisis es el derecho a la conciliación, pero que detrás de esa cuestión está la del derecho a la salud». Es por lo que contempla este A. «por su potencialidad como generadora de riesgos laborales» la posibilidad de haberse incluido los preceptos en materia de desconexión digital en los arts. 14 y 19 LPRL; cosa que no se ha tenido en cuenta en nuestro ordenamiento jurídico.

⁹¹ Véase el interesante trabajo con matices de Derecho Comparado entre España y Colombia en C. AYALA DEL PINO, *La conciliación de la vida familiar y laboral en España y Colombia*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2015, n. 385, pp. 93-130.

necesarios para procurar dicha conciliación, lo que de entrada se configura como algo sumamente positivo se podría convertir en algo netamente negativo; puesto que el uso continuado, permanente y sin concreción horaria de dicha herramienta puede llegar a invadir o a difuminar la frontera entre el tiempo de trabajo y el personal, corriéndose el riesgo de confundir “conectividad” con “disponibilidad”⁹². Lo que puede ser un elemento detonante de problemas físicos y de riesgos psicosociales tal y como hemos analizado *ut supra*.

Tal y como venimos poniendo de manifiesto, la normativa en materia preventiva lleva años sin actualizarse con lo que, todas estas cuestiones suponen un reto de futuro que la negociación colectiva ha de tener muy presente a la hora de concretar lo preceptuado en el art. 47-*bis* TREBEP. Sin dejar de poner en evidencia también la necesidad de llevar a cabo una reformulación de los postulados en materia de PRL por parte del legislador nacional⁹³.

5.3. El riesgo de la “triple presencia” de las empleadas públicas: una “trampa silenciosa”

A pesar de ser tratado en último lugar no por ello es considerado por nuestra parte como menos importante, si no que todo lo contrario. El teletrabajo por parte de las empleadas públicas como opción futura puede provocar – además de todas las cuestiones anteriormente analizadas – un factor que por nuestra parte puede adquirir connotaciones de considerable importancia en el futuro si no se tienen en cuenta ciertos elementos: la “triple presencia”.

⁹² Llegados a este punto se ha de recordar que la [Directiva \(UE\) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo](#) – Directiva que aún no ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico – ya contempla el recurso al teletrabajo como respuesta a la conciliación.

⁹³ Aunque para M.L. MARTÍN HERNÁNDEZ, [El futuro de la seguridad y salud en el trabajo: perspectiva política y normativa](#), en [esta Revista](#), 2020, n. 1, p. 135, «En realidad, no es la normativa en vigor en materia de seguridad y salud en el trabajo la que debe adaptarse a las transformaciones del trabajo que están repercutiendo negativamente sobre la seguridad y salud en el trabajo, sino la actividad preventiva desarrollada en las empresas por parte de los empresarios, lo cual ya viene exigido de forma expresa por dicha normativa que, como se ha dicho, configura el deber de seguridad del empresario como un deber de carácter esencialmente dinámico que exige proteger a los trabajadores frente a todos los riesgos laborales, entendidos estos en un sentido amplio, incluidos, por tanto, también los nuevos y emergentes».

Lo que de entrada, como hemos visto, podría considerarse como un elemento fundamental para la conciliación de la vida personal y familiar⁹⁴ puede correr el riesgo de convertirse en una “trampa” para las empleadas públicas de nuestro país. Si ya contábamos con el factor de la “doble presencia”⁹⁵ (trabajo y labores del hogar motivado por la falta de implicación y de conciencia por parte de los cónyuges o parejas); derivado de las circunstancias actuales y de la falta de concreción normativa nuestras empleadas públicas podrían asumir otro rol más que es lo que provocaría lo que hemos venido a denominar como “triple presencia”: trabajo, tareas del hogar y cuidadora de enfermos en el seno de la familia⁹⁶. Se corre el riesgo pues de que nuestras empleadas públicas encuentren en el teletrabajo una suerte de «refugio para mujeres con responsabilidades familiares»⁹⁷, lo que puede ayudar a contribuir a un menoscabo de las condiciones laborales por razón de sexo; provocando el consiguiente retroceso en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres derivado de la implantación del teletrabajo y de su adopción por parte de las empleadas públicas de nuestras instituciones como medida para poder atender dichas responsabilidades. Pero no es este el único factor de riesgo que se ha de tener en cuenta. Lo que podría venir a considerarse como una segunda oleada de lo que se vino a llamar en su momento como la “vuelta de la fábrica al hogar” por parte de las mujeres, también podría tener unas connotaciones futuras muy negativas en relación a nuestras empleadas públicas, puesto que esta situación podría llegar a ampliar la brecha de lo que se ha venido considerando como “techo de cristal” o “suelo pegajoso”⁹⁸ en el marco de nuestras instituciones y de nuestro empleo público.

Se pone de manifiesto pues; por tanto, la necesidad de “dar una vuelta de tuerca más” a todas estas cuestiones controvertidas que pueden plantear

⁹⁴ *Vid. in extenso* sobre esta cuestión, y su relación con las TIC's, F. FERNÁNDEZ PROL, *Tiempos de vida y de trabajo: el impacto de las TICs*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 151, p. 259-274. Para esta A., a pesar de las ventajas de las NNTT al respecto, «la flexibilidad temporal, en este caso fruto del recurso a las TICs, presenta también, para los trabajadores, un lado oscuro: el riesgo de injerencia empresarial en los tiempos de descanso» (*ibidem*, p. 261).

⁹⁵ Véase P. RUIZ LÓPEZ, P. PULLAS TAPIA, C.A. PARRA PARRA, R. ZAMORA SÁNCHEZ, *La doble presencia en las trabajadoras femeninas: equilibrio entre el trabajo y la vida familiar*, en *Revista de Comunicación de la SEECI*, 2017-2018, n. 44, pp. 33-51.

⁹⁶ Véase la reciente obra, al respecto de la cuestión, de M. SAGASTIZABAL EMILIO-YUS, *La triple presencia. Estudio sobre el trabajo doméstico-familiar, el empleo y la participación socio-política*, Universidad del País Vasco, 2020.

⁹⁷ Así lo manifiesta H. ÁLVAREZ CUESTA, *op. cit.*, p. 196.

⁹⁸ Véase al respecto de la cuestión de los conceptos de “techo de cristal” o “suelo pegajoso” J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *Bonificaciones y reducciones como incentivos a la contratación de las mujeres*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *op. cit.*, p. 257.

ciertas controversias y litigiosidades al respecto en un futuro casi inmediato⁹⁹. La derivación a la concreción de todas estas cuestiones vía negociación colectiva en los distintos niveles de descentralización administrativa tiene por delante ciertos retos de suma importancia que atender al objeto de que todas estas cuestiones y vicisitudes que se plantean derivadas de la implantación del teletrabajo en el marco de nuestras AAPP no lleguen a menoscabar los derechos laborales y de igualdad de nuestras empleadas públicas¹⁰⁰.

6. De la necesidad imperiosa de una precisa, correcta y adecuada concreción vía negociación colectiva de los preceptos del art. 47-bis con vistas a una mayor protección jurídica futura de las empleadas públicas de nuestro país

Ya hemos analizado cómo la redacción del nuevo precepto introducido en

⁹⁹ En palabras de I. MARÍN ALONSO, *op. cit.*, p. 375, «la tecnología de la información y comunicación plantea también otras cuestiones relativas a las condiciones de trabajo en el empleo público y al carácter neutro de la misma. En este caso, la problemática se presenta en relación al temor de que el uso continuado y permanente de los instrumentos tecnológicos pueda, por un lado, invadir o difuminar la frontera entre el tiempo de trabajo y el de no trabajo al confundir “conectividad” con “disponibilidad” y, por otro lado, ocasionar daños, psicosociales o no, a los mismos». Para M.L. MARTÍN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 130 y p. 131, «Resulta obvio que, como consecuencia de los profundos y constantes cambios que se han produciendo en el mundo del trabajo en los últimos años (introducción de nuevas tecnologías en el trabajo, nuevas formas de prestar servicios profesionales, nuevas condiciones de trabajo, nuevas formas de organización empresarial, nuevos tipos de trabajo, digitalización del trabajo, nuevos tipos de trabajadores, robotización, internet de las cosas, nuevos materiales y sustancias como los nanomateriales, etc.) los trabajadores se encuentran expuestos a nuevos riesgos laborales – riesgos emergentes – cuya prevención requiere la adopción de medidas de seguridad novedosas y adecuadas, especialmente de carácter organizativo, que van a incidir necesariamente en algunas de las más importantes facultades integradas en el poder de dirección empresarial». Además de lo anteriormente expuesto, para esta A., «hay que tener presente que cada vez en mayor medida las nuevas formas de organización empresarial y de prestar servicios profesionales están dando lugar a una desaparición del lugar físico del trabajo organizado y controlado por el empresario, lo cual dificulta que los empleadores puedan proteger de manera adecuada a estos trabajadores – cada vez más numerosos – aplicando el régimen general, previsto básicamente para los empleados que ejecutan sus respectivas prestaciones de servicios profesionales en las instalaciones de la empresa, y reclama la necesidad de buscar fórmulas alternativas de protección de los mismos adaptadas a las nuevas circunstancias».

¹⁰⁰ Véase E. GARRIDO PÉREZ, *La cuestión de género en los mecanismos de representación del personal*, en J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *op. cit.*, pp. 139-170.

el TREBEP hace una remisión expresa a la negociación colectiva¹⁰¹ con el objeto de terminar de delimitar el alcance total del teletrabajo en el marco de las diversas AAPP de nuestro país. En ese sentido todas las normas que hemos venido analizando a lo largo de esta exposición venían también haciendo remisiones concretas a la negociación colectiva en relación con el tema en cuestión o con otros temas directa o indirectamente relacionados con el tema objeto de análisis. Concretamente, dentro del apartado 2 del art. 47-*bis* es donde de forma expresa se nos dice que el teletrabajo «Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación de servicio»¹⁰². Esta brevísima regulación conlleva una enorme complejidad en el desarrollo del mismo precepto como analizaremos a continuación. Con la dificultad añadida – desde nuestro punto de vista – de la consideración que se habría de tener en cuenta en relación al hilo conductor de este trabajo y de todo lo ya analizado hasta el momento. Es decir; en el marco regulatorio posterior a la aprobación del precepto, se habría de tener en consideración la perspectiva de género¹⁰³ en relación a dicha concreción vía negociación colectiva en el marco de nuestras instituciones y de nuestro empleo público si no queremos desmerecer los derechos de nuestras empleadas públicas¹⁰⁴.

Pero, tal y como hemos anunciado, esta remisión expresa a la negociación colectiva plantea un enorme problema de base. Por un lado, la regulación básica que contiene el art. 47-*bis* ha de ser concretada vía negociación colectiva en los diferentes niveles administrativos: la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales. Y por otro lado – opinión que comparte una parte importante de la doctrina –, los niveles de debilitación de la negociación colectiva en nuestro país ya

¹⁰¹ Con carácter general, véase A. OJEDA AVILÉS, *Negociación Colectiva de funcionarios públicos y trabajadores autónomos*, en A. OJEDA AVILÉS, *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, 2014, pp. 499-520.

¹⁰² Véase CCOO, *Orientaciones para la regulación del teletrabajo en la negociación colectiva*, 2020, y también UGT, *Gestión del teletrabajo en la negociación colectiva*, 2020.

¹⁰³ Vid. A. DE LA PUEBLA PINILLA, *Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género, Labos, 2020, n. 3*, pp. 4-11.

¹⁰⁴ En ese sentido, también el [Dictamen CES n. 2/2020](#), cit., p. 11, en relación al Real Decreto-ley 28/2020 consideraba que «si bien es cierto que el Anteproyecto contiene remisiones y llamadas a la negociación colectiva para determinados aspectos (en unos casos como relación de complementariedad entre la norma estatal y el convenio, y en otros simplemente incidiendo en la libertad negocial genérica de las partes), el CES considera que la regulación proyectada debería basarse en el reconocimiento de un papel verdaderamente central y protagonista de la autonomía colectiva en esta materia».

llevan bastantes años poniéndose de manifiesto¹⁰⁵. Sin contar con el hecho ya mencionado de que el teletrabajo también debilita a la masa laboral provocando ciertos niveles de deslocalización y de pérdida de identidad colectiva¹⁰⁶.

Toda esta cuestión provoca el hecho de que se pueda “desdibujar” en parte el potencial reaccionario de la colectividad que se materializa en la negociación colectiva¹⁰⁷. No obstante todo ello, independientemente de que en alguna Administración en concreto el poder de la negociación colectiva ejerza una fuerza notoria, la realidad es que el debilitamiento de los sindicatos – y con ello la fuerza de la negociación colectiva – es algo que con los años se ha ido acuciando en nuestro país y en nuestro sistema de relaciones laborales y de relaciones de trabajo dentro de las AAPP. Aún así; de todo ello, lo más significativo al respecto de la regulación del art. 47-*bis* – desde nuestra humilde posición – es el efecto multiplicador que puede producirse cuando la norma remite a un desarrollo negociado colectivamente en cada una de las Administraciones. Con nuestra estructura territorial en el seno de las AAPP (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) y funcional del Sector

¹⁰⁵ Ya por el año 2006, Kahale Carrillo planteaba la no inmunidad de la negociación colectiva ante los cambios tecnológicos. Para este A., además de los problemas de afiliación que ya venían sufriendo los sindicatos en ese momento (cuestión que todavía perdura en el tiempo), la introducción de las NNIT y los cambios comportados originaron «nuevos problemas que las instituciones tradicionales y básicas del Derecho del Trabajo no pueden solucionar» (D.T. KAHALE CARRILLO, [Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: ¿avance o retroceso?](#), en [Revista de Derecho](#), 2006, n. 25, p. 295). Cuestión esta que, en cierta manera, como venimos observando, se sigue produciendo en los momentos actuales aunque con distintos matices y distinta problemática.

¹⁰⁶ Para H. ÁLVAREZ CUESTA, [op. cit.](#), p. 191, «la representación colectiva [...] no resulta del todo superflua de atender al creciente individualismo que se promueve y alimenta en las prestaciones de servicios marcadas por la desaparición de un centro de trabajo físico y las dificultades que conllevan las relaciones colectivas en un mundo cada vez más digitalizado». Para mayor abundamiento *vid. in extenso* D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, [El papel de la negociación colectiva en la representación colectiva: puntos críticos sobre su regulación e instrumentación](#), en [Temas laborales](#), 2020, n. 152, pp. 169-195.

¹⁰⁷ Ya por el año 2008, Á. BELZUNEGUI ERASO, [op. cit.](#), p. 143, hablaba del hecho de que «Los sindicatos consideran, asimismo, que con el teletrabajo se dificulta la conexión de los representantes sindicales con sus representados, así como de éstos con el propio sindicato». Una de las medidas que se empezaron a plantear los sindicatos en aquel momento era la de «garantizar la interlocución para los teletrabajadores en los convenios colectivos de empresa». Para este A., y en aquel momento, «en el caso de España se puede afirmar que el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo no ha llevado a los interlocutores a adoptar líneas de actuación consensuadas para la regulación del teletrabajo, a pesar de que haya habido una cierta voluntad de compromiso para acercar las recomendaciones incluidas en el AMET al diálogo social».

Público va a producirse una difusa y compleja regulación.

Como punto de partida, la concreción del precepto vía negociación colectiva se contemplaría por un lado dentro de la Administración General del Estado para esta y para sus organismos autónomos, entidades públicas y agencias estatales, etc. Por su parte, las 17 Comunidades Autónomas – cada una dentro de los márgenes que les permite la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la legislación estatal básica – comportarían cada una de ellas su propia concreción del precepto. Y por último, en relación a las Entidades Locales, los datos cuantitativos son mucho más considerables y significativos en cuanto a los relativos obtenidos en relación a las otras Administraciones¹⁰⁸.

Como se puede observar, el arco abierto a la negociación colectiva es de gran inmensidad y con un gran cantidad de entidades y Administraciones dispares y diversas que tendrán que aplicar y concretar estos preceptos básicos y generalistas que aportan más sombras que luces y que; en el futuro, de seguro que generarán criterios desiguales y dispares, además de una conflictividad y litigiosidad que auguramos que estará más que asegurada. Todo ello sin contar con el matiz de la complejidad que supone la negociación colectiva ante tan gran ingente cantidad de Administraciones con tantas particularidades¹⁰⁹. Y sin tener en cuenta; claro está, todo el Sector Público institucional de nuestro país (empresas públicas y sociedades estatales, etc.) que; aunque de entrada no le sería aplicable dicha regulación, pero derivado de la complejidad del entramado de normativa administrativa y laboral de seguro que genera más de un problema futurible al respecto¹¹⁰. Con la actual configuración se corre el riesgo de provocarse una “entropía”

¹⁰⁸ Según los datos aportados por el GOBIERNO DE ESPAÑA, [Entidades Locales](#), las entidades que forman parte de la Administración Local son: a) 50 Provincias, 43 con Diputación Provincial (7 de las Diputaciones están integradas o fusionadas con la Comunidad Autónoma por ser CCAA con una sola provincia); b) Municipios (8.131, datos del [INE](#)), Municipios son la entidad básica de organización territorial del Estado al frente de los mismos están los Ayuntamientos; c) Islas; hay 11 Islas: 4 forman parte de las Islas Baleares y 7 de Canarias; en ellas hay Consejos y Cabildos Insulares; d) Entidades Locales más pequeñas e incluidas en los municipios, 3.719 se denominan de distintas formas: pedanías, parroquias (son comunes por ejemplo en Galicia); e) Entidades Locales superiores al municipio, formadas por la asociación de varios municipios (81 Comarcas, 3 Áreas Metropolitanas y 1.008 Mancomunidades).

¹⁰⁹ En cuanto a la negociación colectiva en el sector público *vid. in extenso* J. GARCÍA BLASCO (dir.), [La negociación colectiva en el sector público](#), Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, y también M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, [Las nuevas tecnologías en la empresa. Guía de negociación](#), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006.

¹¹⁰ Tal y como se ha puesto de manifiesto en otros ámbitos del a función pública. Véase como ejemplo J. BAQUERO AGUILAR, [El “indefinido no fijo” y el sector público en nuestro país](#), en [Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social](#), 2020, n. 1, pp. 291-295.

regulatoria que descompensará aún más el ya desestructurado sistema de relaciones de trabajo dentro de las AAPP de nuestro país¹¹¹. En ese sentido, corremos el riesgo de alcanzar un nivel de “taificación” regulatoria donde cada Administración puede desarrollar vía negociación colectiva los aspectos genéricos contemplados en el art. 47-*bis* – cosa que dependerá de lo que establezca cada CCAA en su desarrollo y del espacio que deje a las EELL – que hacen una remisión constante a la negociación colectiva y a la normativa vigente que; también, en muchas ocasiones, contiene una redacción tan genérica que habrán de ser los Tribunales los que maticen muchas de las cuestiones que se susciten al respecto de todo lo que venimos analizando.

Desde nuestra humilde opinión – y siempre bajo mejor criterio u opinión –, la argamasa utilizada para el planteamiento y el desarrollo legal del teletrabajo en las AAPP ha obtenido unos mimbres poco sólidos y un más que parco desarrollo jurídico. Con lo cual; para que no suceda una regulación de «geometría variable»¹¹² dependiente del poder de negociación de cada Administración de los agentes sociales inmersos en dichos procesos negociatorios, se ha de contemplar también la posibilidad de marcar por parte de las CCAA un desarrollo normativo más o menos homogeneizado en conjunción con la negociación colectiva si no queremos terminar con un sinfín de regulaciones diversas y; en ocasiones, hasta contrapuestas¹¹³. Puesto que, de no ser así, la conflictividad y futura litigiosidad ante los Tribunales estará más que asegurada. Sin contar con el problema de la *atomización* de las relaciones laborales en cada una de las Administraciones de nuestro país¹¹⁴.

De manera que para que no se produzca una *diáspora* regulatoria y una desatención a todas las cuestiones que hemos venido analizando a lo largo de todo este trabajo; la compleja, extensa y diversa masa negociatoria habría de tener en cuenta todas este análisis que hemos venido abordando al objeto

¹¹¹ Véase al respecto de la cuestión R. JIMÉNEZ ASENSIO, [La función pública en tiempos de pandemia](#), en [La Mirada Institucional](#), 10 mayo 2020.

¹¹² Obsérvese el tratamiento otorgado al estado de la cuestión por parte de R. JIMÉNEZ ASENSIO, [La nueva regulación sobre el teletrabajo: análisis del marco normativo. Protección de los derechos digitales de los empleados públicos y de los ciudadanos en el sistema del trabajo a distancia](#), ponencia presentada en el *Seminari sobre relacions col·lectives*, Federació de Municipis de Catalunya, 29 septiembre 2020.

¹¹³ Véase la interesante reflexión que hace al respecto de la cuestión R. JIMÉNEZ ASENSIO, [Las paradojas de la regulación del teletrabajo \(Dualidad entre el empleo público y privado\)](#), en [La Mirada Institucional](#), 23 septiembre 2020.

¹¹⁴ *Vid. in extenso* C. SÁEZ LARA, F. NAVARRO NIETO (coords.), *La negociación colectiva ante los retos sociolaborales del Siglo XXI. Libro en Memoria de la profesora María José Rodríguez Crespo*, Bomarzo, 2020.

de atender de una forma adecuada y correcta a los derechos de las empleadas públicas de nuestro país con el único objetivo de preservar, afianzar y ampliar los derechos de este colectivo¹¹⁵.

7. Conclusiones

El Covid-19 ha tenido un impacto enorme en la sociedad en general y en las relaciones de trabajo en el marco de las AAPP en particular. De tal forma que la crisis sanitaria ha actuado como “acelerante” tanto en el desarrollo e inversión tecnológica como en la inserción del teletrabajo como mecanismo para hacer frente a la pandemia. En el caso del teletrabajo lo ha hecho de una forma tan apresurada que se estima que, en pocos meses, se ha llegado a alcanzar un nivel de implantación tal que en circunstancias normales hubiésemos tardado alrededor de unos diez años en conseguir.

La regularización normativa del teletrabajo ha sido una de las prioridades del legislador con el ánimo de preceptuar tanto los derechos como las obligaciones de los empleados públicos de nuestras instituciones. Pero su desarrollo legal ha sido tan escueto y con tal nivel de indefinición que desde la propia configuración del precepto legal se remite expresamente a la negociación colectiva para que desde la misma se desarrollen y se concreten los diferentes aspectos que han de regular esta nueva realidad. El problema de base fundamental ante dicha situación parte, desde nuestro punto de vista, del gran número de aspectos que se han de desarrollar y concretar, así como del enorme arco de negociación colectiva con el que nos encontramos derivado de nuestra descentralización administrativa.

Nos centramos en este trabajo en los aspectos fundamentales que se habrán de tener en cuenta en dicha derivación en relación a las particularidades que presentan las empleadas públicas de nuestro país. Sin duda, todo un reto para la negociación colectiva en sus distintos niveles que, de no tener en cuenta dichas consideraciones desde la perspectiva de género, se podría incurrir en una desprotección y en una merma de derechos de las empleadas públicas en relación con la implantación del teletrabajo en el marco de las relaciones de trabajo de nuestras AAPP.

¹¹⁵ *Vid.* M.I. ORDÓNEZ CASADO, *Un recorrido histórico por las normas internacionales, europeas y estatales sobre las políticas de empleo desde la perspectiva de género*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *op. cit.*, pp. 259-280; F. VIGO SERRALVO, *La normativa laboral de fomento de la paridad entre sexos*, *ibidem*, pp. 281-302.

8. Bibliografía

AA.VV., *Nuevos tiempos para la función pública. Propuestas para atraer y desarrollar el talento en la Administración General del Estado*, INAP, 2017

ALMONACID LAMELAS V., [Regulado el teletrabajo para las AAPP: el nuevo artículo 47 bis del TREBEP](#), en *El Consultor de los Ayuntamientos*, 2020, n. 11

ÁLVAREZ CORTÉS J.C., *La protección de datos de carácter personal en el ámbito de la relación laboral como derecho fundamental inespecífico (art. 18.4 CE y normas concordantes)*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIerno, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020

ÁLVAREZ CORTÉS J.C., *Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, n. 56

ÁLVAREZ CORTÉS J.C., *Bonificaciones y reducciones como incentivos a la contratación de las mujeres*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019

ÁLVAREZ CUESTA H., [Del recurso al teletrabajo como medida de emergencia al futuro del trabajo a distancia](#), en *Lan Harremanak*, 2020, n. 43, pp. 175-201

ÁLVAREZ DEL CUVILLO A., [La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales](#), en *Temas Laborales*, 2020, n. 151, pp. 275-292

ÁLVAREZ GONZÁLEZ E.M., [Técnica legislativa y disfunciones de las técnicas normativas en España. Retos actuales](#), en *Revista Vasca de Administración Pública*, 2020, n. 117, pp. 17-73

ANGHEL B., COZZOLINO M., LACUESTA A., [El teletrabajo en España](#), en *Boletín Económico Banco de España*, 2020, n. 2

AYALA DEL PINO C., *La conciliación de la vida familiar y laboral en España y Colombia*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2015, n. 385, pp. 93-130

BAQUERO AGUILAR J., [El “indefinido no fijo” y el sector público en nuestro país](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, n. 1, pp. 291-295

BAQUERO AGUILAR J., [Reseña de “Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica”](#), en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, n. 1, pp. 318-322

BAYLOS GRAU A., *Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género*, en J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015

- BELZUNEGUI ERASO Á., *Teletrabajo en España, acuerdo marco y administración pública*, en *Revista Internacional de Organizaciones*, 2008, n. 1, pp. 129-148
- CARRODEGUAS MÉNDEZ R., *La nueva regulación jurídica del teletrabajo en España y su incidencia en el ámbito de la Administración Pública*, en *elconsultor.laley.es*, 24 septiembre 2020
- CCOO, *El teletrabajo desde la perspectiva de género y salud laboral*, 2020
- CCOO, *Orientaciones para la regulación del teletrabajo en la negociación colectiva*, 2020
- CRIADO J.I. (ed.), *Nuevas tendencias en la gestión pública. Innovación abierta, gobernanza inteligente y tecnologías sociales en unas administraciones públicas colaborativas*, INAP, 2017
- CRUZ VILLALÓN J., *Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía*, en *Temas laborales*, 2017, n. 138, pp. 13-47
- CRUZ VILLALÓN J., *Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo*, en J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015
- CRUZ VILLALÓN J., GARRIDO PÉREZ E., FERRADANS CARAMÉS C. (coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015
- DE LA PUEBLA PINILLA A., *Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género*, *Labos*, 2020, n. 3, pp. 4-11
- DE VAL TENA A.L., *Derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE y normas concordantes)*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020
- DELGADO JIMÉNEZ A., *La videovigilancia de los trabajadores mediante cámaras ocultas: el caso López Ribalda y otros C. España (STEDH de 17 de octubre de 2019)*, en *Revista Jurídica del Trabajo*, 2020, n. 2, pp. 118-142
- FABRA VALLS M.J., BLASCO DÍAZ J.L. (eds.), *La administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*, Universitat Jaume I, 2007
- FALGUERA BARÓ M.À., *Comentarios sobre la regulación excepcional derivada de la COVID-19 en materia procesal y de procedimientos administrativos*, en *Ciudad del Trabajo*, 2020, n. 32, pp. 132-159
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ C., *El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el control del cumplimiento de la normativa aplicable*, en *Lex Social*, 2019, n. 2, pp. 520-542
- FERNÁNDEZ PROL F., *Tiempos de vida y de trabajo: el impacto de las TICs*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 151, p. 259-274

FERNÁNDEZ RAMÍREZ M., [*Sobre la eficiencia actual del modelo normativo español de prevención de riesgos laborales. En especial a la luz de los nuevos retos 4.0*](#), en [*Temas laborales*](#), 2020, n. 153, pp. 101-148

GARCÍA BLASCO J. (dir.), [*La negociación colectiva en el sector público*](#), Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019

GARCÍA-SALIRROSAS E.E., SÁNCHEZ-POMA R.A., [*Prevalence of Musculoskeletal Disorders in University Teachers Who Perform Teletwork in Covid-19 Times*](#), en [*SciELO*](#), 24 julio 2020

GARRIDO PÉREZ E., *La cuestión de género en los mecanismos de representación del personal*, en J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015

GOBIERNO DE ESPAÑA, [*Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*](#)

GOBIERNO DE ESPAÑA, [*Plan España Digital 2025*](#)

GÓMEZ SALADO M.Á., *La extinción objetiva del contrato de trabajo por faltas de asistencia y la protección de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019

GÓMEZ SALADO M.Á. (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019

GONZÁLEZ MARTÍNEZ J.A., *Medidas excepcionales en materia de Seguridad Social durante el COVID-19*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2020, n. 1, pp. 136-175

GUTIÉRREZ COLOMINAS D., [*El papel de la negociación colectiva en la representación colectiva: puntos críticos sobre su regulación e instrumentación*](#), en [*Temas laborales*](#), 2020, n. 152, pp. 169-195

IGARTUA MIRÓ M.T., [*La obligación de seguridad 4.0*](#), en [*Temas Laborales*](#), 2020, n. 151, pp. 327-342

INE, [*El teletrabajo en España y la UE antes de la COVID-17*](#), Cifras INE, 2020, n. 2

INSHT, [*Teletrabajo: criterios para su implantación*](#), NTP, 1996, n. 412

INSSBT, [*Las Tecnologías de la Información y la Comunicación \(TIC\) \(II\): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo*](#), NTP, 2018, n. 1123

JIMÉNEZ ASENSIO R., [*La nueva regulación sobre el teletrabajo: análisis del marco normativo. Protección de los derechos digitales de los empleados públicos y de los ciudadanos en el sistema del trabajo a distancia*](#), ponencia presentada en el *Seminari sobre relacions col·lectives*, Federació de Municipis de Catalunya, 29 septiembre 2020

JIMÉNEZ ASENSIO R., *Las paradojas de la regulación del teletrabajo (Dualidad entre el empleo público y privado)*, en [*La Mirada Institucional*](#), 23 septiembre 2020

- JIMÉNEZ ASENSIO R., [*La función pública en tiempos de pandemia*](#), en [*La Mirada Institucional*](#), 10 mayo 2020
- KAHALE CARRILLO D.T., [*Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: ¿avance o retroceso?*](#), en [*Revista de Derecho*](#), 2006, n. 25, pp. 291-309
- LÓPEZ BALAGUER M., RAMOS MORAGUES F., [*Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad*](#), en [*Lex Social*](#), 2020, n. 2, pp. 519-525
- LÓPEZ FERNÁNDEZ R., [*Los servicios de prevención de riesgos laborales en tiempos del coronavirus*](#), en [*Lan Harremanak*](#), 2020, n. 43, pp. 202-215
- LÓPEZ INSUA B.M., *Derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 y normas concordantes)*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020
- LOUSADA AROCHENA F., *Acoso y violencia sexual y sexista, y en especial su tratamiento en la negociación colectiva*, en J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015
- LUQUE PARRA M., GINÈS I FABRELLAS A., [*Teletrabajo y prevención de riesgos laborales*](#), CEOE, 2016
- MARÍN ALONSO I., [*Digitalización e innovación tecnológica en la AAPP: la necesaria redefinición de los derechos de los empleados públicos*](#), en [*Temas Laborales*](#), 2020, n. 151, pp. 373-396
- MARTÍN HERNÁNDEZ M.L., [*El futuro de la seguridad y salud en el trabajo: perspectiva política y normativa*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#), 2020, n. 1, pp. 121-151
- MARTÍN VALVERDE A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ F., GARCÍA MURCIA J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2019
- MOLINA NAVARRETE C., *Derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE y normas concordantes)*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020
- MOLINA NAVARRETE C., [*La pretendida “prohibición del cese laboral” en tiempos de COVID-19*](#), en [*Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*](#), 2020, n. 1, pp. 84-102
- MONEREO PÉREZ J.L., [*La renta mínima garantizada como medida estructural del sistema de Seguridad Social en la “Sociedad del Riesgo”*](#), en [*Lex Social*](#), 2020, n. 2, pp. 424-505
- MONEREO PÉREZ J.L., [*Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación*](#), en [*Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*](#), 2020, n. 1, pp. 16-83

MONEREO PÉREZ J.L., ORTEGA LOZANO P.G., *Derecho de información (art. 20. d) CE y normas concordantes*, en J.L. MONEREO PÉREZ, F. VILA TIERNO, J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020

MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G., [La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre \(A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID 19 y las medidas legales adoptadas\)](#), en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 23, pp. 11-53

MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G., TRILLO GARCÍA A.R., *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, 2020

MONEREO PÉREZ J.L., VILA TIERNO F., ÁLVAREZ CORTÉS J.C. (dirs.), *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020

MONREAL BRINGSVAERD E.J., THIBAUT ARANDA J., JURADO SEGOVIA Á. (coords.), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, 2020

MONTOYA MEDINA D., [Nuevas relaciones de trabajo, disrupción tecnológica y su impacto en las condiciones de trabajo y empleo](#), en *Revista de Treball, Economia i Societat*, 2019, n. 92

MORARU G.F., *Los derechos de comunicación de los representantes de los trabajadores: nuevas dimensiones a la luz de las TIC*, Bomarzo, 2020

OIT, [La COVID-19 y el mundo del trabajo. Quinta edición. Estimaciones actualizadas y análisis](#), Observatorio de la OIT, 30 junio 2020

OJEDA AVILÉS A., *Negociación Colectiva de funcionarios públicos y trabajadores autónomos*, en A. OJEDA AVILÉS, *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, 2014

ORDÓNEZ CASADO M.I., *Un recorrido histórico por las normas internacionales, europeas y estatales sobre las políticas de empleo desde la perspectiva de género*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019

PARDO L., [Aplicación de las nuevas tecnologías en la Administración pública](#), en *Revista de Contabilidad y Dirección*, 2011, n. 13, pp. 105-126

POQUET CATALÁ R., [La protección del derecho a la intimidad del teletrabajador](#), en *Lex Social*, 2018, n. 1, pp. 113-135

QUINTANILLA NAVARRO B., *Evaluación y seguimiento de Planes de Igualdad*, en J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015

RECHE TELLO N., *El derecho al trabajo en tiempos de excepcionalidad constitucional: la regulación laboral en torno al COVID-19 en España*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2020, n. 1, pp. 70-135

- REQUENA MONTES Ó., *Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva*, en *Lex Social*, 2020, n. 2, pp. 541-560
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO S., *La promoción de la salud mental de los trabajadores ante la tecnificación de los procesos productivos: apunte sobre cuestiones pendientes*, en *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2020, n. 22, pp. 39-72
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER M., FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Discriminación de género y “otras” discriminaciones: la discriminación múltiple a las mujeres*, en J. CRUZ VILLALÓN, E. GARRIDO PÉREZ, C. FERRADANS CARAMÉS (coords.), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M., *Las nuevas tecnologías en la empresa. Guía de negociación*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006
- ROJO TORRECILLA E., *Texto comparado, y anotaciones, de la primera versión del Anteproyecto de Ley de trabajo a distancia (20 de junio) y del último documento presentado a los agentes sociales (1 de septiembre). Mucho más que meros retoques: del derecho de la persona trabajadora a la potenciación de la intervención empresarial y la regulación pactada*, en www.eduardorojotorrecilla.es, 5 septiembre 2020
- ROSENBAUM CARLI F., *El teletrabajo dependiente: cuestiones centrales a torno a su regulación*, en *Revista Jurídica del Trabajo*, 2020, n. 2, pp. 285-303
- RUIZ LÓPEZ P., PULLAS TAPIA P., PARRA PARRA C.A., ZAMORA SÁNCHEZ R., *La doble presencia en las trabajadoras femeninas: equilibrio entre el trabajo y la vida familiar*, en *Revista de Comunicación de la SEECI*, 2017-2018, n. 44, pp. 33-51
- RUIZ SANTAMARÍA J.L., *Prevención de riesgos laborales y COVID-19: intervención de la ITSS y novedades jurisprudenciales en relación a esta materia*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2020, n. 1, pp. 244-251
- SÁEZ LARA C., NAVARRO NIETO F. (coords.), *La negociación colectiva ante los retos sociolaborales del Sible XXI. Libro en Memoria de la profesora María José Rodríguez Crespo*, Bomarzo, 2020
- SAGASTIZABAL EMILIO-YUS M., *La triple presencia. Estudio sobre el trabajo doméstico-familiar, el empleo y la participación socio-política*, Universidad del País Vasco, 2020
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ Z. (coord.), *Nuevas Tecnologías, Administración y Participación Ciudadana*, Comares, 2010
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO C., *La lucha contra la exclusión socio-laboral en España: 1990-2020*, en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2020, n. 1, pp. 5-14
- SANGUINETI RAYMOND W., *¿La hora del teletrabajo?*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 66
- SEMPERE NAVARRO A.V., *El Derecho Laboral, la pandemia y las preposiciones*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2020, n. 964

- SIERRA BENÍTEZ E.M., [*La consolidación del teletrabajo y las variantes subjetivas en el Derecho del Trabajo*](#), en [*Revista Jurídica del Trabajo*](#), 2020, n. 2, pp. 269-284
- SIERRA HERNAIZ E., [*El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores*](#), en [*Temas laborales*](#), 2020, n. 152, pp. 115-138
- TORRES GARCÍA B., [*Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#), 2020, n. 1, pp. 239-261
- TRUJILLO PONS F., *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, 2020
- UGT, [*Gestión del teletrabajo en la negociación colectiva*](#), 2020
- VALLECILLO GÁMEZ M.R., [*El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*](#), 2020, n. 1, pp. 210-238
- VAQUERO GARCÍA A., [*Nuevos retos laborales ante la digitalización: un análisis desde la perspectiva económica*](#), en [*Temas Laborales*](#), 2020, n. 151, pp. 311-326
- VIGO SERRALVO F., *La protección jurídico-laboral de los trabajadores temporales en la normativa de emergencia. Comentario crítico*, en F. VILA TIERNO (dir.), *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Laborum, 2020
- VIGO SERRALVO F., *La normativa laboral de fomento de la paridad entre sexos*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019
- VILA TIERNO F., *Crisis del empleo en la situación generada por el COVID-19. Antecedentes*, en F. VILA TIERNO (dir.), *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Laborum, 2020
- VILA TIERNO F. (dir.), *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Laborum, 2020
- WOLTERS KLUWER, [*Registro horario y teletrabajo*](#), en www.wolterskluwer.com/es, 7 julio 2020

Normativa

- AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, [*COVID-19: Derecho Europeo y Estatal*](#), 2020
- Dictamen CES 22 julio 2020, n. 2, [*Sobre el Anteproyecto de Ley de Trabajo a Distancia Directiva \(UE\) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo*](#)

[Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social](#), en *BOE*, 22 julio 2015, n. 174

[Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos](#), en *BOE*, 23 junio 2007, n. 150

[Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales](#), en *BOE*, 6 diciembre 2018, n. 294

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, [Manual para la implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado](#), 2006

[Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales](#), en *BOE*, 3 junio 2006, n. 149

[Orden ETD/920/2020, de 28 de septiembre, por la que se crea y regula el Consejo Consultivo para la Transformación Digital](#), en *BOE*, 1º octubre 2020, n. 260

[Resolución de 23 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro](#), en *BOE*, 3 diciembre 2020, n. 316

[Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva](#), en *BOE*, 18 julio 2018, n. 173

[Resolución de 26 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos](#), en *BOE*, 10 diciembre 2015, n. 295

[Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se publica el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012](#), en *BOE*, 26 octubre 2009, n. 258

El papel de la mujer en las universidades públicas: una mirada crítica*

Lucía ARAGÜEZ VALENZUELA**

RESUMEN: En el presente trabajo se aportará una visión amplia acerca del papel de la mujer en las universidades públicas, tanto en el ámbito de la docencia universitaria como también en la asunción de puestos de dirección. En este sentido, reflexionaremos sobre la inclusión de género en las universidades públicas, acercándonos a una realidad tal que refleja claramente que aún nos queda mucho camino por recorrer, y es que las mujeres se encuentran francamente subrepresentadas a medida que ascienden a puestos jerárquicos superiores en el ámbito universitario. Con ello, se tratarán de aportar algunos datos estadísticos que nos acerquen a la realidad de las cosas y, sobretodo, se propondrán posibles soluciones para equilibrar la representación de las mujeres con respecto a los hombres en determinados puestos universitarios.

Palabras clave: Mujer, universidad, conciliación, promoción, trabajo.

SUMARIO: 1. El papel de la mujer en el trabajo: una breve reflexión histórica sobre la igualdad, la equidad y el feminismo. 2. Las universidades públicas y el sesgo de género. 3. La evolución de las mujeres trabajadoras en las universidades: datos estadísticos y análisis de la STS 3203/2019 de 16 de octubre de 2019. 4. Algunas reflexiones y propuestas de inclusión del colectivo femenino en las universidades. 5. Conclusiones finales. 6. Bibliografía.

* El presente artículo proviene de la ponencia *El papel de la mujer en las universidades públicas: Una mirada crítica*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Profesora sustituta interina, Universidad de Málaga (España); Investigadora post doctoral.

The Role of Women in Public Universities: a Critical Look

ABSTRACT: This paper will provide a broad view of the role of women in public universities, both in the field of university teaching and in the assumption of management positions. In this sense, we will reflect on the inclusion of gender in public universities, approaching a reality that clearly reflects that we still have a long way to go, and that is that women are frankly under-represented as they rise to higher hierarchical positions in the university sphere. The aim is to provide some statistical data that will bring us closer to the reality of things and, above all, to propose possible solutions for balancing the representation of women with men in certain university posts.

Key Words: Women, university, work-life balance, promotion, work.

1. El papel de la mujer en el trabajo: una breve reflexión histórica sobre la igualdad, la equidad y el feminismo

El valor de la igualdad de género entre hombres y mujeres constituye uno de los principales retos del mundo del trabajo y es que, aunque cada vez sean más las mujeres incorporadas en el ámbito laboral, lo cierto es que las desigualdades siguen siendo patentes. De hecho, desde tiempo atrás, el género constituye un criterio de análisis de la realidad social, cultural, política y económica¹, ya que dicha distinción nos permite visualizar las desigualdades existentes entre hombres y mujeres y hacer una lectura crítica – que es lo que se pretende con este trabajo – acerca del contexto social que desvela la desigualdad de representación, presencia y reconocimiento de la mujer en el trabajo.

Si analizamos por tanto el trabajo desde un enfoque de género, esto nos permite conocer la situación de la mujer en el mercado laboral de una manera más precisa. Para ello, debemos entender el género como una identidad que mantiene un claro enfoque relacional, en el sentido que abarca la propia interacción de las partes en la relación jurídica/laboral y permite el mantenimiento de las identidades a través de las semejanzas y diferencias que se perciben de unos con respecto a los otros. De esta manera, actualmente se percibe el género como una construcción simbólica y, lamentablemente, también diferencial de las personas².

Desde una perspectiva tradicional, las mujeres se dedicaban al cumplimiento de lo que eran consideradas sus obligaciones domésticas, circunscritas fundamentalmente al cuidado del hogar y de los hijos que estuviesen a su cargo. Por otro lado, los hombres eran los responsables de la adquisición de la riqueza para el hogar familiar y, por tanto, los únicos capacitados para trabajar. Sin embargo, de forma paulatina, las mujeres han ido obteniendo un mayor protagonismo en el ámbito laboral, de entre otros muchos escenarios. Así, aportando de una forma breve un recorrido histórico respecto al papel de la mujer en la sociedad, debemos mencionar que a lo largo de la historia se reafirma que somos seres que vivimos en sociedad y, como tal, determinamos nuestras propias maneras de comportamiento y organización a través de las tradiciones culturales. Sin embargo, es cierto que desde tiempos prehistóricos se identifican diferencias entre los hombres y las mujeres, no solo físicas, sino también de género. De este modo, se determinaba entonces la supremacía y el poder

¹ A. GUIL BOZAL, A. SOLANO PARÉS, M. ÁLVAREZ GIRÓN, *La Situación de las Mujeres en las Universidades Públicas Andaluzas*, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2015, p. 15.

² *Ibidem*.

que ejercía un sexo, el del hombre, sobre el otro³, el de la mujer. En este mismo sentido, se ha pronunciado Marx al señalar la separación del trabajo; sin embargo, esta separación – en este caso por género – no implicaba que un grupo realizase tareas menos importantes que el otro, sino que se visualizaba como una estrategia social para la explotación de los recursos. Por consiguiente, las mujeres se vincularon de alguna forma al trabajo de cuidado de los hijos/as al requerirse una atención constante durante los primeros años de vida. Esto se debió, entre otros aspectos, a la lactancia y a la necesidad de mantener un adecuado entorno para el cuidado doméstico. La subordinación de las mujeres se acrecentó a través las Leyes de Partidas, redactado en Castilla en el año 1265, durante el reinado de Alfonso X. Esta obra adquiere – incluso también actualmente – gran importancia porque se considera un cuerpo legislativo que consolida conceptos como la familia – patriarcal –, la iglesia y las instituciones de poder de la época. A partir de esto, la mujer comienza a subordinarse a las instrucciones de los hombres y padres de la familia, adquiriendo un papel totalmente residual en la sociedad. Esta situación se mantiene hasta la Edad Media, donde solo las mujeres nobles, esto es, con una clase social superior y de reconocido prestigio, podían gozar de ciertos privilegios – siendo igualmente bastante limitados con respecto a los de los hombres –, los cuales versaban en la organización de los empleados de la casa, de la economía durante la ausencia del marido (que solía coincidir con las ausencias por motivo de guerra), entre otros.

En la época del Renacimiento, la mayoría de las mujeres asumían la maternidad como su profesión e identidad⁴. De hecho, sus vidas parecían consistir en un ciclo continuo de embarazo y crianza.

Por otro lado, en la Edad Moderna se presentan grandes inventos y progresos tecnológicos y, además, surge el capitalismo y la burguesía, acompañadas de nuevas entidades políticas. Durante este periodo, se excluía a las mujeres del ámbito público bajo el argumento de supuestas aptitudes y carencias naturales, es decir, continuaban las ideas que sostenían que la mujer carecía de los atributos masculinos identificados con la racionalidad, la inteligencia, la capacidad de juicio y la competitividad. Estas ideas se vieron incluso reforzadas mediante el filósofo y pensador de Jean-Jacques Rousseau, que mantenía que las bases de la educación entre niños y niñas debían ser diferentes, promoviendo ideas tales como la superioridad de unos (niños y, posteriormente, hombres) respecto a otros (niñas y,

³ J.M. DUARTE CRUZ, J.B. GARCÍA-HORTA, *Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres*, en *CS*, 2016, n. 18, pp. 107-158, p. 113.

⁴ *Ibidem*, p. 115.

posteriormente, mujeres). Según su tesis, las niñas debían aprender cuestiones domésticas y religiosas, mientras que los niños debían educarse para la vida pública, los trabajos de las armas y las leyes. De esta manera, los discursos sobre la igualdad no eran importantes, ya que las mujeres se encontraban prácticamente anuladas continuando la división sexual del trabajo, su jerarquización y la consecuente discriminación.

En este contexto, donde la exclusión de la mujer era persistente, comenzaron los primeros movimientos sociales de lucha contra las desigualdades de género. Se entendía que las diferencias que existían hasta el momento por razón de género no respondían a la propia naturaleza de unos con respecto a otros (que era lo que en un principio se pensaba), sino que se asentaba en un construccionismo meramente social. Con ello, el feminismo, como movimiento social y político, surge como una forma diferente del modo de ver la vida y la sociedad en la época moderna (la Ilustración). Durante las siguientes décadas del siglo XX, las mujeres se centraron en consolidar un movimiento (el feminismo) basado en la liberalización de las mujeres; sin embargo, tras la Segunda Guerra Mundial la sociedad conservadora ideológica y social que emergía, dominó y reafirmó la visión tradicional de las mujeres como esposas, madres y amas de casa.

Será posteriormente, tras la guerra, cuando comience a asentarse el concepto de equidad, el cual surge fundamentalmente en el siglo XX. Este concepto emerge de la expresión francesa “*feminisme*” en 1837, y fue un movimiento que intentó apoyar públicamente los derechos de las mujeres. Es cierto que la equidad hace referencia a aspectos muy diversos, como son la edad, la clase social, el nivel profesional, el tipo de trabajo realizado, el nivel educativo alcanzado, la apariencia física, la etnia, las necesidades especiales, la orientación sexual u otros aspectos que pueden ser causa de discriminación o de desigualdad. De entre los mismos, como no podría ser de otra manera, también se incluye el género referido a las diferenciaciones existentes entre hombres y mujeres. La equidad es por tanto un elemento transversal⁵ que ha resultado ser un elemento clave para la Organización Internacional del Trabajo y su estrategia por mantener un empleo decente, ya que no es posible superar las situaciones de precariedad laboral sin superar las desigualdades de género hasta ahora existentes. Esto significa que, en primer lugar, el concepto de trabajo decente comprende también

⁵ L. ABRAMO (ed.), *Trabajo decente y equidad de género en América Latina*, OIT, 2006, p. 15. Concretamente en el presente trabajo se indica que la transversalidad se materializa en «la promoción de los derechos del trabajo, la creación de más y mejores empleos, la ampliación de la protección social y el fortalecimiento de la organización y representación de los actores en el mundo del trabajo y el diálogo social».

un trabajo libre de cualquier discriminación. Así, la equidad de género requiere que todas las dimensiones de la justicia incorporen la perspectiva de género⁶.

Teniendo muy presente este concepto, el cual adquiere su verdadero protagonismo con este movimiento social, podemos indicar que, de manera sucinta, el feminismo se encuentra dividido en tres olas. La primera de ellas se caracterizó por «la lucha por la igualdad, en particular de derechos, la prohibición de la discriminación en el trabajo, la revocación de las leyes contra el aborto, la igualdad de género en aspectos políticos como el derecho al voto, el trabajo en igualdad de circunstancias y el derecho a la educación»⁷. La segunda ola tuvo lugar en Francia en el año 1968 que se caracterizó por establecer un cambio de prioridades y por la búsqueda incansable de la concienciar a la sociedad de que las desigualdades respecto al género existen. En este sentido, se pretendía que la sociedad fuera más consciente de que las mujeres eran consideradas de un género diferente. De esta manera, con este movimiento no se pretendía – ni tampoco ahora – que la mujer fuese lo contrario al hombre o estuviera por encima de este, sino simplemente un reconocimiento de su condición como mujer.

Durante este segundo periodo del feminismo, parece que se asentaba una nueva realidad personal y política para los hombres y las mujeres. Sin embargo, podemos decir que en la tercera ola – que es la que comienza en los años 90 y perdura hasta la actualidad – es cuando verdaderamente se está marcando una diferencia respecto al reconocimiento del papel de la mujer en la sociedad. En este sentido, parecen haber quedado atrás las teorías que indicaban que las mujeres y los hombres necesitaban tratos y oportunidades diferenciadas, sino que la lucha se centra en la igualdad real entre ambos, siendo esta cuestión la mantenida en la actualidad.

Tras este breve recorrido histórico, lo cierto es que la mujer se ha ido incorporando de manera progresiva al mercado de trabajo. En un primer término, los puestos que desempeñaban se centraban en el ámbito privado; sin embargo, comenzaban de forma más pausada también a ocupar puestos en lo público. De ello se desprende que la mujer ha ido incluyéndose en trabajos públicos asumiendo actividades laborales de muy diversa índole. Sin embargo, las desigualdades por razón de género en este sector, continúan siendo muy persistentes⁸.

⁶ J.M. DUARTE CRUZ, J.B. GARCÍA-HORTA, *op. cit.*, p. 135.

⁷ *Ibidem*, p. 133.

⁸ María Luisa Segoviana es la primera mujer presidenta de la Sala IV del Tribunal Supremo. «El Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha elegido hoy [30 de septiembre de 2020] a la magistrada María Luisa Segoviano Astaburuaga presidenta de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, cargo en el que sucederá a Jesús Gullón, jubilado desde el pasado mes

Concretamente en el ámbito de la universidad, continúan apareciendo desequilibrios entre los puestos que vienen a ocupar hombres y mujeres, por lo que no hablamos únicamente de que las mujeres se encuentren subrepresentadas en los trabajos públicos – que además son los que generan una mayor estabilidad laboral –, sino también en lo que respecta a los puestos que las mismas terminan ocupando, donde puede adelantarse que existen importantes diferencias en materia de promoción profesional en el sector.

2. Las universidades públicas y el sesgo de género

El género ha sido un tema recurrente a nivel doctrinal, no viéndose alcanzada en la actualidad una verdadera igualdad entre hombres y mujeres. Podemos decir que a raíz de la Conferencia de Beijing (1995) de las Naciones Unidas se consolidó el empoderamiento de la mujer y la política mundial sobre igualdad de género por 189 países⁹. Más concretamente en España se refleja la igualdad como derecho fundamental en la actual Constitución Española del año 1978 y en la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de

de junio. Se convierte así en la primera mujer en acceder a la presidencia de una Sala en los más de doscientos años de historia del alto tribunal, creado por las Cortes de Cádiz en 1812 [...]. El Tribunal Supremo cuenta en la actualidad 16 magistradas, nueve de ellas nombradas durante el presente mandato del CGPJ, que desde la constitución de este órgano en 1980 es el que más mujeres ha designado para el alto tribunal. El II Plan de Igualdad de la Carrera Judicial, aprobado por el Pleno del órgano de gobierno de los jueces el pasado 30 de enero y que fue elaborado por la Comisión de Seguimiento del Plan de Igualdad, presidida por la vocal Clara Martínez de Careaga y que también integran los otros dos vocales de la Comisión de Igualdad, Concepción Sáez Rodríguez y Gerardo Martínez Tristán, así como representantes de las asociaciones judiciales y de AMJE y dos integrantes de la Carrera Judicial expertas en materia de igualdad, reconoció los avances producidos en la presencia de la mujer en el Tribunal Supremo con el actual CGPJ». Entre ellos, citaba «la entrada de mujeres en todas y cada una de las Salas del Tribunal Supremo por primera vez en la historia, en particular en su Sala Segunda, que ha pasado de no contar con ninguna mujer en 200 años a contar con tres mujeres a día de hoy; o el haberse alcanzado, también por primera vez en la historia, la paridad entre mujeres y hombres en una de las Salas del Tribunal Supremo (Sala Cuarta). La elección de Segoviano supone también que, a partir de ahora, la Sala de Gobierno del alto tribunal contará con dos mujeres entre sus integrantes: la presidenta de la Sala Cuarta como miembro nato y la magistrada de la Sala Segunda Susana Polo García, que obtuvo un puesto en las últimas elecciones a este órgano, celebradas el 26 de noviembre de 2019» (vid. PODER JUDICIAL, [El CGPJ nombra a María Luisa Segoviano presidenta de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo](#), en [www.poderjudicial.es](#), 30 septiembre 2020).

⁹ J. FLETA-ASÍN, F. PAN, *Segregación horizontal y vertical de género en el profesorado*, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, 2017, n. 37, p. 191.

marzo y en los Planes Estratégicos de Igualdad de Oportunidades. A raíz de estas normas – junto a otras que las complementan – parece existir cierta conciencia por parte del Gobierno español en incentivar la igualdad por razón de género y proteger jurídicamente a la mujer trabajadora, por ser un colectivo vulnerable y susceptible de discriminaciones. Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, los datos estadísticos – que serán valorados con mayor detenimiento en los siguientes apartados – reflejan una clara ineficacia de la normativa mantenida hasta ahora, y es que estas fuentes de información revelan la necesidad de adecuar las políticas de igualdad para disminuir las brechas de género.

Centrándonos en el ámbito universitario, debemos decir que, a partir del último tercio del siglo XIX, comienza la incorporación paulatina de las mujeres a las aulas de la universidad española¹⁰. Fue posteriormente cuando por vez primera las mujeres comenzaban a ocupar algunos puestos en las universidades públicas. Sin embargo, en la actualidad parece seguir manteniéndose ciertas barreras añadidas que dicho colectivo tiene que enfrentarse a lo largo de su trayectoria profesional. Más concretamente, nos estamos refiriendo a las limitaciones que las mujeres encuentran respecto a las condiciones laborales, posibilidades de ascenso y promoción, la limitación en el acceso a puestos de diversa responsabilidad y poder, así como problemas añadidos derivados de la conciliación de su vida personal, familiar y laboral. Por consiguiente, vamos a tratar de abordar cada uno de los siguientes desafíos de forma pormenorizada.

Condiciones laborales

El acceso tardío de la mujer en el mercado laboral y la mera condición de ser mujer, han ocasionado que, en comparación a la posición del hombre, éstas mantengan una serie de condiciones laborales no sólo distintas, sino también basadas en la inferioridad. En este caso, no únicamente nos estamos refiriendo a su condición en las universidades públicas – cuestión que abordaremos más adelante –, sino también teniendo en cuenta su papel en el mercado de trabajo desde una perspectiva más amplia e interdisciplinar.

¹⁰ I. PASTOR GOSALBEZ, A. ACOSTA SARMIENTO, *La institucionalización de las políticas de igualdad de género en la Universidad española. Avances y retos*, en *Investigaciones Feministas*, 2016, n. 2, p. 248.

Tabla 1 – Porcentaje de los trabajadores a tiempo parcial en el empleo total según periodo

	2019	2018	2017	2016	2015
Hombres					
Porcentaje respecto al empleo total	3,8 ³	3,7 ³	4,0 ³	4,2 ³	4,3 ³
Mujeres					
Porcentaje respecto al empleo total	10,9 ³	10,9 ³	11,0 ³	11,0 ³	11,4 ³

Fuente: INE

Las mujeres se enfrentan a condiciones desiguales de acceso al trabajo remunerado. A título ilustrativo, podemos indicar que en la tabla 1 se muestra el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial. En el mismo, podemos apreciar como existe una clara diferenciación entre hombres y mujeres. Parece que los hombres tienen una mayor oportunidad de acceso a puestos de trabajo que presentan un mayor nivel de ingresos al ocupar la mayor parte de contratos de trabajo a tiempo completo en España. Como se observa en la tabla, esta situación no resulta novedosa, sino que es algo reiterativo desde años atrás donde las diferencias son bastante manifiestas. Esto nos hace replantearnos la razón por la que existe esta diferenciación por razón de género. En este sentido, debemos anticipar que, aunque puedan existir otros motivos o factores, es un hecho cultural socialmente aceptado. Es decir, nos encontramos ante la costumbre social de que las mujeres deben destinar parte de su tiempo a realizar actividades que no se encuentran remuneradas, como es, por ejemplo, el cuidado de niños o las tareas domésticas. Por consiguiente, el hecho de que la mujer invierta una mayor parte de su tiempo – como sería la adquisición de un trabajo a tiempo completo – en otros asuntos – como el trabajo –, puede ocasionar que sus otras obligaciones culturales – el cuidado familiar y doméstico – no se realice. Esto demuestra que actualmente las mujeres siguen siendo consideradas personas no suficientemente capacitadas para adquirir un empleo comparable al de los hombres al mantenerse, entre otros factores, cierta conciencia social y cultural que las encuadra en tareas de otra índole. Realmente, podemos decir que el colectivo femenino en materia de condiciones de trabajo o acceso al empleo, se encuentra claramente en una situación de marginalidad ocupacional en el sentido de que, a pesar de que las mujeres se encuentren incorporadas en el mundo del trabajo, tienen lugar una serie de condicionantes que «conducen a que las mujeres se incorporen al trabajo en condiciones que, si bien no son las causantes directas de la pobreza, contribuyen a perpetuarla, por cuanto se asocian a la

carencia de recursos para buscar mejores alternativas de empleo»¹¹. Más concretamente, podemos decir que la marginación en la ocupación de las mujeres – los cuales directamente afectan a sus condiciones de trabajo – se pueden resumir en los siguientes apartados.

Ingresos derivados del trabajo

Como hemos indicado anteriormente, el hecho de que las mujeres sean consideradas el colectivo protagonista en los contratos a tiempo parcial, a diferencia de lo que ocurre con los hombres, esto denota que el nivel de ingresos derivados del trabajo va a ser inferior en comparación de unas con respecto a otros. Por consiguiente, en este caso no solamente nos estamos refiriendo a que las mujeres – meramente por su condición – van a recibir un salario inferior con respecto a los hombres¹², sino que además las oportunidades de acceso al empleo son también diferentes afectando, como no podría ser de otra manera, al nivel de ingresos. Para poder analizar esta situaciones preciso tener en cuenta el nivel de ingresos entre hombres y mujeres atendiendo a criterios como la parcialidad, la temporalidad y, en sí mismo, la retribución salarial. Concretamente, en el caso de la parcialidad, hemos observado de la tabla 1 que, aunque no debería asociarse esta situación a pertenecer a un género u otro, la realidad de las cosas muestra que mayoritariamente los puestos laborales a tiempo parcial son ocupados por mujeres¹³. Respecto a la temporalidad, debemos mencionar que «Dadas las peculiaridades en el uso de ciertos contratos temporales en España, se analiza además la antigüedad en el puesto de trabajo actual, que sirve como medida de la estabilidad laboral, complementando la anterior característica analizada. Se asume que una mayor antigüedad, tanto en el puesto actual como en la trayectoria laboral del trabajador en su empresa, contribuye a la estabilidad y la mejora de la experiencia laboral»¹⁴.

¹¹ Esta es una de las muchas reflexiones que se señalan en T.S. SELAMÉ, *Mujeres, Brechas de Equidad y Mercado de Trabajo. Chile*, OIT, 2004, p. 59.

¹² En este sentido, para profundizar en las diferencias salariales existentes entre hombres y mujeres, se recomienda la lectura de I.P. MURILLO HUERTAS, H. SIMÓN, *La Gran Recesión y el diferencial salarial por razón de género en España*, en *Review of Public Economics*, 2014, n. 1, pp. 39-76, y R. SANTERO SÁNCHEZ, B. CASTRO NÚÑEZ, *Análisis de las condiciones laborales en las entidades de la economía social en España desde una perspectiva de género*, en *REVEESCO*, 2016, vol. 121, pp. 228-255.

¹³ M.I. MARTÍNEZ MARTÍN (dir.), *El impacto socioeconómico de las entidades de economía social*, Fundación EOI, 2013.

¹⁴ R. SANTERO SÁNCHEZ, B. CASTRO NÚÑEZ, *op. cit.*, p. 239.

Tabla 2 – Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y tipo de jornada

	Asalariados con contrato indefinido								
	2020T3	2020T2	2020T1	2019T4	2019T3	2019T2	2019T1	2018T4	2018T3
Ambos sexos									
Jornada a tiempo completo	10.809,2 ²	10.661,7 ¹	10.945,8 ¹	10.968,3 ³	10.887,6 ³	10.802,8 ³	10.624,6 ³	10.594,1 ¹	10.599,3 ³
Jornada a tiempo parcial	1.405,3 ³	1.394,4 ¹	1.471,8 ¹	1.479,9 ³	1.426,0 ³	1.485,7 ³	1.499,4 ³	1.440,0 ¹	1.326,3 ³
Hombres									
Jornada a tiempo completo	6.262,5 ⁵	6.160,4 ¹	6.308,8 ¹	6.313,9 ³	6.271,1 ¹	6.237,7 ³	6.114,6 ³	6.103,3 ³	6.102,9 ³
Jornada a tiempo parcial	262,7 ³	255,6 ¹	262,1 ¹	262,7 ³	253,4 ¹	249,8 ³	259,3 ³	228,9 ³	227,4 ³
Mujeres									
Jornada a tiempo completo	4.546,6 ³	4.501,4 ¹	4.636,9 ¹	4.654,4 ¹	4.616,5 ³	4.565,2 ³	4.510,0 ³	4.490,8 ³	4.496,5 ³
Jornada a tiempo parcial	1.142,7 ³	1.138,8 ¹	1.209,6 ¹	1.217,3 ³	1.172,6 ³	1.235,9 ³	1.240,1 ³	1.211,1 ³	1.098,9 ³

Fuente: INE

Por ende, parece lógico pensar que si son los hombres los que mantienen puestos de trabajo con un mayor grado de estabilidad y perpetuidad en el tiempo, esto es indicativo de que sean las mujeres las que obtienen, en mayor proporción, contratos de trabajo de índole temporal (véase en la tabla 2). Finalmente, en lo que respecta al nivel de ingresos – los cuales se encuentran directamente relacionados con los dos aspectos anteriormente citados (temporalidad y parcialidad) –, las diferencias también resultan ser notorias. Y es que realmente el salario es una de las condiciones laborales de mayor trascendencia, cuyo estudio muestra la existencia de diferencias de género.

Tabla 3 – Brecha salarial de género (no ajustada a las características individuales) en salario por hora por sectores de actividad económica y período (España y UE-28)¹⁵

	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011
B_S Secciones B-S: Industria, construcción y servicios (excepto actividades de los hogares como empleadores y organizaciones extraterritoriales)							
España	14,2 ¹	14,2 ¹	13,1 ¹	14,0 ¹	17,2 ³	17,8 ³	16,8 ¹
Secciones B-S excepto O: Industria, construcción y servicios (excepto Administración Pública, defensa, seguridad social obligatoria)							
España	15,1 ¹	15,1 ¹	14,2 ³	14,9 ³	17,8 ³	18,7 ³	17,6 ³
B_N Secciones B-N: Negocios							
España	20,8 ³	20,8 ³	20,3 ³	19,9 ³	23,4 ³	23,9 ³	23,6 ³
B Industrias extractivas							
España	-4,6 ³	-4,6 ³	-12,6 ³	-9,8 ³	10,8 ³	15,0 ³	14,4 ³
C Industria manufacturera							
España	18,5 ³	18,5 ³	19,2 ³	19,1 ³	22,4 ³	23,6 ³	24,2 ³
D Suministro de energía eléctrica, gas, vapor y aire acondicionado							
España	12,8 ³	12,8 ³	16,1 ³	17,3 ³	15,2 ³	13,2 ³	8,8 ³
E Suministro de agua, actividades de saneamiento, gestión de residuos y descontaminación							
España	13,7 ³	13,7 ³	14,7 ³	13,5 ³	15,5 ³	16,4 ³	17,7 ³
F Construcción							
España	1,7 ³	1,7 ³	3,3 ³	-3,5 ³	5,0 ³	4,5 ³	4,5 ³
G Comercio al por mayor y al por menor; reparación de vehículos de motor y motocicletas							
España	23,3 ³	23,3 ³	21,5 ³	21,8 ³	25,6 ³	25,9 ³	26,5 ³

Fuente: Estadísticas de mercado laboral (Eurostat)

En la tabla 3, a título ilustrativo, se muestran tan solo algunas de las

¹⁵ Debemos decir que los datos que se obtienen de la tabla se corresponden a los periodos desde 2017 hasta 2011, por lo que Reino Unido seguía formando parte de la Unión Europea.

actividades que se efectúan en España, donde se puede observar la brecha salarial existente por razón de género. En este sentido, no solamente nos estamos refiriendo a diferencias por existir el criterio de temporalidad o parcialidad entre hombres y mujeres – cuestión que también debe ser tenida en cuenta –, sino incluso efectuando una comparativa ocupando el mismo puesto de trabajo. Así, en relación a las características laborales analizadas, en general se constata la existencia de diferencias significativas entre hombres y mujeres, teniendo estas peores condiciones laborales.

El propio contrato laboral y los aspectos legales de protección jurídica

En relación a los aspectos anteriormente citados, la discriminación por razón de género también puede afectar a la propia formalización legal de un contrato de trabajo. En este sentido, nos referimos a que la persona trabajadora se encuentre verdaderamente protegida frente a contingencias relacionadas con el trabajo, la vejez, la maternidad, así como enfermedades o accidentes comunes. Por consiguiente, a pesar de que sean muchos los factores que se pueden incluir en un contrato laboral, es preciso mencionar que dos de los principales aspectos que presentan una posible situación de discriminación entre hombres y mujeres son, por un lado, la pensión de jubilación y la situación de maternidad. En primer lugar, respecto a la pensión de jubilación, debemos decir que la normativa española en materia de cálculo de pensiones ha sido considerada discriminatoria por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (a raíz de la sentencia del TJUE, Asunto C-161/18) al situar a las mujeres trabajadoras en una posición de inferioridad respecto a los hombres debido al uso excesivo de la contratación a tiempo parcial. El Tribunal entiende que el ordenamiento jurídico español no se ajusta al derecho comunitario debido a una doble perspectiva. De un lado, indica que los contratos de trabajo a tiempo parcial mantienen una serie de dificultades en el acceso a una pensión de jubilación decente, haciendo una comparativa con los contratos a tiempo completo. Y, de otro lado, el hecho de que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial sean mujeres en un contexto social concreto, implica una discriminación indirecta al provocar situaciones injustas desde un punto de vista social y relacional. En este contexto, y a modo de propuesta, entendemos que efectivamente el legislador debería reflexionar, en un primer término, sobre la manera de fomentar la contratación a tiempo completo, evitando la abusiva utilización de los contratos a tiempo parcial. En este sentido tendrá igualmente una importante labor la Inspección de Trabajo. Y, en un segundo lugar, sería necesario mostrar una especial sensibilización respecto al papel de la mujer trabajadora en el mercado

laboral, incentivando de una manera efectiva la contratación de este colectivo a tiempo completo. Para efectuar estas consideraciones, resultaría fundamental reforzar la norma, teniendo en cuenta los comportamientos de las partes en la propia relación jurídica y el contexto social existente. Por otro lado, en lo que respecta a la maternidad, resultan ser bastante escasos los contratos de trabajo que abordan algunas cuestiones relativa a esta situación, y es que no debemos olvidar que la maternidad es una situación biológica que únicamente se encuentra relacionada con la mujer trabajadora. Esto le puede ocasionar problemas de promoción dentro de su carrera universitaria o empresarial, así como una serie de dificultades en materia de conciliación de su vida personal, familiar y laboral. En este sentido, las mujeres trabajadoras deberían tener una mayor protección jurídica.

Los periodos de cotización

Es situación se encuentra intrínsecamente relacionada con lo citado anteriormente. Los periodos de cotización al final incrementan las probabilidades de poder contar en una pensión de jubilación decente. Esta dimensión del concepto de marginalidad ocupacional será medida a través de la información que permite conocer si el trabajador ocupado se encontraba o no cotizando en algún sistema de pensiones en un determinado momento. En este sentido, ya ha sido objeto de análisis que efectivamente la situación de discriminación por razón de género existe entre hombres y mujeres en este sentido. Principalmente debido a la parcialidad de los contratos por razón de género y los problemas que ello ocasiona respecto a la posible obtención de una pensión de jubilación digna y, por consiguiente, no tendente a la precarización como se está obteniendo hasta ahora.

La estabilidad en el empleo

Esta variable se refiere a la característica de permanencia en la ocupación. La información utilizada para establecer si el puesto de trabajo posee o no este atributo será la relativa al tipo de empleo, y más concretamente a si responde a una necesidad permanente, temporal, a un plazo fijo o a una tarea o servicio concreto. En este contexto, a tenor de lo citado con anterioridad, parece haber quedado suficientemente justificado que, si efectuamos una comparativa por razón de género, los hombres son los que mantienen unas condiciones de trabajo más estables con respecto a las mujeres.

El abuso del empleo informal para el colectivo femenino

«Con base en la metodología utilizada por la OIT, el estudio analiza la distribución de los ocupados de ambos sexos a lo largo de la variable *empleos formales e informales*, reconociéndose que es entre estos últimos donde los problemas de desprotección social, económica y laboral son más recurrentes»¹⁶.

La capacitación laboral respecto al acceso al empleo

Como se ha podido observar ateniendo a los indicadores anteriormente citados, aún parece continuar existiendo cierto estigma respecto al papel que ocupa la mujer en la sociedad y más concretamente en relación al trabajo. Esto refleja que, a nivel cultural, las mujeres parecen ser consideradas menos capacitadas respecto a la obtención de determinados puestos de trabajo en comparación con los varones. De hecho, suele ser habitual que en puestos de trabajo donde existe un mayor grado de responsabilidad y liderazgo, sean los hombres los que ocupen dichos puestos laborales, quedando las mujeres relegadas a otros de menor consideración (sobre esta cuestión profundizaremos en las siguientes líneas centrándonos, como no podría ser de otro modo, en el ámbito universitario). En cualquier caso, lo cierto es que, analizando estas dimensiones, parece haber quedado demostrado que el colectivo de las mujeres trabajadoras se encuentra en una situación de marginación y exclusión a nivel laboral. Por consiguiente, es necesario que se articule una estrategia institucional destinada a lograr la igualdad real entre mujeres y hombres en el trabajo, eliminando estereotipos, actitudes y obstáculos que dificulten a las mujeres respecto al acceso o promoción de determinadas profesiones y puestos de trabajo, esto es, centrarnos en la consecución de una verdadera igualdad¹⁷. Dicho lo cual, merece ahora mostrar una especial atención al ámbito de las universidades públicas y el sesgo por razón de género y es que, aunque es cierto que en las instituciones públicas parecen promoverse la igualdad de oportunidades que favorezcan la incorporación, la permanencia, así como el desarrollo de las carreras profesionales y

¹⁶ T.S. SELAMÉ, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷ En este sentido, se recomienda la lectura de J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Mujer y universidad. Apuntes sobre un régimen jurídico para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, S. MESEGUER VELASCO, R. PALOMINO LOZANO (coords.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls. Volumen II. Derecho matrimonial, derecho canónico, otras especialidades jurídicas*, Iustel, 2013.

promociones entre hombres y mujeres, las diferencias entre ambos géneros continúan siendo muy latentes, principalmente en determinados cargos en los que existe un mayor grado de responsabilidad. Previamente debemos indicar que es cierto que las universidades cuentan con determinados planes de igualdad donde se configuran los elementos clave para dotar al sistema de una mayor garantía del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades, así como dar difusión de determinadas situaciones sexistas. Por tanto, los planes de igualdad debieran ser el reflejo de una universidad ambiciosa y comprometida con la garantía de estos derechos fundamentales, siendo estrictamente imprescindible que se recoja un diagnóstico de la situación, una serie de propuestas de actuación, la posible gestión o inclusión de nuevas propuestas, así como una evaluación anual de los objetivos perseguidos. Sin embargo, estos planes de igualdad no parecen ser del todo efectivos, puesto que la realidad de las cosas demuestra que el colectivo femenino se encuentra claramente discriminado. En lo que respecta a las condiciones de trabajo en la universidad, podemos decir que la misma realiza el servicio público de la educación superior a través de la investigación, la docencia y el estudio¹⁸. La Universidad no deja de ser realmente una institución dinámica en la que se desarrollan multitud de actividades que debieran estar vinculados a valores democráticos¹⁹, como la igualdad de género. En este contexto, el profesorado universitario se divide en dos categorías²⁰ fundamentales: permanente (catedráticos y titulares, tanto de universidad como de escuela universitaria) y no permanente: asociados a tiempo completo o parcial y ayudantes²¹. En relación a estos puestos de trabajo, parecen no existir puestos paritarios, ya que el acceso de las mujeres a puestos de mayor responsabilidad en la Universidad siempre ha resultado muy limitado²².

¹⁸ A. MEGÍAS-BAS, *Sesgos de género en la Educación Superior en España: propuestas de actuación*, en *Revista de Educación y Derecho*, 2019, n. 20, p. 3.

¹⁹ J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *op. cit.*

²⁰ E. PÉREZ SEDEÑO (dir.), *La situación de las mujeres en el sistema educativo de ciencia y tecnología en España y su contexto internacional*, Programa de Análisis y Estudios de Acciones Destinadas a la Mejora de la Calidad de la Enseñanza Superior y de Actividades del Profesorado Universitario, MECD, 2003, p. 72.

²¹ Debido a la reciente aprobación de la LOU, las categorías de profesorado no permanente se están renovando, pero aún no está en pleno funcionamiento.

²² La primera Rectora de una Universidad española fue Elisa Pérez Vera, en la UNED en 1982, a la que siguió Josefina Gómez Mendoza, en la UAM en 1984. La primera Decana fue Carmina Virgili Rodón, en 1979, la cual fue Secretaria de Estado de Universidades e Investigación a partir de 1982. Conviene recordar, en una línea similar, que en el año 2007 la Universidad de Harvard va a tener por vez primera una mujer en lo más alto de su dirección, Drew Gilpin Faust.

Ascenso, promoción y acceso a puestos de mayor responsabilidad

Tanto en el ámbito de la docencia universitaria como también en los órganos de gobierno, las posibilidades de ascenso, promoción y acceso a puestos de mayor responsabilidad se encuentran francamente limitados. Es cierto que la Ley Orgánica de Universidades (LOU) señala en su art. 62.3 que «Los estatutos de cada universidad regularan la composición de las comisiones de selección de las plazas convocadas y garantizaran, en todo caso, la necesaria aptitud científica y docente de sus componentes. Dicha composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, procurando una composición equilibrada entre hombres y mujeres, salvo que no sea posible por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas». Sin embargo, el problema estriba precisamente en esta última parte, esto es, la manera en la que realmente se acreditan que hay razones objetivas que justifican el incumplimiento de esta regla y es que la distribución por sexos en los diversos cuerpos universitarios tiende a la discriminación.

Además, en este sentido, a las mujeres trabajadoras parece que, desgraciadamente, los méritos se les valora de forma distinta en el sentido de que, para acceder a puestos de trabajo más elevados, no parecen exigirse los mismos méritos y capacidades con respecto a los hombres, distando mucho de ser criterios verdaderamente neutrales²³. A título ilustrativo, podemos señalar que, por ejemplo, en la ANECA se insiste mucho en la producción regular de resultados (publicaciones, equipos de investigación, ponencias en congresos, estancias en el extranjero, entre otros aspectos objeto de valoración). Pues bien, esta situación puede perjudicar a la mujer trabajadora en el caso de que no quiera renunciar a una vida familiar plena, ya que esto puede ocasionar una reorganización de su carrera investigadora y universitaria de forma diferente con respecto a los hombres para poder disfrutar de la maternidad y del cuidado de los hijos (aspecto que será objeto de análisis con mayor profundidad en las siguientes líneas).

En cualquier caso, con independencia de que en el capítulo tercero del presente artículo se aporten una serie de datos estadísticos sobre la posición de las mujeres tanto en el ámbito docente/investigador, como en los puestos de gobierno, es preciso adelantar aquí que parece que aquellos trabajos que requieran una mayor responsabilidad (cátedras, decanatos, rectorado, entre otros), son notablemente protagonizados por el colectivo masculino; mientras que aquellos puestos que implican una menor

²³ J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *op. cit.*

estabilidad (ayudantes doctores, profesores asociados, contratados doctores) o responsabilidad (vicedecanatos), existe un cierto equilibrio entre ambos géneros.

Conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Posiblemente la conciliación de la vida laboral y familiar constituye uno de los elementos de mayor complejidad a la hora de llevarlo a la práctica en el ámbito universitario. Concretamente el art. 44 de la Ley de Igualdad establece que «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». Por tanto, parece que la actual legislación en materia de igualdad impone como criterios de actuación de los poderes públicos para «la protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia» y «el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia». Sin embargo, lo cierto es que parece que las mujeres continúan teniendo la carga de lidiar en soledad con las responsabilidades domésticas y el cuidado de familiares siendo, en la mayoría de los casos, una situación muy difícil en materia de conciliación laboral.

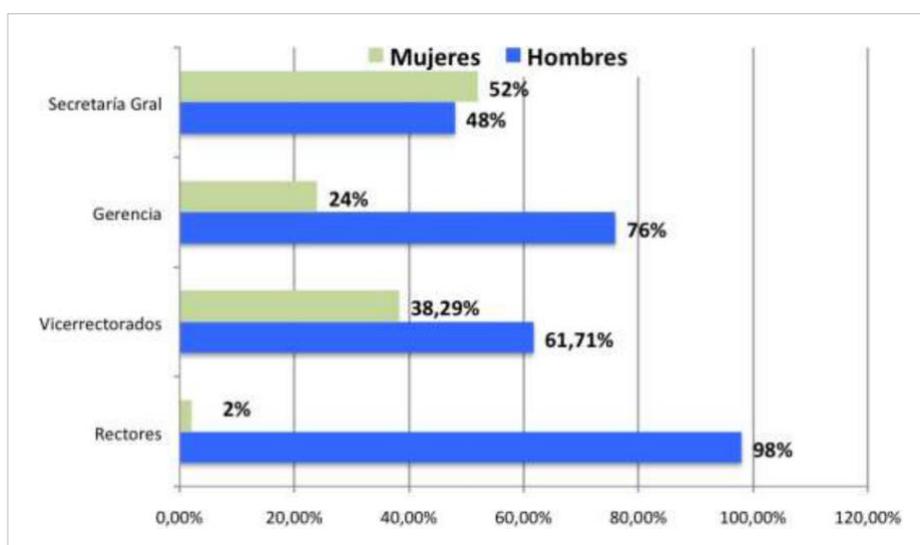
La causa de esta situación parece encontrarse en las barreras socioculturales, la desigual distribución de las responsabilidades domésticas – vinculadas al cuidado de los hijos, de las personas ancianas y enfermas, así como del hogar familiar – y también los prejuicios que prevalecen en los estratos sociales de bajos ingresos contra el trabajo de la mujer fuera del hogar y los estereotipos existentes. «También inciden la falta de infraestructura y de servicios para el cuidado de los hijos y, en general, la falta de condiciones institucionales, legales y culturales que compatibilicen los papeles domésticos y laboral-económico que deben asumir las mujeres»²⁴.

²⁴ En estos términos reflexiona T.S. SELAMÉ, *op. cit.*, p. 42.

3. La evolución de las mujeres trabajadoras en las universidades: datos estadísticos y análisis de la STS 3203/2019 de 16 de octubre de 2019

El papel de la mujer en las universidades ha evolucionado notablemente. Es cierto que cada vez existe una mayor inclusión de dicho colectivo; sin embargo, las diferencias por razón de género continúan siendo notables. En este sentido, es preciso efectuar una matización, y es que el presente trabajo se centra en el papel de la mujer dentro de las universidades públicas y, por tanto, no en la enseñanza preuniversitaria, donde los indicadores, reflexiones y conclusiones pudieran ser distintas²⁵, ya que parece existir una menor segregación vertical en las escalas profesionales más bajas, aumentando progresivamente en aquellas que presentan una mayor dificultad en ascender, como es el ámbito universitario.

Gráfico 1: Distribución por sexo de los componentes de los equipos de gobierno en las universidades públicas (2015)



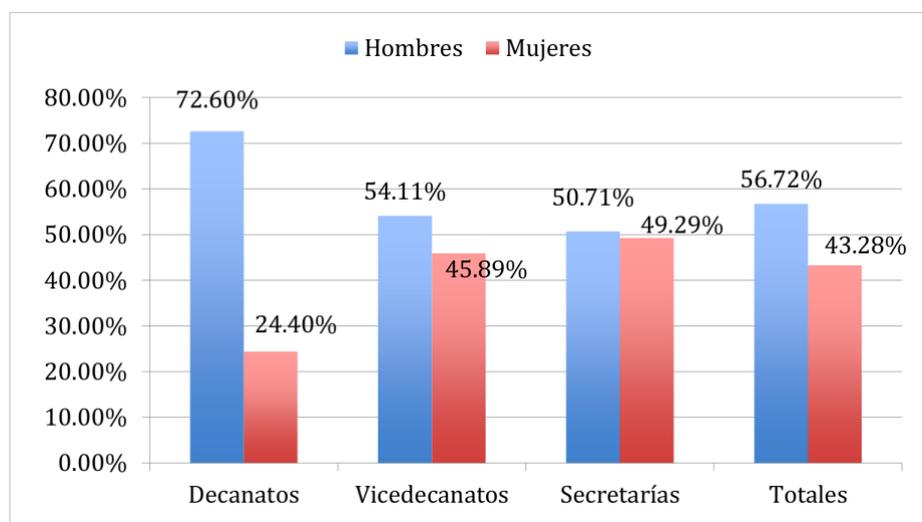
Fuente: M. CUEVAS-LÓPEZ, F. DÍAZ-ROSAS, [Género y liderazgo en la universidad española. Un estudio sobre la brecha de género en la gestión universitaria](#), en [Archivos Analíticos de Políticas Educativas](#), 2015, vol. 23, artículo 106, p. 8

Así, en el ámbito universitario, «La segregación vertical es un problema relacionado con el llamado “techo de cristal”, también presente en la

²⁵ En el caso de profundizar entre la segmentación existente tanto en la escala universitaria como también preuniversitaria, se recomienda la lectura de J. FLETA-ASÍN, F. PAN, *op. cit.*

educación superior. Mientras que las mujeres superan a los hombres entre los titulados superiores, son pocas las que cursan estudios de doctorado y menos aún las que pasan a formar parte del personal académico en las universidades. Las que consiguen acceder a la carrera académica se concentran en los niveles más bajos de la jerarquía, ocupando los puestos más inestables»²⁶.

Gráfico 2 – Distribución por sexo de los diferentes cargos en facultades y escuelas



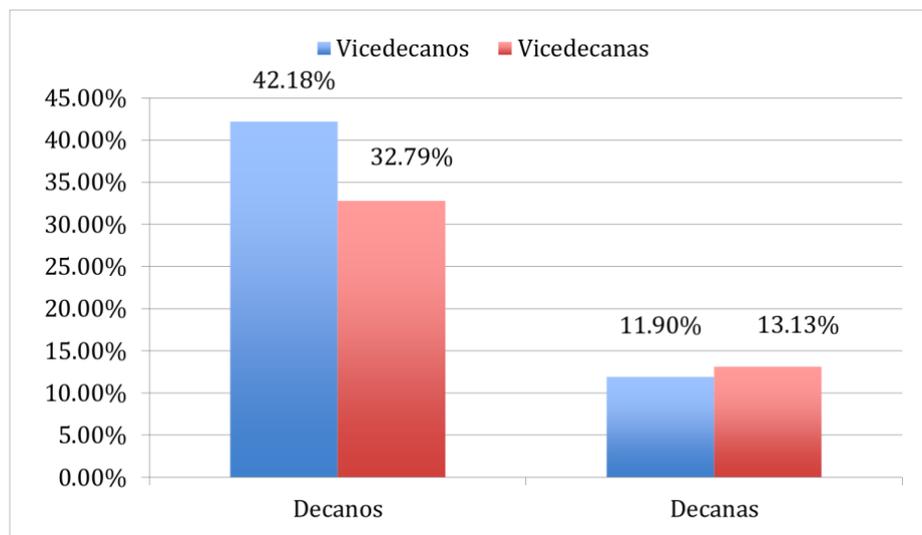
Fuente: M. CUEVAS-LÓPEZ, F. DÍAZ-ROSAS, [Género y liderazgo en la universidad española. Un estudio sobre la brecha de género en la gestión universitaria](#), en [Archivos Analíticos de Políticas Educativas](#), 2015, vol. 23, artículo 106, p. 12

Aportando algunos datos ilustrativos, siendo los mismos en atención a la composición de equipos de gobierno, podemos indicar que, salvo la secretaría general de las diferentes universidades, los puestos ocupados por mujeres representan un porcentaje minoritario. Destaca entre todos ellos el puesto de rector, al que se accede por elección democrática entre los miembros de la comunidad universitaria que cumplen determinados requisitos y se presentan como candidatos. De hecho, en lo que respecta al acceso al rectorado, actualmente en España hay tan solo 9 mujeres rectoras de las 50 universidades públicas, ascendiendo un total de tan solo 20

²⁶ G. ION, M.M. DURÁN-BELLONCH, M.D. BERNABEU TAMAYO, [El profesorado y su percepción sobre la igualdad de género en la universidad](#), en [Revista Complutense de Educación](#), 2013, n. 1, p. 126.

mujeres rectoras en los ocho siglos de la historia de la universidad²⁷.

Gráfico 3 – Proporción de vicedecanos y vicedecanas en función del sexo



Fuente: M. CUEVAS-LÓPEZ, F. DÍAZ-ROSAS, [Género y liderazgo en la universidad española. Un estudio sobre la brecha de género en la gestión universitaria](#), en [Archivos Analíticos de Políticas Educativas](#), 2015, vol. 23, artículo 106, p. 14

Por consiguiente, parece que los puestos de trabajo que suscitan una menor responsabilidad, como pudieran ser los vicedecanatos o vicerrectorados, existe un cierto equilibrio representativo entre hombres y mujeres, aunque es cierto que en la mayoría de los casos las mujeres se encuentran en inferior porcentaje. Sin embargo, a medida que aumenta la escala jerárquica, las diferencias por razón de género aumentan considerablemente.

Concretamente en Andalucía también parece ocurrir esta situación en el sentido de que sólo están representadas de manera proporcional las mujeres en aquellos cargos más subordinados y peor remunerados, quizá en aquellos donde la responsabilidad y capacitación sea menor. De hecho, esta misma situación ocurre también con el PAS, donde las mujeres ocupan puestos de trabajo más precarios en grupos profesionales de menor nivel. Además, en

²⁷ Vid. C.D., [Las rectoras se plantan: Sólo nueve de las 50 universidades públicas españolas están dirigidas por mujeres](#), en [www.diariodesevilla.es](#), 21 noviembre 2019: «Hasta 1910 las féminas estaban vetadas en muchas carreras, sin poder matricularse en la titulación que quisieran. Transcurridos ocho siglos de historia de la universidad, en España sólo ha habido 20 rectoras. La primera de ellas fue Elisa Pérez Vera en la UNED, que ocupó este cargo en 1982. Treinta y siete años después, su progresión en el escalafón jerárquico ha sido muy lento».

lo que respecta a la promoción de los empleados, las universidades parecen adaptarse más a la situación mayoritaria de los hombres, ya que parecen percibir más facilidades por parte de la institución²⁸.

Continuando con el análisis a nivel nacional, pero siendo en este caso enfocado a la carrera investigadora y docente, las diferencias entre hombres y mujeres continúan siendo notorias. De hecho, en lo que respecta al acceso a la cátedra, sólo un 27%²⁹ de profesores de universidad son catedráticas, encontrándose las mujeres perfectamente capacitadas para dicho puesto. Esto mismo lo confirman las siguientes cifras y es que en la «actualidad se matriculan y acceden a la universidad más mujeres que hombres (54,8%), con una diferencia pronunciada en grado (55,1%), en máster oficial (54,8%) y equitativa en doctorado (49,9%). En cuanto a los niveles de graduación, las mujeres logran nuevamente mejores porcentajes, con un 58,7% total de egresadas (59,8% de mujeres graduadas en grado, 57,8% en máster oficial y 52,6% en tesis doctorales leídas) [...]. Tanto en grado como en máster las mujeres registran mejores indicadores de desempeño que los hombres (más diferencia en grado, sobre todo en tasa de rendimiento – 9,31 puntos – que en máster). En concreto en grado, el rendimiento de las mujeres registra las mayores diferencias porcentuales a su favor, por ámbitos de estudio, en Agricultura y Veterinaria (9,75 puntos), Educación o Ingeniería y Construcción (más de 6 puntos). Además, presentan mejores indicadores de idoneidad, con una diferencia de casi 19 puntos porcentuales a su favor en relación a los hombres [...]. Sin embargo, desde el momento en el que optan por un doctorado, las cifras empiezan a igualarse y hasta incluso decrecer hasta la cumbre de la pirámide institucional. Apenas el 15,8% de las profesoras funcionarias llega a ser catedrática en la universidad mientras que el 30,5% de los funcionarios hombres son catedráticos. Es aquí donde se produce el mayor desfase y lo que explica que haya solo 15 rectoras en el total de universidades españolas, públicas y privadas»³⁰.

Esta situación es perfectamente extrapolable a la Comunidad Autónoma de Andalucía³¹. En lo que respecta al PDI, ha quedado demostrado que a medida que aumenta la categoría profesional, el poder, el estatus social – y consecuentemente el sueldo –, disminuye el número de mujeres en todas las universidades. Esta situación también tiene lugar en los sexenios, ya que parece que se conceden mayoritariamente a varones, suponiendo un

²⁸ A. GUIL BOZAL, A. SOLANO PARÉS, M. ÁLVAREZ GIRÓN, *op. cit.*, p. 56.

²⁹ *Vid.* C.D., *op. cit.*

³⁰ *Ibidem*. Y también, en similares términos, se pronuncia M.R. VALPUESTA FERÁNDEZ, *Mujer y universidad*, en *Historia de la Educación Latinoamericana*, 2002, n. 4, pp. 19-20.

³¹ En este sentido, se recomienda la lectura de las conclusiones respecto al colectivo PDI y PAS de A. GUIL BOZAL, A. SOLANO PARÉS, M. ÁLVAREZ GIRÓN, *op. cit.*

reconocimiento público dentro de la comunidad universitaria, además de un importante sobresueldo. Por otro lado, más concretamente en la concesión de ayudas a la investigación del P.A.I. también parece ocurrir que «en los grupos en los que hay menos mujeres responsables, el presupuesto es mayor, independiente de la valoración realizada de su competencia»³².

Por otro lado, teniendo muy en cuenta estos datos estadísticos que evidencian que el colectivo femenino se encuentra discriminado con respecto a los hombres en el ámbito universitario, es preciso mencionar y reflexionar acerca de una reciente sentencia del Tribunal Supremo, sala contencioso-administrativo, 3203/2019, de 16 de octubre de 2019 (Rec. 2013/2018). En la citada sentencia aborda la resolución de un conflicto en materia de promoción interna a cátedra en el año 2016, publicada en el *BOE* el 21 de octubre de 2016 de la Universidad Autónoma de Madrid. Concretamente el conflicto versa la impugnación de un acto administrativo relativo a la «convocatoria del proceso de promoción interna para profesores y profesoras titulares de la universidad, 2016».

En este sentido, la Sentencia del TS recuerda que la universidad tiene autonomía propia para autogobernarse, regularse, efectuar medidas financieras, así como para desarrollar una línea docente e investigadora propia, teniendo en cuenta los límites que se derivan del art. 23 CE en materia de selección y promoción de su personal (en este mismo sentido se pronuncia la STC 44/2016, de 14 de marzo). Por consiguiente, la autonomía universitaria no va a quedar excluida de las limitaciones que también imponen otros derechos fundamentales (STC 26/1987, de 11 de febrero), como es el derecho de igualdad. En este mismo sentido se pronuncia la presente sentencia en su FJ 5 al indicarse que «La determinación de la estructura de la plantilla, primero, y la posterior selección del personal docente e investigador, por cada universidad, es, por tanto, uno de los espacios tradicionalmente comprendidos en el contenido esencial del derecho fundamental a la autonomía universitaria. Y aunque este derecho fundamental no excluye limitaciones, como aquellas derivadas de otros derechos fundamentales, como sería el caso del acceso a la función pública en condiciones de igualdad (artículo 23 de la CE), sin embargo no se aprecia, en el momento de la determinación del lugar de creación de la cátedra, basado en la aplicación de los cuatro criterios objetivos, que luego veremos, una merma o menoscabo ni en ese derecho de acceso posterior en condiciones de igualdad, ni en su conexión con el mérito y la capacidad (artículo 103.3 de la CE). Si tenemos en cuenta que ese posterior proceso selectivo, para cada cátedra, se ha de desarrollar con estricta observancia de

³² *Ibidem*, p. 53.

la igualdad, el mérito y la capacidad».

Pues bien, teniendo en cuenta estos aspectos, debemos indicar ahora la controversia principal objeto del presente recurso de casación. Concretamente la sentencia indica que «la controversia surgida se centra únicamente en la previsión contenida en el apartado a.2 del Anexo 2 de dicho acuerdo, en virtud del cual, se asigna, para materializar el criterio de “estructura de plantilla” del área o departamento, “hasta un máximo de 10 puntos a aquellas candidatas en cuya área y departamento la promoción de catedráticas frente a catedráticos sea inferior al 40%”. [...]. De manera que si la proporción de catedráticas es de 0 a 10%, se asignarán 10 puntos, si ésta se encuentra entre 10% a 20% será de 7,5 puntos, si está entre 20% a 30% será de 5 puntos, y si está entre 30% y 40% será de 2.5 puntos. También se asignarán 10 puntos a las candidatas en cuyo área y departamento el número de catedráticas y catedráticos sea cero. La puntuación tiene relevancia, y conviene aclararlo cuando antes, para determinar donde se crearán las nuevas plazas de catedrático, de modo que uno de los elementos a valorar, entre otros, es la infrarrepresentación de profesoras en los diferentes departamentos o áreas». Por consiguiente, no se impugnaba, en dicho recurso, la convocatoria de una determinada cátedra, para la que se hubiera establecido un baremo en virtud del cual se atribuían hasta 10 puntos a las candidatas profesoras titulares, y no a los candidatos profesores, que se presentaban; sino que nos encontramos en esa primera fase que trata de determinar cómo se estructura la plantilla, qué plazas en concreto han de crearse, y sobre todo, dónde. «Y para ello se establece una puntuación, cuya relevancia sirve para determinar en qué áreas de conocimiento se adscribirán las cátedras de nueva creación, fijando, como uno de los elementos a valorar, la infrarrepresentación de catedráticas en departamentos universitarios» (FJ 4).

En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que la universidad no parece haber incurrido en una infracción en la normativa al no excederse en su ámbito de competencias cuando toma en consideración, como uno de los criterios para la determinación de la estructura de su plantilla y de las áreas de conocimiento y departamentos, en los que se van a crearse nuevas plazas, la presencia de catedráticas en dichos departamentos, mediante la comparación del número de catedráticas y de catedráticos en los mismos, asignando una puntuación en función de dicha proporción. De tal forma, el FJ 6 señala expresamente que «La configuración de las plantillas introduciendo, entre los criterios de experiencia investigadora, experiencia docente y antigüedad en la acreditación, un criterio nuevo relativo a la estructura de la plantilla que se encontraría mediatizada o condicionada por la asignación de puntos en función de la infrarrepresentación o no de las

catedráticas, no excede el ámbito de la autonomía universitaria, ni se encuentra excluido de la acción de las universidades al fijar su plantilla, ni, en fin, resulta infundado cuando se refiere a colectivos tradicionalmente en situación de desventaja. Tampoco resulta lesivo del mérito y capacidad (artículo 103.3 de la CE) de unos futuros solicitantes de alguna de las plazas, pues ahora ni siquiera se conocen quienes serán. Ahora tan sólo se está determinando la plantilla, las plazas que se crearán, pero se ignora quienes serán los que decidirán presentarse al concurso cuando se convoque. Pero lo que sí se sabe es lo esencial, que en esa fase posterior, cuando se convoque cada cátedra, todos concurrirán en condiciones de igualdad».

Por lo tanto, según la sentencia analizada, parece que la universidad no aplica medidas de discriminación positiva ni establece méritos preferentes a las mujeres como colectivo tradicionalmente excluido, ni tampoco esto implica la atribución de puntos al sexo infrarrepresentado, frente al género masculino. Simplemente nos encontramos en un supuesto en el que se trata de determinar los departamentos o áreas de conocimiento dónde se crearán, donde se ubicarán, esas 22 plazas existentes, y para determinar ese lugar de creación, entre los cuatro criterios fijados, puede incluirse el de “estructura de plantilla”, que atiende a la existencia de mayor o menor número de catedráticas en cada área o departamento. En este sentido, continúa señalando la sentencia que «la única ventaja que introduce esa variable de género, es que en aquellos departamentos o áreas de conocimiento donde no haya ninguna catedrática, o tenga un número reducido de éstas, hay más posibilidades de que se cree allí una cátedra, a la que posteriormente concurrirán en igualdad de condiciones los profesores y las profesoras», en plenos términos de igualdad.

Teniendo en cuenta estos condicionantes, podemos afirmar que los términos anteriormente expuestos no comportan ninguna discriminación o trato diferenciado en lo que respecta al momento de la creación de una plaza, sino que meramente se persigue corregir las desigualdades de partida, es decir, eliminar situaciones discriminatorias de origen, intentando alcanzar resultados que propicien la igualdad, y mitiguen o atenúen la discriminación tradicional de las mujeres y, más concretamente en el ámbito universitario, pero que realmente es una medida justificada, objetiva y, sobretodo, razonable.

Además, el Tribunal Supremo muestra una especial consideración al principio jurídico de proporcionalidad, señalando igualmente que dicho principio no ha sido vulnerado por la medida cuestionada al encontrarse amparada en nuestro ordenamiento jurídico. Esta medida, junto con otras, cada vez se vienen realizando con mayor asiduidad para garantizar una protección jurídica a la mujer trabajadora en las universidades públicas. Y

es que «La comunidad universitaria, como institución encargada de la transmisión del conocimiento al más alto nivel, tendría que utilizar estrategias y adoptar medidas que evitaran discriminaciones»³³.

4. Algunas reflexiones y propuestas de inclusión del colectivo femenino en las universidades

Como se ha podido comprobar en el apartado anterior, las universidades no son ajenas a las discriminaciones sexistas existentes en la sociedad, sino que, por el contrario, son un fiel reflejo de ellas. Es cierto que quizá no parece existir una percepción generalizada entre las profesoras jóvenes de dicha situación, sino que, en la mayoría de las ocasiones, las desigualdades se presentan cuando las mismas comienzan a plantearse su promoción profesional y, a su vez, formar una familia, con las consiguientes cargas familiares que ello conlleva.

Atendiendo a esta situación, las universidades deberían comenzar a plantearse planes o estrategias de intervención eficaces, y es que hasta el momento parece que no se ha progresado conforme a las expectativas previstas, observándose una clara ausencia de norma. De hecho, en este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente referenciada en lo que respecta a la medida de la Universidad Complutense de Madrid en materia de promoción a la cátedra al señalar que «Desconoce esta Sala si este sistema será o no efectivo, y en qué medida, para cumplir la legítima finalidad que se propone, aumentar la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito universitario. Teniendo en cuenta que alguno de los informes, el del defensor del universitario, señala, entre otras cuestiones, que este criterio “puede perjudicar a aquellas mujeres que estén en áreas en las que ya hay catedráticas”. Y si el concurso lo gana un hombre “la igualdad se quedará en el intento”, añade dicho informe. Del mismo modo, las manifestaciones de la parte recurrida, cuando pone de manifiesto que puede no aumentar el número de catedráticas, pues que se convoque una cátedra en un departamento donde no haya, o haya escasez de catedráticas, no significa que posteriormente la plaza corresponderá a una profesora». Sin embargo, es cierto que, en cualquier caso, las universidades debieran adoptar determinadas medidas de intervención para equilibrar la brecha de género existente.

En este sentido, se propondrán algunas de las posibles medidas que pudieran incorporar las universidades públicas:

³³ *Ibidem*, p. 54.

- teletrabajo. La primera de ellas, hace referencia al teletrabajo, y es que parece que trabajar a distancia, mediante la utilización de las herramientas tecnológicas, supone un gran avance en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Con ello, las universidades pudieran proponer realizar tutorías electrónicas o potenciar, en general los recursos de Internet para la docencia y la investigación universitaria;
- Observatorio para la igualdad. Por otro lado, sería necesario que las distintas universidades tengan un Observatorio para la Igualdad, cuyas funciones básicas consistan en la publicación de datos desagregados por sexo – incluidos sobre docencia, gestión e investigación universitaria –, para así contextualizar la situación real entre hombres y mujeres en las universidades y, de esta forma, tener la capacidad de detectar donde existen mayores diferencias por razón de género para actuar de una manera más incipiente. Además, este Observatorio debiera mostrar una especial atención a que verdaderamente exista una paridad proporcional respecto a la presencia de mujeres en el ámbito universitario en todos sus niveles, premiando o sancionando a las universidades que cumplan – o no – con equilibrar dicha situación en términos de igualdad de género;
- infraestructuras. Las universidades debieran adaptar sus infraestructuras proporcionando cuidadores subvencionados o canguros, así mismo, habilitar espacios de lactancia materna, permitiendo una plena flexibilidad a las madres y padres que tengan momentáneamente que ausentarse de sus puestos de trabajo para ocuparse de dichas necesidades. En este mismo sentido, también deberían proponer posibles comedores infantiles en el caso de que sea necesario o guarderías;
- fomento de las investigaciones por razón de género. Las universidades debieran fomentar la reflexión e investigación en cuestiones relacionadas con el género. De esta manera, existiría una mayor formación y concienciación social sobre dicha situación. Para ello, sería interesante tener en cuenta el lenguaje inclusivo, compartiendo incluso las conclusiones de sus trabajos o proyectos sobre hombres y mujeres al resto de sus estudiantes. Y, en este sentido, incluso crear asignaturas más transversales, optativas o de libre configuración que alienten a los estudiantes a reflexionar sobre estas cuestiones. En este sentido, sería relevante repartir una parte de la financiación a proyectos de investigación con perspectiva de género en todas las áreas de conocimiento, así como la configuración de diferentes congresos, seminarios, cursos, encuentros, etc. – ya sea a nivel nacional como

internacional – sobre dicha materia para compartir el conocimiento y obtener una mayor difusión social sobre esta realidad.

5. Conclusiones finales

Las mujeres trabajadoras forman parte de un colectivo discriminado desde una perspectiva histórica y, aunque se haya producido de forma paulatina la incorporación de la mujer en el trabajo, las desigualdades continúan siendo bastante notorias. Concretamente en lo público, cuando la mujer accedió a la universidad, se encontró con uno de los primeros prejuicios acerca de su propia capacidad intelectual, de su habilidad para comprender conceptos abstractos o para formular ideas o pensamientos. Sin embargo, en la actualidad ha quedado suficientemente demostrado que incluso las mujeres se encuentran mejor preparadas con respecto a los hombres debido, principalmente, a su interés en formarse en estudios superiores y las calificaciones obtenidas.

A pesar de esto, las mujeres en su trayectoria universitaria presentan notables dificultades de ascenso y promoción, fundamentalmente al compatibilizar su vida privada – y las responsabilidades familiares de las que se ocupan – con el trabajo, ya que las mujeres asumen un papel de cuidadoras de las personas que forman parte del hogar familiar, lo que implica una disponibilidad de su vida casi permanente y, por tanto, la necesidad de reducir su carga de trabajo o sus obligaciones laborales. Incluso, podemos decir que las mujeres se sienten en cierta medida presionadas por la sociedad en relación a los roles que deben desempeñar, generándoles un sentimiento de culpabilidad cuando desatienden ciertas obligaciones personales para promocionar profesionalmente. En este sentido, podemos decir que uno de los principales obstáculos para la promoción profesional de las mujeres es la maternidad al no disponer del mismo tiempo – en comparación al colectivo masculino – para seguir formándose en su carrera profesional universitaria, la cual es cada vez más exigente.

En este sentido, sería necesario que existiese una mayor implicación de ambos sexos en el terreno laboral y familiar que contemple en todo momento la conciliación a través de un mayor apoyo social, flexibilidad de permisos y horarios, unido a una mayor formación, introduciendo nuevas tecnologías que faciliten la promoción a las mujeres en el ámbito laboral. Todo esto implica cambios estructurales en la organización del trabajo dentro de la universidad. De esta manera, entre las distintas medidas de intervención por parte de la universidad para paliar el sesgo por razón de

género, se evitaría estos desequilibrios existentes entre hombres y mujeres. Con ello, se pretende crear conciencia de que las mujeres se encuentran igual de capacitadas para asumir puestos de trabajo de mayor responsabilidad. Para ello, es imprescindible tener una universidad más solidaria en sus comportamientos individuales y colectivos y, a su vez, más comprometida en paliar la brecha por razón de género. De este modo, la universidad en sus actuaciones, así como de los distintos organismos que forman parte de la misma, tienen que elaborar estrategias teniendo muy presente un pensamiento de género, dirigido en primer lugar a erradicar toda discriminación existente respecto de la mujer, pero también a construir un modelo de relaciones, tanto privadas como públicas, que se asiente en la corresponsabilidad de ambos sexos. A ello se suma la necesidad de revisar los planes docentes, ya que en la actualidad son muy pocos los que presentan una perspectiva de género³⁴.

Con ello, lo que se pretende es mantener un compromiso social mediante la formación de los universitarios, en todas las áreas de conocimiento, en esta nueva forma de entender el mundo a través de una mayor sensibilización del papel de la mujer en la universidad. Y, como no podría ser de otro modo, efectuar las estrategias internas oportunas para eliminar el sesgo por razón de género a través de organismos y planes efectivos.

6. Bibliografía

- ABRAMO L. (ed.), *Trabajo decente y equidad de género en América Latina*, OIT, 2006
- BARTUAL-FIGUERAS M.T. ET AL., *La perspectiva de género en la docencia universitaria de Economía e Historia*, en *Revista d'Innovació Docent Universitària*, 2018, n. 10, pp. 92-101
- C.D., *Las rectoras se plantan: Sólo nueve de las 50 universidades públicas españolas están dirigidas por mujeres*, en www.diariodesevilla.es, 21 noviembre 2019
- CUEVAS-LÓPEZ M., DÍAZ-ROSAS F., *Género y liderazgo en la universidad española. Un estudio sobre la brecha de género en la gestión universitaria*, en *Archivos Analíticos de Políticas Educativas*, 2015, vol. 23, artículo 106, pp. 1-26
- DUARTE CRUZ J.M., GARCÍA-HORTA J.B., *Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres*, en *CS*, 2016, n. 18, pp. 107-158
- FLETA-ASÍN J., PAN F., *Segregación horizontal y vertical de género en el profesorado*, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, 2017, n. 37, pp. 187-214

³⁴ M.T. BARTUAL-FIGUERAS ET AL., *La perspectiva de género en la docencia universitaria de Economía e Historia*, en *Revista d'Innovació Docent Universitària*, 2018, n. 10, p. 96.

GONZÁLEZ GARCÍA J.V., *Mujer y universidad. Apuntes sobre un régimen jurídico para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, S. MESEGUER VELASCO, R. PALOMINO LOZANO (coords.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls. Volumen II. Derecho matrimonial, derecho canónico, otras especialidades jurídicas*, Iustel, 2013

GUIL BOZAL A., SOLANO PARÉS A., ÁLVAREZ GIRÓN M., [*La Situación de las Mujeres en las Universidades Públicas Andaluzas*](#), Consejo Económico y Social de Andalucía, 2015

ION G., DURÁN-BELLONCH M.M., BERNABEU TAMAYO M.D., [*El profesorado y su percepción sobre la igualdad de género en la universidad*](#), en [*Revista Complutense de Educación*](#), 2013, n. 1, pp. 123-140

MARTÍNEZ MARTÍN M.I. (dir.), [*El impacto socioeconómico de las entidades de economía social*](#), Fundación EOI, 2013

MEGÍAS-BAS A., [*Segos de género en la Educación Superior en España: propuestas de actuación*](#), en [*Revista de Educación y Derecho*](#), 2019, n. 20, pp. 1-24

MURILLO HUERTAS I.P., SIMÓN H., [*La Gran Recesión y el diferencial salarial por razón de género en España*](#), en [*Review of Public Economics*](#), 2014, n. 1, pp. 39-76

PASTOR GOSALBEZ I., ACOSTA SARMIENTO A., [*La institucionalización de las políticas de igualdad de género en la Universidad española. Avances y retos*](#), en [*Investigaciones Feministas*](#), 2016, n. 2, pp. 247-271

PÉREZ SEDEÑO E. (dir.), [*La situación de las mujeres en el sistema educativo de ciencia y tecnología en España y su contexto internacional*](#), Programa de Análisis y Estudios de Acciones Destinadas a la Mejora de la Calidad de la Enseñanza Superior y de Actividades del Profesorado Universitario, MECD, 2003

PODER JUDICIAL, [*El CGPJ nombra a María Luisa Segoviano presidenta de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo*](#), en www.poderjudicial.es, 30 septiembre 2020

SANTERO SÁNCHEZ R., CASTRO NÚÑEZ B., [*Análisis de las condiciones laborales en las entidades de la economía social en España desde una perspectiva de género*](#), en [*REVESCO*](#), 2016, vol. 121, pp. 228-255

SELAMÉ T.S., [*Mujeres. Brechas de Equidad y Mercado de Trabajo. Chile*](#), OIT, 2004

VALPUESTA FERÁNDEZ M.R., [*Mujer y universidad*](#), en [*Historia de la Educación Latinoamericana*](#), 2002, n. 4, pp. 11-28

El papel de la mujer en el sector tecnológico: una especial referencia a las empresas tecnológicas, a los empleos emergentes y al campo de la ciberseguridad*

Miguel Ángel GÓMEZ SALADO**
Sofía Louise MARTÍNEZ MARTÍNEZ***
Jesús AVELLANEDA MENCHÓN****

RESUMEN: Los avances tecnológicos propios de la llamada cuarta revolución industrial introducen cambios profundos en las economías, las sociedades y los mercados de trabajo. Estos cambios conllevan la presencia, cada vez mayor, de las empresas tecnológicas en el tejido económico y empresarial de los diferentes países, así como la aparición de nuevos empleos que hace años eran desconocidos. En este contexto, resulta interesante analizar si existen brechas de género en relación con las empresas tecnológicas y los nuevos empleos emergentes.

* El presente artículo proviene de la ponencia de clausura *Algunas notas generales sobre el futuro de la mujer y la tecnología* de la ponencia *Emprendimiento femenino en el siglo XXI: medidas legales y sociales para su fomento* y de la comunicación *Ciberseguridad y género* presentadas en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España); Miembro del Proyecto de I+D+i, UMA18-FEDERJA-028, *Las nuevas tecnologías y su impacto en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: el impacto socio económico de la economía digital*, cofinanciado por la Junta de Andalucía y la Unión Europea (Feder); Investigador Principal y Director del Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora.

*** Investigadora Predoctoral, Programa de Doctorado en Economía y Empresa, Universidad de Málaga (España).

**** Investigador Predoctoral, Programa de Doctorado en Tecnologías Informáticas, Universidad de Málaga (España); Miembro colaborador del Proyecto de I+D+i, UMA18-FEDERJA-028, *Las nuevas tecnologías y su impacto en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: el impacto socio económico de la economía digital*, cofinanciado por la Junta de Andalucía y la Unión Europea (Feder).

Palabras clave: Avances tecnológicos, brechas de género, ciberseguridad, nuevos empleos emergentes, empresas tecnológicas, mujeres.

SUMARIO: 1. Una primera aproximación a los avances tecnológicos propios de la cuarta revolución industrial. 2. La perspectiva de género en empresas tecnológicas. 2.1. Liderazgo femenino en empresas tecnológicas. 2.2. Una especial mención a las empresas de ciberseguridad. 2.3. El fomento del liderazgo femenino, estrategias y medidas. 3. Las brechas de género vinculadas a los nuevos empleos que se están generando: el informe de LinkedIn sobre los empleos emergentes de 2020. 4. Bibliografía.

The Role of Women in the Technology Sector: a Special Reference to Technology Companies, Emerging Jobs and the Field of Cybersecurity

ABSTRACT: Technological advances typical of the so-called fourth industrial revolution introduce profound changes in economies, societies and labour markets. These changes entail the increasing presence of technology companies in the economic and business fabric of different countries, as well as the appearance of new jobs that were unknown just a few years ago. In this context, it is interesting to analyse whether there exist gender gaps in relation to technology companies and new emerging jobs.

Key Words: Technological advances, gender gaps, cybersecurity, new emerging jobs, technology companies, women.

1. Una primera aproximación a los avances tecnológicos propios de la cuarta revolución industrial

Antes de nada, interesa destacar que los avances tecnológicos, que cada vez son mucho más relevantes, rápidos, profundos, frecuentes y complejos, constituyen, sin lugar a dudas, uno de los principales motores del fenómeno conocido como la globalización de la economía mundial. Dichos avances tecnológicos se han visto históricamente reflejados en las cuatro grandes revoluciones industriales (*vid.* Figura 1) que han generado una ruptura de los paradigmas económicos, sociales, culturales, laborales y políticos¹.

Figura 1 – Las cuatro fases industriales (cronología)



Fuente: elaboración propia

Actualmente, es común considerar que vivimos inmersos en la cuarta revolución industrial, también conocida, entre otras denominaciones, como revolución digital y robótica, industria 4.0, revolución industrial 4.0 o revolución tecnológica 4.0. Esta revolución, cuyo final resulta todavía muy

¹ En términos similares, G. MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, *Introducción* a G. MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, A. SÁNCHEZ CASTAÑEDA, P. KURCZYN VILLALOBOS (coords.), *Industria 4.0. Trabajo y seguridad social*, UNAM, 2019, p. XV.

difícil de prever, se caracteriza precisamente por la combinación de dos fenómenos muy relevantes, la digitalización y la robotización de la economía. Así, se concreta plenamente en las tecnologías que alcanzan su mayoría de edad, como la robótica, la nanotecnología, la realidad virtual, la impresión 3D, el Internet de las Cosas, la inteligencia artificial y la biología avanzada. (*vid.* Figura 2)².

Figura 2 – Tecnologías de la cuarta revolución industrial



Fuente: A. PÉREZ ESPAÑON, [Los cambios que trae la industria 4.0](#), en [Drew](#), 29 noviembre 2019

Es preciso señalar que este término de nueva industria 4.0 fue utilizado por

² *Vid.* A. MASALA, [What Will The Fourth Industrial Revolution Require?](#), en [en.irefeurope.org](#), 29 agosto 2018.

primera vez en la *Feria de Hanover* (en alemán *Hannover Messe*, salón de la tecnología industrial) en el año 2011, por los líderes del comercio que aquí acudieron. Posteriormente, en la misma feria del año 2013, se presentó un informe donde se detallaba este concepto y sus principales implicaciones, de aquí que los autores enmarcan que el concepto tuvo su génesis aquí³. Este nuevo término recibe también otras denominaciones como «ciberusina, ciberfábrica, usina digital, industria digital, fabricación avanzada, futurprod, integrated industry, smart-industries, o intelligent manufacturing system»⁴.

Cabe señalar, por otra parte, que el concepto de cuarta revolución industrial está siendo ampliamente analizado y debatido en el ámbito del Foro Económico Mundial, también conocido como Foro de Davos⁵. El Fundador y Presidente Ejecutivo de esta organización internacional para la cooperación público-privada⁶, Klaus Schwab, ha manifestado en algunas ocasiones que esta nueva revolución industrial no se define por un conjunto de tecnologías emergentes en sí mismas, sino por la transición hacia nuevos sistemas que están contruidos sobre la infraestructura de la revolución digital (anterior)⁷. Esta definición ha sido completada posteriormente, al señalarse que la cuarta revolución industrial, muy diferente a la anterior, se caracteriza por una gama de nuevas tecnologías que fusionan los mundos físico, digital y biológico, impactando en todas las disciplinas, economías e industrias, e incluso desafiando las ideas sobre lo que significa ser humano⁸. Del mismo modo, se ha señalado que esta cuarta fase industrial, que comenzó a desarrollarse a principios de este siglo, afecta de lleno al trabajo

³ A. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, *La industria 4.0. Análisis y estudio desde el Derecho en la 4ta Revolución Industrial*, en *Advocatus*, 2019, n. 32, pp. 112-113.

⁴ *Idem*.

⁵ De manera similar, el concepto de cuarta revolución industrial ha sido tratado en otros contextos académicos, por ejemplo, en el de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras (RACEF). En sus publicaciones más recientes se puede apreciar que esta nueva revolución significa para Europa, no solo un reto, sino que también una oportunidad muy valiosa para reindustrializarse y readaptar sus sectores productivos. Esto con el fin de hacer frente a la dura competencia de otros países (con salarios mucho más bajos), que en los últimos tiempos han hecho caer la participación relativa de Europa en la economía mundial. Sobre este particular, *vid.* RACEF, *Perspectivas económicas frente al cambio social, financiero y empresarial*, 2016, p. 74.

⁶ Y uno de los principales entusiastas de la cuarta revolución industrial.

⁷ *Vid.* al respecto V. PERASSO, [Qué es la cuarta revolución industrial \(y por qué debería preocuparnos\)](#), en *BBC News – Mundo*, 12 octubre 2016.

⁸ WORLD ECONOMIC FORUM, [The Fourth Industrial Revolution, by Klaus Schwab](#), en www.weforum.org, 2016. En este mismo sentido, J.G. PATIÑO VENGOECHEA, *La cuarta revolución industrial*, en *Revista Ingenierías USBmed*, 2019, n. 1, p. 1.

y a su organización⁹, y viene apoyada por un Internet mucho más ubicuo y móvil, por sensores más pequeños y potentes que se han vuelto más baratos, y por la inteligencia artificial y el *machine learning* (aprendizaje automático)¹⁰.

Tras este marco general introductorio sobre los avances tecnológicos propios de la cuarta revolución industrial, se aplica una perspectiva de género, con el objetivo de analizar la existencia de brechas de género en el marco de las empresas tecnológicas y los nuevos empleos emergentes.

2. La perspectiva de género en empresas tecnológicas

Los avances tecnológicos son uno de los principales aspectos que explican la actual configuración de la sociedad. Su desarrollo constante y exponencial conlleva la presencia, cada vez mayor, de empresas tecnológicas en el tejido económico y empresarial de los países, constituyéndose estas como un aspecto clave para el desarrollo socioeconómico de muchas regiones y una importante fuente de generación de empleo. Para comprender la realidad que rodea a dichas empresas es importante analizar sus características y su demanda en términos de recursos humanos, ya que los nuevos empleos que generan requieren de profesionales con competencias tecnológicas y conocimientos cada vez más específicos en el campo de lo que hoy en día se conoce como STEM (formación en ciencias, tecnología, ingeniería o matemáticas).

En este contexto, dada la baja representatividad de las mujeres en el sector tecnológico, la perspectiva de género se torna clave. Dicha subrepresentación de la mujer se entiende un problema estructural, emanado del propio sistema educativo. En este sentido, en el ámbito universitario la predominancia de los hombres es una realidad en todas las carreras STEM. Numerosos estudios han hecho hincapié en ello, tratando de explicar los factores determinantes de esta situación¹¹. En la década de

⁹ J.A. TORRECILLA GARCÍA, C. PARDO FERREIRA, J.C. RUBIO ROMERO, *Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 1, extraordinario, p. 27.

¹⁰ K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, Crown Business, 2016. En la introducción de esta obra se señala expresamente: «I believe that today we are at the beginning of a fourth industrial revolution. It began at the turn of this century and builds on the digital revolution. It is characterized by a much more ubiquitous and mobile internet, by a smaller and more powerful sensors that have become cheaper, and by artificial intelligence and machine learning».

¹¹ *Vid.* C. SHAPIRO, L. SAX, *Major selection and persistence for women in STEM*, en *New Directions for Institutional Research*, 2011, n. 152, p. 6; A. REINKING, B. MARTIN, *The gender gap in STEM*

los 80 del siglo XX, Fausto-Sterling ya abordaba esta problemática indicando como elementos explicativos los prejuicios, la discriminación inherente al sector o la autopercepción de las capacidades¹². Cuarenta años después, y en un contexto sociolaboral diferente, el sector sigue adoleciendo de la misma carencia. La ausencia de modelos de referencia femeninos, la falta de tutores que apoyen y faciliten el desarrollo profesional de mujeres científicas y tecnólogas y la brecha salarial inherente a los empleos STEM siguen afectando a la presencia de las mujeres en el ámbito tecnológico¹³. Esta brecha de género STEM se evidencia en tres etapas del desarrollo: niñez y adolescencia, inicio de la adultez y adultez, influyendo en la elección profesional de las mujeres.

Según Mateos Sillero y Gómez Hernández¹⁴, la presencia de las mujeres en el sector de la tecnología ha aumentado muy poco en los últimos 20 años. En España, en 1999, el 33% tenían empleos relacionados de alguna forma con el sector tecnológico, mientras que en 2017 este porcentaje solo había aumentado en cuatro puntos, alcanzando el 37,4%¹⁵. En este mismo año, en España, el 3,4% de los hombres podían considerarse trabajadores del sector TIC con estudios especializados en el campo de la tecnología, mientras que estas circunstancias solo se daban en el 0,7% de las mujeres. En el ámbito específico de las TIC la presencia femenina únicamente alcanzaba el 15,6% en 2017. Estos datos denotan una clara brecha de género en el sector tecnológico empresarial que, lejos de ser una característica exclusiva del tejido empresarial español, es visible en empresas tecnológicas de todo el mundo.

2.1. Liderazgo femenino en empresas tecnológicas

Con la finalidad de ahondar en la brecha de género de las empresas tecnológicas, a continuación se estudia el liderazgo femenino en dichas organizaciones. ¿Qué factores determinan la subrepresentación de mujeres en posiciones de liderazgo y cómo repercute la presencia femenina en estos

fields: Theories, movements, and ideas to engage girls in STEM, en *Journal of New Approaches in Educational Research*, 2018, vol. 7, n. 2, p. 161.

¹² A. FAUSTO-STERLING, *Women and science*, en *Women's Studies International Quarterly*, 1981, vol. 4, n. 1, pp. 41-50.

¹³ C. BOTELLA, S. RUEDA, E. LÓPEZ-IÑESTA, P. MARZAL, *Gender diversity in STEM disciplines: A multiple factor problem*, en *Entropy*, 2019, vol. 21, n. 1, p. 3.

¹⁴ S. MATEOS SILLERO, C. GÓMEZ HERNÁNDEZ, *Libro Blanco de las mujeres en el ámbito tecnológico*, Ministerio de Economía y Empresa, 2019, p. 18.

¹⁵ AMETIC, *Estudio sobre salarios y política laboral en el Hipersector TIC. 2016-2017*, 2017.

puestos en las empresas y en el sector?

Es relevante apuntar que la subrepresentación de la mujer en puestos ejecutivos se da en todos los sectores, aun así, se acentúa en el ámbito tecnológico. Como indican Lamolla y González Ramos, «las mujeres están relegadas a posiciones intermedias, y muy pocas acceden a posiciones de liderazgo [...]. En el sector tecnológico y de las telecomunicaciones, la media de mujeres consejeras en las empresas alcanza el 2,22%»¹⁶.

A nivel mundial, Grant Thornton, empresa referente del sector, manifiesta que el porcentaje de mujeres en posiciones de liderazgo en empresas tecnológicas (*senior management*) se encuentra por debajo del 20%¹⁷. Atendiendo al ámbito europeo, las estadísticas muestran que el 66% de las empresas de telecomunicaciones no cuentan con ninguna mujer en los puestos de dirección¹⁸. Esta situación se ve influida por el conocido fenómeno del techo de cristal, asociado a los estereotipos de género inherentes a la cultura empresarial que dificultan el ascenso profesional de mujeres a puestos que impliquen toma de decisiones gerenciales. Este aspecto determina la estructura empresarial de muchas compañías y es generalizable a la gran mayoría de sectores de actividad. Ahora bien, ¿a qué se debe la subrepresentación todavía más acentuada de las mujeres en puestos de liderazgo en empresas tecnológicas?

Varios estudios exponen como factores determinantes de la subrepresentación femenina en el sector tecnológico las responsabilidades intrínsecas a los puestos, las obligaciones de movilidad internacional o la carga de trabajo¹⁹, características relacionadas con la reducción de las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar²⁰. Por otro lado, las escasas oportunidades de promoción se configuran como otro aspecto que explica la reducida presencia femenina en liderazgos tecnológicos. Hunt destaca este factor, enfatizando también en la gran influencia de los estereotipos de género. Otro elemento a destacar, influyente en la subrepresentación femenina, es la carencia de apoyo que sufren las tecnólogas por parte de mentores y compañeros. Es decir, existe una falta de respaldo hacia la mujer, tanto en su entrada en la empresa como en el

¹⁶ L. LAMOLLA, A.M. GONZÁLEZ RAMOS, *Mujeres en el sector de las tecnologías, ¿cuestión de competencias?*, en *Revista Española de Sociología*, 2019, n. 3, pp. 80-81.

¹⁷ C. TARÍN QUIRÓS ET AL., *Women in the Digital Age*, European Union, 2018.

¹⁸ WOMENALIA, *Las mujeres en el sector tecnológico español*, en www.womenalia.com, 10 octubre 2016.

¹⁹ M.T. CARDADOR, *Promoted Up But Also Out? The Unintended Consequences of Increasing Women's Representation in Managerial Roles in Engineering*, en *Organization Science*, 2017, vol. 28, n. 4, pp. 597-617.

²⁰ J. MCGRATH COHOON, W. ASPRAY (eds.), *Women and Information Technology. Research on Under-Representation*, MIT Press, 2006.

desarrollo de su trabajo diario, que dificulta la toma de decisiones y las opciones de promoción²¹. También se ha evidenciado que una razón de peso que explica la carencia de ocupación femenina de puestos de liderazgo en empresas tecnológicas es la discriminación. En este sentido, el trato desigual por parte de compañeros y superiores puede conllevar un desistimiento en los esfuerzos de promoción o, incluso, el abandono de la empresa²². A todo ello se le suma la existencia de una brecha salarial entre hombres y mujeres que deriva en la insatisfacción de estas últimas con los ingresos obtenidos.

Es interesante apuntar que el fenómeno de la subrepresentación femenina en el liderazgo empresarial también se produce en las startup tecnológicas. Esto indica que el problema es de carácter estructural, no responde a aspectos generacionales ni a culturas de gestión empresarial anticuadas. Además, se configura como una realidad y un problema en empresas tecnológicas de nueva creación. La proporción de mujeres CTO (Chief Technology Officer) en estas empresas en España es muy reducida²³.

Esta falta de liderazgo femenino, además de reducir el bienestar y las oportunidades laborales de las mujeres, repercute negativamente en el éxito de la gestión empresarial. Numerosos estudios indican que una composición empresarial paritaria y basada en la diversidad tiene efectos positivos en los resultados empresariales²⁴, al mismo tiempo que cataliza la creatividad y la capacidad de innovación de la organización²⁵. En este sentido, las empresas sufren una gran pérdida de talento, que de ser aprovechado podría repercutir de manera muy favorable al auge del sector tecnológico. Los datos de la Asociación Europea de Mujeres en la Ciencia, la Ingeniería y la Tecnología (WITEC) refuerzan la idea de la existencia de un gran talento femenino tecnológico, exponiendo que en el ámbito STEM las mujeres terminan los estudios antes que los hombres y reciben de media mejores calificaciones²⁶.

²¹ J. HUNT, *Why do Women Leave Science and Engineering?*, en *ILR Review*, 2016, vol. 69, n. 1, p. 216.

²² N.A. FOUAD, R. SINGH, *Stemming the Tide: Why Women Leave Engineering*, University of Wisconsin, 2011, p. 29.

²³ C. TARIN QUIROS ET AL., *op. cit.*, p. 73.

²⁴ G. DESVAUX, S. DEVILLARD, S. SANCIER-SULTAN, *Women Matter 2010. Women at the top of corporations: Making it happen*, McKinsey & Company, 2010.

²⁵ L. D'ANDREA TYSON, *The Tyson Report on the Recruitment and Development of Non-Executive Directors*, London Business School, 2003.

²⁶ Vid. AFAEMME, *Accelerating Business Growth by Gender Balance in Decision-Making. Women in Middle Management in Italy, Latvia, Romania, Spain and Uk*, European Commission, 2015, p. 52.

2.2. Una especial mención a las empresas de ciberseguridad

Como ya se ha adelantado, la rápida evolución de la tecnología conlleva la aparición de nuevas industrias asociadas a estos avances, que pueden englobarse bajo el concepto de cuarta revolución industrial o industria 4.0 (*v.g.* robots, Big Data, Internet de las cosas, sistemas de integración, ciberseguridad)²⁷. Es interesante profundizar en el rol de la mujer en este marco, con el fin de determinar si la tendencia de subrepresentación se mantiene. En este sentido, se ha seleccionado el sector de la ciberseguridad. *The Future of Jobs Report* (2018) elaborado por el Foro Económico Mundial indica que, dada la creciente demanda mundial en cuanto a privacidad y protección de la información, este sector se caracteriza por unas elevadas necesidades de capital humano.

En el campo de la ciberseguridad, aunque las posibilidades de trayectoria y promoción profesional son extensas, la brecha de género es acentuada, manifestándose así como una industria altamente masculinizada. Según el Consorcio Internacional de Certificación de Seguridad del Sistema de Información ((ISC)²)²⁸, en 2017 apenas el 11% de los profesionales dedicados a la ciberseguridad en Europa eran mujeres, mientras que en 2019 ese número alcanzó el 24%. No obstante, la consultora Frost & Sullivan ofrece una cifra aún menor, del 7% en 2017²⁹ (*vid.* Figura 3). La brecha de género en el sector de la ciberseguridad también se traslada al ámbito salarial, ya que las mujeres especialistas en ciberseguridad tienen un sueldo más bajo que el de los hombres. La reducida representación femenina en este sector se explica por la falta de referentes, la baja presencia de mujeres en carreras STEM, el desconocimiento genérico de la existencia de la ciberseguridad, la creencia de que es un ámbito exclusivamente técnico³⁰, los estereotipos de género y la falta de información y orientación sobre los empleos relacionados³¹. El factor motivacional también se destaca como un

²⁷ K. SCHWAB, *op. cit.*

²⁸ (ISC)², *Women in Cybersecurity. Young, Educated and Ready to Take Charge. An (ISC)² Cybersecurity Workforce Report*, 2019, p. 7.

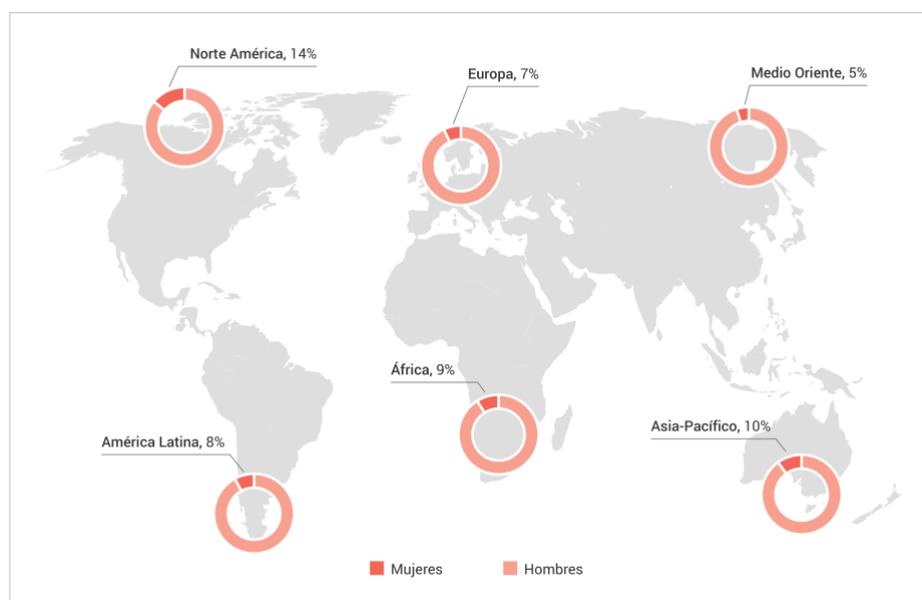
²⁹ *Vid.* J. REED, Y. ZHONG, L. TERWOERDS, J. BROCAGLIA, *The 2017 Global Information Security Workforce Study: Women in Cybersecurity. A Frost & Sullivan White Paper*, Frost & Sullivan, 2017.

³⁰ *Vid.* THE COCKTAIL ANALYSIS, *Panorama actual de la Ciberseguridad en España. Retos y oportunidades para el sector público y privado*, Google, 2019, pp. 42 ss.

³¹ M. SOTO, R. COREY, P. KOLMUS, *Viewpoints: Why is there a lack of women in IT security?*, en *SC Magazine*, 24 agosto 2015, p. 17; B. NELSON, *Women in IT security: Carpe Diem*, *ibidem*, 1º julio 2014, p. 34.

aspecto clave. El estudio desarrollado por Frost & Sullivan³² también evidencia que la motivación de las mujeres por desarrollar su carrera profesional en el ámbito de la ciberseguridad decae ante la falta de mentorización y respaldo de jefes y compañeros.

Figura 3 – Porcentaje de hombres y mujeres que trabajan en ciberseguridad, por regiones



Fuente: THE COCKTAIL ANALYSIS, [Panorama actual de la Ciberseguridad en España. Retos y oportunidades para el sector público y privado](#), Google, 2019, p. 43

Los problemas de liderazgo femeninos observados generalmente en las empresas tecnológicas se replican y enfatizan en el ámbito de la ciberseguridad, en el cual las mujeres presentan un escaso progreso profesional en el seno de las organizaciones³³. Según Brocaglia³⁴, la consecución de la equidad de género en la industria requiere de un cambio cultural en todos los niveles de las organizaciones, que comience por la definición de procesos de reclutamiento fundamentados en la igualdad de género. En especial, se recomienda la inclusión de mujeres en las comisiones de contratación.

³² J. REED, Y. ZHONG, L. TERWOERDS, J. BROCAGLIA, *op. cit.*, p. 17.

³³ L. TERWOERDS, S. NAIDOO D. OLENICK, *Widening the Field*, en *SC Magazine*, 10 julio 2017, pp. 32-34.

³⁴ J. BROCAGLIA, *Cyber women on the Hill*, en *SC Magazine*, 10 julio 2017, p. 49.

2.3. El fomento del liderazgo femenino, estrategias y medidas

En los últimos años se han comenzado a implementar medidas para frenar la brecha de género y promover una mayor incorporación de la mujer en empresas tecnológicas, tanto a través de políticas públicas como de estrategias desarrolladas por las propias empresas del sector. En este sentido, compañías líderes como IBM³⁵, Google³⁶, Accenture³⁷ o Ericsson³⁸ cuentan con planes de acción específicos para aumentar la presencia de mujeres en sus plantillas.

Con el ánimo de ofrecer un ejemplo concreto, se destaca la iniciativa Women Techmakers³⁹, desarrollada por el referente tecnológico Google, cuya finalidad es proporcionar visibilidad, recursos y redes a las mujeres en el ámbito tecnológico para fomentar su inclusión laboral y su promoción profesional. La comunidad de tecnólogas, surgida de los más de 240 eventos organizados en el marco de esta iniciativa, cuenta con más de 70.000 integrantes femeninas. Con la misión de potenciar modelos de referencia femeninos en este sector, Women Techmakers promueve el liderazgo femenino a través del nombramiento de embajadoras tecnológicas en todo el mundo, cuyo rol es facilitar el liderazgo femenino en sus comunidades. En relación a ello, las bases del programa recogen que «el cambio comienza en la base, y al construir un ecosistema comunitario con igualdad de género es posible comenzar a cambiar la industria en su conjunto». A nivel nacional e internacional existen cada vez más iniciativas que persiguen este objetivo⁴⁰. Estas abarcan la formación competencial en áreas STEM y el desarrollo del liderazgo de niñas y jóvenes (*v.g.* Technovation Girls⁴¹, TechWomen⁴², Cientista Foundation⁴³, Girls who code⁴⁴, Latinas in STEM⁴⁵), el fomento del emprendimiento tecnológico femenino (*v.g.* Chicas

³⁵ Vid. IBM, *Women*, en www.ibm.com.

³⁶ Vid. www.womentechmakers.com.

³⁷ Vid. S. JONES, *Accenture Sets Goal to Achieve Gender Balanced Workforce by 2025*, en www.accenture.com, 14 junio 2017.

³⁸ Vid. ERICSSON, *Gender equality*, en www.ericsson.com.

³⁹ Vid. www.womentechmakers.com, cit.

⁴⁰ S. MATEOS SILLERO, C. GÓMEZ HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 97-99.

⁴¹ Vid. <https://technovationchallenge.org/>.

⁴² Vid. www.techwomen.org.

⁴³ Vid. www.scientistafoundation.com.

⁴⁴ Vid. <https://girlswhocode.com/>.

⁴⁵ Vid. www.latinasinstem.com.

en Tecnología⁴⁶, W Startup Community⁴⁷) y el fomento de la inclusión y la promoción profesional de tecnólogas (p.g. AnitaB.org⁴⁸, Women in Technology⁴⁹).

El liderazgo femenino constituye un eje central en todos los programas. Esto evidencia la importancia del desarrollo de apuestas formativas claras para potenciar las capacidades de liderazgo de las mujeres en el ámbito STEM, con el objetivo de que su valía no sea cuestionada en el seno de las empresas⁵⁰. El desarrollo del liderazgo femenino es relevante también por su estrecha relación con el empoderamiento, aspecto clave para superar muchas de las barreras de género presentes en las empresas tecnológicas, como por ejemplo la discriminación o la falta de apoyo de superiores o compañeros. El empoderamiento se vincula al protagonismo de la mujer en los procesos de cambio⁵¹ y su potenciación se considera un aspecto fundamental en las políticas de género y en la inclusión sociolaboral⁵².

Otro aspecto clave es el enfoque formativo STEM y la potenciación de la generación de redes basadas en modelos de referencia femeninos. En la actualidad, la mayoría de las estrategias y medidas existentes en la actualidad para fomentar la dedicación de las mujeres al sector tecnológico parten del fomento del espíritu tecnológico y la autoeficacia, a través de la formación en conocimientos STEM. Por ejemplo, la UE ha establecido la superación de la brecha de género en el sector tecnológico como una prioridad estratégica para alcanzar el desarrollo tecnológico de la sociedad en su conjunto. Con esta finalidad, promueve la adquisición de habilidades tecnológicas, especialmente entre mujeres y niñas, mediante el programa *Digital Europe*⁵³. En palabras de Jurado Martínez⁵⁴, la UE entiende que «disminuir la brecha y la desigualdad supone aumentar el talento en el sector». En este sentido, considera que el cambio debe emanar de una

⁴⁶ Vid. <https://chicasentecnologia.org/>.

⁴⁷ Vid. <https://wstartup.com/es/inicio/>.

⁴⁸ Vid. <https://anitab.org/>.

⁴⁹ Vid. www.womenintechology.org.

⁵⁰ L. LAMOLLA, A.M. GONZÁLEZ RAMOS, *op. cit.*, p. 89.

⁵¹ C. VEGA, H.F. BERMÚDEZ, *Informalidad, emprendimiento y empoderamiento femenino. Economía popular y paradojas de la venta directa en el sur de Quito (Ecuador)*, en *Revista de Antropología Social*, 2019, n. 2, p. 349.

⁵² N.P. FLORES-ANCHUNDIA, K.Y. PINARGOTE-CEDENO, D. VALDÉZ-PÉREZ, *Empoderamiento de la mujer ecuatoriana en el ámbito de las micro-finanzas*, en *Polo del Conocimiento*, 2019, n. 11, p. 206.

⁵³ Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Europe investing in digital: the Digital Europe Programme*, en www.ec.europa.eu.

⁵⁴ A. JURADO MARTÍNEZ, *La brecha de las brechas: la mujer en el mundo tecnológico y digital de nuestro país*, Universidad Pontificia Comillas, ICADE, 2020, p. 25.

educación que promueva las competencias tecnológicas de niños y niñas de manera igualitaria. De forma complementaria, también se establece como una necesidad que la industria tecnológica «se acerque a la ciudadanía por medio de asociaciones colaborativas con colegios y universidades»⁵⁵. Finalmente, otra estrategia importante para mejorar la situación laboral de las mujeres en las empresas tecnológicas es «la creación de una gran coalición sobre empleo digital en todos los países europeos que sirva para promover el papel de las mujeres en el sector digital mediante el fomento de prácticas empresariales para retener el talento femenino e identificar, y replicar, las mejores prácticas en el área»⁵⁶. En base a estas recomendaciones, en el marco de la Comisión Europea, se creó la Digital Skills and Jobs Coalition⁵⁷, con el fin de adecuar la demanda de profesionales del sector tecnológico con la oferta de talento, fomentando el desarrollo de habilidades STEM en base a la igualdad de género.

En la esfera público-privado también destaca el establecimiento de cuotas de paridad, que aseguran la presencia de un cierto número de mujeres en los consejos de dirección de las empresas tecnológicas. Como señala el *Libro Blanco de las mujeres en el ámbito tecnológico*, «hay menos mujeres jefas en todos los niveles de liderazgo corporativo; sin embargo, las mejoras se concentran en los países europeos con políticas o acciones específicas centradas en aumentar el número de mujeres en puestos de liderazgo, en particular la presencia de mujeres en los consejos. Esto es que las políticas públicas como el establecimiento de cuotas tienen un impacto positivo en la paridad de género en puestos de liderazgo»⁵⁸. Dicho esto, la potenciación del liderazgo femenino en las empresas tecnológicas debe ser una prioridad de las políticas laborales, dado el rol clave de la Ciencia y la Tecnología para el progreso de la sociedad. En este sentido, «la igualdad de género en áreas STEM debe ser vista, no únicamente como una cuestión [...] de derechos humanos básicos, sino como un medio fundamental para promover la excelencia científica y tecnológica»⁵⁹.

La igualdad de género en el ámbito empresarial también es un aspecto recogido por la Agenda 2030, a través de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Concretamente, el Objetivo 5 recoge la importancia de «lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas» y reconoce

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁷ EUROPEAN COMMISSION, *The Digital Skills and Jobs Coalition*, en www.ec.europa.eu.

⁵⁸ S. MATEOS SILLERO, C. GÓMEZ HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁹ F.G. ARREDONDO TRAPERO, J.C. VÁZQUEZ PARRA, L.M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, *STEM y brecha de género en Latinoamérica*, en *Revista de El Colegio de San Luis*, 2019, n. 18, p. 154.

la desigualdad en el acceso de las mujeres a carreras STEM⁶⁰. Dicho esto, la implementación de políticas que promuevan la mayor participación de las mujeres en empresas tecnológicas debe entenderse como una obligación por parte de los gobiernos, basada en el compromiso adoptado en el marco de las Naciones Unidas. Una mayor representación de la mujer en empresas tecnológicas en general, y en posiciones de liderazgo en particular, se constituye como un gran reto para la sociedad. En la actualidad, no solo se crean cada vez más empresas tecnológicas, sino que también se acentúa la generación de nuevos empleos, muchos de ellos tecnológicos. La concienciación social y la implementación de medidas de forma inminente son claves para que esta brecha de género no se propague también a los nuevos empleos que están surgiendo a partir del avance de la cuarta revolución industrial.

3. Las brechas de género vinculadas a los nuevos empleos que se están generando: el informe LinkedIn sobre los Empleos emergentes de 2020

Como se ha anticipado, se están generando nuevos empleos, muchos de ellos relacionados con las nuevas tecnologías, que hace algunos años eran totalmente desconocidos. En el informe anual de LinkedIn sobre los empleos emergentes⁶¹ se identifican aquellos que están experimentando un crecimiento más rápido (*vid.* Tabla 1). Se destacan los especialistas en inteligencia artificial, los desarrolladores de *salesforce*, los ingenieros de robótica, los especialistas en ciberseguridad, los consultores de *cloud*, los desarrolladores de *Python*, los científicos de datos o los desarrolladores de *Big Data*.

Seguidamente, se muestran los 5 trabajos que más rápido han crecido en cada uno de los 17 países que se analizan en el informe.

⁶⁰ NACIONES UNIDAS, [Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible](#), Asamblea General, 21 octubre 2015, A/RES/70/1, pp. 20-21.

⁶¹ LINKEDIN, [Emerging jobs reports. The fastest-growing jobs in the world](#), 2020. El informe es el resultado de un análisis de empleos emergentes que ha sido realizado a partir de miembros de LinkedIn con perfiles públicos que han ocupado un puesto a tiempo completo durante los últimos cinco años (una vez identificada la muestra de talento, se ha calculado el porcentaje de contrataciones y la tasa de crecimiento anual compuesta para cada profesión entre 2015 y 2019, con el objetivo de identificar la tasa de contratación que experimenta un mayor crecimiento).

Tabla 1 – Los 5 empleos que han experimentado un crecimiento anual más rápido

País	Empleos				
AUSTRALIA	Especialista en Inteligencia Artificial	Especialista en Ciberseguridad	Especialista en Automatización de Marketing	Ingeniero de Robótica	Ingeniero de Confiabilidad del Sitio (SRE)
ESPAÑA	Especialista en Inteligencia Artificial	Desarrollador de Salesforce	Especialista en Customer Success	Ingeniero de Robótica	Especialista en Ciberseguridad
REINO UNIDO	Especialista en Inteligencia Artificial	Delegado de Protección de Datos	Ingeniero de Robótica	Ingeniero de Confiabilidad del Sitio (SRE)	Especialista en Customer Success
PAÍSES BAJOS	Delegado de Protección de Datos	Growth Hacker	Oficial de Privacidad	Ingeniero de Robótica	Especialista en Inteligencia Artificial
FRANCIA	Delegado de Protección de Datos	Especialista en Inteligencia Artificial	Agente Inmobiliario	Especialista en Customer Success	Community Manager
MALASIA	Científico de Datos	Especialista en Customer Success	Especialista BIM	Ingeniero Full Stack	Ingeniero de Datos
FILIPINAS	Ingeniero de Robótica	Especialista en Ciberseguridad	Especialista en Customer Success	Científico de Datos	Representante de Desarrollo de Negocio
INDONESIA	Especialista en Inteligencia Artificial	Ingeniero DevOps	Especialista en Customer Success	Científico de Datos	Desarrollador de JavaScript
TAILANDIA	Científico de Datos	Desarrollador Back-end	Ingeniero de Datos	Ingeniero Full Stack	Product Owner
SINGAPUR	Especialista en Inteligencia Artificial	Ingeniero de Robótica	Ingeniero Full Stack	Desarrollador Back-end	Ingeniero de Datos
INDIA	Desarrollador de Blockchain	Especialista en Inteligencia Artificial	Desarrollador de JavaScript	Consultor de Automatización de Procesos Robóticos	Desarrollador Back-end
ALEMANIA	Especialista en Inteligencia	Ingeniero de Confiabilidad del Sitio (SRE)	Especialista en Customer Success	Delegado de Protección	Human Resources Partner

	Artificial			de Datos	
ESTADOS UNIDOS	Especialista en Inteligencia Artificial	Ingeniero de Robótica	Científico de Datos	Ingeniero Full Stack	Ingeniero de Confiabilidad del Sitio (SRE)
CANADÁ	Especialista en Inteligencia Artificial	Ingeniero de Confiabilidad del Sitio (SRE)	Ingeniero de Datos	Científico de Datos	Especialista en Ciberseguridad
MÉXICO	Agile Coach	Especialista en Customer Success	Especialista en Ciberseguridad	Ingeniero DevOps	Desarrollador de JavaScript
BRASIL	Community Manager	Especialista en Ciberseguridad	Representante de ventas	Especialista en Customer Success	Científico de Datos
ARGENTINA	Ingeniero de Datos	Especialista en Customer Success	Científico de Datos	Representante de ventas	Desarrollador de JavaScript

Fuente: LINKEDIN, [Emerging jobs reports. The fastest-growing jobs in the world](#), 2020

Interesa señalar que en el citado informe únicamente se hace referencia a las brechas de género relacionadas con los nuevos empleos que se están generando en tres países europeos (Alemania, Reino Unido y Países Bajos). En concreto, se establece lo siguiente:

- Alemania. *Aún existen diferencias de género*: «Actualmente, el 69% de estos trabajos orientados al futuro todavía están ocupados por hombres, y la industria de la ingeniería eléctrica y la electrónica tiene la proporción de género más equilibrada en 60:40. Sin embargo, cada vez son más las mujeres que eligen estudiar materias MINT (matemáticas, informática, ciencias naturales y tecnología);»
- Reino Unido. *La gran brecha de género*: «Actualmente, el 65% de todos estos roles emergentes, en todas las industrias que emplean estos roles, están ocupados por hombres. La industria de las telecomunicaciones tiene el mayor desequilibrio con una proporción de hombres a mujeres de 81:19, pero el 71% de los profesionales del talento informan que lograr la paridad de género en su empresa es una prioridad máxima;»
- Países Bajos. *La disparidad de género*: «La brecha de género es un tema de conversación recurrente en la mayoría de las industrias de hoy. La mayor brecha se encuentra en la industria de TI y servicios, con solo el 23% de los empleos emergentes ocupados por mujeres. Un sector que está salvando esa brecha de género es la administración gubernamental, con

el 47% de estos trabajos emergentes ocupados por mujeres».

Se concluye que para combatir estas brechas de género, las empresas deberían implementar, entre otras medidas, la contratación anónima, así como eliminar identificadores claves en los procesos de selección, como nombres y fotos de las solicitudes de los candidatos que opten a los empleos tecnológicos⁶². La adopción de medidas para fomentar la representatividad de la mujer en el sector tecnológico es fundamental para su progreso y requiere de una especial atención a los nuevos empleos, por su creciente expansión e importancia. La consecución de una paridad efectiva demanda estrategias específicas que eviten la propagación de las brechas de género en estos empleos tecnológicos emergentes. De esta forma, los nuevos empleos podrían actuar como precursores del cambio y de la igualdad de género en el ámbito laboral tecnológico.

4. Bibliografía

(ISC)², [Women in Cybersecurity. Young, Educated and Ready to Take Charge. An \(ISC\)² Cybersecurity Workforce Report](#), 2019

AFAEMME, *Accelerating Business Growth by Gender Balance in Decision-Making. Women in Middle Management in Italy, Latvia, Romania, Spain and UK*, European Commission, 2015

AMETIC, *Estudio sobre salarios y política laboral en el Hipersector TIC. 2016-2017*, 2017

ANTÚNEZ SÁNCHEZ A., *La industria 4.0. Análisis y estudio desde el Derecho en la 4ta Revolución Industrial*, en *Advocatus*, 2019, n. 32

ARREDONDO TRAPERO F.G., VÁZQUEZ PARRA J.C., VELÁZQUEZ SÁNCHEZ L.M., *STEM y brecha de género en Latinoamérica*, en *Revista de El Colegio de San Luis*, 2019, n. 18

BOTELLA C., RUEDA S., LÓPEZ-IÑESTA E., MARZAL P., *Gender diversity in STEM disciplines: A multiple factor problem*, en *Entropy*, 2019, vol. 21, n. 1

BROCAGLIA J., *Cyber women on the Hill*, en *SC Magazine*, 10 julio 2017

CARDADOR M.T., *Promoted Up But Also Out? The Unintended Consequences of Increasing Women's Representation in Managerial Roles in Engineering*, en *Organization Science*, 2017, vol. 28, n. 4

D'ANDREA TYSON L., *The Tyson Report on the Recruitment and Development of Non-Executive Directors*, London Business School, 2003

⁶² Sobre este tema, *vid.* LINKEDIN, [Gender Insights Report. How women find jobs differently](#), 2019.

- DESVAUX G., DEVILLARD S., SANCIER-SULTAN S., *Women Matter 2010. Women at the top of corporations: Making it happen*, McKinsey & Company, 2010
- ERICSSON, *Gender equality*, en www.ericsson.com
- EUROPEAN COMMISSION, *Europe investing in digital: the Digital Europe Programme*, en www.ec.europa.eu
- EUROPEAN COMMISSION, *The Digital Skills and Jobs Coalition*, en www.ec.europa.eu
- FAUSTO-STERLING A., *Women and science*, en *Women's Studies International Quarterly*, 1981, vol. 4, n. 1
- FLORES-ANCHUNDIA N.P., PINARGOTE-CEDENO K.Y., VALDÉZ-PÉREZ D., *Empoderamiento de la mujer ecuatoriana en el ámbito de las micro-finanzas*, en *Polo del Conocimiento*, 2019, n. 11
- FOUAD N.A., SINGH R., *Stemming the Tide: Why Women Leave Engineering*, University of Wisconsin, 2011
- HUNT J., *Why do Women Leave Science and Engineering?*, en *ILR Review*, 2016, vol. 69, n. 1
- IBM, *Women*, en www.ibm.com
- JONES S., *Accenture Sets Goal to Achieve Gender Balanced Workforce by 2025*, en www.accenture.com, 14 junio 2017
- JURADO MARTÍNEZ A., *La brecha de las brechas: la mujer en el mundo tecnológico y digital de nuestro país*, Universidad Pontificia Comillas, ICADE, 2020
- LAMOLLA L., GONZÁLEZ RAMOS A.M., *Mujeres en el sector de las tecnologías, ¿cuestión de competencias?*, en *Revista Española de Sociología*, 2019, n. 3
- LINKEDIN, *Emerging jobs reports. The fastest-growing jobs in the world*, 2020
- LINKEDIN, *Gender Insights Report. How women find jobs differently*, 2019
- MASALA A., *What Will The Fourth Industrial Revolution Require?*, en en.irefeurope.org, 29 agosto 2018
- MATEOS SILLERO S., GÓMEZ HERNÁNDEZ C., *Libro Blanco de las mujeres en el ámbito tecnológico*, Ministerio de Economía y Empresa, 2019
- MCGRATH COHOON J., ASPRAY W. (eds.), *Women and Information Technology. Research on Under-Representation*, MIT Press, 2006
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ G., *Introducción* a G. MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, A. SÁNCHEZ CASTAÑEDA, P. KURCZYN VILLALOBOS (coords.), *Industria 4.0. Trabajo y seguridad social*, UNAM, 2019
- NACIONES UNIDAS, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Asamblea General, 21 octubre 2015, A/RES/70/1

- NELSON B., *Women in IT security: Carpe Diem*, en *SC Magazine*, 1º julio 2014
- OLENICK D., *Widening the Field*, en *SC Magazine: For IT Security Professionals*, 10 julio 2017
- PATIÑO VENGOECHEA J.G., *La cuarta revolución industrial*, en *Revista Ingenierías USBmed*, 2019, n. 1
- PERASSO V., [Qué es la cuarta revolución industrial \(y por qué debería preocuparnos\)](#), en *BBC News – Mundo*, 12 octubre 2016
- PÉREZ ESPAÑON A., [Los cambios que trae la industria 4.0](#), en *Drew*, 29 noviembre 2019
- RACEF, *Perspectivas económicas frente al cambio social, financiero y empresarial*, 2016
- REED J., ZHONG Y., TERWOERDS L., BROCCAGLIA J., *The 2017 Global Information Security Workforce Study: Women in Cybersecurity. A Frost & Sullivan White Paper*, Frost & Sullivan, 2017
- REINKING A., MARTIN B., *The gender gap in STEM fields: Theories, movements, and ideas to engage girls in STEM*, en *Journal of New Approaches in Educational Research*, 2018, vol. 7, n. 2
- SCHWAB K., *The Fourth Industrial Revolution*, Crown Business, 2016
- SHAPIRO C., SAX L., *Major selection and persistence for women in STEM*, en *New Directions for Institutional Research*, 2011, n. 152
- SOTO M., COREY R., KOLMUS P., *V viewpoints: Why is there a lack of women in IT security?*, en *SC Magazine*, 24 agosto 2015
- TARÍN QUIRÓS C., GUERRA MORALES E., RIVERA PASTOR R., FRAILE CARMONA A., SÁINZ IBÁÑEZ M., MADINAVEITIA HERRERA U., *Women in the Digital Age, European Union*, 2018
- THE COCKTAIL ANALYSIS, [Panorama actual de la Ciberseguridad en España. Retos y oportunidades para el sector público y privado](#), Google, 2019
- TORRECILLA GARCÍA J.A., PARDO FERREIRA C., RUBIO ROMERO J.C., *Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 1, extraordinario
- VEGA C., BERMÚDEZ H.F., *Informalidad, emprendimiento y empoderamiento femenino. Economía popular y paradojas de la venta directa en el sur de Quito (Ecuador)*, en *Revista de Antropología Social*, 2019, n. 2
- WOMENALIA, [Las mujeres en el sector tecnológico español](#), en www.womenalia.com, 10 octubre 2016
- WORLD ECONOMIC FORUM, [The Future of Jobs Report](#), 2018

WORLD ECONOMIC FORUM, *The Fourth Industrial Revolution, by Klaus Schwab*, en www.weforum.org, 2016

Web sites

AnitaB.org: <https://anitab.org/>

Chicas en tecnología: <https://chicasentecnologia.org/>

Girls who code: <https://girlswbocode.com/>

Latinas in STEM: www.latinasinstem.com

Scientista Foundation: www.scientistafoundation.com

Technovation Girls: <https://technovationchallenge.org/>

TechWomen: www.techwomen.org

W Startup Community: <https://wstartup.com/es/inicio/>

Women in Technology: www.womenintechnology.org

Women Techmakers: www.womentechmakers.com

La virtualidad jurídica de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer en el ordenamiento español*

José Antonio RUEDA MONROY**

RESUMEN: La infrarrepresentación numérica de la mujer en el empleo es un hecho fácilmente constatable. Nuestros poderes públicos, obligados a tomar parte en el asunto para garantizar una igualdad real y efectiva en virtud del art. 9.2 CE, e incentivados por la normativa internacional, han articulado medidas de acción positiva para la consecución de este objetivo de nuestro Estado social. Una de ellas son las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer, las cuales se prevén en el art. 17 ET y, en su vertiente cuantitativa, tenderían a corregir dicha desigualdad material. Sin embargo, nos encontraremos que en su aplicación entran en tensión con otros derechos y principios constitucionalmente reconocidos. Igualmente, el Tribunal de Justicia de Unión no ha considerado acorde con la normativa comunitaria las cuotas rígidas o automáticas. Estas cuestiones han provocado que, en la práctica, la posibilidad del reconocimiento y aplicación de estas medidas queden reducidas al mínimo.

Palabras clave: Acceso de las mujeres al empleo, acción positiva, no discriminación, preferencias en el empleo, reservas en el empleo.

SUMARIO: 1. Introducción: una presentación de las medidas de reserva y preferencia en el empleo. 2. La acción positiva como vehículo hacia la igualdad real y efectiva en el acceso al empleo. 2.1. La constitucionalidad de la acción positiva. 2.2. La confrontación de las medidas de reservas y las preferencias con otros principios constitucionales en el acceso al empleo. 2.3. Otras figuras análogas en nuestro ordenamiento jurídico. 2.4. La acción positiva en el acceso al empleo en el contexto internacional. 3. Régimen jurídico interno

* El presente artículo proviene de la ponencia *Régimen jurídico de la reserva de empleo a favor de la mujer*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Investigador Contratado Predoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer: la respuesta legal a los principios comunitarios. 4. Una interpretación sistemática del *totum revolutum* normativo en relación a las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer. 5. Bibliografía.

The Legal Virtuality of Reservations and Preferences in Favor of Women's Employment in the Spanish System

ABSTRACT: The quantitative under-representation of women in employment is a fact that can be easily verified. Our public authorities, forced to take part in the matter to guarantee a real and effective equality by virtue of article 9.2 of the Spanish Constitution, and encouraged by international regulations, have developed effective measures to achieve this objective of our welfare state. One of them is the reservations and preferences in employment in favour of women, which are provided for in article 17 of the Statute of Workers and, in their quantitative aspect, would tend to correct such inequality. However, in their implementation they are found to be in conflict with other constitutionally recognized rights and principles. Additionally, the Court of Justice of the Union has not considered the rigid or automatic quotas in line with Community regulations. Consequently, in practice, such measures have been reduced to a minimum in terms of recognition and application.

Key Words: Women's access to employment, positive action, non-discrimination, preferences in employment, reservations in employment.

*Mediante el trabajo ha sido como la mujer
ha podido franquear la distancia que la separa del hombre.
El trabajo es lo único que puede garantizarle una libertad completa*
Simone De Beauvoir¹

1. Introducción: una presentación de las medidas de reserva y preferencia en el empleo

La protección de la mujer en el ámbito socio-laboral del Derecho ha adquirido en nuestro marco constitucional una notable consideración². Una de las múltiples conclusiones que se han de extraer del estupendo congreso³ que da origen a esta publicación, es el tradicional – y, desafortunadamente, aun persistente – papel secundario de la mujer en el mundo del trabajo asalariado⁴ tanto en su vertiente cuantitativa como cualitativa. Mucho se ha

¹ S. DE BEAUVOIR, *El segundo sexo*, Cátedra, 2019, p. 779.

² Se pueden poner muchos ejemplos al respecto, verbigracia la subvención de 500.000 pesetas por la contratación indefinida de mujeres en determinados sectores *ex art. 2.1.c*, Ley 22/1992 de medidas urgentes sobre el fomento del empleo y protección por desempleo, o, actualmente, en vigor, sin ánimo de exhaustividad: la protección de maternidad, la protección frente a despido en situaciones de embarazo, las variadas medidas para víctimas de violencia de género o el complemento por maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social regulado en el art. 60 TRLGSS, el cual ha sido magníficamente tratado, tras la importante STJUE de 12 de diciembre de 2019, por Lozano Lares, Álvarez Fernández y Vigo Serralvo en sus ponencias en el seno del congreso *El futuro del empleo y la tecnología*, cit. Antes de la aparición de nuestra norma fundamental existían otra tipología de medidas, las cuales partían de una situación de inferioridad de la mujer, no teniendo cabida por ello en nuestro contexto constitucional y declarando lo propio su interprete supremo, entre otras: las conocidas horas extras de las ATS (STC 82/82 de 21 de noviembre) o el caso de las pensiones de viudedad (STC 103/83 de 22 de noviembre).

³ *El futuro del empleo y la tecnología*, cit.

⁴ Nos sirve esta primera aparición de la palabra trabajo para puntualizar sobre las acepciones de la misma y focalizar en el adjetivo asalariado. Y es que, no esta de más precisar, que la mujer ha trabajado a lo largo de la historia – al menos – en la misma proporción que el hombre, pese a que sistemáticamente ha sido excluida de este concepto restringido de trabajo, el asalariado, y entendido como la actividad realizada al amparo de un contrato de trabajo cuyo objeto es el intercambio de la simple prestación de un servicio personal a cambio de dinero, el salario. La palabra “trabajo”, multívoca, se acostumbra utilizar para nombrar a esta categoría que acabamos de definir, quedando fuera del lenguaje ordinario otras acepciones con similar relevancia, verbigracia el trabajo domestico, sin duda menos interesante en este contexto de capitalismo contemporáneo en el que habitamos. Dicho lo anterior, en este artículo, cuando utilicemos la palabra trabajo, estaremos haciendo alusión a esta acepción corriente, la cual es, además, la que más se aproxima al ámbito del Derecho del Trabajo.

escrito sobre la importancia del trabajo, las consecuencias de la exclusión del mismo⁵ y sus posibles causas, las cuales derivan de la propia naturaleza del sistema económico, o de la propia cultura, resultando obvio el factor discriminatorio que implica. Reconociendo el notable interés de lo anterior, no nos centraremos aquí en un análisis extrajurídico de la problemática, sino que tomaremos lo previamente expuesto como premisas para, como hicimos en el congreso de referencia, ocuparnos de la vertiente jurídico-cuantitativa, esto es, la infrarrepresentación numérica de la mujer en el mercado laboral, y concretamente un mecanismo idóneo para la consecución de la paridad entre sexos en el empleo. Hablamos de la reserva o preferencia de empleos a favor de la mujer.

Conviene aclarar desde ya, las diferencias – y también las similitudes – entre reservas y preferencias, puesto que no son lo mismo. Ambos son instrumentos que, actuando en un momento previo a la perfección del contrato de trabajo, compelen a la persona empleadora a la contratación de un sujeto con unos determinados rasgos. Sin embargo, mientras que la *reserva* consistiría en una salvaguarda de un número fijo, o un determinado porcentaje, o cuota de puestos de empleo, o contrataciones para un determinado colectivo, entendemos la *preferencia* consistente en otorgar a ese colectivo una ventaja que originaria la contratación en supuestos de similitud o incluso equidad de capacidad y méritos de las personas aspirantes al puesto. Es importante tener en cuenta que, a la par que se crea un beneficio o ventaja para el colectivo o grupo de persona al que se dirige la medida (en nuestro caso las mujeres), se esta perjudicando directamente a los terceros no incluidos en este grupo, cuestión que será relevante en aras de estudiar el escrutinio constitucional que ampare la vigencia de la medida. A lo largo de este artículo ahondaremos sobre ambos conceptos y su posibilidad jurídica real, los cuales, tienen su reconocimiento y amparo legal explícito, como podemos apreciar en el art. 17, apartados 2-4, del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Como se comprueba, estos mecanismos actuarían como ecualizador de oportunidades de empleos a

⁵ El trabajo tiene un papel trascendental en nuestras vidas que implica, en caso de exclusión, en una fuente palmaria de discriminación. Para Foster y Wass los puestos de trabajo se crean y organizan en base a la idea de un trabajador masculino en un perfecto estado de salud, lo que sin duda es una barrera para el acceso al empleo de las mujeres y del colectivo de personas sin discapacidad y incide sobre la cultura del lugar. Véase en este sentido D. FOSTER, V. WASS, *Disability in the Labour Market: An Exploration of Concepts of the Ideal Worker and Organisational Fit that Disadvantage Employees with Impairments*, en *Sociology*, 2013, vol. 47, n. 4, p. 721, y F. VILA TIERNO, *Mujer y trabajo*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019, pp. 14-15.

favor de la mujer en base a las dificultades históricas de acceso al mercado de trabajo y, al menos cuantitativamente, tendrían la virtud de equilibrar la representación de la mujer en el mundo laboral. Estas medidas se incardinarian dentro del concepto de *medidas de acción positiva*⁶.

Con los datos ya esgrimidos en estas primeras líneas, parece admisible y posible, incluso recomendable, la utilización de estas medidas posibilitadas en nuestro ordenamiento jurídico para acabar con el problema planteado al inicio cuanto menos en su vertiente numérica; sin embargo, a nadie se nos escapa que el uso de estas técnicas no es solo poco usual, sino mas bien residual en la práctica de nuestro mercado laboral. Con el estudio y la revisión del sistema regulatorio de estas figuras que nos ocupan, intentaremos acercarnos a las causas de esta infrautilización y, sin adentrarnos en las condiciones metajurídicas, si influye en ello su régimen jurídico.

2. La acción positiva como vehículo hacia la igualdad real y efectiva en el acceso al empleo

2.1. La constitucionalidad de la acción positiva

De la definición genérica de medida de acción positiva⁷ se vislumbra que nos encontramos de facto con una desigualdad. Paradójicamente, para conseguir la igualdad real se necesita recoger normativamente diferencias de trato en favor del colectivo en desventaja. Es importante tener presente que puede existir discriminación en actuaciones o disposiciones neutras cuando, tendiendo esta apariencia, sitúan a un determinado colectivo en una desventaja particular con respecto a otras⁸, es lo que se define como

⁶ Las medidas de acción positiva son las diferencias de trato favorable dirigidas sobre un colectivo específico para «invertir la situación de desigualdad material de los mismos», en base a que se comparten unos rasgos minusvalorados. Véase en este sentido D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 58. En esta obra, el A. realiza un interesante deslinde entre estas y las «medidas de igualdad positiva», las cuales tienden a invertir la desigualdad material entre individuos. Según el A., las primeras (las cuales también subdivide) no corrigen ninguna inferioridad o desventaja individual entre ciudadanos sino una desventaja social, una infravaloración. No obstante, como veremos, ambas finalidades están amparadas en el art. 9.2 CE.

⁷ *Idem*.

⁸ Véase la definición de discriminación indirecta en el art. 2.1.b de la Directiva 54/2006, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

discriminación indirecta. En palabras de Alexy⁹, «quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad de iure».

La cuestión que nos proponemos abordar ahora es si las medidas favorecedoras para las mujeres en el acceso a un determinado puesto de trabajo son o no compatibles con nuestra norma suprema. Como se ha visto, nos encontramos en el terreno del principio de la igualdad de trato y, sin perjuicio de abundante desarrollo normativo producido en el ámbito internacional en las últimas décadas sobre este principio y que trataremos con posterioridad, nos centraremos en este estadio en la configuración constitucional del mismo.

Siguiendo el orden que recoge nuestra Constitución, en relación a la igualdad hemos de destacar sus arts. 1.1, 9.2 y 14. El primero de los preceptos citados, promulga la igualdad como *valor superior del ordenamiento jurídico*; por su parte, el art. 9.2 consagra el principio de igualdad material, real o efectiva; y el 14, el derecho de igualdad formal¹⁰. Como se puede comprobar, en estos preceptos relacionados de nuestro texto constitucional ni existe mención sobre las denominadas medidas de acción positiva, ni se puede inferir nada respecto a su legitimidad. Las dudas podrán ser colmadas con la visión al respecto de nuestro Tribunal Constitucional y, adelantamos ya, con el tratamiento normativo internacional sobre la cuestión, el cual, si contiene previsión, debiendo ser integrados estos principios en la interpretación de nuestra Constitución de acuerdo con el contenido del art. 10.2 de la misma. Antes bien, en nuestro Estado social, con nuestra Constitución, podríamos aceptar sin género de dudas que el derecho a la igualdad no se limita a la exigencia de trato formal, sino que ampara el derecho a ser tratado de forma desigual para, precisamente, la consecución de la igualdad¹¹.

En relación a la armonización y desarrollo de esta conjunción de preceptos, nuestro tribunal de garantías ha reconocido que su vigencia no solo implica la abstención de los sujetos en conductas discriminatorias, lo que podríamos identificar como “prohibición de la discriminación”, sino que operan como un mandato a los poderes publico de promoción de actuaciones que

⁹ Vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 404.

¹⁰ Sobre la naturaleza de estos preceptos se ha pronunciado bastante la doctrina, considerando, en su posición mayoritaria, la distinción aquí realizada. No obstante, también se mantiene por otra parte de la doctrina que el derecho a la igualdad material reside en los arts. 14 y 24 CE el derecho a la igualdad formal, como se pone de manifiesto en las SSTC 49/1985 y 58/1986.

¹¹ Vid. M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, 2010, p. 68.

persigan la consecución de la igualdad real y efectiva¹². En base a ello se legitima la adopción de medidas materialmente desiguales para la consecución de la igualdad real. Así, en la STC 34/1981, de 10 de noviembre (FJ 3) dictamina que el «art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable»¹³.

La primera oportunidad que tuvo el Tribunal Constitucional de manifestarse sobre una medida de acción positiva fue en el asunto de la prestación para guarderías en favor de las mujeres¹⁴, incidiendo en su

¹² Es el principio de igualdad material (art. 9.2) el que impone al Estado la obligación de intervenir sobre la sociedad para la búsqueda y consecución de la igualdad de oportunidades, real y efectiva. En base a ello se pueden tomar medidas en contra del principio de igualdad formal (art. 14) siempre dentro de los límites que admite nuestra Constitución. Incluso en el mecanismo de las cuotas reserva, una medida consiste en la consecución de la igualdad de resultados, la finalidad real es la igualdad de oportunidades: «la igualdad de resultado sólo es un medio para conseguir el objetivo constitucional subyacente a la igualdad material: alcanzar la igualdad de oportunidades» (D. GIMÉNEZ GLUCK, *op. cit.*).

¹³ Continúa la referida sentencia estableciendo que «la apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9.1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria». Sobre estos límites volveremos un poco más adelante.

¹⁴ STC 128/1987, de 16 de julio. Anteriormente el TC ya se había pronunciado sobre otras medidas consistentes en diferencia de trato, pero partiendo de una base paternalista, distintas a las acciones positivas por estar fundadas únicamente en relación con el sexo y bajo presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación hacia las tareas familiares de la mujer. En base a ello, el TC se pronuncia en el sentido de su ilegitimidad constitucional (véase SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, y 7/1983, de 14 de febrero).

objetivo compensador o corrector y por ello legítimas, al no considerarse opuestas al citado principio de igualdad, «sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes», incidiendo, además, en que «sólo vendrán justificadas si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den».

Como se ha podido comprobar, a ojos de nuestra Constitución, según avala su interprete supremo, no toda desigualdad supone una infracción de la misma, sino que precisamente por su vigencia queda amparada por la misma tratos desiguales en determinadas circunstancias y con ciertos límites. Estas fronteras, que deslindarían las actuaciones o medidas constitucionales de las que no son, en relación a la igualdad, se han ido conformando con el paso del tiempo¹⁵, pudiéndolas sintetizar en la *finalidad* y la *proporcionalidad* de la medida. La primera de ellas hace referencia a la razonabilidad de la medida y su objeto, los cuales tienen que ir encauzados a la consecución de un fin constitucional, objetivo para el Estado¹⁶. La proporcionalidad por su parte, enjuiciaría la relación entre la finalidad, la diferencia de facto y las consecuencias de la vigencia de la medida, lo cual tiene que ser proporcional, es decir, otorgar un adecuado equilibrio entre el beneficio y el daño¹⁷. Este último entraña especial trascendencia cuando dos derechos fundamentales han de ser sopesados¹⁸, en tanto en cuanto se ponderarán los intereses en conflicto y la intensidad de uno y otro¹⁹.

Dicho lo anterior, y pese a que la desigualdad de la mujer ha sido la que ha tenido un tratamiento más intenso en su jurisprudencia, provocado, con seguridad, en el retraso que nuestra CE soportaba con respecto a la situación de la mujer en el ámbito europeo²⁰, realmente existen una “zona de penumbra” a la hora de delimitar el cumplimiento o no del principio de igualdad y con ello la legitimidad constitucional o no, de la medida que nos

¹⁵ Un análisis sobre esta evolución en E. SIERRA HERNÁIZ, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social de España, 1999, pp. 179-186.

¹⁶ En el tipo de medidas que nos ocupa, en favor de la mujer, la doctrina constitucional las consideraría admisibles en cuanto sean favorecedoras para la consecución de la igualdad (objeto constitucionalmente deseable) en base a una situación de desigualdad sustancial, véase en este sentido las SSTC 128/1987, cit., 166/1988 de 26 de septiembre, 19/1989 de 31 de enero, y 145/1991 de 1º de julio.

¹⁷ En este sentido, ha declarado nuestro TC que «La protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al art. 14» (FJ 1º, STC 81/1982, cit.).

¹⁸ *Vid.* M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, pp.83-84.

¹⁹ Véase el FJ 5º de la STC 12/2008, de 29 de enero, referida a la legitimidad constitucional de la composición equilibrada de las listas electorales.

²⁰ *Vid.* M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, p. 141.

ocupe, cuestión que no ha sido clarificada del todo por la doctrina constitucional²¹ y que corresponderá ponderar en cada caso concreto a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.

2.2. La confrontación de las medidas de reservas y las preferencias con otros principios constitucionales en el acceso al empleo

El establecimiento de medidas de acción positiva en el acceso al empleo al socaire del derecho a la igualdad implica que el contenido de estas puedan invadir esferas de otros derechos constitucionales. Hemos expuesto los métodos que nos ofrece el Tribunal Constitucional para dictaminar sobre la constitucionalidad de las normas que crean un trato desigual para la consecución de la igualdad, pero es ocasión ahora de afinar sobre los derechos que se verían afectados por estas medidas de preferencias o reservas en el empleo a favor de la mujer.

La primera consideración que hemos de realizar es, que estas medidas que tratamos, tendrían proyección en dos escenarios distintos, los cuales están salvaguardados por instituciones jurídicas distintas: de un lado, en el empleo en las empresas (públicas y privadas), y de otro; en la función pública. Permítase que, antes de entrar en cada uno de estos ámbitos para analizar la posible tensión de estas medidas con otros derechos constitucionales, se destaque el fuerte carácter intervencionista de estos mecanismos, los cuales alteran – bajo la justificación *supra* expuesta – las reglas propias del mercado y las del acceso a la función pública.

Comenzando con la reserva o preferencia de empleo en las empresas, resulta obvio que el establecimiento de una obligación hacia las mismas de contratar a personas trabajadoras con una serie de características, podría conculcar el derecho a la libertad de empresa recogido en el art. 38 CE, donde se incardina la libertad de contratación, la cual ampararía el ejercicio de celebrar contrato, o no, con la persona que crea más adecuada²². Por su parte, la asignación de un determinado número de plazas reservadas en las ofertas de empleo público para las mujeres, tendrían incidencia sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública que garantiza el art. 103 CE.

Puesto que sobre el particular no ha tenido opción de pronunciarse aún nuestro Tribunal Constitucional, no nos encontramos en posición de

²¹ *Vid.* D. GIMÉNEZ GLUCK, *op. cit.*, p. 52.

²² *Vid.* M.T. ALMEDA CASTILLO, *Discriminación en el proceso de acceso al empleo. Dimensión sustantiva*, en M.T. ALMEDA CASTILLO, *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi Thomson Reuters, 2012.

manifestar una respuesta rotunda o contundente sobre la posible legitimidad o no de estas medidas, máxime, cuando habrá de ser precisada *ad casum* teniendo en cuenta la ponderación del derecho de igualdad con los requisitos de finalidad y proporcionalidad de la medida.

2.3. Otras figuras análogas en nuestro ordenamiento jurídico

Dicho lo anterior, lo cierto es que encontramos otros ejemplos de medidas de discriminación positiva que de una forma u otra se asemejan a la que nos ocupa en este artículo de forma principal.

Por un lado, y guardando identidad subjetiva en lo referente al “colectivo beneficiario”²³, en relación al sistema de acceso a cargos público representativos encontramos las cuotas para representación de mujeres en listas electorales, las cuales aparecen en nuestro ordenamiento tras la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General operada en virtud de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH)²⁴.

Aunque difiere en este caso el colectivo al que se dirige la medida, encontramos con identidad sobre la materia sobre la que versa, el empleo, las cuotas reserva para personas con discapacidad, otro colectivo que tradicionalmente ha visto en condiciones de desigualdad el acceso al mundo del trabajo. Esta medida ha sido admitida por nuestro TC²⁵, sin embargo, puesto que la razonabilidad de la medida no tiene por que ser la misma en ambos casos, consideramos que no es posible aplicar *mutatis mutandi* esta doctrina a las medidas que nos ocupan a favor de la mujer.

²³ Entrecorramos la palabra beneficiario puesto que, si bien el colectivo en el que recaen las medidas suele ser denominado como beneficiario o titular del derecho, en realidad no estamos ante ningún beneficio, sino ante una situación de justicia, reparadora de una desigualdad histórica. Tampoco abogamos por la utilización del vocablo “titulares del derecho” puesto que no se ostentan por ellos ningún derecho subjetivo individual que puedan hacer valer.

²⁴ Esta modificación comentada, trae a nuestro país la denominada coloquialmente “ley de cuotas”, con la pretensión de garantizar un mínimo de equilibrio (el 40%) entre el número de mujeres y hombres en las candidaturas electorales.

²⁵ Véase la STC 269/1994, de 3 de octubre.

2.4. La acción positiva en el acceso al empleo en el contexto internacional

Desde sede introductoria hasta aquí se habrá atisbado que, sin perjuicio de los derechos constitucionales a los que antes hemos hecho referencia, la fuente de la que emanan las medidas de reserva y preferencia en el empleo podría no ser de origen interno, sino foráneo, cuestión que, ahora sí, confirmamos. En este epígrafe nos ocuparemos de ello, de ese nivel internacional desde el que se comienzan a articular y modular las medidas que pretendemos estudiar²⁶. Como se presumirá, en las líneas que aquí desarrollaremos adquirirán especial relevancia las dos grandes potencias internacionales en la producción normativa en el ámbito socio-laboral: tanto la OIT, como la UE. Sobre esta última se cobrará valor con el análisis y la evolución jurisprudencial europea en relación a las medidas de acción positiva.

Comenzando con la OIT, y siguiendo un orden cronológico, el primer instrumento normativo que se ha de reseñar es el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (C111), el cual fue adoptado en Ginebra, en la 42ª reunión CIT del 25 de junio de 1958²⁷. Se establece en su art. 2 que «todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto». Este Convenio fue ratificado por España en 1967. El siguiente avance en el seno de esta organización lo encontramos en la Conferencia Internacional de Trabajo de 1975 en la que se aprueba la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras. Lo encontramos como avance puesto a que en lo que nos ocupa, se establece expresamente, en su art. 1.2, que «No se considerará como discriminatorio un trato especial positivo durante un período de transición a fin de lograr una igualdad efectiva entre los sexos». En esta previsión encontraríamos el primer resquicio legal que otorgaría amparo a las medidas de acción positiva, siendo extensiblemente, por tanto, a políticas de empleo consistentes y

²⁶ Un análisis más exhaustivo de toda esta normativa en M.I. ORDOÑEZ CASADO, *Un recorrido histórico por las normas internacionales, europeas y estatales sobre las políticas de empleo desde la perspectiva de género*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *op. cit.*, pp. 259-280.

²⁷ Esta norma en su art. 1 define discriminación como «cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen racial que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación».

reservas y preferencias en el acceso. Esta cuestión queda ratificada e intensificada con la resolución de 1991²⁸, la cual en su apartado 2.*d*, insta a los gobiernos a que promuevan programas de acción positiva «con miras a asegurar el pleno acceso de las mujeres a las oportunidades de empleo».

Antes de adentrarnos en el Derecho comunitario, es de obligada mención la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que fue aprobada por la Asamblea General en 1979, en la que en su art. 4.1 reconoce, de forma similar a la realizada cuatro años antes por la OIT, que «la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación» añadiendo también que «estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato»²⁹.

En lo que respecta al ámbito de la Unión Europea encontramos un gran elenco de disposiciones que impulsan la igualdad e invocan las acciones positivas para su consecución. Estas han ido evolucionando, como comprobaremos, de la mano de la jurisprudencia de su alto tribunal. El Tratado de la Unión Europea recoge en su art. 2, como valor fundamental de la misma, la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres³⁰. Acorde con este objetivo, el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea garantiza la aplicación del principio de igualdad estableciendo en su apartado cuarto que «con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales». En el mismo sentido se manifestaba la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) en su art. 23, no impidiendo el

²⁸ Resolución sobre la acción de la OIT para las trabajadoras de 25 de junio de 1991, en la que tras reconocerse la falta de cumplimiento del Convenio 111 y un lento progreso en el campo de la igualdad efectiva, pide y exhorta a gobiernos y empresarios a que tomen medidas al respecto.

²⁹ En 1988 en el seno de esta Organización, el Comité para la eliminación de la discriminación contra las mujeres adoptó su Recomendación general n. 5, en la que se recomienda a los Estados hacer mayor uso de medidas especiales temporales, entre ellas los sistemas de cuota, para impulsar la integración de las mujeres en la educación, la economía, la política y el empleo.

³⁰ Fue en 1998, con el Tratado de Ámsterdam cuando adquirió el objetivo por la igualdad un carácter explícito y se reconoció su vertiente en el acceso al empleo, *vid.* F. VIGO SERRALVO, *La normativa laboral de fomento de la paridad entre sexos*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *op. cit.*, p. 285.

mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

En el derecho derivado de la Unión se ve perfectamente reflejado el desarrollo del derecho primario. Estas disposiciones se inician con la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, donde se incluía, en el art. 2.4 una importante excepción al principio de igualdad, al disponerse que «la presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1». Dicha norma fue modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002³¹ con el objeto del desarrollo del art. 141.3 TCCE (actual art. 157 TFUE, al que antes hemos hecho referencia). A los efectos que nos atañe, se añadió un apartado al art. 2, el 8, que disponía que «los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado [actual 157.4 TFUE], con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres». Ya en el año 2006 se promulga la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación en la que se reproduce el contenido del art. 2.8 anterior en el actual art. 3 y produce una nueva extensión de la protección en el acceso al empleo en tanto que la redacción del precepto 14.2 es cristalina, permitiendo a los Estados miembros que puedan disponer «por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

Es fácil apreciar la evolución y la apertura de la normativa internacional hacia las acciones positivas en el acceso al empleo³², articulándose

³¹ Esta norma modificó de manera urgente tanto el Estatuto de los Trabajadores como la LPL. Sobre los pormenores de la transposición de dicha directiva véase J.F. LOUSADA AROCHENA, *La transposición en España de la Directiva 76/207/CEE*, en *Annuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2014, n. 18.

³² Además del reconocimiento normativo, las instituciones han tenido una actitud positiva

normativamente su posible colisión con el contenido de otros derechos. De ahí las menciones al objetivo legítimo (finalidad o racionalidad de la medida) y la proporcionalidad. Toda esta normativa, como se comprobará en el epígrafe siguiente, ha condicionado nuestra legislación interna. Llama la atención que, al contemplar el reconocimiento de las medidas de acción positiva, la normativa europea, al contrario que su homóloga internacional, hace referencia al «sexo menos representado», por lo que hemos de asumir que, aunque en la generalidad de los supuestos el sexo infrarrepresentado en un sector o rama de actividad será el femenino, las medidas de positivas están consideradas a favorecer a ambos sexos, que en ocasiones será el masculino.

Si enlazamos este conglomerado normativo con nuestras disposiciones constitucionales podemos admitir que nuestra norma suprema ha tenido la capacidad de absorberla sin necesidad de alteración alguna³³. Podemos también resaltar que la normativa internacional hace referencia a un *criterio de temporalidad*, algo que no habíamos advertido cuando procedimos al análisis de la constitucionalidad de las medidas y que sin duda es relevante, toda vez que las medidas, encaminadas a solventar una situación de minusvaloración provocada por estigmatización social, no pueden tener vocación de permanencia, sino que han de claudicar cuando desaparezca esta situación y la mujer sea valorada de forma materialmente igualitaria al hombre. Pese a que esta meta se encuentra aun en un horizonte lejano, cuando esto ocurriese, estas medidas carecerían, sin lugar a dudas, de justificación constitucional.

Antes cambiar de nivel, en cuanto a la relación jerárquica de normas se refiere, resulta interesante e incluso vital para lo que nos ocupa, conocer cual a sido la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³⁴ respecto a este tipo de medidas. Entre las resoluciones que marcan la postura del Tribunal de Luxemburgo sobre la acción positiva encontramos algunas sobre reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer que perfectamente muestran la apertura de miras efectuada con el paso de los años sobre las mismas, teniendo un gran reflejo

a este tipo de acciones, ejemplo de ellos es la Recomendación 84/63 5/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de las mujeres en la que se insta a los Estados sobre la promoción de las acciones positivas o la Resolución de 14 de enero de 2009 del Parlamento Europeo.

³³ En este sentido M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, p. 109, que señala que nuestro art. 14 CE se ha adaptado a todos estos cambios dada su estructura abierta.

³⁴ Utilizamos tal denominación, adoptada en 1957, puesto que las resoluciones que comentaremos se emitieron bajo tal nomenclatura, la cual fue modificada nuevamente en 2009 y hasta nuestros días, en virtud de las competencias otorgadas por el Tratado de Ámsterdam, por Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

en las modificaciones de la normativa del Derecho de la Unión. Así, en la primera oportunidad que tuvo este Tribunal de pronunciarse sobre una medida de acción positiva de preferencia de empleo a favor de la mujer fue en 1995, en el conocido caso *Kalanke*³⁵, donde se realiza una interpretación restrictiva del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE al entender que no cabe una preferencia absoluta e incondicional en el empleo porque sobrepasaba la excepción del apartado 4 del art. 2 de la Directiva³⁶ y ello, pese a que para que se articulase la preferencia, se exigía en la Ley del Estado de Bremen (demandado) igualdad de méritos y capacitación en sectores infrarrepresentados. Dos años más tarde, el Tribunal de Luxemburgo no desaprovecha la oportunidad para precisar los términos de su anterior *ratio decidendi*³⁷, y en su sentencia del caso *Marschal*³⁸, también en una controversia surgida en el país germano y aplicando la misma directiva, entiende que una norma de preferencia de empleo a favor de la mujer será legítima en supuestos de igual capacitación y en sectores infrarrepresentados, «siempre y cuando tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexo e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino»³⁹. Pese a que las similitudes del caso eran evidentes, el Tribunal entiende que el supuesto es diferente al que dio origen a *Kalanke*, ya que contenía una cláusula de apertura⁴⁰.

A partir de aquí, se ha dictado una sentencia más en esta sede jurisdiccional en relación a cláusulas de preferencia de empleo⁴¹, la recaída en el asunto

³⁵ STJUE 17 octubre 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93.

³⁶ Véase el punto 22 de la referida sentencia.

³⁷ Hay que decir, que entre estos dos pronunciamientos se produjo la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación del asunto *Kalanke*, cit., en la que se advertía, después de un largo recorrido por la normativa internacional y repasando incluso la jurisprudencia de los EU, de dos posibles interpretaciones de la sentencia: 1) la exclusión de cualquier sistema de cuotas o 2) la exclusión solo de las cuotas rígidas o automáticas. Considera la Comisión en este sentido, como era de esperar después de la larga exposición, *pro* acción positiva, que esta última interpretación es la más correcta. Es discutible que esa fuera la visión de la intención del juzgador en el dictado de esa sentencia debido a los términos tan firmes en los que se dicta la misma. En esta fecha quedó fijada una postura de la Comisión que apostaba por la inadmisibilidad de los sistemas de cuota que no admitiesen excepciones individuales, lo cual pudo influir bastante en las Sentencias que se emitieron a posteriori.

³⁸ STJUE 11 noviembre 1997, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, asunto C-409/95.

³⁹ Véase el punto 35 de la sentencia anteriormente señalada.

⁴⁰ Véase el punto 33 de la sentencia de referencia.

⁴¹ En relación a otro tipo de medidas de acción positiva se han dictado por este Tribunal importantes sentencias, donde el objeto de las mismas eran acciones que incidían sobre la

*Abramsson*⁴² con un sentido continuista de la doctrina emanada del caso *Marschall*. En esta última resolución se establece que se permitiría la selección preferente entre candidatos, cuando las «respectivas capacitaciones no sean tan considerable como para que la aplicación de dicha regla vulnere la exigencia de objetividad en el momento de la contratación excepcionar la cuota en circunstancias individuales específicas».

El estudio de estas resoluciones nos ha de llevar a considerar que, de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria, las reservas automáticas o fijas en el acceso al empleo a favor de la mujer quedan vetadas en el ámbito europeo. Se entiende, por tanto, que tampoco pasarían el filtro de constitucionalidad por ser desproporcionadas⁴³. Por el contrario, se desprende la validez de las preferencias en el empleo siempre que concurren en el supuesto igualdad en las capacidades de los candidatos, y nos encontremos en un sector de infrarrepresentación del sexo en cuestión. Es decir, podemos asumir esta medida como criterio válido de desempate.

3. Régimen jurídico interno de las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer: la respuesta legal a los principios comunitarios

Expuesta la obligación constitucional que recae sobre los poderes públicos de llevar a cabo medidas que potencien la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres mediante un desarrollo normativo de este derecho y, en relación a ello, la pertinencia, utilidad y compatibilidad constitucional de las medidas de acción positiva para su consecución, bajo determinados presupuestos; enunciadas también las principales normas de derecho internacional que habilitan y fomentan este tipo de medidas en relación al binomio género y empleo; corresponde ahora que centremos nuestras miras en el régimen jurídico interno de la reserva y las preferencias en el empleo en favor de la mujer.

formación o relativas al disfrute de ciertas condiciones de trabajo. Véase en este sentido la STJUE 28 marzo 2000, *Georg Badeck y otros, con intervención de Hessische Ministerpräsident y Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, asunto C-158/97, o STJUE 19 marzo 2002, *H. Lommers c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, asunto C-476/99.

⁴² STJUE 6 julio 2000, *Katarina Abramsson y Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, asunto C-407/98.

⁴³ Esta afirmación se ha de asumir con cautelas tendiendo en cuenta la antigüedad de las resoluciones en las que nos basamos y la falta de pronunciamiento al respecto de nuestro TC.

La disposición legal que ordena en nuestro país los principios y reglas en relación al problema existente entre género y igualdad, en la que mecanismos para conseguir la igualdad de trato en el empleo, es la en LOIEMH⁴⁴. Dicha norma nace para trasponer a nuestro ordenamiento dos directivas en materia de igualdad de trato, la antes comentada 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

La norma que nos ocupa, dedica un título completo, el cuarto, a regular medidas para un «derecho al trabajo en igualdad de oportunidades», aunque la única parada que haremos sobre el citado título, por ser de íntima vinculación a lo que aquí nos incumbe, es en su art. 43, el cual habilita a la negociación colectiva a «establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres». Sin perjuicio de las consideraciones que posteriormente se realizaran sobre la efectividad de esta remisión a la negociación colectiva, podemos afirmar que esta norma habilita y promueve a los agentes sociales a que en el marco de la negociación colectiva se establezcan medidas tendentes a favorecer el acceso de las mujeres al empleo. Esta importante previsión la tenemos que complementar con lo establecido en la disposición adicional décimo primera de la misma norma, la cual se encarga de establecer modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Entre otras, se añade un apartado al art. 17 ET, el cuarto en el que se dispone: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate».

Como es fácil apreciar, este precepto adicionado no se limita a contemplar en el ET lo que se estableció en el antedicho art. 43 LOIEMH, si no que va mucho más allá. En efecto, si allí únicamente se recogía una habilitación expresa a la negociación colectiva, aquí se precisa y se ejemplifican

⁴⁴ En este sentido M.T. ALMEDA CASTILLO, *op. cit.*

supuestos que tendrían cabida dentro de aquella; esto es, las reservas y las preferencias en las condiciones de contratación, eso sí, bajo dos premisas: la igualdad de condiciones de idoneidad y sobre el sexo infrarrepresentado. Curiosamente, bajo estas dos exigencias se incluyen en nuestro ordenamiento positivado las que a la sazón (con los términos “igual capacitación” y “sector infrarrepresentado”) ha venido utilizando el Tribunal de Luxemburgo para otorgar legitimidad a este tipo de medidas⁴⁵. Continuando con el análisis de esta norma, no podemos obviar la previsión que ya contenía la norma fundamental de nuestra disciplina en relación a la posibilidad de reserva, y es que en el los apartados anteriores el ET permite establecimiento de exclusiones, reservas y preferencias a la contratación mediante ley (art. 17.2) y habilita al Gobierno sobre la regulación de estas «medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo» (art. 17.3)⁴⁶.

Volviendo al apartado 4 del art. 17 ET, resulta paradójico que el precepto comience disponiendo tales medidas para favorecer el acceso de las “mujeres” a todas las profesiones, y acabe dirigiendo las mismas «al sexo menos representado», acorde esto último con lo dispuesto en la vigente normativa europea⁴⁷.

Atendiendo ahora a la importante habilitación realizada a favor de la negociación colectiva, se puede afirmar que la misma, hasta nuestros días, no ha sido efectiva, habiéndose desaprovechado la ocasión de regular y – con ello – esclarecer la actual normativa. Debiendo tener esta un papel central de acuerdo con la regulación legal, mucho más atendiendo a su cercanía con la realidad social, resulta sumamente extraño encontrarse con alguna disposición convencional que aborde, o si quiera mencione, alguna de las posibilidades que se le brindan en la materia⁴⁸.

⁴⁵ Véase la evolución jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo al respecto en el § 2.4 de este artículo.

⁴⁶ Estas posibilidades en la práctica han quedado circunscritas a la cuota de reserva de empleo para personas con discapacidad actualmente contenida en el art. 42 del RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁴⁷ En este sentido, C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, M. ARETA MARTÍNEZ, *El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades y la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Civitas*, 2009, n. 141.

⁴⁸ *Ibidem*. En relación a lo que nos ocupa, mencionan estas AA. el Convenio Colectivo provincial del sector del Campo de Cuenca (Código 1600085), en el que se establece en su art. 37 que «a partir del 1 de enero de 2006, las empresas con más de 15 trabajadores respetarán un 5% de las contrataciones para mujeres. En las de menos de 15 trabajadores, se procurará contratar mujeres con el criterio de ir equilibrando los mismos porcentajes de

Para finalizar este apartado, consideramos interesante reseñar la STS de 16 de octubre de 2019⁴⁹, en un supuesto donde durante parte de íterin procesal, concretamente en instancia y en apelación, se confundió una medida de gestión de personal con una medida de acción positiva de acceso al empleo a favor de la mujer. El fondo del asunto versa sobre la legalidad del acuerdo de gobierno de 30 de septiembre de 2016 por el que se aprobó la convocatoria de promoción interna a cátedra en la Universidad Autónoma de Madrid. En el se recoge que, en aras de promover la infrarrepresentación femenina, se puntuaba en mayor medida a la mujer que opten a la Cátedra a fin de la asignación y el concreto número de plazas a crear en cada departamento. El TS después de distinguir dos fases diferenciada en este tipo de procedimientos dictamina que en la que nos encontramos «trata de determinar cómo se estructura la plantilla, qué plazas en concreto han de crearse, y sobre todo, dónde. Y para ello se establece una puntuación, cuya relevancia sirve para determinar en qué áreas de conocimiento se adscribirán las cátedras de nueva creación, fijando, como uno de los elementos a valorar, la infrarrepresentación de catedráticas en departamentos universitarios». Es por tanto esencial para el Tribunal que, en la segunda fase, «cuando se convoque una cátedra, todos concurrirán en condiciones de igualdad. Nadie llevará una mochila con puntos adicionales». El por ello que entiende acorde a derecho el acuerdo en cuestión.

4. Una interpretación sistemática del *totum revolutum* normativo en relación a las reservas y preferencias en el empleo a favor de la mujer

Después de la exposición del abigarrado sistema normativo de las preferencias y reservas de empleo en favor de la mujer⁵⁰, en el que se

hombres y mujeres contratados». En el mismo sentido, F. VIGO SERRALVO, *op. cit.*, p. 297. Encontramos otra muestra, aunque como simple compromiso de respeto a la igualdad, en el IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol, donde se declara que, en materia de contratación, se promoverá que, a igual mérito y capacidad «se contemple positivamente el acceso del género menos representado en el Grupo profesional de que se trate».

⁴⁹ STS 3203/2019. Un análisis más exhaustivo de la referida sentencia, en *este Fascículo*, por L. ARAGÜEZ VALENZUELA, *El papel de la mujer en las universidades públicas: una mirada crítica*. Véase también E. ROJO TORDECILLA, [El lento camino hacia la igualdad en la Universidad española. Disputas sobre los criterios de creación de cátedras en la Universidad Autónoma de Madrid. Notas a la sentencia del TS \(C-A\) de 16 de octubre de 2019](#), en www.eduardorjotorrecilla.es, 27 octubre 2019.

⁵⁰ Pese a que normativamente hoy en día estas medidas estén previstas para el “sexo menos

combinan normas de distintos rangos jerárquicos (principios y derechos constitucionales, disposiciones internacionales y disposiciones legales) ninguna especialmente clarificadora, junto con interpretaciones tanto del TC como del Tribunal de la Unión Europea, no es tarea fácil establecer un criterio que permita determinar, sin género de dudas, cuando estamos, según el ordenamiento jurídico de nuestro país, ante una medida legítima esto es, en favor de la igualdad, o cuando la misma es contraria a este principio. Intentaremos dar un poco de luz al respecto en estas líneas finales.

Hemos podido comprobar como a nivel internacional se han establecido unos estándares mínimos obligatorios en relación a la igualdad, empero, y de acuerdo con el art. 157 TFUE, únicamente tendrán aplicación directa en los Estados miembros los principios antidiscriminatorios, no así las medidas de acción positiva que promuevan estos para la consecución de la igualdad material. En el mismo sentido están dictadas las normas procedentes de la OIT y de la ONU. Sin embargo, sí es patente que de la dicción literal de estas normas no solo se desprende la posibilidad de llevar a cabo este tipo de medidas, sino que existe un ánimo incentivador de las mismas por parte de estas instituciones. Sin duda, estas disposiciones que comienzan a dictarse desde avanzado ya mediados del siglo pasado, han condicionado la legislación interna de nuestro país y han supuesto un gran avance en la consecución de la igualdad real. En efecto, existen preceptos en el ordenamiento jurídico español que abiertamente amparan la posibilidad del establecimiento de preferencias y reservas de empleo a favor de la mujer⁵¹, antes bien, su aplicación práctica no será fácil si atendemos a la doctrina jurisprudencial comunitaria y a la del propio Tribunal Constitucional.

Si bien es cierto que las resoluciones emanadas por el Tribunal de la Unión Europea lo son aplicando la Directiva 76/207/CEE, y que, en virtud de la actual, la Directiva 2006/54/CE, la previsión – y con ello el fomento – de las medidas de acción positiva se realiza de forma más inequívoca. No es menos cierto que los términos de estos pronunciamientos son firmes en aras de exigir supuestos de “igual capacitación” para la admisión de esta tipología de medidas. Este mismo presupuesto se ha contemplado en el art. 17.4 ET mediante el vocablo “igualdad de condiciones de idoneidad”. En

representado”, utilizamos el termino “mujer” puesto que asumimos que en la inmensa mayoría de los casos este sexo (el infrarrepresentado) será el femenino, siendo además el objeto de este trabajo el estudio de la aplicación de estas medidas en favor de la mujer, como así lo planteamos al inicio del mismo, y ello pese a que las conclusiones que aquí se esbozan sean aplicable a ambos sexos.

⁵¹ Recuérdese el art. 43 LOIEMH y los apartados 3, 2 y 4 del art. 17 ET.

base a ello, se estima injustificada una reserva automática o una cuota fija de empleo reservado a la mujer incluso en cuando nos encontramos ante sectores infrarrepresentados. Especial relevancia adquiere esta postura en el acceso al empleo público. En estos supuestos, donde la medida confrontaría directamente con los principios de mérito y capacidad que recoge nuestro texto constitucional en el art. 103.3, en estrecha relación con el derecho fundamental configurado en el art. 23, podríamos admitir que infringiría el principio de igualdad el establecimiento de una reserva automática que diferenciara en el acceso al empleo solo por la variable sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la introducción de estas medidas en lo que se refiere al empleo público se deberían habilitar mediante Ley, en aras de la salvaguarda de los derechos constitucionales en colisión y toda vez que requerirán una especial justificación⁵². En cualquier caso, la medida deberá recogerse en la correspondiente convocatoria de empleo público.

En relación al empleo privado las dificultades no son menores. Con la entrada en vigor de la LOIEMH y en la modificación que introduce añadiendo un apartado al ET (art. 17.4) se promueve que la adopción de estas medidas se lleve a cabo mediante la negociación colectiva, sin embargo, como hemos visto, esta remisión ha sido infructuosa y apenas existen convenios colectivos que se pronuncien sobre el particular. No

⁵² Así ha sido establecido por la Comunidad Autónoma de Galicia en el DL 2/2015, de 12 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, que dispone, en su art. 49.1 (actuaciones especiales en casos de infrarrepresentación) que, «Cuando en un determinado cuerpo, escala, grupo o categoría de la Administración pública gallega se verificará la infrarrepresentación del sexo femenino, en la oferta de empleo público se establecerá que, de existir méritos iguales entre dos o más personas candidatas, serán admitidas las mujeres, salvo si considerando objetivamente todas las circunstancias concurrentes en las personas candidatas de ambos sexos existen motivos no discriminatorios para preferir al hombre. 2. Se entiende, a estos efectos, la existencia de infrarrepresentación cuando en el cuerpo, escala, grupo o categoría exista una diferencia porcentual de, por lo menos, veinte puntos entre el número de mujeres y el número de hombres». Por otra parte, en contra de nuestro parecer, existen Comunidades Autónomas que han establecido estas medidas en planes de igualdad, véase a modo ejemplificativo, respecto a la Comunidad Valenciana, el *II Plan de Igualdad de Mujeres y Hombres* de la Administración de la Generalitat, de fecha 2017, donde se recoge en la medida 3.1 que «las convocatorias de concursos, así como los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción interna incluirán una cláusula de desempate favorable a las mujeres en el caso de que se encuentre infrarrepresentadas». Sin embargo, estas cláusulas tan abiertas harán poco efectiva la medida. Obsérvese que ni si quiera se aclara que se entiende por “infrarrepresentadas”. Hemos comprobado que en los concursos convocados desde entonces no se ha aplicado dicho criterio de desempate, véase, también a modo ejemplificativo, la Orden 1/2020, de 7 de enero, de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, por la que se convoca procedimiento selectivo de acceso al cuerpo de inspectores de educación.

obstante, en base al propio precepto habilitador y a la jurisprudencia comunitaria anteriormente reseñada, tampoco cabrían en estos casos sistemas de cupos mínimos, puesto que – igualmente – se requiere supuestos de igual capacitación. En este escenario, la aparición de este tipo de medidas restringiría el derecho constitucional de libertad de empresa (art. 38 CE) ya que se limitaría la libertad del empresario en la vertiente de contratación del personal. Ciertamente, y aunque hayamos refutado como desproporcionadas los sistemas de cuotas, nuestro TC aun no se ha pronunciado al respecto. Entendemos que si llegado el momento dictamina en sentido positivo de su validez, habrá de hacerse con un criterio restrictivo, sujeto, en todo caso, al juicio de racionalidad, proporcionalidad y temporalidad. En cualquier caso, la efectividad de las medidas dependerá en gran medida de la redacción de las cláusulas convencionales, ya que si se recogen como meros compromisos⁵³, nos seguiremos encontraremos en un terreno propicio para la discriminación, por ser estas disposiciones de nula eficacia. En otro caso, si tienen carácter imperativo, entendemos que su incumplimiento puede ser reprochado administrativamente, ya que la conducta incumplidora podría ser constitutiva de un ilícito administrativo de acuerdo con el art. 7.13 LISOS⁵⁴.

A modo de epílogo, podríamos concluir que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria e interna quedan prohibidas la adopción de reservas estrictas o automáticas. Solo se permitiría en supuestos de igualdad de méritos, y cuando en el servicio donde se aplique exista una infrarrepresentación del sexo en cuestión, las medidas de preferencia en el empleo. Esta tesis nos llevaría a aceptar que ciertamente y pese a las previsiones normativas en nuestro derecho interno para ello, la virtualidad jurídica de las medidas que aquí hemos tratado se reduce al mínimo. Este mínimo lo identificamos en lo que se refiere al ámbito de la empresa en el aspecto positivo de la facultad de proceder por parte de los particulares a ejercer en la praxis cuantas acciones de discriminación positiva estimen oportunas, incluidas la contratación del sexo infrarrepresentado en la cuota o proporción que consideren debido que en estos casos las empresas tienen todo el margen de autonomía para su justificación al amparo del propio art. 38 CE. Pese a ello, somos conscientes de la dificultad de que esto se

⁵³ Véase en este sentido la nota 48 en lo referente al *IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol*.

⁵⁴ El RDL 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, recoge tipificada en este precepto como infracción grave el «no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación».

produzca debido a la influencia de la estigmatización y con ello la minusvaloración social hacia el colectivo perjudicado, cuestión que precisamente trata de paliar las medidas de acción positiva. En este sentido, cuando se produce una discriminación en el acceso al empleo, no podemos obviar la dificultad probatoria de estas situaciones cuando las mismas se producen en un momento previo a la formalización del contrato de trabajo. En el terreno de lo público, pese a que recaer sobre el Estado la obligación de emprender acciones positivas, las posibilidades son menores puestas que de la misma forma, están más constreñidos por el respeto a la igualdad formal⁵⁵.

Llegados a este punto, una vez analizadas estas herramientas jurídicas que tratan de paliar la desigualdad cuantitativa en el empleo y expresados también los interrogantes que se plantean, estimamos que quizás la deficiente regulación legal sobre la materia sea causa provocadora de la carencia en la utilización de la técnica cuya legitimidad parece indiscutible, las preferencias en el empleo en caso de infrarrepresentación de la mujer. No obstante, no podemos obviar, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en el seno del congreso que da origen a este artículo, que no servirá de nada la igualdad numérica en el empleo si existe desigualdad material en las condiciones de trabajo. Por ello, creemos necesario el profundizar en medidas que incidan sobre el fondo del asunto, los valores que rigen en la sociedad, esto es, trabajar sobre la educación, sin duda el instrumento más valioso para acercarnos a la igualdad material en el empleo entre mujeres y hombres.

⁵⁵ En este sentido D. GIMÉNEZ GLUCK, *op. cit.*, p. 143: «Mientras que el Estado tiene la obligación de promover acciones positivas de acuerdo con el art. 9.2 las empresas no, en estos casos se derivaría de su voluntad. Que si estos últimos la toman tienen más margen de maniobra atendiendo al respeto de la igualdad formal (14CE) puesto que el Estado estaría más sometido a su respeto». En el mismo sentido, STC 128/1987, cit.: «la dirección de una empresa no está vinculada por un principio absoluto de igualdad de trato, no es menos cierto que ello no excluye la prohibición de distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias; prohibición que, en buena lógica, debe operar en una forma más intensa cuando se trata, como aquí ocurre, de un empleador de carácter público». Resulta interesante en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 3148/2010 de 20 diciembre, STSJ AS 4864/2010, en la que considera ilegítima la actuación de la empresa pública de ferrocarriles de vía estrecha Feve, que sin la existencia de plan de igualdad acordado a través de la negociación colectiva y sin previsión alguna en la convocatoria referente a reservas o preferencias en la contratación, contrata a una mujer en un supuesto en el que el hombre había tenido notoriamente más puntuación en la fase de concurso.

5. Bibliografía

ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993

ALMEDA CASTILLO M.T., *Discriminación en el proceso de acceso al empleo. Dimensión sustantiva*, en M.T. ALMEDA CASTILLO, *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi Thomson Reuters, 2012

BALAGUER CALLEJÓN M.L., *Igualdad y Constitución Española*, Tecnos, 2010

DE BEAUVOIR S., *El segundo sexo*, Cátedra, 2019

FOSTER D., WASS V., *Disability in the Labour Market: An Exploration of Concepts of the Ideal Worker and Organisational Fit that Disadvantage Employees with Impairments*, en *Sociology*, 2013, vol. 47, n. 4, pp. 705-721

GIMÉNEZ GLUCK D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, 1999

LOUSADA AROCHENA J.F., [La transposición en España de la Directiva 76/207/CEE](#), en [Annuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña](#), 2014, n. 18, pp. 461-478

ORDOÑEZ CASADO M.I., *Un recorrido histórico por las normas internacionales, europeas y estatales sobre las políticas de empleo desde la perspectiva de género*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019

ROJO TORDECILLA E., [El lento camino hacia la igualdad en la Universidad española. Disputas sobre los criterios de creación de cátedras en la Universidad Autónoma de Madrid. Notas a la sentencia del TS \(C-A\) de 16 de octubre de 2019](#), en [www.eduardorojotordecilla.es](#), 27 octubre 2019

SÁNCHEZ TRIGUEROS C., ARETA MARTÍNEZ M., *El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades y la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en *Civitas*, 2009, n. 141, pp. 59-114

SIERRA HERNÁIZ E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Consejo Económico y Social de España, 1999

VIGO SERRALVO F., *La normativa laboral de fomento de la paridad entre sexos*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019

VILA TIerno F., *Mujer y trabajo*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019

*Employer branding digital y la atracción y retención de talento. Especial referencia al Plan de Igualdad**

Gloria María MONTES ADALID**

RESUMEN: El *employer branding* es un proceso desarrollado en el seno de la empresa que usa herramientas procedentes del marketing para conformar la identidad de la misma como empleador y crear un mensaje de marca de empresa, estableciendo su propio sistema de valores, políticas y comportamientos de la empresa con el objetivo de atraer, motivar y retener a los recursos humanos. El presente estudio aborda un análisis inicial sobre el término *employer branding*, realizando una revisión bibliográfica exhaustiva del mismo. En segunda instancia, se aborda la transformación del *employer branding* en la era digital y se analiza el papel fundamental que juegan las redes sociales en la atracción, selección y retención del talento en las empresas. En tercer lugar, se hace especial referencia a los planes de igualdad como punto clave para mejorar el *employer branding*. Por último, dada la relevancia de la situación de crisis sanitaria que estamos viviendo este año 2020, se realiza una reflexión sobre cómo gestionar la marca de empleador en estos tiempos de Covid-19.

Palabras clave: Marca de empleador, talento, atracción, employer branding digital, recursos humanos, redes sociales, reclutamiento, Covid-19, selección, Plan de Igualdad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. *Employer branding*. 2.1. ¿Cuándo surge el término *employer branding*? 3. Factores clave en la construcción de la marca de empleador. 4. Construcción de un *employer branding* exitoso. 5. Plan de Igualdad. 5.1. Beneficios de incorporar el Plan de Igualdad al plan estratégico empresarial. 5.2. Cómo promover la conciliación y la igualdad. 6. *Employer branding* digital. 6.1. Claves de creación de un *employer branding* digital. 6.2. Beneficios del *employer branding* digital. 6.3. Técnicas de contratación digital. 7. Las mejores prácticas en *employer branding* web y el afrontamiento de la situación de Covid-19. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

* El presente artículo proviene de la ponencia *Digital employer branding y su impacto en la atracción y retención de talento en las empresas: especial referencia al plan de igualdad*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Investigadora colaboradora del Grupo PAIDI SEJ347 sobre Políticas de empleo, igualdad e inclusión social, Universidad de Málaga (España).

Digital Employer Branding and the Attraction and Retention of Talent. Special Reference to the Equality Plan

ABSTRACT: Employer branding is a process developed within the company that uses marketing tools to shape its identity as an employer and create a company brand message, establishing its own system of values, policies and behaviours of the company with the objective of attracting, motivating and retaining human resources. This study deals with an initial analysis on the term employer branding, making an exhaustive bibliographic review of it. Secondly, the transformation of employer branding in the digital age is addressed and the fundamental role played by social networks in attracting, selecting and retaining talent in companies is analysed. Third, special reference is made to equality plans as a key point to improve the employer's brand. By last, given the relevance of the health crisis situation that we are experiencing this year 2020, a reflection is made on how to manage the employer brand in these times of Covid-19.

Key Words: Employer brand, talent, attraction, digital employer branding, human resources, social networks, recruitment, Covid-19, selection, equality plan.

1. Introducción

La gestión del talento es un aspecto fundamental de las organizaciones para el mantenimiento de su posición competitiva. Es por ello que es primordial establecer estrategias orientadas a atraer y retener a los mejores profesionales, lo que tiene una incidencia directa en los resultados de la organización.

En el mundo actual, con la incidencia de la globalización y las nuevas tecnologías, aumenta la necesidad de las organizaciones por gestionar su imagen de marca con el objetivo de tener a los mejores profesionales, comprometidos con la organización. Para hacer frente a este panorama competitivo, las organizaciones han debido implementar estrategias destinadas a mejorar la gestión de los recursos humanos (RH). Por ello es reseñable el concepto de “*employer branding*” como una de estas estrategias que hace posible que las organizaciones definan su marca de empleador con el fin de atraer y retener al mejor talento, como resultado de aplicar técnicas derivadas del Marketing al ámbito de los RH y las Relaciones Laborales.

El análisis presentado tiene el objetivo de, a través de la revisión de la literatura que existe al respecto, estudiar el fenómeno del *employer branding* en referencia a la repercusión práctica incidente en las políticas de atracción y retención de RH con el fin de aportar hacia un conocimiento en profundidad de este concepto.

Dado el actual interés y auge de las TICs, también es un objetivo establecer la importancia del medio online para las nuevas generaciones de trabajadores y empresarios como marco natural donde se comunican, teniendo en cuenta que el entorno digital se está convirtiendo en la vía principal a la hora de reclutar talento en las empresas. ¿Cómo se han de renovar las organizaciones y los responsables de RH para enfrentarse a este nuevo contexto?

2. *Employer branding*

El término *employer branding* surgió en Estados Unidos a finales de los años 80 como una reacción de las organizaciones a la disminución de la natalidad y, por consiguiente, a la urgencia por hallar a los jóvenes más valiosos. Estados Unidos desencadena una “lucha por el talento” respecto a distintas cuestiones como la atracción de jóvenes de alto potencial de otros países, preocupación por atraer y retener a los mejores, etc. En resumen, usar la imagen de marca para la atracción, retención y compromiso del mejor personal.

A lo largo de los años 90 hay un incremento de proposiciones y sugerencias que se pueden clasificar como *employer branding* y los empleadores comienzan a ser conscientes de la relevancia del talento como una fuente de ventaja competitiva que diferencia a las empresas de su competencia.

En España, comenzó el conocimiento de este término a comienzos de los 2000. La primera andanza en materia de *employer branding* en España fue desarrollada por Banesto en el año 2004, en el cual se realizó una estrategia de imagen de marca como empleador. Actualmente se ha extendido el concepto debido al deseo de las empresas de poseer una marca de prestigio para atraer el talento y fidelizarlo¹.

2.1. ¿Cuándo surge el término *employer branding*?

Para comenzar con una aproximación al concepto de *employer branding*, es interesante realizar un paseo a través de diversos autores que brindan distintas definiciones a lo largo de los años, desde que apareció el concepto. El término “*employer branding*” fue acuñado por primera vez por Ambler y Barrow en un artículo de 1996². Se realizaba un intento de desarrollo de técnicas de gestión de marca con el objetivo de gestionar los RH, y aumentar los beneficios económicos y psicológicos que se generan por el empleo que puede brindar una organización.

El Conference Board³, por otro lado, propone que el *employer branding* establece la identidad de la empresa como empleador, abarcando el sistema de valores, las políticas y los comportamientos de la empresa con la finalidad de atraer, motivar y retener a los trabajadores actuales y potenciales de la organización.

Para Thorne⁴ el *employer branding* es el paquete de beneficios psicológicos, económicos y funcionales proporcionados por el empleo e identificados con un empleador.

Pasando por un enfoque de la definición más orientado al marketing, encontramos diversos autores como Sutherland, Torricelli y Karg⁵ que disponen que el término *employer branding* hace referencia al proceso de

¹ Vid. A. JIMÉNEZ, *Employer Branding: 14 preguntas y una conclusión*, en *Capital Humano*, 2015, n. 302, pp. 84-91.

² T. AMBLER, S. BARROW, *The employer brand*, en *Journal of Brand Management*, 1996, vol. 4, n. 3, pp. 185-206.

³ D. DELL ET AL., *Engaging Employees Through Your Brand*, Conference Board, 2001.

⁴ K. THORNE, *Employer Branding*, Reed Business Information, 2004.

⁵ M.M. SUTHERLAND, D.G. TORRICELLI, R.F. KARG, *Employer-of-choice branding for knowledge workers*, en *South African Journal of Business Management*, 2002, vol. 33, n. 4, pp. 13-20.

identificación y creación de un mensaje de marca de empresa, usando los principios clásicos de marketing para la consecución de la categoría de empleador de elección, atrayendo y reteniendo a los empleados más cualificados y con un mayor talento.

Siguiendo esta misma línea, Kristin Backhaus y Surinder Tikoo⁶ establecen que el *employer branding* es el proceso de construir una identidad de marca que sea reseñable y única, y que lo distinga de la competencia. También hacen alusión a que el *employer branding* se refiere a la aplicación de los principios de marketing a la dirección de RH y que la adopción de un enfoque de marketing en la gestión del recurso más importante con el que cuentan las organizaciones, que es el capital humano, está basada en su aportación de valor a la empresa.

Para Sullivan⁷, el *employer branding* es una estrategia a largo plazo para la gestión del conocimiento y las percepciones de los empleados, actuales y potenciales, así como para accionistas e inversores futuros, en lo relativo a una organización en concreto. Según Mosley⁸ las empresas que quieran atraer y retener a los individuos más valiosos deberán brindarles una propuesta de valor que provoque la satisfacción de sus expectativas y supere lo que ofrecen los competidores del sector.

Otra definición, brindada por Barrow y, el antes nombrado, Mosley⁹, es que la marca del empleador se refiere a la reputación de una organización como empleador y su propuesta de valor a sus empleados. Y para Lloyd¹⁰, la marca del empleador es el producto de la suma «de los esfuerzos de una empresa para comunicarse con el personal existente y potencial que es un lugar deseable para trabajar».

Por otro lado, tenemos una reseña basada en la definición inicial de la marca del empleador, que tiene en cuenta el hecho de que las marcas corporativas y de productos pueden considerarse positivas o negativas, efectivas o ineficaces, y que de la misma manera, lo pueden hacer las marcas de los empleadores. Esta es la definición propuesta por Kucherov y Zavyalova¹¹

⁶ K. BACKHAUS, S. TIKOO, *Conceptualizing and researching employer branding*, en *Career Development International*, 2004, vol. 9, n. 5, pp. 501-517.

⁷ J. SULLIVAN, *The 8 Elements of a Successful Employment Brand*, en drjohnsullivan.com, 23 febrero 2004.

⁸ R.W. MOSLEY, *Customer experience, organisational culture and the employer brand*, en *Journal of Brand Management*, 2007, vol. 15, n. 2, p. 123.

⁹ S. BARROW, R. MOSLEY, *The Employer Brand. Bringing the Best of Brand Management to People at Work*, John Wiley & Sons, 2005.

¹⁰ S. LLOYD, *Branding from the inside out*, en *Business Review Weekly*, 2002, vol. 24, n. 10, pp. 64-66.

¹¹ D. KUCHEROV, E. ZAVYALOVA, *HRD practices and talent management in the companies with the employer brand*, en *European Journal of Training and Development*, 2012, vol. 36, n. 1, pp. 86-

que describen el *employer branding* como «características cualitativas de la empresa empleadora, que son atractivas para un público objetivo [...] imagen positiva y un conjunto apropiado de ventajas materiales y no materiales que distinguen un empresa en el mercado laboral».

Según Alfonso Jiménez¹², que retoma el enfoque del marketing, es una técnica que utiliza herramientas provenientes del marketing aplicándolas a la gestión de personal, tomando como base los procesos, la comunicación, los valores la formación o las nuevas tecnologías.

De la misma manera en que la marca corporativa se compromete con sus clientes en lo relativo a su producto o servicio, la marca del empleador o *employer branding* toma compromiso con sus empleados actuales y potenciales acerca de lo que experimentarán en la organización. Es por ello que se puede afirmar que todos los empleadores tienen una marca, pero no todos tienen una participación eficaz y eficiente, orientando sus esfuerzos de marca para distinguirse como empleadores. Efectivamente, el objetivo de la marca del empleador es mostrar una imagen positiva y atractiva hacia los empleados actuales y potenciales¹³.

De todas estas definiciones propuestas, podemos proponer la siguiente definición de *employer branding*: es un proceso desarrollado en el seno de la empresa que usa herramientas procedentes del marketing para conformar la identidad de la misma como empleador y crear un mensaje de marca de empresa, estableciendo su propio sistema de valores, políticas y comportamientos de la empresa con el objetivo de atraer, motivar y retener a los RH.

3. Factores clave en la construcción de la marca de empleador

Para proseguir con el concepto de *employer branding*, tenemos que partir de la construcción del mismo. En el estudio de Blasco-López, Rodríguez-Tarodo y Fernández-Lores¹⁴ se establecen cuatro conceptos clave para construir el *employer branding*, como son los valores de la empresa, las ventajas de pertenecer a la misma, el sentimiento de pertenencia y la comunicación interna como componente que posibilita la transferencia de

104.

¹² Vid. A. JIMENEZ, *op. cit.*

¹³ K. BACKHAUS, *Employer Branding Revisited*, en *Organization Management Journal*, 2016, vol. 13, n. 4, pp. 193-201.

¹⁴ M.F. BLASCO-LÓPEZ, A. RODRÍGUEZ-TARODO, S. FERNÁNDEZ-LORES, *Employer branding: estudio multinacional sobre la construcción de la marca del empleador*, en *Universia Business Review*, 2014, n. 44, pp. 34-53.

valores y ventajas.

Comenzando con los valores, según Osborne¹⁵, estos hacen referencia a los principios que regulan el funcionamiento de la organización, ayudan a condicionar conductas y brindan las reglas que ayudan a que los empleados emprendan acciones. Estos apoyan a la función del desempeño y son el núcleo del sistema de retribución.

Por otro lado, tenemos a las ventajas de pertenecer a la organización como elementos más concretos y cercanos que los valores. Hacen posible que los empleados tengan conocimiento de los principales beneficios racionales y emocionales que reporta pertenecer a una determinada empresa¹⁶.

A su vez, a los empleados se les considera como una de las fuentes de información sobre las organizaciones que reporta una mayor confianza, ya que representan la marca de la compañía y comunican los valores de la organización, incluso con mayor intensidad que la propia organización¹⁷. Sin embargo, no sólo tienen que entender los valores de marca sino que también deben creer e interiorizar dichos valores, adoptando conductas orientadas a los mismos.

Los valores y las ventajas pueden transmitirse por la organización con el uso de herramientas de comunicación interna. La responsabilidad del diseño de mensajes eficientes es de la empresa, y esta debe utilizar los medios de comunicación interna adecuados para llegar a los empleados, de forma que se obtenga un impacto comunicacional óptimo. Un empleado que ha asimilado valores y ventajas de la organización puede manifestar una mejor actitud, de modo que hay que fomentar una buena comunicación interna para conseguir esto.

La asimilación de los valores empresariales, así como la observación de las ventajas pueden incidir de forma positiva sobre el sentimiento de pertenencia y la mejora en la actitud hacia la empresa. Podemos observar este sentimiento de pertenencia cuando un empleado está orgulloso de ser miembro de la empresa y tiende a identificarse con esta¹⁸. Según Mosley, el *employer branding* tiene influencia sobre la imagen que proyecta un empleador mediante sus políticas, procedimientos y acciones. Dicha imagen ejerce un

¹⁵ R.L. OSBORNE, *Strategic Values: The Corporate Performance Engine*, en *Business Horizons*, 1996, vol. 39, n. 5, pp. 41-47.

¹⁶ Vid. D. DISKIENĖ, V. GOŠTAUTAS, *Relationship between individual and organizational values and employees' job satisfaction*, en *Current Issues of Business & Law*, 2010, vol. 5, n. 2, pp. 295-319.

¹⁷ Vid. M. CHONG, *The Role of Internal Communication and Training in Infusing Corporate Values and Delivering Brand Promise: Singapore Airlines' Experience*, en *Corporate Reputation Review*, 2007, vol. 10, n. 3, p. 201.

¹⁸ Vid. R.W. MOSLEY, *op. cit.*

impacto sobre las actitudes, compromiso y sentimiento de pertenencia de los empleados a través de la cultura de la organización.

4. Construcción de un *employer branding* exitoso

Toni Gimeno, uno de los fundadores y Director de Marketing de Talent Clue, estableció en *La guía suprema del Employer Branding digital*¹⁹ conceptos clasificados como el “ABC” del *employer branding*, es decir, puntos clave para contruir un *employer branding* exitoso. Son los siguientes.

Ser transparente y real

El *employer branding* es el resultado de la unión de los RH y el marketing pero no consiste en hacer creer que eres alguien que no eres a tus empleados potenciales. Una estrategia de *employer branding* no puede ser únicamente una fachada, debe tener una base sólida. Cuanto mayor transparencia y realidad se demuestre, tendrán una mejor percepción de la organización como lugar de trabajo. El *employer branding* consiste en enseñar los verdaderos valores la organización, cómo se trabaja y cómo es el trato hacia el talento.

Brindar importancia al talento

El recurso más valioso con el que cuentan las empresas son las personas. Para que la estrategia de *employer branding* funcione hay que crear una propuesta de valor atractiva orientada hacia lo que busca el talento en el puesto de trabajo. Hay que asegurarse de que la propuesta de valor cubre las necesidades del tipo de candidato que se necesita en la empresa para tu compañía, y de ofrecer la información que requieran los posibles candidatos, acerca de beneficios, salarios, etc.

Dar voz a los empleados

Los empleados actuales saben de primera mano cómo es trabajar para una empresa y, por ello, es bueno permitir que sean ellos los que cuenten los beneficios que ofrece la organización, cómo es la cultura de la empresa y el ambiente laboral.

¹⁹ T. GIMENO, *La guía suprema del Employer Branding digital. Cómo perfeccionar tu estrategia de Employer Branding para atraer y fidelizar talento digital*, Talent Clue, 2016.

Usar las redes sociales

Las redes sociales son el canal perfecto para ser reales y transparentes comunicando los valores de una organización. Se pueden usar para enseñar cómo es el día a día de la empresa, los eventos en los que participa, las quedadas de los empleados, etc. Para usar bien las redes, hay que tener en cuenta que son un sitio de conversación, en el que hay que escuchar, participar, hablar con los empleados y con todo aquel que se interese. Todo ello provocará una imagen más cercana y atractiva.

Involucrar a toda la empresa

La estrategia de *employer branding* no solo es labor del departamento de RH, sino que debe considerarse como un objetivo que tienen que perseguir todos los miembros de la empresa. Se debe cuidar la cultura corporativa y asegurarse que todos los miembros la conocen y la comparten.

5. Plan de Igualdad

En relación al punto clave de la construcción de un *employer branding* exitoso relacionado con brindar importancia al talento (tratado en el apartado anterior), tenemos el Plan de Igualdad como medidas de mejora del *employer branding*, al que no se le suele prestar atención. Es difícil retener al talento, fidelizar a los empleados, elegir un proveedor alineado a los valores y cultura de la empresa, etc. Tener implantado el Plan de Igualdad en las empresas es parte de la propuesta de valor en el *employer branding*.

La Ley 3/2007²⁰ para la Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres define el Plan de Igualdad como «un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo». Esto implica que las medidas que se integren dentro del Plan de Igualdad tendrán la finalidad de satisfacer las necesidades derivadas del diagnóstico de situación y a solventar los problemas detectados en el mismo.

Un Plan de Igualdad tiene que establecer los objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas que se van a adoptar para ello, así como los sistemas eficaces de seguimiento que se van a utilizar y evaluación de los

²⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en BOE, 23 marzo 2007, n. 71.

objetivos fijados.

En la actualidad, los planes de igualdad son obligatorios para empresas de más de 250 trabajadores. A partir de este año 2020, se ha bajado la cuota a 50 trabajadores a partir de 2020. Este nuevo escenario creado por la Covid-19 se presenta como todo un reto para las pymes que tienen más dificultades para disponer de los recursos necesarios y afrontar todos los requerimientos que establece la ley.

Ana Herrero²¹, Directora en Andalucía de Montaner & Asociados, establece que los objetivos a alcanzar con la implantación de un Plan de Igualdad son:

- integrar la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en la empresa;
- integrar la perspectiva de género en la gestión de la empresa;
- facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas que integran la plantilla de la empresa;
- desarrollar acciones en torno a las áreas de cultura organizativa, Selección y acceso al empleo, Conciliación de vida laboral y personal, Área de formación y promoción personal, Área retributiva, Área de salud laboral y prevención del acoso sexual y por razón de sexo, Área de comunicación, Abandono de la organización.

5.1. Beneficios de incorporar el Plan de Igualdad al plan estratégico empresarial

En adición al cumplimiento de la normativa vigente, la inclusión de planes de igualdad en las organizaciones que ayuden y fomenten la conciliación y la equiparación de derechos entre hombres y mujeres, puede suponer la aparición de innumerables beneficios para las empresas, según Randstad²². Entre estos beneficios podemos encontrar:

- mejora de la competitividad de la empresa dentro del mercado laboral;
- mejora de la percepción de la empresa, lo que conlleva más oportunidades para seleccionar y captar a nuevos candidatos, así como la fidelización del talento actual²³;
- aumento de la satisfacción de los trabajadores, lo que ocasiona que haya un ambiente laboral mucho más agradable y favorece el cumplimiento

²¹ Vid. A. HERRERO, *El Plan de Igualdad también es Employer Branding*, en www.agendaempresa.com, 13 junio 2019.

²² RANDSTAD, *¿Cómo implantar un plan de igualdad en tu empresa?*, en www.randstad.es, 25 octubre 2019.

²³ Vid. RANDSTAD, *La fidelización de talento es el nuevo reclutamiento*, en www.randstad.es, 2 octubre 2017.

de los objetivos establecidos como consecuencia de la mejora de la productividad;

- mejora de la Responsabilidad Social Corporativa²⁴;
- reducción del absentismo laboral;
- implementación de los valores corporativos.

Todos estos beneficios mejoran la experiencia de los profesionales, por lo que esto se refleja en gran medida en la marca empleadora de la empresa. Por tanto, esta política de mediación e igualdad se ha convertido en una prioridad para las empresas responsables de la sociedad y las empresas responsables de la gestión del talento.

5.2. Cómo promover la conciliación y la igualdad

Además del Plan de Igualdad de la empresa, existen una serie de acciones que ayudan a promover y apoyar la conciliación familiar y la igualdad en la organización. Randstad²⁵ propone las siguientes:

- teletrabajo: brindar a los trabajadores la opción de trabajar desde casa para que puedan conciliar el trabajo y la familia;
- flexibilidad horaria: este tipo de medida en sí puede promover el equilibrio entre el trabajo y la vida, lo que significa que la empresa ha abandonado el presentismo laboral y se ha centrado en la productividad. De hecho, el 41% de los trabajadores dice que este es uno de los criterios más importantes a la hora de elegir una empresa;
- apoyo e implementación del permiso de paternidad y el permiso de maternidad: esta es otra regulación aprobada por el gobierno para hacer que estos permisos sean iguales e intransferibles para el año 2021;
- comunicación interna: para que todas estas medidas sean efectivas, se debe recordar a los empleados y que tengan acceso a estas medidas. Apoyar la participación en seminarios o conferencias, e incluso su creación, será una forma para que los profesionales comprendan plenamente y se involucren en la participación.

6. *Employer branding digital*

La innovación tecnológica fomentada por la utilización de Internet y las redes sociales en el contexto organizacional ha requerido una

²⁴ Vid. RANDSTAD, *RSE: clave para el desarrollo*, en www.randstad.es, 25 mayo 2015.

²⁵ RANDSTAD, *¿Cómo implantar un plan de igualdad en tu empresa?*, cit.

transformación del proceso de gestión de RH para aprovechar las oportunidades y obtener una ventaja competitiva sostenible.

Las nuevas tecnologías comenzaron como herramientas que se usaban en la vida social y personal, pero actualmente también forman parte de la vida laboral. La incorporación de nuevas plataformas digitales al proceso de reclutamiento y selección ha sido una manera de que las empresas luchen por tener a los mejores candidatos. Las organizaciones ya no esperan a que el candidato solicite un trabajo, sino que buscan e identifican candidatos potenciales, comunicándose, colaborando o interaccionando ambas partes. El área que ha sufrido uno de los cambios fundamentales, a raíz de nuevas oportunidades, es la gestión de reclutamiento y selección de personal. El proceso de reclutamiento y selección de personal es un pilar para el funcionamiento óptimo de una empresa. Su finalidad es contratar los RH necesarios y adecuados para que la organización desarrolle con éxito sus actividades y obtenga los resultados esperados por todas las partes interesadas²⁶.

Si las quieren ser competitivas y atraer al mejor talento, tienen que trabajar mucho en su presencia en redes sociales y la información que comparten en la web, tanto las mismas organizaciones como los empleados. Ha ganado una especial relevancia el hecho de cuidar la percepción que el talento tiene de nuestra empresa, no solo la que tienen los posibles clientes²⁷.

6.1. Claves de creación de un *employer branding* digital

Debido a esta innovación tecnológica y por la relevancia de la globalización, las empresas tienen que adaptar su estrategia de marca de empleador a la nueva realidad empresarial.

Con respecto a este asunto, Toni Gimeno, en *La guía suprema de employer branding digital*, establece una serie de recursos ofrecidos por la digitalización, que sirve para construir y difundir la marca de empleador a través de Internet, ya que nos encontramos con un mundo en el que los candidatos invierten mucho tiempo navegando por Internet y en las Redes Sociales. Esto significa que es aquí donde las empresas tienen que estar presentes. Los recursos propuestos por este autor para la creación de un *employer branding* digital son los siguientes.

²⁶ Vid. J.L. RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ, A. MONTERO-NAVARRO, R. GALLEGOS-LOSADA, [The Opportunity Presented by Technological Innovation to Attract Valuable Human Resources](#), en [Sustainability](#), 2019, n. 20.

²⁷ Vid. T. GIMENO, *op. cit.*

Redes sociales

Las redes sociales son actualmente la herramienta principal para relacionarse en la red y para contactar con profesionales especializados y mostrar los beneficios que aporta estar en una empresa. Es decir, actúan como medio de exhibición donde exponer el *employer branding* al resto del mundo. Para emplearlas al máximo nivel, las organizaciones deberían establecer un plan de comunicación que contenga un mensaje que se adecúe a lo que quieren mostrar.

Página web

Actualmente, si no posees una página web, es como si no existieras. La web es lo primero que buscará un candidato potencial, tanto si ha encontrado una oferta de empleo en la empresa o no. Por lo tanto, dicha web debe estar orientada a sorprender y atrapar a los candidatos potenciales. Esta página web tiene que tener coherencia con el hilo conductor de toda la comunicación que haya realizado la empresa sobre el puesto de trabajo y sobre los valores y cultura de la organización. Hay tres aspectos relevantes de toda web empresarial que tienen influencia en la atracción de talento y en el *employer branding* digital, y son: la página de empleo, el panel de empleo y la página de oferta.

Experiencia del empleado

El *employer branding* no termina con la atracción de talento. El arranque de todo el proceso de selección afectará de forma positiva o negativa a la marca de empleador y no habrá nada que haga cambiar la opinión que un candidato se ha formado de la organización después de haber tenido contacto directo con el equipo de RH o las herramientas utilizadas con el fin de gestionar inscripciones y datos. En este punto, es muy relevante la fidelización. Esta hace referencia al logro de ser la elección del candidato a nivel empresa y ofertas de trabajo. El fin de la fidelización es obtener el *engagement* (compromiso) del talento con todos los procesos de selección de la empresa, para conseguir que quieran seguir formando parte de ellos y que tanto sus conocidos como sus amigos conozcan dicha organización. Para ello se debe enfocar todo el proceso de selección hacia el candidato, para que este sea el centro de todo, consiguiendo que la experiencia en dicho proceso sea memorable y recomendable.

6.2. Beneficios del *employer branding* digital

Siguiendo con la publicación de Toni Gimeno²⁸, este autor establece una serie de beneficios derivados del establecimiento de una estrategia de *employer branding* digital excelente y óptima: atracción y convencimiento del talento, reducción de costes y tiempo, fidelización y motivación de candidatos y empleados.

Empezando por la atracción y convencimiento del talento, Gimeno hace referencia a que una construcción y alineación de los elementos de la estrategia de *employer branding* de forma correcta permite a las marcas hablar por sí mismas, establecer conexiones con el talento y conseguir que los candidatos se interesen por ellas y por los empleos que ofertan.

Por esto, la empresa debe elaborar ofertas con proyección e interesantes, que reflejen que es innovadora, que cuida al talento y que lo ayuda al desarrollo profesional dentro de un ambiente de trabajo idóneo.

En segundo lugar, si una empresa tiene una estrategia de *employer branding* que casi funciona sola y que no requiere grandes inversiones de dinero, que casi funciona solo y que no requiere inyecciones enormes de dinero, se generará por inercia una base de datos de manera prácticamente constante. Esto tiene como resultado que los candidatos se sientan atraídos por la imagen de marca, sin necesidad de tantos gastos en portales de empleo o anuncios en redes sociales. Todo esto conlleva una reducción de costes y de tiempo invertido en elaborar la estrategia.

Por último, Gimeno destaca que no todo el esfuerzo termina con la atracción del talento. Después de lograr esto, hay que conseguir que el candidato viva una experiencia sublime, con el objetivo de mantenerlo comprometido desde el primer momento y que esté atento durante todo el proceso de selección.

6.3. Técnicas de contratación digital

El auge de la innovación tecnológica actual por el uso de Internet y las redes sociales en el contexto de las empresas u organizaciones ha requerido la modificación del proceso de gestión de RH para utilizar las oportunidades y adquirir una ventaja competitiva sostenible, como hemos dicho anteriormente.

En este sentido, se ha tenido que desarrollar, como consecuencia, un nuevo reclutamiento de forma electrónica. Rodríguez-Sánchez, Montero-Navarro

²⁸ T. GIMENO, *op. cit.*

y Gallego-Losada²⁹ analizan las oportunidades que ofrece la innovación tecnológica a la hora de desarrollar este nuevo reclutamiento electrónico y el proceso de selección para acceder y atraer RH valiosos independientemente del lugar donde se encuentren.

Junto con los procedimientos tradicionales de selección de personal, las organizaciones pueden incorporar nuevas técnicas de selección 2.0 que pueden desembocar en una oportunidad de mejora en la gestión de RH.

El mundo organizacional está en continua transformación y las empresas tienen que adaptarse a él para conseguir ser exitosas. Dichas transformaciones son impulsadas en su mayoría por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y los cambios demográficos, sociales y culturales derivados de la globalización. Los desafíos actuales y los intensos cambios en esta era digital han influido de manera muy significativa en cómo es gestionado el proceso de selección, mediante el uso de recursos informáticos para la evaluación de candidatos, el uso de Internet en las distintas fases del proceso de reclutamiento y el uso de videoconferencia para realizar entrevistas.

En este punto, cabe citar el concepto de e-reclutamiento y selección, incorporado por compañías 2.0, el cual es definido por Rodríguez-Sánchez y otros como la selección y contratación de empleados a través de Internet, compatible con los procesos tradicionales.

A raíz del nacimiento de la Web 2.0, los procesos de atracción y selección de talento en las empresas han evolucionado. Entre las técnicas más utilizadas por las empresas para la contratación electrónica están las siguientes.

Sitio web corporativo

El sitio web corporativo de una empresa es una herramienta fundamental, porque brinda información a los empleados actuales y futuros. Se puede dedicar un espacio concreto dentro del mismo orientado a la contratación de personal.

Portales de empleo

Los portales de empleo son definidos como sitios web que incluyen ofertas y contienen noticias, información sobre empresas, enlaces de interés y consejos, cuyo fin es que se establezcan vínculos y conexiones entre empleadores y candidatos. Según la clasificación realizada por Campos

²⁹ J.L. RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ, A. MONTERO-NAVARRO, R. GALLEGU-LOSADA, *op. cit.*

Freire y Alonso Ramos³⁰, los portales de empleo se pueden clasificar en portales genéricos; sitios web de empleo no especializados en ningún sector, como Infojobs, Infoempleo, Monster, JobToday, etc.; y portales especializados, sitios web orientados a sectores concretos, como Student Job, orientado a estudiantes, o Finance Jobs, especializado en finanzas y administración de empresas.

Video curriculum

Hace referencia a un video promocional del candidato, que tiene la ventaja de que las empresas puedan conocerlos previamente con mayor detalle. El candidato puede grabarse mientras presenta su currículum y así poder mostrar sus habilidades, talento y otras características de su perfil que sean idóneas para el puesto al que postula. Este ha de constar de una presentación, experiencia y expectativas de trabajo. No debe exceder los tres minutos, debe ser directo y al final se debe proporcionar un número de teléfono o correo electrónico. Se debe considerar como una herramienta complementaria al currículum tradicional. Es muy importante que esté actualizado y difundirlo a través de diferentes plataformas y redes sociales.

Redes sociales

Las redes sociales son una herramienta que permite conocer a un solicitante y una fuente, ya que permite atraer a los candidatos. El reclutamiento a través de las mismas es llamado reclutamiento 3.0. Mukiur³¹ establece que las tecnologías Web 3.0 posibilitan que los usuarios sean más visibles. Las personas que buscan un empleo tienen que cuidar su reputación en línea, ya que sus perfiles pueden ser consultados para la contratación. Tanto las redes sociales personales como las profesionales están incluidas en el proceso de reclutamiento y permiten investigar el potencial del candidato para el trabajo y su realidad más personal. Algunas de las redes sociales más utilizadas para selección del talento son LinkedIn, Xing, Twitter, Facebook, Hi5 o Dejaboo³².

³⁰ F. CAMPOS FREIRE, N. ALONSO RAMOS, [Las herramientas digitales sociales en línea para la autopromoción laboral. Hacia un estado de la cuestión](#), en [Revista Latina de Comunicación Social](#), 2015, n. 70(3).

³¹ R.M. MUKIUR, [Reclutamiento a través de las redes sociales: Reclutamiento 3.0](#), en [Opción](#), 2016, Edición Especial n. 10, pp. 135-151.

³² J.L. RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ, A. MONTERO-NAVARRO, R. GALLEGO-LOSADA, [op. cit.](#)

7. Las mejores prácticas en *employer branding* web y el afrontamiento de la situación de Covid-19

Es reseñable realizar una aproximación a excelentes prácticas de *employer branding* en la web, que conlleven que la empresa que las aplique a su día a día empresarial ofrezcan una imagen óptima como marca empleadora. Como conclusión a un estudio realizado por Talent Street³³, se extrajeron las siguientes prácticas beneficiosas relativas al *employer branding* digital:

- web específica de empleo: es necesario hablar de las personas y reflejar cómo es la empresa y su identidad propia;
- *mobile first*: la presencia en medios digitales ha de estar disponible para todos los dispositivos móviles;
- ser reales: estar dotados de credibilidad y transparencia;
- comunicación bidireccional: se deben proporcionar contenidos que permitan una interacción de los usuarios;
- diversidad: las organizaciones deben tener en cuenta la diversidad existente en este mundo globalizado y brindar mensajes personalizados;
- *keep it visual*: se debe realizar una apuesta por la comunicación audiovisual para la vinculación y conexión con los candidatos potenciales a través de las emociones;
- contenidos: con valor, ser muy visuales y vinculados a las personas que forman parte de la empresa;
- ofertas de empleo 24/7: se ha de brindar acceso directo a las vacantes de empleo tanto a nivel global y como local desde todas las vías de comunicación;
- *employee brand ambassadors*: se deben estimular programas para la consecución del objetivo orientado a que los empleados sean los mejores embajadores online y offline;
- *be social*: debe haber un compromiso con la definición de una estrategia propia relativa al talento y empleo en Social Media para hacer posible la comunicación de las novedades fundamentales de la marca.

En relación con estas prácticas, podemos hacer referencia a cómo las empresas están afrontando una nueva realidad, en la actual situación de crisis provocada por la Covid-19³⁴, el cual ha originado una pandemia mundial y está afectando de manera significativa al mundo empresarial. Una pandemia que ha provocado un colapso de los sistemas sanitarios y de la economía que tendrá unas consecuencias mayores de las sufridas en la crisis

³³ Vid. E. LLEYDA, [Las empresas con mejor employer branding web del país](#), en *Talent Street*, 6 marzo 2018.

³⁴ Es una enfermedad infecciosa causada por el virus SARS-CoV-2 (*vid. voz Covid-19*, en [Wikipedia](#))

de 2008, en la que se mermó la economía de numerosas familias y comenzamos a conocer los famosos *ERES*, *ERTES* y otros mecanismos de ajuste de plantillas y reestructuración.

A pesar de todo, Montesinos³⁵ afirma que se puede ser una gran Marca Empleadora en estos momentos tan difíciles, a pesar de tener que mitigar el impacto del Covid19 en las plantillas de las empresas; adelanto de vacaciones, compensación de horas acumuladas, teletrabajo, etc., sujetos a una normativa laboral que no está preparada para esta situación y con una legislación ambigua que origina un estado de total incertidumbre.

Lo que marcará la diferencia entre empresas es el “cómo”, es decir, la manera de afrontar la situación. Es indiscutible la necesidad de aplicar medidas, debido a que no son buenos tiempos para la comunidad empresarial en España, ni para los profesionales de RR.HH que tienen que hacer uso de los antiguos expedientes de regulación de empleo para aplicar unos procedimientos que no parecían necesarios en pleno apogeo de la Guerra por el Talento³⁶.

Como consecuencia derivada de esta situación, las empresas y los profesionales han de aplicar todas las medidas que sean necesarias para mantener nuestra economía a flote, brindando importancia a las formas, a los detalles, a pequeños aspectos que marcan la diferencia.

Sobrino³⁷ establece, para paliar los efectos del Covid19, 6 consejos para cuidar el *employer branding*, los cuales analizaremos a continuación.

En primer lugar, establece que si no se está realizando contratación, se cierren las ofertas y se informe en la web que se ha parado y que se volverá lo antes posible, ya que no hay nada peor que crear falsas expectativas al candidato y no darle feedback sobre su candidatura. Para ello, se deben cerrar ofertas y que el candidato reciba una retroalimentación sobre su candidatura y se personalicen los mensajes de cierre para que hablen de la situación actual. También se ha de incluir algún texto informativo o pop-up en la página de empleo, informando que debido a la situación actual los procesos de selección están parados pero se volverá con prontitud.

Otro consejo que da Sobrino, es si se está reclutando, hay que contar cómo se está llevando a cabo, explicando a través de la web o en las ofertas cómo

³⁵ Vid. R. MONTESINOS, [Employer branding vs Covid-19](#), en [Rubén Montesinos People & Business](#), 25 marzo 2020.

³⁶ La guerra por el talento hace referencia al reto que enfrentan las empresas y los profesionales de los departamentos de recursos humanos ante la escasez de auténtico talento, especialmente en sectores en que se requiere mayor nivel de especialización técnica.

³⁷ Vid. M. SOBRINO, [6 consejos para cuidar tu Employer Branding en tiempos de Covid-19](#), en [Talent Clue Blog](#), 28 abril 2020.

es el proceso de selección en remoto. Para ello hay que atender a las siguientes cuestiones: ¿Cómo están viviendo estos días los trabajadores? ¿Cómo se desarrolla el trabajo en remoto, qué herramientas usan para ello? Por otro lado, también es aconsejable compartir iniciativas positivas con las que se colabora para aportar valor en tiempos difíciles. Esta es una brillante forma de implicar al candidato y enseñar los valores de la empresa a través de las redes sociales (que como hemos establecido con anterioridad, son el canal perfecto para ser reales y transparentes), comunicando los valores de empresa.

Otro consejo sería compartir contenido que resulte de utilidad para los seguidores y candidatos para que aprovechen al máximo estos días, mediante cursos, contenido, formaciones y recursos.

El último consejo que nos brinda Sobrino es revisa la web de empleo, haciéndola más atractiva y reflejando los valores reales, enamorando al candidato y haciendo que la empresa destaque sobre el resto.

8. Conclusiones

Han transcurrido más de 20 años desde el concepto de marca del empleador apareció, y todavía queda mucho camino que recorrer en cuanto al propósito y las prácticas de la marca del empleador. Se están produciendo cambios intensos, rápidos y relevantes en los mercados laborales y los entornos organizacionales en todo el mundo. Las empresas deben adaptarse, y el departamento de RH, como factor estratégico en las organizaciones, tiene que ser el primero en aceptar este cambio.

En mundo de los negocios actual existe una competencia intensa y las empresas tienen que luchar por lograr y mantener una ventaja competitiva que los distingue de sus competidores. Por ello, está en creciente aumento la preocupación de los empleadores sobre retención, particularmente la retención de los mejores. Los aspectos claves más importantes para la retención del talento son: una marca positiva del empleador, estrategias de gestión del desempeño que ayudan a los empleados al desarrollo de una experiencia que maximice su potencial y su avance en el seno de la organización.

Por otro lado, con la introducción de Internet y las redes sociales en el proceso de reclutamiento se ha hecho posible que las empresas estén en contacto con RH valiosos de cualquier parte del mundo. Por ello, ha quedado claro que las redes sociales son la plataforma principal para la marca externa del empleador, ejerciendo un rol fundamental en la selección y control de los mensajes de marca en cada canal de redes sociales.

Para los dirigentes de la organización, el reto será garantizar que el mensaje de marca que se comunique externamente sea coherente con la realidad interna de la empresa. Por ello, el departamento de RH tiene que mantener vínculos estrechos con la marca del empleador y el departamento de marketing a medida que se promociona la marca.

Nuestro mundo ha cambiado de forma drástica debido al Covid19, el cual ha paralizado en la economía global y el mercado laboral. El número de vacantes ha caído en gran medida y muchas personas están desempleadas y las empresas luchan por sobrevivir. Es completamente comprensible que las empresas y organizaciones pongan menos atención dirigida a la marca del empleador durante este período. El número de contrataciones se ha visto reducido enormemente y las posibilidades de que el talento abandone la empresa han aumentado, por ello no debe ignorarse la marca de empleador, ya que en este caso se interrumpiría el proceso de construcción del *employer branding* y la empresa se vería obligada a empezar de nuevo.

Las empresas, ante esta situación de incertidumbre en la que no pueden cumplir las promesas de marca establecidas previamente al coronavirus, deberán formular y compartir nuevas promesas transformadas con los empleados. En tiempos de recesión, los trabajadores brindan una mayor importancia a la seguridad laboral y se la restan a los salarios. Sin embargo, la importancia de un buen ambiente de trabajo permanece constante.

Aunque no existe manera de alejarse de esta crisis y su gran impacto en las marcas de los empleadores de las empresas, las marcas más fuertes sobrevivirán; podrán limitar el daño.

Como colofón final, podemos decir que la crisis global de Covid-19 nos ha mostrado todas las opciones que tenemos para permanecer conectados con las personas (y las marcas) en nuestro día a día. Las redes sociales, el contenido digital, los correos electrónicos, los mensajes de texto, las videoconferencias, etc., además de ser métodos importantes para comunicarse y compartir información, también son herramientas primordiales para gestionar la marca de empleador en este momento de distanciamiento social. La empresa que quiera gestionar de forma óptima su *employer branding* deberá prestar atención a la transparencia, revisión de la estrategia, informar a la comunidad cómo se está gestionando la crisis en el seno de la empresa y actualizar el proceso de contratación.

9. Bibliografía

AMBLER T., BARROW S., *The employer brand*, en *Journal of Brand Management*, 1996, vol. 4, n. 3, pp. 185-206

- ANDRÉS REINA M.P., [Nuevos procedimientos en el proceso empresarial de provisión de candidatos: el reclutamiento on line](#), en [Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales](#), 2004, n. 47, pp. 89-110
- AVILÉS Y., [Employer Branding: una necesidad creciente en un mundo globalizado](#), en *MKMarketing+Ventas*, 2011, n. 272, pp. 52-57
- BACKHAUS K., *Employer Branding Revisited*, en *Organization Management Journal*, 2016, vol. 13, n. 4, pp. 193-201
- BACKHAUS K., TIKOO S., *Conceptualizing and researching employer branding*, en *Career Development International*, 2004, vol. 9, n. 5, pp. 501-517
- BÁRCENA P., [El "employer branding" y las redes sociales](#), en [El Económico](#), 5 junio 2015
- BARROW S., MOSLEY R., *The Employer Brand. Bringing the Best of Brand Management to People at Work*, John Wiley & Sons, 2005
- BENÍTEZ JIMÉNEZ D., [Employer Branding aplicado a entornos digitales](#), Universidad Pontificia Comillas, 2016
- BISWAS M.K., SUAR D., *Antecedents and Consequences of Employer Branding*, en *Journal of Business Ethics*, 2016, vol. 136, n. 1, pp. 57-72
- BLASCO-LÓPEZ M.F., RODRÍGUEZ-TARODO A., FERNÁNDEZ-LORES S., [Employer branding: estudio multinacional sobre la construcción de la marca del empleador](#), en [Universia Business Review](#), 2014, n. 44, pp. 34-53
- CAMPOS FREIRE F., ALONSO RAMOS N., [Las herramientas digitales sociales en línea para la autopromoción laboral. Hacia un estado de la cuestión](#), en [Revista Latina de Comunicación Social](#), 2015, n. 70(3), pp. 288-299
- CASCIO W.F., *Leveraging employer branding, performance management and human resource development to enhance employee retention*, en *Human Resource Development International*, 2014, vol. 17, n. 2, pp. 121-128
- CASCIO W.F., GRAHAM B.Z., *New Strategic Role for HR: Leading the Employer-Branding Process*, en *Organization Management Journal*, 2016, vol. 13, n. 4, pp. 182-192
- CHONG M., [The Role of Internal Communication and Training in Infusing Corporate Values and Delivering Brand Promise: Singapore Airlines' Experience](#), en [Corporate Reputation Review](#), 2007, vol. 10, n. 3, pp. 201-212
- DABIRIAN A., KIETZMANN J., DIBA H., *A great place to work!? Understanding crowdsourced employer branding*, en *Business Horizons*, 2017, vol. 60, n. 2, pp. 197-205
- DELL D., AINSPAN N., BODENBERG T., TROY K., HICKEY J., *Engaging Employees Through Your Brand*, Conference Board, 2001
- DISKIENĖ D., GOŠTAUTAS V., *Relationship between individual and organizational values and employees' job satisfaction*, en *Current Issues of Business & Law*, 2010, vol. 5, n. 2, pp. 295-319

- FERNÁNDEZ-LORES S., AVELLÓ M., GAVILÁN D., BLASCO F., [18 años de Employer Branding hacia una definición más precisa](#), en [aDRresearch ESIC](#), 2014, vol. 10, n. 10, pp. 32-51
- GAVILÁN D., AVELLÓ M., FERNÁNDEZ LORES S., [Employer Branding: la experiencia de la marca empleadora y su efecto sobre el compromiso afectivo](#), en [aDRresearch ESIC](#), 2013, vol. 7, n. 7, pp. 58-75
- GIMENO T., *La guía suprema del Employer Branding digital. Cómo perfeccionar tu estrategia de Employer Branding para atraer y fidelizar talento digital*, Talent Clue, 2016
- HERRERO A., [El Plan de Igualdad también es Employer Branding](#), en [www.agenda empresa.com](#), 13 junio 2019
- JIMÉNEZ A., *Employer Branding: 14 preguntas y una conclusión*, en *Capital Humano*, 2015, n. 302, pp. 84-91
- JIMÉNEZ A., *Employer Branding en España. Situación y perspectivas*, en *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, 2011, n. 60, pp. 46-52
- KUCHEROV D., ZAVYALOVA E., *HRD practices and talent management in the companies with the employer brand*, en *European Journal of Training and Development*, 2012, vol. 36, n. 1, pp. 86-104
- LLEYDA E., [Las empresas con mejor employer branding web del país](#), en [Talent Street](#), 6 marzo 2018
- LLOYD S., *Branding from the inside out*, en *Business Review Weekly*, 2002, vol. 24, n. 10, pp. 64-66
- MONTESINOS R., [Employer branding vs Covid-19](#), en [Rubén Montesinos People & Business](#), 25 marzo 2020
- MOSLEY R.W., *Customer experience, organisational culture and the employer brand*, en *Journal of Brand Management*, 2007, vol. 15, n. 2, pp. 123-134
- MUKIUR R.M., [Reclutamiento a través de las redes sociales: Reclutamiento 3.0](#), en [Opción, 2016, Edición Especial n. 10](#), pp. 135-151
- OSBORNE R.L., *Strategic Values: The Corporate Performance Engine*, en *Business Horizons*, 1996, vol. 39, n. 5, pp. 41-47
- RANDSTAD, [¿Cómo implantar un plan de igualdad en tu empresa?](#), en [www.randstad.es](#), 25 octubre 2019
- RANDSTAD, [Las redes sociales, un «must» en tu estrategia de employer branding](#), en [www.randstad.es](#), 24 mayo 2019
- RANDSTAD, [La fidelización de talento es el nuevo reclutamiento](#), en [www.randstad.es](#), 2 octubre 2017
- RANDSTAD, [RSE: clave para el desarrollo](#), en [www.randstad.es](#), 25 mayo 2015

- RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ J.L., MONTERO-NAVARRO A., GALLEGOS-LOSADA R., *The Opportunity Presented by Technological Innovation to Attract Valuable Human Resources*, en *Sustainability*, 2019, n. 20, pp. 1-17
- SALAS X., ZUNNI J.L., REBOLLADA CASADO E., *El principio del "Employer Branding": Quédate*, en *www.media-tics.com*, 2 septiembre 2014
- SOBRINO M., *6 consejos para cuidar tu Employer Branding en tiempos de Covid-19*, en *Talent Clue Blog*, 28 abril 2020
- SULLIVAN J., *The 8 Elements of a Successful Employment Brand*, en *drjohnsullivan.com*, 23 febrero 2004
- SUTHERLAND M.M., TORRICELLI D.G., KARG R.F., *Employer-of-choice branding for knowledge workers*, en *South African Journal of Business Management*, 2002, vol. 33, n. 4, pp. 13-20
- THORNE K., *Employer Branding*, Reed Business Information, 2004
- WILDEN R., GUDERGAN S., LINGS I., *Employer branding: strategic implications for staff recruitment*, en *Journal of Marketing Management*, 2010, vol. 26, n. 1-2, pp. 56-73

Mujer y Seguridad Social en España. ¿La introducción de las nuevas tecnologías en el trabajo como un elemento más de discriminación por razón de género?*

Isabel María VILLAR CAÑADA**

RESUMEN: La diferente posición que mujeres y hombres ocupan en el mercado de trabajo se traduce en una situación de desigualdad en el sistema de Seguridad Social, que muestra su cara más evidente cuando se habla de las pensiones. Una situación que se ha visto agravada por las últimas reformas operadas en la búsqueda de la sostenibilidad del sistema. La creciente incorporación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral puede constituirse como un elemento más de discriminación que acrecienta esa desigualdad, debido a la posición de desventaja de la que parten las mujeres en el ámbito de las competencias digitales. Tanto la consecución del principio de igualdad por razón de género como la garantía de la sostenibilidad del sistema de pensiones pasa, necesariamente, por eliminar las brechas laborales y sociales que sufren las mujeres en el ámbito tecnológico, aumentando su representatividad y relevancia en este sector, clave en nuestra sociedad.

Palabras clave: Género, desigualdad, pensiones, sostenibilidad, nuevas tecnologías.

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión. El papel de la mujer en el sistema de Seguridad Social como reflejo de la desigualdad por razón de género en el mercado de trabajo. 2. El sistema de Seguridad Social desde una perspectiva de género: principales medidas adoptadas. 3. El olvidado enfoque de género en las últimas reformas de nuestro sistema de pensiones. 3.1. La reforma de 2011. El reforzamiento de la contributividad del sistema como factor de discriminación indirecta por razón de género. 3.2. La reforma de 2013: otro paso atrás en materia de igualdad entre mujeres y hombres. 4. Las nuevas

* El presente artículo proviene de la ponencia *Mujer y Seguridad Social en España: ¿la introducción de las nuevas tecnologías en el trabajo como un elemento más de discriminación por razón de género?*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

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

tecnologías como reto para el sistema de Seguridad Social. Otro posible riesgo de discriminación por razón de género. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Women and Social Security in Spain. Is the introduction of new technologies at work another element of gender discrimination?

ABSTRACT: The different position that women and men have in the labor market translates into a situation of inequality in the Social Security system, mainly in the pension system. This situation has been increased by the latest reforms in the search for the sustainability of the system. The incorporation of new technologies into the workplace can be another element of discrimination, due to the disadvantaged of women in the field of digital skills. In order to achieve the principle of gender equality and ensuring the sustainability of the pension system is necessary to eliminate the labour and social gaps faced by women in the technological field, increasing their relevance in this sector, which is key in our society.

Key Words: Gender, inequality, pensions, sustainability, new technologies

1. Planteamiento de la cuestión. El papel de la mujer en el sistema de Seguridad Social como reflejo de la desigualdad por razón de género en el mercado de trabajo

Un análisis del sistema de Seguridad Social desde un enfoque de género debe comenzar indudablemente por poner de relieve una realidad incontestable como son las diferencias existentes entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo. Estas diferencias ponen de relieve que el modelo tradicional, basado en el clásico reparto de roles entre el varón, como trabajador y sustentador económico de la unidad familiar, y la mujer, responsable de las tareas de cuidado y del trabajo doméstico no remunerado, no se ha visto superado en su totalidad, pese al proceso de incorporación generalizada de la mujer al ámbito laboral.

Así, elementos como la brecha salarial, que va incrementándose a medida que aumenta la edad de la mujer (de media necesita trabajar aproximadamente unos 11 años más que un hombre para tener derecho a igual pensión de jubilación), la mayor tasa de desempleo, el índice más elevado de temporalidad y parcialidad en el caso de las trabajadoras, la segregación horizontal, con sectores de actividad claramente feminizados, generalmente relacionados con los roles tradicionalmente atribuidos a las mujeres (educación, cuidados...) y en muchas ocasiones escasamente retribuidos; la segmentación vertical del mismo (el famoso “techo de cristal”) identifican, con carácter general, la presencia de las mujeres en el ámbito laboral.

Lejos de desaparecer o atenuarse cuando se produce el retiro de la vida laboral activa, estas diferencias no sólo se mantienen, sino que se acentúan, debido a la propia configuración de nuestro sistema de Seguridad Social. Éste, basado en el principio de contributividad, aparece sustentado también sobre ese modelo tradicional y masculinizado de relaciones laborales, con un prototipo de relación de trabajo de carácter indefinido y a jornada completa, en el que, por tanto, se siguen primando las carreras de cotización estables a la hora de reconocer el derecho a las prestaciones y de determinar la cuantía de las mismas. Y es que, el avance que en materia de igualdad de género ha experimentado nuestro ordenamiento jurídico, no ha implicado un cambio en profundidad de las bases en las que se asienta nuestro sistema de Seguridad Social¹, encontrándonos aún lejos de alcanzar una adecuada implementación del principio de igualdad por razón de género en este ámbito.

¹ Vid. M.A. BENITO BENÍTEZ, *La respuesta a la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social en clave de género*, en *esta Revista*, 2016, n. 1, p. 4 del extracto.

La posición de desigualdad que las mujeres sufren en el ámbito laboral tiene su proyección también en el ámbito de la Seguridad Social, una desigualdad ésta que muestra su cara más evidente cuando hablamos de las pensiones. En este sentido, el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020) reconoce que, pese a que la brecha de género en pensiones constituye uno de los principales obstáculos para la independencia económica de las mujeres mayores, viene recibiendo una menor atención que la brecha salarial, por lo que insta a los Estados Miembros y a la Comisión Europea a que pongan en marcha mecanismos para corregir esta realidad, mecanismos que han de orientarse tanto al ámbito preventivo actuando en el mercado de trabajo, como al ámbito reparador, mediante la articulación de medidas específicas en el sistema de Seguridad Social que reduzcan las diferencias en materia de pensiones. Por su parte, el Parlamento Europeo, en Resolución de 14 de julio de 2017, vino a establecer la necesidad de una estrategia de la Unión para eliminar y prevenir la brecha de género en materia de pensiones incidiendo, para ello, en la reducción de la brecha salarial y en la lucha contra la segregación horizontal y vertical en el mercado laboral y las desigualdades en el desarrollo de la carrera profesional de mujeres y hombres.

En nuestro país, el Pacto de Toledo, reconoce la necesidad de tener en cuenta la dimensión de género en materia de pensiones e impulsar instrumentos correctores de la brecha de género prestacional, con el objetivo de compensar en el ámbito de la Seguridad Social el esfuerzo realizado por las mujeres permitiéndoles generar derechos propios². Un objetivo este que vuelve a ser reiterado en el último Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo como una de las bases que debe servir de guía para las reformas futuras encaminadas a garantizar la sostenibilidad del sistema de nuestro sistema de pensiones³.

Pese a esta aparente toma de conciencia por parte de las instituciones y poderes públicos, la realidad nos arroja un panorama bien distinto. Baste como ejemplo el hecho de que aunque las mujeres pensionistas en nuestro país superan a los hombres⁴, en la mayoría de los casos – como reflejo del ya mencionado modelo tradicional de relaciones laborales – no perciben

² Vid. A. VICENTE PALACIO, *En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social*, en *Lan Harremanak*, 2011, n. 25, p. 228.

³ Aprobado por la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo el 27 de octubre y ratificado por el Pleno del Congreso el 19 de noviembre de 2020. Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 10 noviembre 2020, Serie D, n. 175.

⁴ En 2019, del total de pensiones en España, el 51,77% fueron percibidas por mujeres. Vid. UGT, *La discriminación salarial más allá de la jubilación. Brecha salarial en las pensiones de jubilación*, 2019.

una pensión por derecho propio, sino en cuanto derecho derivado de las cotizaciones de sus cónyuges⁵. En el ámbito concreto de la pensión contributiva de jubilación, solo el 38,58% de las mismas son de titularidad femenina y, además, son de menor cuantía que las de los hombres. La brecha de las pensiones se sitúa así muy por encima de la brecha salarial, en torno al 34%⁶. Ciertamente es que la incorporación de la mujer al mercado de trabajo va traduciendo, lenta y progresivamente en un aumento del número de beneficiarias de la pensión de jubilación, aunque en la mayoría de las ocasiones esta paulatina aproximación entre mujeres y hombres en el ámbito subjetivo de la pensión es – y todo apunta a que va a seguir siendo – más cuantitativa que cualitativa.

Y es que de la consideración del período total de cotización y de las bases acreditadas para determinar el nacimiento del derecho y la cuantía de la pensión – elementos propios del modelo contributivo – se derivan consecuencias evidentes tanto en el acceso como en la intensidad de la protección dispensada por nuestra Seguridad Social a las mujeres. Éstas, con, por lo general, carreras de cotización más cortas e inestables y con salarios más bajos, cuando no quedan directamente excluidas de la protección contributiva del sistema⁷, en el mejor de los casos, como decimos, acceden a pensiones de cuantía más baja, alejadas en muchas ocasiones de la exigencia constitucional de suficiencia⁸.

2. El sistema de Seguridad Social desde una perspectiva de género: principales medidas adoptadas

El legislador, consciente de esa desigualdad entre mujeres y hombres, ha ido adoptando en los últimos años varias medidas encaminadas a intentar reducir la brecha de género existente en el sistema de Seguridad Social en general y, particularmente, en nuestro sistema de pensiones. Medidas éstas

⁵ Sólo un 42% de las mujeres perciben una pensión propia, frente al 87% de los hombres.

⁶ Los datos correspondientes a mayo de 2020 señalan que la pensión media para los hombres fue de 1.229 euros mientras que la de las mujeres fue de 808, es decir que los pensionistas cobraron, de media, un 34,3% más que ellas, siendo esta la sexta mayor cifra de la UE. Sobre los efectos de la brecha salarial una vez finalizada la vida laboral activa *vid.* UGT, *op. cit.*

⁷ Un interesante análisis del nivel no contributivo desde un enfoque de género en R.P. RON LATAS, J.F. LOUSADA AROCHENA, *Pensiones no contributivas en perspectiva de género: norma y realidad*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2017, n. 12, pp. 105-121.

⁸ Así se refleja en el hecho de que el 30,3% de las pensiones contributivas percibidas por mujeres tienen reconocido complemento a mínimos, frente al 17,7% de las percibidas por hombres.

de acción positiva, dirigidas principalmente a facilitar el acceso a las prestaciones de las trabajadoras, atenuando los efectos que sobre la carrera de seguro tienen las interrupciones de la vida laboral derivadas de la asunción de responsabilidades familiares, en la práctica mayoritariamente asumidas por las mujeres⁹. Pero sin negar sus efectos positivos, se trata con carácter general, de medidas parciales, insuficientes, de alcance limitado y cuyos efectos en el objetivo de disminuir la desigualdad por razón de género en nuestro sistema de Seguridad Social son más que discretos¹⁰.

Y más si tenemos en cuenta que, como se expondrá más adelante, las últimas grandes reformas operadas en el ámbito concreto de la pensión de jubilación, lejos de contribuir a la reducción de las desigualdades por razón de género, han venido a agrandar esas diferencias, generando, así, efectos especialmente perniciosos para las mujeres¹¹.

Entre las medidas adoptadas pueden señalarse las siguientes.

La asimilación a períodos de cotización efectiva de tiempos de suspensión de la relación de trabajo por motivos derivados de la asunción de responsabilidades familiares

1) El reconocimiento como cotizados de 112 días (14 más por cada hijo a partir del segundo) en los casos de parto, cuando la mujer no hubiese cotizado durante ese tiempo, reconocimiento que se produce a efectos de acceder a pensiones contributivas de jubilación e IP (art. 235 LGSS). Se reconocen, pues, cotizaciones por el simple hecho del parto en los casos en que la mujer no se encontrase en ese momento en situación de alta que le permitiera acceder a una prestación de maternidad¹².

2) El reconocimiento de los denominados “beneficios por cuidado de hijos” (art. 236 LGSS), computándose como cotizado el período en el que

⁹ Interesante resulta a este respecto el análisis que realiza P. RIVAS VALLEJO, *Las prestaciones de género en las prestaciones de la Seguridad Social*, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 2017, pp. 485 ss.

¹⁰ Da la sensación de que el legislador, consciente de las consecuencias que en materia de igualdad por razón de género derivaban de las reformas operadas en el régimen jurídico de la pensión de jubilación, quisiera «lavar la cara con una cantidad importante de propaganda legislativa en cuestiones de igualdad de mujeres y hombres» (J.F. LOUSADA AROCHENA, *La reforma de la Seguridad Social desde una perspectiva de género*, en *Aequalitas*, 2012, n. 31, p. 35). El alcance limitado de este conjunto de medidas es puesto de relieve por M.C. GRAU PINEDA, S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones*, en *Documentación Laboral*, 2015, n. 103, p. 154.

¹¹ Vid. I. CEBRIÁN LÓPEZ, G. MORENO RAYMUNDO, *Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2015, n. 2, p. 312.

¹² Vid. A. VICENTE PALACIO, *op. cit.*, p. 226.

se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo, cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. El período computable como cotizado, que se reconocerá sólo a uno de los progenitores (en caso de controversia se otorgará a la madre¹³), será como máximo de 270 días por hijo/a o menor adoptado o acogido, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización y con un máximo de cinco años. Estos períodos presuntos de cotización se van a tener en cuenta para todas las prestaciones – excepto para las prestaciones y los subsidios por desempleo – y a todos los efectos, salvo para la acreditación de la carencia, lo que constituye el principal punto débil de esta medida, al suponer una limitación importante de su alcance, principalmente en el caso de las carreras de cotización más inestables, como las de las mujeres en las que precisamente este requisito, el de la carencia, es el que puede determinar la exclusión de las mismas de la protección contributiva del sistema¹⁴.

3) El reconocimiento como períodos de cotización efectiva a todos los efectos de los tres años de excedencia para el cuidado de hijos o menores acogidos y del primer año de los dos de excedencia previstos para el cuidado de familiares que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida (art. 237 LGSS). Además, los períodos en que el/la trabajador/a permanezca en situación de excedencia que excedan de los considerados como de cotización efectiva se consideran como de asimilación al alta para el acceso a las prestaciones, salvo para la IT, maternidad y paternidad. Pese a la finalidad perseguida por el legislador con esta medida – compensar las lagunas de cotización en las carreras de seguro de las mujeres derivadas de las interrupciones de su vida laboral, en tanto que son ellas quienes, de manera mayoritaria, asumen las labores de cuidado de hijos y familiares, y facilitarles el acceso a las prestaciones de Seguridad Social – no puede dejar

¹³ Para algunas opiniones, este reconocimiento preferente del beneficio a las madres supone una perpetuación del reparto de roles, en lugar de promover la corresponsabilidad. *Vid.* E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *Trabajo de las mujeres y protección social*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 180.

¹⁴ Se exige, como se ha señalado, que se haya producido la interrupción de la cotización, con lo cual quedan fuera del beneficio quienes, por atender precisamente al cuidado de la familia, no se incorporan al mercado de trabajo con anterioridad al embarazo, adopción o acogimiento. *Vid.* J.F. LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*, p. 37.

de llamarse la atención sobre el riesgo de abandonos de larga duración de las carreras profesionales por razones de cuidado de familiares que este tipo de beneficios pueden tener para las mujeres¹⁵. Resulta fundamental, pues, junto a la existencia de medidas de acción positiva como ésta que compensen el desequilibrio de partida de las mujeres, seguir incidiendo en el objetivo de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres como único medio para la consecución de una igualdad real.

4) El reconocimiento como cotizada de la totalidad de la jornada en los casos de reducción de la misma por guarda legal (art. 237.3, § 1º, LGSS) a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad:

- durante los dos primeros años si es para el cuidado de menores de 12 años;
- durante un año si es para atender a otros familiares hasta el segundo grado o discapacitados.

Resulta evidente el alcance positivo pero limitado de esta medida, puesto que, en muchos casos, la reducción de jornada excederá de los dos años en el supuesto de cuidado de menores o de un año en caso de otros familiares. La limitación temporal del beneficio determina, así, que sólo se palién de manera muy parcial las consecuencias negativas que sobre el derecho a una pensión futura derivan de la decisión – mayoritariamente femenina – de reducir la jornada de trabajo para atender responsabilidades familiares.

5) El reconocimiento como incrementadas hasta el 100% de las cotizaciones realizadas durante los períodos de reducción de jornada para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, a efectos de las prestaciones por jubilación, IP, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad e incapacidad temporal (art. 237.3, § 2º, LGSS).

6) Por lo que respecta a las víctimas de violencia de género, se reconoce como cotizado del período de suspensión del contrato de trabajo para hacer efectivo su derecho a la protección integral (con un máximo de 6 meses prorrogables judicialmente hasta un máximo de 18), aunque no se tiene en cuenta a efectos de las prestaciones de IT. Con esta medida el legislador pretende paliar los efectos negativos que la suspensión de la relación laboral pueda tener en la carrera de seguro de las víctimas. No obstante, el verdadero problema con el que pueden encontrarse sus potenciales beneficiarias, y que puede limitar la eficacia práctica de la medida, reside en la pérdida de ingresos que el ejercicio de ese derecho a la suspensión del contrato conlleva para la víctima, pese a su consideración como situación

¹⁵ Vid. M.A. BALLESTER PASTOR, *Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico*, en *Temas Laborales*, 2011, n. 112, p. 68.

legal de desempleo y a la posibilidad de acceder a la correspondiente prestación, reducción de ingresos que, en muchos casos, puede hacer imposible su disfrute.

7) Y el RD-L 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la educación volvió a recuperar la financiación (a cargo del IMSERSO) de las cuotas del convenio especial de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Se trata ésta de una medida de particular trascendencia desde la perspectiva de género, en cuanto este colectivo de cuidadores no profesionales, tal y como queda establecido de manera expresa en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, está integrado mayoritariamente por mujeres que, en muchos casos, se ven abocadas a abandonar su puesto de trabajo, interrumpiendo, por tanto, su carrera de cotización, para cuidar de la persona dependiente.

La desaparición del Régimen Especial de Seguridad Social de Empleadas de Hogar

En este breve análisis de las medidas introducidas por nuestro legislador en el sistema de Seguridad Social con el objetivo de ir reduciendo el desequilibrio por razón de género presente en el mismo, resulta preciso señalar también la integración desde 2012 del colectivo de empleadas/os de hogar en el Régimen General de la Seguridad Social¹⁶, una integración que, pese a constituir una reivindicación demandada durante años y resultar necesaria y positiva, no ha venido a solucionar los problemas que plantean las relaciones de trabajo de servicio doméstico¹⁷. Además de la exclusión de la protección por desempleo de la acción protectora de este Sistema Especial, el mantenimiento de los altos niveles de empleo sumergido pone de relieve la existencia también en este ámbito de un foco de importante discriminación indirecta dentro de nuestro sistema de Seguridad Social.

¹⁶ Disposición Adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011, de 1º de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (en BOE, 2 agosto 2011, n. 184), derogada por el apartado 22 de la disposición derogatoria única LGSS.

¹⁷ Sobre esta integración de las empleadas de hogar en el Régimen General *vid.* I.M. VILLAR CAÑADA, *Seguridad Social e igualdad por razón de género tras la Ley 27/2011 de reforma de las pensiones: el Sistema Especial de Empleadas/os de Hogar*, en *Relaciones Laborales*, 2011, n. 2, pp. 591-610.

El reconocimiento del trabajo en negocios familiares

Prevista en la actualidad en la Disposición Adicional vigésimo sexta LGSS¹⁸, la Ley 27/2011 incorporó esta medida dirigida a reconocer el trabajo desarrollado principalmente por las mujeres en negocios familiares. En este sentido, se establece que cuando uno de los cónyuges haya desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos en el negocio familiar sin que se hubiese producido su alta en el régimen de Seguridad Social correspondiente, el juez que conozca del proceso de separación, divorcio o nulidad habrá de comunicar la situación a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan.

Las cotizaciones correspondientes a los períodos de trabajo y consiguiente alta que puedan acreditarse serán computadas a efectos del acceso a las prestaciones de Seguridad Social, imputándose su importe al negocio familiar y, por tanto, corriendo su abono a cuenta del titular del mismo.

El reconocimiento de estos períodos no prescritos trabajados en el negocio familiar queda limitado, pues, a los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial cuando se aprecie que durante el matrimonio existió una prestación de servicios no declarada. Esta formulación limita el alcance de la medida, al impedir la posibilidad de reconocimiento de la prestación de servicios en los supuestos en que el vínculo matrimonial se mantenga o en los casos de crisis en las uniones de hecho, limitación ésta a la que se añade la dificultad de acreditar la realización de servicios pasados cuando media o ha mediado un proceso de separación, divorcio o nulidad.

La jubilación anticipada de las víctimas de violencia de género

El art. 207 LGSS reconoce a las víctimas de violencia de género la posibilidad, una vez acreditada dicha condición, de acceder a la jubilación anticipada, considerando la misma como cese en el trabajo por causa no imputable a la voluntad de la trabajadora, con la consiguiente rebaja tanto en cuanto a requisitos y como a porcentajes reductores “penalizadores” de la cuantía de la pensión respecto a los supuestos de cese voluntario.

Pese al tratamiento más beneficioso para el acceso a la correspondiente pensión de jubilación antes de la edad legal que supone esta medida, con una indudable dimensión de género, la misma encuentra una importante limitación derivada de la necesidad de que la víctima acredite el período

¹⁸ Interesante el análisis que sobre esta cuestión realiza la profesora M.A. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, p. 78.

mínimo de carencia de 33 años, lo que puede dar lugar a que queden excluidas de su ámbito de aplicación un amplio colectivo de mujeres trabajadoras en cuyas carreras de seguro, además de los obstáculos derivados del papel de la mujer en el mercado laboral han influido, sin duda, los debidos a su condición de víctimas, con las consiguientes dificultades para cumplir con este requisito de carencia.

Y esto teniendo en cuenta, además, la limitación de la eficacia práctica del beneficio que persigue el legislador con esta medida, desde el momento en que, pese a la rebaja comentada en los porcentajes reductores de la cuantía de la pensión, derivada del adelanto de la edad, cada trimestre o fracción de trimestre de anticipo respecto a la edad legal de jubilación sigue implicando una importante penalización en la cuantía final de la pensión, que en muchos casos no podrá ser asumida por la trabajadora¹⁹.

El complemento por maternidad de las pensiones

Con efectos desde el 1 de enero de 2016, se crea el complemento por maternidad para pensiones (art. 60 LGSS), con el objetivo de reconocer la aportación demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres beneficiarias de una pensión contributiva (jubilación, incapacidad permanente y viudedad), en cuanto dicha aportación se considera un elemento imprescindible para contribuir a la sostenibilidad del mismo.

Intentando dar respuesta al compromiso establecido en la Recomendación XVIII del Informe del Pacto de Toledo de 2011, que recogía la necesidad de valorar la dimensión de género en el sistema de pensiones, y enmarcada en el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017²⁰, con esta medida el legislador pretendió compensar el esfuerzo de las mujeres trabajadoras con hijos, mediante incentivos económicos que ayuden a reducir la brecha de género a la hora de generar pensiones²¹, incentivos que oscilan entre el 5% y el 15% de incremento de la pensión según el número de hijos de la beneficiaria²².

¹⁹ Ante estas dificultades de aplicación real de este beneficio para las víctimas de violencia de género hay opiniones que consideran que la prestación que mejor se adapta a la situación generada por la violencia doméstica en el ámbito laboral es la de incapacidad permanente. *Vid.* M.L. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, *Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76, p. 116.

²⁰ Aprobado por el Consejo de Ministros el 14 de mayo de 2015.

²¹ *Vid.* B. GARCÍA ROMERO, *Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 74, p. 129.

²² Un detenido análisis de este complemento en M.L. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 119 ss., R. GALLEGOS LOSADA, *El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la*

No obstante, pese al efecto positivo que este complemento ha supuesto desde su puesta en marcha respecto al objetivo concreto de reducir la brecha de género pensional, son varios los aspectos del mismo que resultan cuestionables y que limitan su eficacia. Así:

- resulta de aplicación solamente a las pensiones generadas a partir de 2016, cerrándose la puerta a las mujeres que accedieron a la pensión con anterioridad quienes, precisamente, desarrollaron su carrera profesional sin el apoyo de políticas públicas que facilitarían la conciliación de la vida laboral y familiar;
- no se reconoce el derecho a las mujeres que sólo han tenido un/a hijo/a (esa contribución demográfica no es valorada a estos efectos), ni a aquéllas que hayan acogido a menores. Exclusión ésta de los supuestos de acogimiento que contrasta con la tendencia a la configuración amplia de la situación protegida por maternidad dentro de nuestro sistema de Seguridad Social;
- tampoco pueden acceder al complemento las beneficiarias de pensiones no contributivas. La justificación que podría tener esta exclusión, al entender que el complemento se dirige a beneficiar a las mujeres que han realizado el doble esfuerzo de asumir las responsabilidades laborales y familiares, queda desmotada desde el momento en que dicho complemento se reconoce también a las beneficiarias de pensiones de viudedad. Queda clara, así, la prevalencia de la lógica contributiva frente al hecho social que se pretende valorar (la aportación demográfica al sistema), reconociéndose el derecho a aquéllas mujeres que, bien de manera directa o bien derivada, sean titulares de una pensión contributiva²³ y excluyendo, por tanto, a quienes, habiendo trabajado y habiendo tenido hijos, han tenido carreras profesionales más inestables y no han conseguido acreditar los períodos mínimos de carencia exigidos para el acceso a la pensión;
- además, quedan excluidas del complemento aquellas mujeres que decidan jubilarse de manera anticipada²⁴, y en el caso de que la mujer perciba una pensión contributiva inferior a la mínima, una vez

brecha de género de las pensiones, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 403, pp. 19-54, o E. ERRANDONEA ULAIZA, *El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2016, n. 7, pp. 75-97.

²³ *Vid.* M.L. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 129.

²⁴ Según el TC, Auto 16 octubre 2018, n. 114/2018 (JUR 2018, 285021), esta exclusión no vulnera el principio de igualdad, puesto que la finalidad del complemento no es sólo premiar la contribución demográfica, sino también compensar la situación de las mujeres cuya “carrera de seguro” se ve acortada, de forma involuntaria, por las dificultades para la conciliación laboral derivadas de la maternidad.

reconocido el complemento a mínimos que les corresponda (art. 60.3 LGSS), la aplicación del complemento de pensiones se encuentra también limitada puesto que el cálculo del mismo se realizará no sobre la pensión mínima, sino sobre la que le corresponda según las cotizaciones y revalorizaciones correspondientes, lo que en la práctica da lugar en muchos casos a complementos de cuantía muy reducida;

- y junto a todas estas consideraciones, tampoco puede obviarse las dudas sobre la contribución real a la consecución de la igualdad de por razón de género y al avance en materia de corresponsabilidad de una medida que parece seguir sustentada sobre el reparto tradicional de roles entre el hombre y la mujer y una idea de conciliación asociada al trabajo femenino²⁵. Cuestión esta expresamente abordada por el TJUE en la sentencia de 12 de diciembre de 2019²⁶ que parte de que la condición de progenitor es una cualidad predicable tanto de hombres como de mujeres y, por tanto, las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos, no debiendo asociarse este únicamente a las mujeres.

Pues bien, a este breve análisis hay que añadir, evidentemente, la colisión de este complemento con la normativa comunitaria²⁷ (Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social) declarada por el TJUE en la mencionada sentencia, al entender que el mismo constituye una discriminación directa por razón de sexo respecto de los hombres que, encontrándose en una situación idéntica a la de las mujeres beneficiarias, no tienen derecho a él. Y ello, considera el Tribunal, porque la aportación demográfica a la Seguridad Social sobre la que el legislador español justifica la medida es igual de necesaria en el caso de estas que de aquellos.

La improvisación en su diseño y la deficiente regulación normativa del

²⁵ Sobre esta cuestión *vid.* C. MOLINA NAVARRETE, *Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viuda o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 445.

²⁶ *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, asunto C-450/18. Un detenido comentario sobre este pronunciamiento en I.M. VILLAR CAÑADA, *¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18*, en *e-Revista Internacional de Protección Social*, 2020, n. 1, pp. 288-298.

²⁷ Colisión esta ya anticipada por M.A. BALLESTER PASTOR, [*El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea*](#), en *Lex Social*, 2016, n. 1, pp. 72-93.

complemento ha contribuido de manera decisiva a que el TJUE se pronuncie en los términos señalados, con las consecuencias que de esta resolución derivan para nuestro sistema de Seguridad Social. Por una parte, y como consecuencia directa, un considerable aumento del coste derivado tanto del mayor número de potenciales beneficiarios/as como de la mayor cuantía de las pensiones reconocidas a los hombres. Y por otra, y como efecto indirecto, el incremento de la, ya amplia, brecha de género prestacional, al reconocerse esos complementos más elevados a quienes, con carácter general, acceden a pensiones más elevadas, los hombres. Precisamente lo contrario del objetivo perseguido con el complemento y un factor más de discriminación indirecta por razón de género en el sistema de pensiones español.

La protección del trabajo a tiempo parcial

Como es bien sabido, nos encontramos ante un ámbito, el trabajo a tiempo parcial, con un marcado matiz de género, cuyas peculiaridades se traducen en una situación de especial vulnerabilidad en relación a su protección por el sistema de Seguridad Social, en particular en el ámbito de la pensión de jubilación. Siendo el legislador consciente de ello, la Disposición Adicional 29ª de la Ley de 27/2011 dirigía al Gobierno el mandato de elaborar, previo diálogo con los interlocutores sociales, un proyecto de Ley para mejorar la protección de este colectivo de trabajadores/as, mandato éste reforzado a raíz de la STJUE de 22 de noviembre de 2012²⁸ y la STC 61/2013, de 14 de marzo, que vinieron a declarar que la regulación de la cotización en los contratos a tiempo parcial vulneraba el principio de igualdad, resultando también discriminatoria por razón de sexo, al existir una presencia mayoritariamente femenina en esta forma de trabajo a tiempo parcial.

El RD-L 11/2013, de 2 de agosto – posterior Ley 1/2014, de 28 de febrero – para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, vino a dar respuesta a esta doctrina jurisprudencial²⁹ y, si bien supuso una mejora respecto a la situación anterior, no resulta suficiente para salvar la discriminación por razón de género existente en este ámbito, caracterizado por los bajos salarios y consiguientemente, por bajas cotizaciones, que, en la práctica, se traducen, en el mejor de los casos, en prestaciones claramente alejadas del principio

²⁸ *Isabel Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, asunto C-385/11.

²⁹ Introduciendo reglas dirigidas a atenuar los efectos de la parcialidad del trabajo en el cálculo de las pensiones (determinación del período mínimo de carencia y de la base reguladora).

constitucional de suficiencia, cuando no determinan directamente la expulsión del ámbito contributivo de protección de estas/os trabajadoras/es.

Esta insuficiencia de la regulación actual de la protección del trabajo a tiempo parcial quedó puesta de relieve por la STC de 3 de julio de 2019³⁰, en la cual el Pleno del Alto Tribunal, estimando una cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Segunda, ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de la norma por la que se calcula la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, por considerar que la fórmula legalmente establecida para computar el período de cotización vulnera – sigue vulnerando – el derecho a la igualdad y provoca una discriminación por razón de sexo, al afectar predominantemente a las mujeres trabajadoras, «como revelan los datos estadísticos». Falta, según el TC, una «justificación objetiva y razonable» de las diferencias establecidas respecto a los trabajadores a tiempo completo. Y, además, «se rompe también con la proporcionalidad exigida desde el momento en que, a una reducción razonable de la base reguladora para el/la trabajador/a a tiempo parcial en función de su menor base de cotización [...], se añade la reducción adicional de la misma, derivada de la aplicación del coeficiente de parcialidad, que disminuye el número efectivo de días cotizados»³¹.

En este sentido, el Pacto de Toledo sigue apuntando a la necesidad de «impulsar reformas que corrijan posibles tratamientos discriminatorios» con los trabajadores a tiempo parcial, la gran mayoría mujeres (Recomendación 17).

Pues bien, como decíamos al inicio, a pesar de estos avances parciales en materia de igualdad, resulta necesario seguir trabajando en la incorporación de la dimensión de género al sistema público de pensiones y conseguir una verdadera implementación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en este ámbito. Y para ello es imprescindible tomar conciencia de la dificultad de conseguir una igualdad real y efectiva si las medidas que se articulan en el ámbito de la Seguridad Social no van enmarcadas en una política integral que incida en otros ámbitos (laboral, educativo...) y se

³⁰ En línea con la STJUE 8 mayo 2019, *Violeta Villar Lázaro c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, asunto C-161/18, en la cual el Tribunal ya resolvió que España debía de revisar la normativa del cálculo de las pensiones para los trabajadores a tiempo parcial, al poder suponer una discriminación indirecta hacia las mujeres.

³¹ El Tribunal, no obstante, descarta la retroactividad de la resolución y señala de manera expresa que, en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica, la declaración de nulidad no afectará ni a los conflictos individuales juzgados con anterioridad ni a las situaciones administrativas firmes.

siguen sustentando en el tradicional reparto de roles, siendo utilizadas como instrumentos para perpetuarlos y para que las trabajadoras puedan atender a sus responsabilidades familiares. Resulta imprescindible, por tanto, la superación del concepto de “conciliación” y su sustitución por el de “corresponsabilidad”, promoviendo la utilización de estos instrumentos reconocidos por nuestro ordenamiento por parte de los hombres, mediante, por ejemplo, el recurso a las acciones positivas.

3. El olvidado enfoque de género en las últimas reformas de nuestro sistema de pensiones

La garantía de la sostenibilidad de nuestro sistema de Seguridad Social se nos presenta como el hilo conductor de las últimas grandes reformas operadas en el mismo, en particular en el sistema de pensiones. Parece indudable que la búsqueda de instrumentos que contribuyan a la consecución de la viabilidad futura de nuestra Seguridad Social no debiera hacerse obviando la dimensión de género, “sacrificando” el objetivo de alcanzar una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres. Pese a esta evidencia, en la práctica la incertidumbre sobre el futuro del sistema de pensiones, acrecentada por el contexto de crisis económica y sus consecuencias en el mercado laboral, está teniendo una negativa incidencia en el necesario proceso de implementación del principio de igualdad por razón de género.

Las modificaciones operadas en los últimos años han supuesto el fortalecimiento del principio de contributividad del sistema, a costa, en ocasiones, del sacrificio de buena parte de sus rasgos solidarios³², los cuales, no debiera olvidarse, han de constituir la base de cualquier sistema de Seguridad Social. Y es que este reforzamiento del carácter contributivo está dando lugar a un alejamiento de dos principios básicos de nuestra Seguridad Social consagrados constitucionalmente, como son el de universalidad y el de suficiencia protectora³³ lo cual, en el caso de las mujeres puede traducirse en la práctica en su expulsión al ámbito no contributivo de protección, ante la imposibilidad de cumplir los requisitos establecidos para acceder a las prestaciones contributivas³⁴.

³² Vid. M.A. BALLESTER PASTOR, *Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico*, cit., p. 76.

³³ De “constante pugna” entre los principios de igualdad y de contributividad lo califica M.A. BENITO BENÍTEZ, *op. cit.*, p. 3 del extracto.

³⁴ Esta situación ya fue puesta de relieve por el Parlamento Europeo que, en Resolución de 10 de marzo de 2015, sobre los progresos en la igualdad entre mujeres y hombres en la

3.1. La reforma de 2011. El reforzamiento de la contributividad del sistema como factor de discriminación indirecta por razón de género

La situación expuesta se refleja de manera clara en las reformas que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social introdujo en el régimen jurídico de la pensión de jubilación – e incapacidad permanente – en cuanto a los requisitos de acceso y cuantía. Las mismas se traducen en un perjuicio directo para quienes acreditan carreras de seguro más irregulares y discontinuas, dando lugar, por tanto, a un incremento del impacto negativo por razón de género, de las diferencias entre mujeres y hombres. Una afirmación esta que queda constatada al analizar las medidas “estrella”, aprobadas, como apuntábamos, con el objetivo general de contribuir a garantizar la sostenibilidad del sistema público de pensiones. Así:

- el establecimiento de la dualidad de edades de jubilación (en 2027, una vez finalice el período transitorio establecido a estos efectos por el legislador, 67 años con carácter general o 65 cuando se acrediten 38 años y seis meses de cotización) refleja de manera evidente la opción legislativa por quienes acrediten una carrera profesional más larga y estable. Conscientes de la dificultad generalizada de poder acceder a la edad “rebajada” ante la situación de nuestro mercado de trabajo, esa dificultad se acrecienta cuando la medida es analizada desde el enfoque de género, al ser las mujeres las que poseen vidas laborales más inestables o irregulares³⁵. Esta dificultad para acreditar carreras de cotización prolongadas va a determinar también que, con carácter general, las trabajadoras vean reducidas sus posibilidades para acceder a modalidades de jubilación antes de la edad legalmente establecida, como es el caso de la jubilación parcial (en la que ha de acreditarse un período mínimo de carencia de 33 años) y las dos formas de jubilación anticipada, tanto la voluntaria, en la que ese período de carencia exigido se sitúa en

Unión Europea en 2013, donde se señala la necesidad de «reducir la diferencia entre mujeres y hombres por lo que respecta a los salarios y las pensiones», destacando el aumento de mujeres en situación de pobreza y exclusión, particularmente grave en el caso de mujeres de edad avanzada.

³⁵ El Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones (2011) ya indicaba que el hecho de «distinguir entre carreras largas y comunes y cortas a efectos de determinar la edad de jubilación tendrá un impacto desigual entre hombres y mujeres».

35 años, como la derivada de causas ajena a la persona, potencial beneficiaria, con requisito mínimo de tiempo cotizado de 33 años. En este último caso – jubilación anticipada involuntaria – es donde se refleja de manera más evidente la situación de desprotección de aquellas mujeres que pueden verse expulsadas del mercado laboral y que encuentran cerrada la puerta para acceder al ámbito de la pensión de jubilación, debiendo optar, cuando sea posible, por otras fórmulas protectoras, más limitadas, dentro del ámbito de la protección por desempleo. Y, de forma indirecta, también pueden verse limitadas las posibilidades de las mujeres de optar por prolongar su vida laboral más allá de la edad legal de jubilación a través de fórmulas de jubilación activa, toda vez que para poder acceder a esta se requiere haber generado derecho al 100% de la base reguladora, requisito éste difícil de cumplir, con carácter general y, de manera particular, por aquellos colectivos con carreras de cotización inestables y/o más reducidas;

- a la misma conclusión se llega al analizar, la ampliación del período temporal a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora de la pensión, hasta los 25 años anteriores al hecho causante a partir de 2022. Resulta evidente que esta ampliación se traduce en una rebaja generalizada del importe de la pensión³⁶, al aumentar la posibilidad de bases inferiores cuanto más se aleje el período de referencia respecto al momento de la jubilación existencia y de períodos de inactividad, y, por ende, lagunas de cotización en la carrera de seguro, circunstancias éstas más presentes, como hemos visto, en las carreras profesionales de las mujeres. Y en la misma línea se orienta la modificación realizada sobre los porcentajes aplicables a la base reguladora, que determina la necesidad de acreditar más período cotizado (37 años cotizados a partir de 2027) para generar derecho al 100% de la pensión. La mayor irregularidad de las vidas laborales y de las mujeres (por los factores, ya mencionados: discriminación en el acceso al mercado de trabajo, la mayor tasa de temporalidad y parcialidad, la conciliación de responsabilidades laborales y familiares, etc.) llevan, como decimos, a la

³⁶ Según las previsiones realizadas en su momento por la OCDE, una vez finalice el período transitorio, la tasa de reposición de los pensionistas con carreras de cotización lineales disminuirá un 7,3%, mientras que para los pensionistas con carreras de seguro inestables esa reducción puede alcanzar el 10,7% (*vid.* OECD, [Pensions at a Glance 2011. Retirement-income Systems in OECD and G20 Countries](#), 2011). Un análisis de esta cuestión en J.A. MALDONADO MOLINA, *La renovada prórroga de la legislación vigente antes de la Ley 27/2011 en materia de jubilación. Los Reales Decretos-Leyes 20/2018 y 28/2018*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 432, p. 37. Sobre el alcance de esta disminución de la cuantía de la pensión para las mujeres *vid.* M.A. BALLESTER PASTOR, [Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico](#), cit., p. 61.

misma conclusión: el aumento de la desigualdad prestacional entre mujeres y hombres. Y es que, pese a que legislador prevé la integración de lagunas, como solución para “rellenar” esos posibles vacíos existentes en las trayectorias de cotización de los trabajadores, la misma supone, en la mayoría de los casos, una rebaja de la cuantía de la pensión, derivada de la propia fórmula articulada para llevarla a cabo (las primeras 48 lagunas se rellenan con el 100% de la base mínima de cotización y a partir de la laguna 49 la integración se producirá con el 50% de dicha base mínima). Disminución ésta de la pensión que afectará, una vez más, en mayor medida a las mujeres por la mayor inestabilidad de su actividad laboral. Además, este mecanismo de integración de lagunas no se contempla para determinados colectivos como el de empleadas de hogar, claramente feminizado y caracterizado por una gran inestabilidad, constituyendo así otro ámbito de desigualdad por razón de género;

- y tampoco conviene olvidar la cuestión relativa a los complementos a mínimos de pensiones. Éstos se erigen como un instrumento esencial en nuestro sistema de Seguridad Social para garantizar el principio de suficiencia protectora contemplado en el art. 41 CE al permitir completar la cuantía de la pensión cuando la misma no alcance el importe de la mínima legalmente establecida. Desde un enfoque de género, esta técnica puede beneficiar a las mujeres que, como venimos indicando, con carácter general acreditan bases de cotización inferiores a los trabajadores varones, matizando el estricto principio de contributividad y permitiéndoles, así, acceder a una cuantía de la pensión que no alcanzarían con las cotizaciones realmente acreditadas³⁷. Sirve, por tanto, para garantizar pensiones adecuadas a las mujeres, mitigando los efectos de la brecha salarial en el mercado de trabajo.

Pues bien, para las pensiones causadas a partir de 2013 se limita el importe máximo de estos complementos, de manera que, como regla general, no podrán superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva³⁸, lo que, en la

³⁷ Para la Seguridad Social, de los más de 2,4 millones de beneficiarios de los complementos a estas prestaciones, el 64,6%, casi dos terceras partes del total, son mujeres. En este mismo sentido, según el informe de CCOO, [La brecha de género en el sistema de protección social \(desempleo y pensiones\)](#), 2018, p. 28, en 2017 más de un millón y medio de pensiones percibidas por mujeres fueron complementadas a mínimos.

³⁸ Cuando exista cónyuge a cargo del pensionista, el importe de tales complementos no podrá rebasar la cuantía que corresponda a la pensión no contributiva para unidades económicas con dos beneficiarios. En caso de pensiones de orfandad incrementadas con la cuantía de la pensión de viudedad, el límite del complemento va referido solamente a la de viudedad. Los pensionistas de gran invalidez que tengan reconocido el complemento destinado a remunerar a la persona que le atiende, no resultarán afectados por estos límites.

práctica se traduce en una limitación indirecta de las pensiones mínimas. Puesto que, como se indicó anteriormente, de forma mayoritaria son las mujeres quienes acceden a pensiones de cuantía inferior y, por ende, quienes mayoritariamente son beneficiarias de estos complementos, volvemos a encontrarlos, de nuevo, como ya advirtió el CES en su dictamen 2/2011, ante un ámbito – otro más – de discriminación indirecta, tampoco valorado por el legislador desde un enfoque de género.

3.2. La reforma de 2013: otro paso atrás en materia de igualdad entre mujeres y hombres

La tacha de discriminación indirecta que caracterizó la reforma de nuestra Seguridad Social de 2011 la encontramos también, y más acentuada si cabe, en la reforma del sistema de 2013³⁹. Una reforma ésta aprobada en pleno contexto de crisis económica que fue presentada por el legislador como la única alternativa posible para «mantener un sistema de pensiones público, de reparto y solidario» con el objetivo de reforzar la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas, garantizando a las generaciones presentes y futuras la percepción de pensiones adecuadas y suficientes.

La reforma sigue la línea marcada en 2011 de búsqueda de la reducción del gasto del sistema público de pensiones intentando garantizar su estabilidad presupuestaria, sin explorar otros mecanismos correctores alternativos desde el lado de los ingresos (mayores aportaciones del Estado, aumento de las cotizaciones...) y supone un cambio de nuestro modelo de Seguridad Social en cuanto implica un importante recorte de la cuantía de las pensiones públicas.

Ya ha quedado expuesto en páginas anteriores el efecto más perjudicial que para las mujeres deriva del endurecimiento de los requisitos de acceso a la jubilación parcial y las modalidades de jubilación anticipada que introdujo el RD-L 5/2013, de 15 de marzo, al encontrarse con mayores dificultades principalmente para acreditar los prolongados períodos de carencia necesarios para el acceso a estas formas de jubilación antes de la edad legalmente establecida.

Y respecto a la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, como es conocido, dos fueron los aspectos principales que la norma introdujo en esa búsqueda del

³⁹ Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social (en *BOE*, 26 diciembre 2013, n. 309), y RD-L 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

ajuste entre los ingresos y los gastos del sistema: por un lado, la desvinculación de la revalorización de las pensiones de la evolución de los precios y, por otro, la conexión del importe de la pensión inicial con la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas. Dos aspectos estos que suponían la ruptura con uno de los pilares básicos de cualquier sistema de Seguridad Social, el principio de solidaridad, que quedaba relegado a un lugar secundario frente a la introducción de elementos más propios de sistemas de capitalización.

Pues bien, pese a que, en teoría, la mayor esperanza media de vida de las mujeres podría hacer pensar que la aplicación del factor de sostenibilidad les perjudicaría en menor medida que a los hombres (si no se contempla esa diferencia por razón de género en la fórmula de cálculo⁴⁰), el alejamiento del principio constitucional de suficiencia prestacional y la pérdida progresiva de poder adquisitivo de las pensiones⁴¹ – consecuencia de la aplicación conjunta del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización –, analizada desde el impacto de género, se traduciría, sin duda, en que las mujeres, con una posición más débil en el sistema de Seguridad Social, serían quienes sufrirían en mayor medida el riesgo de pobreza en la vejez.

La suspensión de la entrada en vigor del factor de sostenibilidad – prevista inicialmente para 2019 – hasta el año 2023 o la desvinculación del índice de revalorización para la subida de las pensiones desde 2018 – enmarcada en el proceso de diálogo y acuerdos en materia presupuestaria – no resultan suficientes para invertir la situación derivada de la reforma de 2013.

Una realidad esta de que parece ser consciente el propio Pacto de Toledo que, entre las recomendaciones incluidas en su último Informe, incorpora «el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, su garantía por Ley y su preservación mediante la adopción de medidas encaminadas a asegurar el equilibrio social y financiero del sistema de pensiones en el futuro», siendo la revalorización anual de las pensiones en base al IPC real «el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones»⁴².

⁴⁰ La determinación del factor de sostenibilidad de manera diferenciada en función del sexo del pensionista vulneraría, en nuestra opinión, el art. 4 de la Directiva 79/7/CE, que prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en cuanto al cálculo de la prestación por vejez.

⁴¹ La pérdida de poder adquisitivo de los pensionistas, derivada de la puesta en práctica del Índice de Revalorización, y el carácter irreversible de la misma fue puesta de relieve por el CES (Dictamen 7/2013, de 26 de septiembre de 2013, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del Factor de Sostenibilidad y del índice de Revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social).

⁴² El informe contempla que cualquier subida de las pensiones acordada por encima del

Resulta imprescindible, a todas luces, la garantía legal del principio constitucional de suficiencia protectora, también desde una dimensión de género, y ello pasa, sin duda, por la derogación definitiva de la citada reforma de 2013 y el tratamiento de la búsqueda de la garantía de la sostenibilidad del sistema de pensiones desde una perspectiva que trascienda el exclusivo enfoque económico.

Pues bien, como apuntábamos, de este sucinto análisis general cabe concluir que en las últimas reformas operadas en nuestro sistema de pensiones el criterio de la racionalidad económica (la sostenibilidad del sistema desde la perspectiva exclusiva de la reducción de gastos) se ha hecho prevalecer, una vez más, sobre la racionalidad social, intrínseca a todo sistema de Seguridad Social. Proceso éste concretado, como ya se ha indicado, en un reforzamiento del principio de contributividad en el cual ha quedado “olvidada” la necesaria valoración del impacto de género de las reformas y el objetivo de trabajar en aras a la consecución de una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito de la protección social.

4. Las nuevas tecnologías como reto para el sistema de Seguridad Social. Otro posible riesgo de discriminación por razón de género

Resulta incuestionable la importancia de las nuevas tecnologías en la sociedad actual. Asistimos a una digitalización vertiginosa, con indudables consecuencias en el ámbito del trabajo, al tiempo que las TICs se configuran como un nuevo ámbito de oportunidades, un nuevo yacimiento de empleo, para aquellos colectivos con adecuadas competencias y habilidades en el ámbito digital.

Pues bien, en este contexto, de nuevo la diferente posición en que mujeres y hombres se encuentran en el mercado laboral determina que los efectos derivados de la introducción de las nuevas tecnologías en dicho ámbito constituyen, indudablemente y con carácter general, un reto adicional para la consecución de la igualdad real y efectiva por razón de género. Un reto este que, evidentemente, tiene también su reflejo en el ámbito contributivo de la Seguridad Social.

No resulta demasiado complejo llegar a esta conclusión, si comenzamos analizando las diferencias de género que siguen existiendo en el ámbito universitario (en línea con la media de los países de la OCDE). Así, pese a

IPC habrá de ser «sufragada con cargo a otros recursos financieros» ajenos a los de la Seguridad Social.

que el porcentaje de mujeres matriculadas (54,8%) y egresadas (59%) en nuestras universidades continúa siendo superior al masculino, su presencia en los estudios relacionados con las nuevas tecnologías sigue siendo muy reducida, concentrándose la mayor presencia femenina en titulaciones ligadas con el tradicional papel atribuido a las mujeres (educación, tareas de cuidados y servicios...)⁴³.

La sub-representación de la mujer en el ámbito universitario ligado a las nuevas tecnologías se refleja también en el profesorado. Así, en áreas y titulaciones relacionadas con las TICs el número de docentes hombres supera con creces al de mujeres. Baste como ejemplo el Grado en Informática en el cual casi ocho de cada diez docentes son hombres⁴⁴.

Y, evidentemente, esta realidad se traslada al mercado de trabajo, caracterizado, como ya ha quedado apuntado anteriormente, por la segregación horizontal, con sectores altamente feminizados y otros masculinizados, reflejo del tradicional reparto de roles entre mujeres y hombres⁴⁵.

Existe una fuerte masculinización en los sectores y empleos tecnológicos, en los que el número de hombres duplica al de mujeres. Así, a título de ejemplo solo un 2% de las mujeres ocupadas lo están en el sector TIC, frente al 5,7% de los hombres; el 58% de las empresas que cuentan entre sus plantillas con especialistas en TIC, todos sus componentes son hombres y sólo un 9% de las empresas españolas tenían plantillas TIC con pleno equilibrio entre hombre y mujeres⁴⁶.

Es decir, la desigualdad existente entre mujeres y hombres en nuestro mercado de trabajo tiene una evidente dimensión desde la perspectiva de la

⁴³ Los datos concretos sobre la presencia de mujeres y hombres en el ámbito universitario español y en las distintas grandes Áreas de conocimiento puede consultarse en MINISTERIO DE UNIVERSIDADES, [Datos y cifras del Sistema Universitario Español. Publicación 2019-2020](#), 2020. Muy gráfico también el planteamiento general sobre la presencia de las mujeres en la formación académica relacionada con las TICs realizado en S. ROMERO PEDRAZ, J. VARELA FERRÍO, [Mujer & Tecnología](#), UGT, 2020, pp. 7 ss. Un interesante análisis de las diferencias por razón de género en el ámbito educativo en R. GONZÁLEZ-PALENCIA JIMÉNEZ, C. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, [La brecha de género en la educación tecnológica](#), en [Ensaio](#), 2016, n. 92.

⁴⁴ Un análisis detallado en MINISTERIO DE UNIVERSIDADES, [op. cit.](#), donde se pone de relieve como entre las grandes áreas de conocimiento, en la Ingeniería y Arquitectura el 76,6% del profesorado son hombres, o en el caso de la de Ciencias dicho porcentaje de docentes hombres alcanza el 62,4%.

⁴⁵ Un interesante análisis de la discriminación por razón de género derivada de la digitalización de la economía en S. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, [Brechas de género y transformación digital](#), en [Revista de Derecho Social](#), 2019, n. 88, pp. 199-218.

⁴⁶ Una detallada visión general de la presencia de la mujer en ámbitos relacionados con las TICs en S. ROMERO PEDRAZ, J. VARELA FERRÍO, [op. cit.](#), pp. 12 ss.

brecha digital⁴⁷. Es cierto que la tendencia en los últimos tiempos se dirige hacia la reducción progresiva de la misma⁴⁸, pero del análisis en conjunto de los indicadores TIC se desprende que las mujeres siguen manteniendo una posición desfavorable en competencias digitales⁴⁹. Mientras que, con carácter general, los hombres son quienes en mayor medida lideran el proceso de innovación digital y gestionan estas nuevas tecnologías, el papel de las mujeres en las TICs se limita en la mayoría de los casos al de ser usuarias de dichas innovaciones. Es decir, en el momento actual la brecha digital de género no se trata tanto de un problema ligado al simple acceso y uso de las TICs, sino que la misma aparece vinculada al «dominio masculino de las áreas estratégicas de la educación, la investigación y el empleo relacionado con las ciencias, las ingenierías y las TIC»⁵⁰. Nos encontramos así ante las denominadas “segunda” y “tercera” brecha digital por razón de género⁵¹, situándose nuestro país por detrás de la media europea⁵².

Y a este panorama se añaden otros elementos que evidencian más aún las diferencias entre mujeres y hombres en el ámbito de las nuevas tecnologías. Entre ellos, por ejemplo, la brecha salarial en torno al 19%⁵³, consecuencia, entre otros factores, de la comprobada tendencia de las empresas tecnológicas a contratar a mujeres en puestos de baja cualificación, y no hacerlo en puestos de trabajo de alta cualificación y responsabilidad. Así, según el FMI «en el sector de tecnología, las mujeres tienen un 15% menos

⁴⁷ Un detenido estudio sobre esta realidad en M. ARENAS RAMIRO, *Brecha digital de género: la mujer y las nuevas tecnologías*, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2011, n. 4, pp. 97-125.

⁴⁸ Así se refleja en INE, *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2020*, nota de prensa 16 noviembre 2020.

⁴⁹ Vid. INE, *Brecha digital de género (diferencia entre porcentajes de hombres y mujeres en los indicadores de uso de TIC) por periodo*. Un interesante análisis del papel de las mujeres y las nuevas tecnologías en los estudios *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos* y *Las mujeres en la economía digital española. Trayectorias inspiradoras*, realizados por el Instituto de la Mujer en colaboración con el Observatorio Nacional de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información.

⁵⁰ Vid. C. CASTAÑO (dir.), *La segunda brecha digital*, Cátedra, 2008, p. 10. En esta misma línea, A. GIL-JUAREZ, A. VITORES, J. FELIU, M. VALL-LLOVERA, *Brecha digital de género: una revisión y una propuesta*, en *EKS*, 2011, n. 2.

⁵¹ La primera brecha digital sería la referida a la diferencia de acceso a las tecnologías (ya prácticamente superada); la segunda brecha se referiría a la diferente intensidad y aprovechamiento en el uso de las mismas; y, la tercera brecha hace referencia a las diferencias en el uso de las aplicaciones más avanzadas e innovadoras de Internet. Vid. J. MARTÍN FERNÁNDEZ, J.L. MARTÍNEZ CANTOS, *Las brechas digitales de género en cifras: Descripción de la e-inclusión en España*, en C. CASTAÑO COLLADO, J. MARTÍN FERNÁNDEZ, S. VÁZQUEZ CUPEIRO, J.L. MARTÍNEZ CANTOS, *La brecha digital de género. Amantes y Distantes*, Universidad Complutense de Madrid, 2010.

⁵² COMISIÓN EUROPEA, *Women in Digital Scoreboard 2019 – Country Reports*, 2019.

⁵³ S. ROMERO PEDRAZ, J. VARELA FERRÍO, *op. cit.*, p. 21.

de probabilidades que los hombres de ser gerentes y profesionales, y un 19% más de ocupar funciones administrativas y de servicio más rutinarias»⁵⁴.

Por otra parte, las mujeres corren más riesgo, a corto/medio plazo de ver automatizados sus puestos de trabajo, con la consiguiente destrucción de los mismos. Para el FMI las mujeres se tendrían un 11% de riesgo medio – de ver automatizados sus empleos –, en comparación con el 9% de sus homólogos masculinos. Un riesgo este cuyos efectos, según el organismo internacional, pueden ser devastadores para las mujeres, hasta el punto de afirmar que «Los beneficios que tanto han costado obtener mediante políticas para incrementar el número de mujeres en la fuerza de trabajo y para elevar la remuneración de las mujeres, hasta igualarla a la de los hombres, pueden verse erosionados rápidamente si las mujeres trabajan predominantemente en sectores y ocupaciones que corren un alto riesgo de ser automatizados». «La automatización ha hecho aún más urgente intensificar los esfuerzos para nivelar el campo de juego entre hombres y mujeres, de modo que todos tengan las mismas oportunidades de contribuir y beneficiarse de este nuevo mundo en que la tecnología abre nuevas posibilidades». Se puede decir más alto, pero es difícil ser más claro.

Pero yendo más allá de este diferente impacto de la automatización por razón de género en términos de destrucción inicial de empleo, no puede obviarse tampoco que las mujeres pueden tener más dificultades que los hombres a la hora de encontrar nuevos empleos, debido principalmente, por una parte a la menor preparación en competencias digitales y, por otra, a la asunción de las responsabilidades familiares, lo que evidentemente se traduce en una reducción del tiempo que podrán dedicar a la adquisición de esas nuevas competencias. De este modo, el periodo de transición desde que una mujer pierda su empleo a causa de su automatización, hasta que logre conseguir uno nuevo, podría ser mucho más largo y dificultoso que el de los hombres⁵⁵. Y una vez que lo consiga, si lo consigue, la necesaria actualización permanente de los conocimientos y habilidades en el sector de la tecnología dificultará, sin duda, la compatibilización con las responsabilidades personales y familiares y las posibilidades de promoción profesional⁵⁶.

⁵⁴ AA.VV., *Gender, Technology, and the Future of Work*, IMF Staff Discussion Note, 2018, SDN/18/07.

⁵⁵ AA.VV., *The future of women at work. Transitions in the age of automation*, McKinsey Global Institute, 2019.

⁵⁶ Los niveles de temporalidad y parcialidad en el sector de las TICs son mayores en el caso de las mujeres. Al respecto *vid.* A.M. GONZÁLEZ RAMOS, N. VERGÉS BOSCH, J.S. MARTÍNEZ GARCÍA, *Las mujeres en el mercado de trabajo de las tecnologías*, en *Reis*, 2017, n. 159,

En definitiva, resulta evidente la desigualdad que por razón de género existente – también – en el ámbito tecnológico. La aceleración de este proceso de digitalización está agudizando la exclusión de la mujer en ámbitos que liderarán la economía y en donde residirán los principales centros de poder⁵⁷, lo cual requiere una particular y detenida atención por parte de nuestros poderes públicos si no queremos que el mismo se convierta en un factor más que contribuya a aumentar la desigualdad, actual y futura por razón de género en nuestro mercado de trabajo y, por ende, en el sistema de Seguridad Social en general y de pensiones en particular.

El Pacto de Toledo es consciente de los efectos que la digitalización tiene en la organización del trabajo y la ordenación de las relaciones laborales⁵⁸. A estos efectos, por una parte, se señala la necesidad de favorecer la inclusión de los trabajadores dentro del sistema de Seguridad Social «como fórmula para combatir la economía informal y garantizar la protección ante situaciones de necesidad», haciendo particular referencia a las relaciones laborales de las plataformas digitales, su carácter esporádico e intermitente y el riesgo que de las mismas deriva de una protección social contributiva insuficiente, frente a lo cual resulta necesario «reforzar los mecanismos no contributivos, típicamente solidarios, del sistema». Y por otra, la Comisión se centra en el riesgo de reducción de ingresos para el sistema derivado de la digitalización, señalando que el incremento de la productividad, pero no necesariamente del empleo que deriva de la revolución tecnológica hace necesario encontrar «mecanismos innovadores que complementen la financiación de la Seguridad Social más allá de las cotizaciones sociales». Sin poner en duda, evidentemente, este nuevo escenario ante el que se sitúa nuestro sistema de Seguridad Social, derivado de la generalización de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, y la trascendencia de las medidas propuestas como fórmulas para contribuir a garantizar la sostenibilidad del sistema, no debiera, como apuntábamos, dejarse a un lado la necesaria dimensión de género en esa búsqueda de la viabilidad futura del mismo.

5. Conclusiones

Y por si todo lo expuesto fuera poco alentador, a todo ello hemos de añadirle las consecuencias socio-laborales que para las mujeres está teniendo y va a tener la actual situación de crisis sanitaria derivada del

pp. 73-90.

⁵⁷ S. ROMERO PEDRAZ, J. VARELA FERRÍO, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁸ Recomendación 19-*bis* del Informe del Pacto de Toledo (octubre 2020), aprobado por el Congreso de los Diputados el 19 de noviembre de 2020.

Covid-19. Un impacto de género este que vuelve a ser ignorado, una vez más, en la respuesta que desde los poderes públicos se está dando a la misma, lo cual indudablemente tendrá consecuencias económicas y sociales, y supondrá un agravamiento de las desigualdades preexistentes.

Se obvia así que esta crisis está afectando a las mujeres de manera muy relevante. Así, son ellas quienes han asumido y están asumiendo mayoritariamente las tareas domésticas y de cuidados (esenciales para abordar la pandemia) y en un contexto de suspensión y destrucción de empleo como en el que nos encontramos, las mujeres parten, como ha quedado expuesto, de una situación de desigualdad en el mercado de trabajo. No resulta aventurado, pues, anticipar que en este contexto de crisis social y económica causada por el Covid-19, el porcentaje de mujeres que perderán su empleo será mucho mayor que el de los hombres. Y si tenemos en cuenta la evolución de anteriores crisis, tampoco parece osado afirmar que a las mujeres les resultará más difícil y les llevará mucho más tiempo su reincorporación al mercado de trabajo.

Por tanto, una respuesta frente a la crisis que no atienda las diferentes realidades de hombres y mujeres no hará sino agravar las desigualdades preexistentes. Desde la propia Comisión Europea se ha instado a los Estados miembros a aplicar enfoques de género que aseguren que se atienden las diferencias en las que la crisis afecta a hombres y mujeres. Y esta respuesta desde el enfoque de género debe, sin duda, extenderse al ámbito de las medidas sociales y económicas destinadas a afrontar sus consecuencias y no solo las actuales, en el nuestro mercado de trabajo, sino también las futuras, en el sistema de pensiones.

En definitiva, y como conclusión, el panorama, pues, resulta poco alentador.

La OIT, en su Recomendación R202 de 2012, relativa a los pisos de protección social, reafirma el papel de la Seguridad Social como instrumento imprescindible para el desarrollo y el progreso y para la superación de las situaciones más extremas de pobreza y la reducción de las desigualdades. La disminución de las diferencias entre mujeres y hombres constituye, por tanto, uno de los retos de nuestro sistema de Seguridad Social, que ha de actuar como instrumento corrector de las diferencias que, por razón de género, se producen en el mercado laboral y no como simple transmisor de las mismas, extendiendo y consolidando las desigualdades.

Resulta evidente, no obstante, que, a la vista de lo expuesto, nos hallamos aún lejos – y en ocasiones, da la sensación de que cada vez más – de conseguir una igualdad real entre hombres y mujeres en nuestro sistema de pensiones. Las medidas adoptadas hasta ahora, si bien tienden a minimizar los efectos sobre las carreras de seguro de las mujeres de las interrupciones

de su vida laboral derivadas de la asunción de responsabilidades familiares, no resultan suficientes. Es imprescindible seguir avanzando por la vía de reducir la brecha de género en el sistema de Seguridad Social. El reciente acuerdo adoptado por el Pacto de Toledo así lo reconoce. Cualquier reforma encaminada a garantizar la sostenibilidad futura del sistema ha de tener en cuenta esas diferencias por razón de género, derivadas en gran medida de la desigualdad en el ámbito laboral. Para ello se debe acometer de modo enérgico la cuestión de los cuidados con el objetivo de que las carreras profesionales de quienes tengas personas dependientes a cargo no generen vacíos de cotización por esta causa; potenciar la corresponsabilidad a través de herramientas como los permisos parentales, adoptar medidas que permitan identificar las discriminaciones retributivas; introducir correcciones encaminadas a solventar los vacíos en las carreras de cotización por la irregularidad de las carreras profesionales de las mujeres; e impulsar reformas que corrijan los posibles tratamientos discriminatorios en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, altamente feminizado.

Es imprescindible, pues, la implementación del principio de igualdad de género de manera transversal. Y en el ámbito de las TICs el acceso de la mujer a las mismas no es solo una cuestión de igualdad de género, sino una necesidad urgente en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU. En ella se contiene la obligación de los Estados de establecer las condiciones necesarias para fomentar el trabajo decente y una protección social adecuada y suficiente para atender las situaciones de necesidad, compromiso éste que adquiere una particular dimensión en el caso de las mujeres⁵⁹. Resulta necesario que éstas posean sus propios recursos como instrumento imprescindible para alcanzar su independencia, recursos en forma de salarios adecuados mientras se encuentran en activo y a través de un sistema de protección social que garantice esa protección de manera suficiente para hacer frente a las situaciones de necesidad que puedan afectarles, especialmente cuando se produce el retiro de la vida laboral activa.

Y en la consecución de este objetivo, las “habilidades digitales” resultan necesarias para vivir y trabajar en unas sociedades caracterizadas por la importancia creciente de la información y el conocimiento. Las TIC abarcan, cada día más, todas las esferas de la vida, pero no puede obviarse que el uso y acceso a las mismas, tal como ha quedado indicado anteriormente, está produciendo «una brecha digital de género» que se

⁵⁹ Así entre los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, el n. 1 aboga por la erradicación de la pobreza en todas sus formas; el n. 5 busca el empoderamiento de las mujeres y las niñas; el n. 8 persigue el fomento del trabajo decente y de una protección social suficiente.

traduce no sólo en el menor número de mujeres usuarias de las TIC, sino también en la persistencia de desigualdades estructurales específicas de género que constituyen barreras para su acceso y su uso. De ahí la necesidad de aquellas medidas que incentiven en toda su extensión el acceso de las mujeres a las TIC en condiciones de igualdad con los hombres.

La búsqueda del principio de igualdad por razón de género pasa, necesariamente, por eliminar las brechas laborales y sociales que sufren las mujeres en el ámbito tecnológico, aumentando su representatividad y relevancia en este sector, clave – y cada vez más – en nuestra sociedad⁶⁰.

Partiendo de esta realidad, hay que seguir trabajando para garantizar una igualdad real y efectiva por razón de género en nuestro sistema de pensiones, toda vez que no puede obviarse el riesgo de mayor desigualdad que lleva implícito el recurso a los sistemas privados de protección, que obvian los tiempos dedicados a los cuidados, períodos de desempleo, bajas... Un riesgo de desigualdad este acentuado por los efectos de la pandemia. Así, según la VIII encuesta elaborada por el Instituto BBVA de Pensiones⁶¹, «el ahorro previsional para la jubilación se halla más extendido entre los hombres (38%) que entre las mujeres (27%)». Esta diferencia, además, es mayor entre las personas de entre 50 y 64 años: un 52% de los hombres ha empezado a ahorrar para su retiro de la vida laboral, mientras que en las mujeres, la tasa es del 38%.

Cualquier reforma encaminada a garantizar la sostenibilidad de nuestro sistema de Seguridad Social, imprescindible por supuesto, no puede hacerse al margen del enfoque de género. La búsqueda de la eficacia y la eficiencia no puede dejar a un lado principios esenciales como el de solidaridad y el de suficiencia prestacional. Corregir la brecha existente entre mujeres y hombres se nos presenta, por tanto, como elemento fundamental para conseguir el que ha de ser el objetivo del sistema de Seguridad Social: garantizar una protección adecuada y suficiente frente a situaciones de necesidad y vulnerabilidad de la ciudadanía.

6. Bibliografía

AA.VV., *The future of women at work. Transitions in the age of automation*, McKinsey Global Institute, 2019

⁶⁰ S. ROMERO PEDRAZ, J. VARELA FERRÍO, *op. cit.*, p. 3.

⁶¹ J. CHULIÁ, L. VADILLO, *VIII Encuesta del Instituto BBVA de Pensiones. El impacto del COVID en las perspectivas de ahorro y jubilación*, BBVA, 2020.

- AA.VV., *Gender, Technology, and the Future of Work*, IMF Staff Discussion Note, 2018, SDN/18/07
- ARENAS RAMIRO M., *Brecha digital de género: la mujer y las nuevas tecnologías*, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2011, n. 4, pp. 97-125
- BALLESTER PASTOR M.A., *El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea*, en *Lex Social*, 2016, n. 1, pp. 72-93
- BALLESTER PASTOR M.A., *Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico*, en *Temas Laborales*, 2011, n. 112, pp. 51-90
- BENITO BENÍTEZ M.A., *La respuesta a la sostenibilidad del sistema español de Seguridad Social en clave de género*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2016, n. 1, pp. 124-151
- BLÁZQUEZ AGUDO E.M., *Trabajo de las mujeres y protección social*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019
- CASTAÑO C. (dir.), *La segunda brecha digital*, Cátedra, 2008
- CCOO, *La brecha de género en el sistema de protección social (desempleo y pensiones)*, 2018
- CEBRIÁN LÓPEZ I., MORENO RAYMUNDO G., *Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral*, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2015, n. 2, pp. 311-328
- CHULIÁ J., VADILLO L., *VIII Encuesta del Instituto BBVA de Pensiones. El impacto del COVID en las perspectivas de ahorro y jubilación*, BBVA, 2020
- COMISIÓN EUROPEA, *Women in Digital Scoreboard 2019 – Country Reports*, 2019
- DE LA FLOR FERNÁNDEZ M.L., *Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76, pp. 107-132
- ERRANDONEA ULAIZA E., *El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2016, n. 7, pp. 75-97
- GALLEGOS LOSADA R., *El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 403, pp. 19-54
- GARCÍA ROMERO B., *Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género prestacional*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 74, pp. 113-138

- GIL-JUAREZ A., VITORES A., FELIU J., VALL-LLOVERA M., [Brecha digital de género: una revisión y una propuesta](#), en [EKS](#), 2011, n. 2, pp. 25-53
- GONZÁLEZ RAMOS A.M., VERGÉS BOSCH N., MARTÍNEZ GARCÍA J.S., [Las mujeres en el mercado de trabajo de las tecnologías](#), en [Reis](#), 2017, n. 159, pp. 73-90
- GONZÁLEZ-PALENCIA JIMÉNEZ R., JIMÉNEZ FERNÁNDEZ C., [La brecha de género en la educación tecnológica](#), en [Ensaio](#), 2016, n. 92, pp. 743-771
- GRAU PINEDA M.C., RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S., *El impacto de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en el ordenamiento de la Seguridad Social: análisis de las principales medidas para compensar la brecha de género en el sistema de pensiones*, en *Documentación Laboral*, 2015, n. 103, pp. 145-171
- INE, [Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2020](#), nota de prensa 16 noviembre 2020
- LOUSADA AROCHENA J.F., [La reforma de la Seguridad Social desde una perspectiva de género](#), en [Aequalitas](#), 2012, n. 31, pp. 33-40
- MALDONADO MOLINA J.A., *La renovada prórroga de la legislación vigente antes de la Ley 27/2011 en materia de jubilación. Los Reales Decretos-Leyes 20/2018 y 28/2018*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2019, n. 432, pp. 29-59
- MARTÍN FERNÁNDEZ J., MARTÍNEZ CANTOS J.L., *Las brechas digitales de género en cifras: Descripción de la e-inclusión en España*, en C. CASTAÑO COLLADO, J. MARTÍN FERNÁNDEZ, S. VÁZQUEZ CUPEIRO, J.L. MARTÍNEZ CANTOS, *La brecha digital de género. Amantes y Distantes*, Universidad Complutense de Madrid, 2010
- MINISTERIO DE UNIVERSIDADES, [Datos y cifras del Sistema Universitario Español. Publicación 2019-2020](#), 2020
- MOLINA NAVARRETE C., *Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viuda o no) discriminado: ¿el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no cree en juzgar con perspectiva de género? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2020, n. 445, pp. 188-201
- OECD, [Pensions at a Glance 2011. Retirement-income Systems in OECD and G20 Countries](#), 2011
- RIVAS VALLEJO P., *Las prestaciones de género en las prestaciones de la Seguridad Social*, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 2017
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ S., *Brechas de género y transformación digital*, en *Revista de Derecho Social*, 2019, n. 88, pp. 199-218
- ROMERO PEDRAZ S., VARELA FERRÍO J., [Mujer & Tecnología](#), UGT, 2020

RON LATAS R.P., LOUSADA AROCHENA J.F., *Pensiones no contributivas en perspectiva de género: norma y realidad*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2017, n. 12, pp. 105-121

SÁINZ M., ARROYO L., CASTAÑO C., *Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2020

TARÍN QUIRÓS C., VILLAR GARCÍA J.P., *Las mujeres en la economía digital española. Trayectorias inspiradoras*, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, 2020

UGT, *La discriminación salarial más allá de la jubilación. Brecha salarial en las pensiones de jubilación*, 2019

VICENTE PALACIO A., *En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social*, en *Lan Harremanak*, 2011, n. 25, pp. 191-229

VILLAR CAÑADA I.M., *¿Y qué hay de la brecha de género en el sistema de pensiones? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18*, en *e-Revista Internacional de Protección Social*, 2020, n. 1, pp. 288-298

VILLAR CAÑADA I.M., *Seguridad Social e igualdad por razón de género tras la Ley 27/2011 de reforma de las pensiones: el Sistema Especial de Empleadas/os de Hogar*, en *Relaciones Laborales*, 2011, n. 2, pp. 591-610

Algunas notas críticas sobre el complemento por maternidad para las pensiones contributivas del art. 60 LGSS*

Francisco VIGO SERRALVO**

RESUMEN: Es este un comentario sobre la controversia suscitada alrededor del complemento sobre las pensiones contributivas que se contiene en el art. 60.1 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Más concretamente, comentaremos la particular causa que el Legislador invocó para extender el derecho a este complemento exclusivamente a las mujeres y la forma en la que tal discriminación ha sido reprobada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un pronunciamiento controvertido, cuyas consecuencias sobre el ordenamiento jurídico español tratamos de descifrar.

Palabras clave: Pensiones, mujer, maternidad, discriminación positiva, igualdad de trato.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breves notas sobre el ámbito objetivo y subjetivo de la norma. 3. La justificación de la norma: su verdadero aspecto controvertido. 4. Elucubración propia sobre la elección de esta tan singular causa justificativa. 5. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: asunto *WA*. 6. Reacciones en la doctrina científica al pronunciamiento del TJUE y valoración particular. 7. Impacto del asunto *WA* en la doctrina judicial española y posibilidades de enmienda legislativa. 8. Epítome. 9. Bibliografía.

* El presente artículo proviene de la ponencia *El régimen jurídico del complemento por maternidad de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social. Aspectos críticos*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Profesor interino, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

Some Critical Notes on the Maternity Supplement for Contributory Benefits of the Article 60 of the General Social Security Act

ABSTRACT: This is a comment on the controversy raised around the supplement on contributory pensions contained in the article 60.1 of the Royal Legislative Decree 8/2015, of 30 October, approving the restated text of the General Social Security Act. More specifically, we will comment on the particular cause that the Legislator invoked to extend the right to this supplement exclusively to women and the way in which such justification has been rejected by the Superior Court of Justice of the European Union in a controversial ruling, and whose consequences on the Spanish legal system we try to decipher.

Key Words: Pensions, women, maternity, positive discrimination, equal treatment.

1. Introducción

En este comentario se exponen sucintamente algunas de las ideas contenidas en la ponencia con la que tuvimos el privilegio de participar en el II Congreso sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora, celebrado en la Universidad de Málaga (por causas sobrevenidas e indeseadas, en modalidad virtual). Con carácter previo a exponer el contenido de las mismas, quisiéramos expresar una franca felicitación a sus promotores, la profesora Aragüez Valenzuela y el profesor Gómez Salado. Felicitación que es a su vez un agradecimiento por la posibilidad que nos dieron de participar en esta actividad al que concurrió doctrina de muy acreditada solvencia.

Dicho lo anterior, y en cuanto a lo que este comentario se refiere, tratamos aquí de acercarnos a la controversia jurídica suscitada alrededor del complemento por maternidad que se prevé en el art. 60 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), para las pensiones contributivas de incapacidad, jubilación y viudedad. Este es un precepto que, desde antes de su promulgación, ya excitó algunos recelos entre la doctrina científica, sobre todo por la particular justificación con la que el Legislador legitimó su aplicación exclusiva sobre el género femenino: La aportación que las madres habían hecho al sistema demográfico. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (asunto *W4*) reavivó este polémico asunto, al declarar el carácter discriminatorio de este precepto y su contrariedad al Derecho de la UE.

Es este un pronunciamiento judicial sumamente importante cuya proyección sobre nuestro ordenamiento aún no somos capaces de calibrar. Además, hemos detectado entre un concurrido sector doctrinal una profunda desafección con el razonamiento que se contiene en esa sentencia. Nosotros aquí tratamos exponer los términos esenciales de esta controversia y ofrecer nuestro particular punto de vista sobre la misma. Punto de vista que, ya adelantamos, será afín al fallo del TJUE y quedará en todo caso constreñido a las cuestiones técnico-normativas relacionadas con este complemento, omitiendo así cualquier valoración sobre la oportunidad o legitimidad política del mismo.

Por lo demás, y como aclaración excusadora, queremos indicar que la elección de esta temática para el precitado congreso se hizo en el mes de diciembre de 2019, cuando el TJUE emitió su controvertido criterio y cuando este asunto, por tanto, carecía de cualquier abordaje doctrinal. La postergación del congreso desde la fecha inicialmente prevista – por motivos vinculados a la Covid-19 – ciertamente le resta candencia a este

comentario y, sobre todo, originalidad, ya que desde la fecha se han emitido pronunciamientos doctrinales muy valiosos que analizan en profundidad esta novedosa doctrina judicial y que aquí no estamos en condiciones de mejorar. En consideración, tratando de evitar superfetaciones banales, le daremos en nuestro análisis mayor prioridad a las cuestiones críticas en las que nuestro particular punto de vista puede tener mejor cabida, devaluando así el contenido más descriptivo del asunto que ya, como decimos, ha sido rigurosamente abordado.

2. Breves notas sobre el ámbito objetivo y subjetivo de la norma

En la medida que la difusión internacional de esta revista hace que, eventualmente, quien nos lea no esté del todo familiarizado con el precepto que aquí comentamos, resulta pertinente dedicar unas breves líneas propedéuticas que nos servirán además de base para el resto de la exposición. Y ello, sin perjuicio de remitir al lector interesado a la literatura precedente que ha abordado este asunto con el mayor tigor¹.

Para este fin, permítasenos la reproducción parcial del primer apartado de dicho precepto, que es en donde reside su principal aspecto controvertido:

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

¹ Sin vocación de exhaustividad: R. GRANELL PÉREZ, C. SALVADOR CIFRE, [Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias](#), en [CIRIEC España, 2020, n. 98](#), pp. 287-322; M.A. BALLESTER PASTOR, [El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea](#), en [Lex Social, 2016, n. 1](#), pp. 72-93; J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ HINESTA, *Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)*, en [Revista de Derecho de la Seguridad Social, 2020, n. 22](#), pp. 13-24; M.A. VICENTE PALACIO, [Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad \(de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género\). STSJ Canarias-SOC n. 44/2020, de 20 de enero](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral, 2020, n. 4](#), pp. 1-10; P. RIVAS VALLEJO, [La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad](#), en [ibidem, n. 1](#), pp. 1-11; C. GALA DURÁN, *El incierto futuro del “complemento por maternidad” tras la STJUE de 12 diciembre de 2019 (asunto WA)*, en [La Administración Práctica, 2020, n. 4](#), pp. 61-68.

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

- a) en el caso de 2 hijos: 5%;
- b) en el caso de 3 hijos: 10%;
- c) en el caso de 4 o más hijos: 15%.

Como puede apreciarse, el ámbito objetivo de esta norma se extiende a casi todas las pensiones contributivas de la Seguridad Social, concretamente a las pensiones de incapacidad permanente – en cualquiera de sus grados –, de jubilación y de viudedad. Esta limitación del ámbito objetivo no es demasiado polémica, aunque doctrinalmente se han expresado algunos recelos a la introducción de la pensión de viudedad² – cuestión sobre la que tendremos ocasión de volver – y, particularmente, nos llama la atención la exclusión de las otras pensiones contributivas de la Seguridad Social, la de orfandad y la pensión en favor de familiares, sobre todo si atendemos a que estas, eventualmente, también pueden configurarse como una prestación vitalicia. En realidad, si atendemos al genuino espíritu de la norma, tampoco queda del todo justificado, en términos de razonabilidad, la no aplicación de este complemento a los subsidios o a las pensiones no contributivas. En cualquiera de los casos esta es una opción legislativa, condicionada quizás por la disponibilidad presupuestaria, que no excita demasiada controversia jurídica.

Cuestión ya distinta es la limitación del ámbito subjetivo que se hace en este mismo apartado. Según su literalidad, este complemento se reconocerá exclusivamente a las madres, biológicas o por adopción. *A sensu contrario*, quedan excluidos de su ámbito subjetivo todos los varones, inclusive los progenitores masculinos unidos en una relación homosexual. Más veladamente, quedan excluidas las madres de un solo hijo y, por la ausencia de efectos retroactivos de la norma, todas aquellas madres que ya eran pensionistas antes del 2016; precisamente, y de manera no poco paradójica, «las generaciones de mujeres que han tenido más hijos que las siguientes, siendo las más afectadas por estructuras laborales y familiares más

² M.A. BALLESTER PASTOR, *El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación a la contribución demográfica*, en AA.VV., *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, 2017, p. 539. Esta misma profesora expresaba su discrepancia con esta inclusión en M.A. BALLESTER PASTOR, [*El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea*](#), cit., p. 76.

desfavorables y para las que la brecha de género en la pensión es superior»³. No entramos, como decimos, en los otros apartados de este extenso artículo que regulan la forma en la que se calculará el importe del complemento en algunos supuestos especiales, v.gr. cuando la pensión inicial se ubicase por debajo del importe de las pensiones mínimas o por encima del de las pensiones máximas. Soslayamos también otras discusiones jurídicas menores suscitadas sobre la interpretación de este precepto, v.gr. sobre si el mismo debería reconocerse en caso de muerte prematura del hijo⁴ o en caso de que el mismo fuese dado en adopción⁵ y sobre la constitucionalidad de su inaplicación en casos de jubilación anticipada⁶.

3. La justificación de la norma: su verdadero aspecto controvertido

Con todo, la discriminación – positiva o no, ahora se verá – en favor del género femenino no es del todo trasgresora, ya que nuestro ordenamiento jurídico, ora nacional, ora comunitario, ya reconoce determinados derechos o beneficios en favor exclusivo de la mujer, v.gr., la prestación no contributiva de maternidad (art. 181 LGSS), la prestación de riesgo durante embarazo y durante la lactancia (arts. 186-189) y la cotización ficticia de 112 días (art. 235).

Será así la justificación de esta discriminación lo que supone «la mayor peculiaridad de este complemento» y, como veremos, la raíz de toda la controversia que se ha suscitado alrededor del mismo⁷. Remitiéndonos nuevamente a la literalidad del precepto, esta diferencia de trato se fundamentaba en la contribución de las mujeres madres al sistema demográfico. Se quería, por esta vía: «el reconocimiento social de la maternidad por su contribución real al sistema de pensiones, considerando la maternidad como cotización demográfica, utilizando un criterio de contributividad ampliada»⁸.

Tal criterio fue severamente criticado por la doctrina desde los primeros

³ R. GRANELL PÉREZ, C. SALVADOR CIFRE, *op. cit.*, p. 300.

⁴ Sobre este asunto se ha dado alguna controversia judicial, estando a favor de su reconocimiento SSTS Galicia 7 diciembre 2018, Rec. 2819/2018, o Aragón 20 marzo 2019, Rec. 116/2019, y, en sentido contrario STSJ Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) 11 septiembre.

⁵ *Vid.* Criterio de gestión INSS 1º febrero 2018, n. 1.

⁶ Auto del Pleno del TC 16 octubre 2018, n. 114.

⁷ C. GALA DURÁN, *op. cit.*

⁸ R. GRANELL PÉREZ, C. SALVADOR CIFRE, *op. cit.*, p. 292.

meses de andadura de esta norma⁹. Esta crítica doctrinal tuvo una doble dimensión:

- a) una, de naturaleza técnico-legislativa, en la que se cuestionaba la corrección jurídica de esta causa de discriminación;
- b) otra, de naturaleza ahora moral, o al menos estética, en la que se ha censurado «el disfraz de “*premio a la procreación a favor del sistema*”» que «era rancio, tendencioso en cuanto al papel de la mujer, en cuanto al familia a la que se dirigía»¹⁰.

Nos alineamos con este parecer para expresar que esa justificación siempre nos ha sugerido una velada cosificación de la mujer y una directa perpetuación de roles, al premiar la función reproductiva en la mujer, como si esta fuese una función propia del género femenino.

Así las cosas, es necesario preguntarse por qué el Legislador acude a un subterfugio tan inusual, pudiendo haber invocado las más ortodoxa y pacífica diferencia de trato que han experimentado las madres a lo largo de su trayectoria profesional. Y es que, como se ha señalado la doctrina, y como tendremos de comprobar *infra*, esta concreta fundamentación ha sido “clave” en la resolución del TJUE que sentenciaba el carácter discriminatorio de este complemento. Sin mucho esfuerzo dialectico, se podría haber justificado esta medida como un corrector del desigual reparto en las tareas domésticas que históricamente hemos conocido y, aunque cada vez en menor intensidad, seguimos conociendo, aludiendo a la consecuente merma en las carreras de cotización para el género femenino que esa desigualdad histórica provoca. Esta era una causa de justificación que, como decimos, ya has sido avalada por nuestra doctrina judicial y científica y que aparece refrendada por multitud de datos estadísticos¹¹.

La omisión de esta causa nos resulta con mayor razón reseñable si reparamos en que en las discusiones parlamentarias que alumbraron este complemento sí se explicitó que con el mismo se pretendía corregir tales desigualdades históricas. Concretamente, según la enmienda n. 4242 del

⁹ Por todas, R. GALLEGOS LOSADA, *El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 403, p. 19-54; M.L. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, *Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76, pp. 107-132.

¹⁰ R. VIDA FERNÁNDEZ, [*Prestaciones de seguridad social. Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: punto final a una medida mal planteada pero necesaria. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(Sala Primera\), de 12 de diciembre de 2019. Asunto C-450/18*](#), en *Temas Laborales*, 2020, n. 152, p. 327.

¹¹ *Vid.* UGT, [*La discriminación salarial más allá de la jubilación. Brecha salarial en las pensiones de jubilación*](#), 2019.

Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados entre las distintas finalidades que con el mismo se perseguían estaban, amén del reconocimiento a la contribución demográfica de las madres, dar cabida a la dimensión de género en materia de pensiones, aminorando la proyección sobre estas de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres, así como rebajar la brecha de género en de las pensiones, cumpliendo así las recomendaciones de la Unión de las instituciones comunitarias¹². Estas mismas finalidades estaban previstas en el *non nato* proyecto de Real Decreto para la aplicación y desarrollo del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la seguridad social. En esta frustrada norma se presentaba el objeto de dicho complemento como el de «reducir las consecuencias de la discriminación sufrida históricamente por las mujeres y colaborar en la disminución de la brecha de género que desde el ámbito laboral se traslada al de las pensiones de la Seguridad Social»¹³.

Ninguna de estas justificaciones, ni otras de similar tenor, trascendieron finalmente al texto definitivo de la norma¹⁴. Empleando una técnica legislativa un tanto heterodoxa, introduciendo la motivación de la norma en el propio articulado – y no en su sede natural, que sería el preámbulo – el art. 60 LGSS señala una única razón de ser de este precepto: el reconocimiento – o premio, si se prefiere – a las mujeres por su aportación demográfica. Subrayamos este aspecto porque algunos intérpretes de la norma, como el Tribunal Constitucional¹⁵ o, en otro ámbito, el Instituto Nacional de la Seguridad Social¹⁶, han querido ver en el art. 60 LGSS un

¹² M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18)*, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2020, n. 6. Esta A. a su vez toma esta referencia de M.B. GARCÍA ROMERO, *Las Responsabilidades Familiares ante el Sistema de Protección Social: Desafíos y Respuestas*, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, E. GARRIDO PÉREZ (dirs.), *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, 2015, pp. 93 ss.

¹³ El texto íntegro del borrador de la norma se encuentra recogido en el [Real Decreto para la aplicación y desarrollo del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social](#), 6 agosto 2018.

¹⁴ «Sin embargo, tan amplios objetivos no se reflejan finalmente en el Preámbulo de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del Estado para 2016, que parece que atribuye al mismo una finalidad única: premiar a las beneficiarias de las pensiones contributivas por su contribución demográfica a la Seguridad Social; un concepto que se presume objetivo y alejado de situaciones de necesidad efectivas» (M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *op. cit.*).

¹⁵ Auto del Pleno del TC n. 114/2018, cit.

¹⁶ Criterio de gestión INSS n. 1/2018, cit., a tenor del cual el complemento «es una medida de acción positiva que persigue, en último término, la igualdad material entre mujeres y

intento de compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores¹⁷. Esta interpretación teleológica nos parece sin embargo voluntariosa y, sobre todo transgresora de la inopinable literalidad del precepto analizado.

4. Elucubración propia sobre la elección de esta tan singular causa justificativa

La pregunta que lanzábamos, por tanto, sigue sin respuesta: ¿por qué el Legislador acude finalmente a esta fundamentación, despreciando las otras alternativas que se barajaron y que hubiesen resultado mucho menos controvertidas? Pues si tuviésemos que emitir una opinión particular y en un esfuerzo por otorgarle a esta decisión legislativa alguna lógica, creemos que la misma pudo buscar extender el reconocimiento de este complemento a las beneficiarias de la pensión de viudedad. Expliquemos esta elucubración con algo más de detalle.

Si este complemento se hubiese fundamentado sobre la ya asumida desigual carrera de cotización de las mujeres, no hubiera podido aplicarse, no al menos con coherencia, sobre la pensión de viudedad, ya que esta toma como referente, en última instancia y en caso de uniones heterosexuales, la vida profesional de un varón. Tal y como está configurado en la actualidad este complemento, como algún sector doctrinal ha censurado, viene a compensar la carrera de cotización de un sujeto que no se habría visto afectado por los perjuicios sociales que han padecido las mujeres, *qua* mujeres¹⁸. Pero, como decimos, la aplicación del complemento sobre esa pensión resulta congruente con la justificación dada por el Legislador. Si

hombres con el objeto de evitar los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las primeras con motivo de asumir una mayor dedicación en el cuidado y educación de los hijos (brecha salarial, “techo de cristal”, mayor parcialidad en el empleo, mayores períodos de interrupción de la vida laboral por cuidados de hijos, etc.). Esta situación tiene efectos negativos directos en la promoción profesional y en las retribuciones que perciben las trabajadoras y, por tanto, efectos negativos indirectos en la cuantía de sus pensiones futuras, cuyo cálculo se va a efectuar a partir de dichas retribuciones. Por ello, la compensación va dirigida exclusivamente al colectivo de mujeres y se extiende no solo a las madres biológicas sino también por adopción».

¹⁷ Auto del Pleno del TC n. 114/2018, cit.

¹⁸ Por todas, M.A. BALLESTER PASTOR, *El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación a la contribución demográfica*, cit.

por el contrario la justificación de la norma hubiese sido otra, si se hubiesen invocado las dificultades históricas que han encontrado las madres para el acceso al trabajo, esta extensión a la pensión de viudedad de una mujer (pareja de un varón) sería improcedente.

En nuestra opinión – e insistimos: en un esfuerzo por indagar la razonabilidad subyacente en el proceder legislativo – creemos que este complemento buscaba el objetivo político más directo de aminorar la brecha de género en las pensiones, equiparando el poder adquisitivo de hombres y mujeres. Al acometer esta empresa se constataría que era la pensión de viudedad la que más incidencia tenía – y tiene – entre el género femenino, por delante incluso de la pensión de jubilación¹⁹, y que hasta el 92,5% de las pensiones de viudedad estaban en el año 2016 reconocidas en favor de mujeres²⁰.

Así las cosas, el pretendido objetivo de equiparación del poder adquisitivo intergéneros en las pensiones contributivas requería operar también sobre la pensión de viudedad que, por su propia configuración, además, resultará por lo general notablemente inferior a la pensión contributiva de jubilación, que es la que disfrutaban en mayor porcentaje los varones²¹. En esta línea el Legislador ya había efectuado otras reformas tendentes a mejorar el régimen de la pensión de viudedad, sobre todo en las mujeres de mayor edad, para promover esa equiparación²². Con el complemento que analizamos, y más bien con su extravagante justificación, quizás se quiso, bienintencionadamente, transitar esa senda, aunque de manera algo forzada. Seguidamente vamos a ver el reproche comunitario que tal justificación ha merecido y, más adelante, las posibles consecuencias de ese reproche, entre las que cabría imaginar un efecto totalmente contrario al buscado políticamente: la extensión de este complemento a los varones, ahondando así en la brecha de género existente.

¹⁹ Según los datos históricos recopilados por el INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, *Mujeres en Cifras – Empleo y Prestaciones Sociales – Pensiones contributivas*, en www.inmujer.gob.es, en el año 2016, fecha de entrada en vigor de este complemento, había un total de 2.181.509 mujeres pensionistas de viudedad, y 2.125.984 pensionistas de jubilación.

²⁰ *Idem*.

²¹ 62,1% nuevamente según datos de 2016 (*Idem*).

²² Véase el incremento progresivo de las pensiones de viudedad a partir de los 65 años que introdujo la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

5. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: asunto WA

El pronunciamiento que abordamos²³ surge a partir de la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de lo social n. 3 de Girona, donde se dirimía la reclamación de este complemento por parte de un beneficiario varón de incapacidad permanente, el Sr. W.A. El órgano remitente se cuestionaba la conformidad del art. 60 LGSS con el Derecho de la UE, en la medida que el concepto de “aportación demográfica a la Seguridad Social” que en este se recoge es igualmente aplicable a hombres y mujeres. Se cuestionaba así la legitimidad de la discriminación que la norma nacional introduce y que sería, eventualmente, contraria al principio de igualdad de trato que se consagra en el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social y que, como es sabido, sanciona toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en lo relativo al cálculo de las prestaciones de la Seguridad Social.

El TJUE confirma la hipótesis del órgano remitente y, por ende, el carácter discriminatorio del precepto cuestionado por entender que tal desigualdad de trato carece de fundamento. La posición del Estado español, defendida por el Abogado del Estado y la Letrada del INSS, invocó, entre otros, el art. 7, apartado 1, letra *b*, de la Directiva 79/7, el cual faculta a los Estados miembros a excluir de su ámbito de aplicación las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. Frente a este alegato, el TJUE recuerda que el art. 60 «no supedita la concesión del complemento de pensión en cuestión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos, sino únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos».

Este es precisamente el núcleo de la *ratio decidendi* de la sentencia: la concisa causa de justificación que invocó el legislador español para otorgar este complemento. Por el tenor de la sentencia intuimos que, si la causa de justificación hubiese sido otra, o si hubiese sido más abierta, el sentido de su fallo bien pudiera haber sido distinto. Según se lee en sus considerandos 57, 58 y 59, cuya transcripción íntegra nos permitimos:

57. Pues bien, en el caso de autos, el art. 60, apartado 1, de la LGSS no

²³ STJUE 12 diciembre 2019, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, asunto C-450/18.

contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto.

58. En particular, se concede dicho complemento a las mujeres que hayan adoptado dos hijos, lo que indica que el legislador nacional no pretendió limitar la aplicación del art. 60, apartado 1, de la LGSS a la protección de la condición biológica de las mujeres que hayan dado a luz.

59. Además, como señaló el Abogado General en el punto 54 de sus conclusiones, esta disposición no exige que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que no se cumple el requisito relativo a que hayan disfrutado de un permiso de maternidad. Este es el caso, concretamente, cuando una mujer.

Si atendemos a este verbatim, constataremos que el reproche del TJUE se dirige a subrayar que ninguna de las justificaciones tradicionales en las que se ha sustentado la discriminación positiva en favor de la mujer – y que fueron alegadas por la Administración española en el pleito – son las que fundamentan el complemento objeto del litigio. En ausencia de esas causas de legitimación, la única que verdaderamente trascendió al articulado de la norma es, a juicio del TJUE, ineficaz para amparar esta diferencia de trato. Por otro lado, según veremos a continuación, un aspecto sumamente relevante de esta sentencia para valoración del impacto que esta debería tener es la concreta redacción de su fallo. Se lee en el mismo:

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

Como puede comprobarse, más allá de declarar el carácter discriminatorio de ese complemento y la transgresión que este hace de la normativa europea, no se concreta el sentido en el que esa carencia debe subsanarse. Así y en los términos más simples, resulta imposible determinar si esta conclusión obliga a declarar la nulidad del precepto y, por tanto, su inaplicación radical, o si, en sentido totalmente opuesto, obliga a una lectura inclusiva del mismo que extienda sus efectos a los varones progenitores.

Como veremos más adelante, esta segunda lectura es la que han acogido, por el momento, los órganos judiciales españoles.

6. Reacciones en la doctrina científica al pronunciamiento del TJUE y valoración particular

Entre la doctrina científica este pronunciamiento judicial ha sugerido diferentes pareceres²⁴. Algún sector doctrinal se ha mostrado bastante crítico con esta decisión. Citamos en este sentido una acerada recusación al mismo efectuada por la profesora Martínez Barroso²⁵:

La tesis del TJUE ignora una realidad histórico-social que la norma española pretendía paliar en cierta medida, y que viene determinada por el hecho de que los menores salarios y las mayores lagunas de cotización en las carreras profesionales son patrimonio quasi exclusivo de las mujeres, y que en su mayor parte vienen causadas por la maternidad, identificada de manera realista con periodos que no quedan reducidos a las semanas propias de descanso maternal (o adopción), sino a un tiempo notablemente superior de sus vidas, por la perpetuación de los roles de género. Como con acierto considera la doctrina, el reduccionismo en el que incurren los miembros de la Sala Primera, los Sres. M. Safjan y L. Bay Larsen y la Sra. C. Toader, es estimar que el objetivo de la norma española se reduce a compensar por los periodos ligados al disfrute de los permisos por maternidad. Y tal reduccionismo no puede sino conducir a una conclusión tan extravagante como considerar que los hombres resultan discriminados por esta norma, porque ellos también han contribuido demográficamente, y porque, eventualmente, también podrían verse perjudicados por su condición de padres. Dicha interpretación “formalista” lleva a la “esperpéntica” consideración de entender discriminatoria una medida que pretende compensar a las mujeres españolas por su tradicional exclusión del mercado laboral para asumir las tareas familiares, obviando, asimismo, el contexto histórico al que obedece la norma.

Con similar cariz crítico, en opinión ahora la profesora Ramos Quintana²⁶ esta resolución del TJUE:

²⁴ Por todos, seleccionado solo los comentarios más críticos con dicha resolución judicial: M.A. VICENTE PALACIO, *op. cit.*; P. RIVAS VALLEJO, *op. cit.*; M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *op. cit.*

²⁵ M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *op. cit.*

²⁶ M.I. RAMOS QUINTANA, *El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 61, p. 15.

termina por dinamitar la acción positiva dirigida en exclusiva a las mujeres que, en períodos históricos precedentes y aun en la actualidad, no están en igual posición que los varones en el sistema de Seguridad Social, particularmente por la tenencia y cuidado de sus hijos e hijas.

En nuestra opinión la comprensible frustración que puede producir este pronunciamiento debe necesariamente canalizarse hacia el Legislador antes que al TJUE. Sin perjuicio de que *obiter dictum* el tribunal de Luxemburgo inserte algunas apreciaciones sobre la corresponsabilidad paternal harto discutibles²⁷ – que es lo que este sector doctrinal crítico más ha subrayado –, el sentido del fallo nos parece la consecuencia más lógica al empleo de una técnica de confección normativa sumamente deficiente. Véase que incluso con anterioridad a la promulgación de la controvertida norma, algún exponente doctrinal ya barruntó «su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea»²⁸. Así, otros exponentes de nuestra doctrina, con los que nos alineamos, han resaltado la predictibilidad de esta decisión del TJUE y cargan sus tintas contra el Legislador:

No ha sorprendido, ni tampoco era difícil adivinar el fallo a la cuestión prejudicial planteada, decisión por lo demás que se comparte y que ya había sido cuestionada por algún sector de la doctrina científica. Este complemento por maternidad o aportación demográfica responde a una política de legislar “a borbotones” y “aluvional”, más preocupada del impacto mediático de la medida elegida que de una nítida y coherente protección a la familia, a la maternidad, a la lucha contra la denominada “brecha de género”²⁹.

Y es que, según estimamos en el análisis de esta relevante sentencia deben depreciarse todas buenas intenciones que queramos atribuirle al Legislador con la introducción de este complemento y todas las justificaciones del mismo que se aludieron en su tramitación parlamentaria. Al texto definitivo de la norma solo trascendió una: la contribución de las madres al sistema demográfico. Ni tan siquiera, subrayamos, se reconocen por esta vía las

²⁷ Considerando 53: «En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 66 de sus conclusiones, la existencia de datos estadísticos que muestren diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y las pensiones de los hombres no resulta suficiente para llegar a la conclusión de que, por lo que se refiere al complemento de pensión controvertido, las mujeres y los hombres no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores».

²⁸ M.A. BALLESTER PASTOR, [El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea](#), cit.

²⁹ J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ HINESTA, [op. cit.](#), pp. 20-21.

labores de cuidado y atención de los hijos, sino la más elemental procreación o adopción. Comoquiera que en esa función reproductiva o adoptiva intervienen por igual hombres y mujeres, la discriminación que contempla el art. 60 LGSS carece de cualquier fundamento. Al decir eso, insistimos en que estamos convencidos de que el Legislador, intencionalmente, no quiso configurar este complemento como un *premio a la procreación*, pero, por cualquiera que sea la causa – aquí hemos señalado una hipótesis –, la redacción empleada obliga a interpretarlo así. Si esta extravagante justificación de la norma se hubiese omitido, o incluso si se hubiese ubicado en su contexto más natural, la exposición de motivos, acaso habría tenido cabida una interpretación teleológica más abierta y quizás este precepto no hubiese obtenido reproche judicial alguno.

7. Impacto del asunto WA en la doctrina judicial española y posibilidades de enmienda legislativa

Para concluir, resta por conocer la incidencia que el fallo del TJUE ha tenido hasta el momento en la doctrina judicial española. Solo hemos tenido conocimiento de dos sentencias recaídas sobre el particular desde aquel pronunciamiento del TJUE: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, de Islas Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de fecha 20 de enero de 2020, n. 44/2020, y la del Juzgado de lo Social n. 3 Gerona de fecha 13 de marzo de 2020, n. 79/2020. Sendas resoluciones contienen un criterio similar al estimar ambas la acción del pensionista varón «e inaplicar la restricción por razón de sexo contenida en el art 60 de la LGSS» reconociéndole a aquel el derecho al complemento que en este precepto se regula.

A nuestro modo de ver, y en los más respetuosos términos de porfía académica, estas resoluciones judiciales – al igual que algún sector de la doctrina científica³⁰ – hacen una interpretación algo voluntariosa del fallo del TJUE. Si reparamos en el contenido literal de este, veremos que se limita a declarar el carácter discriminatorio del complemento y, por ende, su contrariedad a la normativa comunitaria. Esta declaración no lleva de manera ineluctable a la extensión de ese complemento a los varones, sino que hay otras formas de corregir esa discriminación, la más radical, por

³⁰ «Apartándose de esta línea de construcción hermenéutica extiende su alcance a los varones en todos los supuestos y de forma completamente uniforme con respecto a las mujeres, sin llegar a deducir elementos de diferenciación dignos de ser tenidos en consideración, como la contrastada brecha de las pensiones de las mujeres» (M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *op. cit.*).

ejemplo, pasaría por la supresión del art. 60 LGSS. Como prudentemente ha señalado otro exponente de la doctrina en uno de los primeros análisis de la sentencia: hay que «tener presente que la adaptación de dicho precepto a lo establecido en la sentencia requiere de una modificación normativa que todavía no se ha producido, aunque, como ha señalado el Ministro de Seguridad Social, Asuntos Sociales y Migraciones recientemente, se está trabajando en ello»³¹. Coincidimos con este parecer al entender que del fallo del TJUE solo puede deducirse un llamado al Legislador, pero no una interpretación concreta del art. 60 LGSS que incorpore en su ámbito subjetivo de aplicación a los varones.

Particularmente nos atreveríamos a señalar hasta cuatro derroteros que esta reforma legislativa podría transitar:

- 1) el más simple, en cuanto al grado de reformulación normativa que exige, sería reconocer por igual este complemento a todos los varones que tengan dos o más hijos. En ese caso, de pervivir ambos progenitores, tanto el padre como la madre tendría idéntico derecho a este complemento, sin perjuicio de las variaciones debidas a la existencia de hijos en otra relación sentimental. Esta simpleza técnico-normativa contrasta sin embargo con las dificultades presupuestarias que encuentra esta opción. Aunque creemos que no se han efectuado estimaciones sobre el impacto económico de esta hipotética reforma – no al menos que hayan trascendido – si tenemos en cuenta que en España desde 2016 se han reconocido 166.407 nuevas pensiones en favor de varones, y si tomamos como referente el importe medio de estas pensiones, 1.317,33 € podemos hacer un cálculo muy grosero³². Estimando que estos pensionistas se situarían en el tramo medio del complemento, el 10%, el gasto anual a asumir sería hoy de 306.898.106 €. Si este montante económico es difícilmente asumible en una situación ordinaria, menos aun en una catastrófica situación post-pandemia cuyo fondo, en lo que se refiere a sus derivadas económicas, aún no hemos conocido;
- 2) en sentido totalmente opuesto, otra alternativa sería la supresión del complemento, lo cual sería una medida sumamente impopular electoralmente hablando y, por tanto, la descartamos en la actual situación de inestabilidad política y minorías parlamentarias;
- 3) como una solución intermedia entre las dos anteriores, podría admitirse el derecho a este complemento a ambos progenitores, pero limitándolo a un único reconocimiento por cada unidad familiar. Dentro de esta línea

³¹ C. GALA DURÁN, *op. cit.*

³² Tomamos datos de enero de 2016 y enero de 2020, accesibles en SEGURIDAD SOCIAL, *Histórico de estadísticas de pensiones publicadas*, en www.seg-social.es.

se abren varias posibilidades a la hora de determinar cómo se repartirá ese complemento. Puede ser de mutuo acuerdo entre ambos progenitores y, en caso de disputa, se podría reconocer el derecho a uno de ellos, posiblemente a la madre como ocurre con el beneficio por cuidado de hijos *ex art. 236, § 3º, LGSS*. También podría crearse un complemento único a repartir alicuotamente entre ambos;

- 4) finalmente, se nos ocurre que podría también mantenerse este reconocimiento en favor de las mujeres, pero reformulando su justificación, invocando en este sentido la menos controvertida desigualdad en el mundo profesional que impone la maternidad. Esta última posibilidad nos parece empero algo torticera y dejaría al Legislador español en una posición precaria en cuanto a legitimidad se refiere. Creemos que no sería del todo riguroso – al menos estético – mantener una institución ya reprobada, dándole una fundamentación muy distinta a la inicial.

Por último, antes de cerrar y desde una óptica netamente pragmática, nos preguntamos por las posibilidades que se abren para los particulares con este pronunciamiento del TJUE. Con un acotamiento más preciso, nos estamos refiriendo al varón al que le haya sido reconocida algunas de las pensiones que se enumeran en el art. 60 LGSS con posterioridad al año 2016. Y es que el fallo del TJUE, siendo indeterminado en lo que atañe a las consecuencias que deben de seguirse del mismo, sí que es categórico en la declaración que hace al calificar este complemento como discriminatorio y, por tanto, contrario a la normativa comunitaria, principalmente a la Directiva 79/7/CEE. En consecuencia, se está afirmando que por parte del Legislador español ha existido una deficiente transposición de esa directiva y, lo que es más gravoso, que durante todo el tiempo en el que este complemento se ha reconocido exclusivamente a las mujeres, las instituciones nacionales han estado proporcionando un trato discriminatorio a los varones que se hallaban en una situación equiparable. Esta apreciación, que creemos que no es declamatoria, nos lleva a preguntarnos por la eventual responsabilidad que el varón pensionista puede dirigir contra esas instituciones nacionales. No nos referimos ya a la posibilidad de que se les reconozca ahora, con efectos *ex nunc*, este complemento (lo cual ya ha sido admitido por los órganos judiciales nacionales en las dos resoluciones denantes referidas), sino a la posibilidad de demandar una reparación equivalente al importe de la pensión dejada de percibir por esta actuación discriminatoria. La respuesta más inmediata que nos sugiere esta pregunta es la posible responsabilidad directa del Estado español por la deficiente transposición de la directiva, pero ese es un sendero proceloso, ya que aquí entran en juego la prescripción de la posible

acción y la firmeza de los actos administrativos que, en su momento fueron pacíficamente aceptados. Aunque no emitiremos sobre este particular una respuesta concreta, sí insistimos en que lo que se estaría reclamando por esta vía no es, en sentido estricto, el reconocimiento retroactivo de este complemento, sino la responsabilidad patrimonial derivada de la conducta discriminatoria mantenida por la Administración.

8. Epítome

Para cerrar, ofrecemos una sintética recapitulación de las ideas que hemos introducido en este comentario, a saber:

- que el complemento por maternidad sobre las pensiones contributivas del art. 60 LGSS se reconoce exclusivamente a las mujeres madres por la contribución que estas han hecho al sistema demográfico. Aunque en los debates parlamentarios sobre este precepto se invocaron otras causas de fundamentación, solo aquella trascendió al articulado definitivo;
- por esta causa, amén de otros déficits técnico normativo de menor enjundia, este precepto encontró un temprano reproche por parte de la doctrina científica;
- tratando de encontrar una justificación razonable a esta extravagante justificación, según una elucubración propia, creemos que podría pretenderse con ella hacer extensible este complemento sobre las pensiones de viudedad, preponderante en el género femenino. Así se buscaría aminorar la brecha entre hombres y mujeres en el poder adquisitivo de los pensionistas. Si se hubiese acudido a una justificación más ortodoxa – los históricos roles de género que provocan una merma en la carrera de cotización de las mujeres madres – tal complemento no se podría haber reconocido sobre las mujeres beneficiarias de una pensión de viudedad;
- el TJUE ha declarado este complemento como discriminatorio y contrario a la normativa de la UE, y ello por entender que la contribución al sistema demográfico es promovida igualmente por hombres y mujeres. Esta doctrina judicial ha excitado reacciones enfrentadas en la doctrina científica;
- que, con todo, el fallo del TJUE no aclara las consecuencias que deben seguirse de su declaración sobre este complemento. Así, los órganos judiciales españoles, hasta el momento, han optado por extender el reconocimiento del mismo también a los varones, aunque esa es una consecuencia que no se infería directamente de la sentencia del TJUE, que más bien hace una llamado al Legislador para reformar la

configuración (acaso derogación) del art. 60 LGSS.

9. Bibliografía

BALLESTER PASTOR M.A., *El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación a la contribución demográfica*, en AA.VV., *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Nieto*, Atelier, 2017

BALLESTER PASTOR M.A., [*El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea*](#), en *Lex Social*, 2016, n. 1, pp. 72-93

DE LA FLOR FERNÁNDEZ M.L., *Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad*, en *Revista de Derecho Social*, 2016, n. 76, pp. 107-132

GALA DURÁN C., *El incierto futuro del “complemento por maternidad” tras la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA)*, en *La Administración Práctica*, 2020, n. 4, pp. 61-68

GALLEGOS LOSADA R., *El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2016, n. 403, p. 19-54

GARCÍA ROMERO M.B., *Las Responsabilidades Familiares ante el Sistema de Protección Social: Desafíos y Respuestas*, en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, E. GARRIDO PÉREZ (dirs.), [*El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*](#), Laborum, 2015

GRANELL PÉREZ R., SALVADOR CIFRE C., [*Complemento demográfico por maternidad en el marco de las políticas de igualdad. Análisis de objetivos, resultados y consecuencias*](#), en *CIRIEC España*, 2020, n. 98, pp. 287-322

INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, [*Mujeres en Cifras – Empleo y Prestaciones Sociales – Pensiones contributivas*](#), en www.inmujer.gob.es

MARTÍNEZ BARROSO M.R., *Padres corresponsables ¿discriminados? o una interpretación restrictiva e ignorante de la realidad social. A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto WA vs Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-450/18)*, en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2020, n. 6

MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ HINESTA G., *Un nuevo desencuentro de las prestaciones de la Seguridad Social Española con los Tribunales Europeos: El complemento por maternidad en las pensiones no debe ser solo para las mujeres (A propósito de la STJUE de 12 de diciembre de 2019, recaída en el asunto C-450/18, Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social)*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 22, pp. 13-24

RAMOS QUINTANA M.I., *El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica*, en *Trabajo y Derecho*, 2020, n. 61, pp. 11-15

RIVAS VALLEJO P., *La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n. 1, pp. 1-11

SEGURIDAD SOCIAL, *Histórico de estadísticas de pensiones publicadas*, en www.seg-social.es

UGT, *La discriminación salarial más allá de la jubilación. Brecha salarial en las pensiones de jubilación*, 2019

VICENTE PALACIO M.A., *Sobre el carácter discriminatorio del complemento por maternidad (de nuevo sobre la diferencia entre sexo y género)*. STSJ Canarias-SOC n. 44/2020, de 20 de enero, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n. 4, pp. 1-10

VIDA FERNÁNDEZ R., *Prestaciones de seguridad social. Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: punto final a una medida mal planteada pero necesaria. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 12 de diciembre de 2019. Asunto C-450/18*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 152, pp. 319-329

Normativa

Real Decreto para la aplicación y desarrollo del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, 6 agosto 2018

La jubilación de las trabajadoras a tiempo parcial a la luz de las SSTC n. 91 y n. 92 del 3 y 15 julio 2019*

María Iluminada ORDÓÑEZ CASADO**

RESUMEN: Desde que surgió el contrato de trabajo a tiempo parcial se evidenció la existencia de una gran problemática debido a que el sistema de Seguridad Social estaba pensado para un tipo de contratación indefinida y de jornada completa y la reducción de jornada llevaba implícita la reducción de las cotizaciones, por tanto repercutía en la protección social que dicho sistema podía ofrecer a los trabajadores que mantenían esa relación contractual. Actualmente siguen existiendo dudas sobre aspectos clave de la protección social de este colectivo profesional. Dudas, relacionadas sobre todo con el principio de igualdad, las cuales se han ido solventando a nivel jurisprudencial, lo que ha repercutido en los continuos cambios que ha sufrido la legislación que regula este tipo de contrato. En este estudio nos centraremos en la prestación contributiva de jubilación y su modificación a raíz de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de nuestro Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Igualdad, jubilación, período de carencia, tiempo parcial.

SUMARIO: 1. Evolución normativa del trabajo a tiempo parcial. 1.1. Etapa preconstitucional. 1.2. El trabajo a tiempo parcial tras la Constitución. 1.3. Características del trabajo a tiempo parcial. 2. Mecanismo del cálculo de la jubilación contributiva cuando existen períodos a tiempo parcial. 2.1. Con anterioridad al RD-L 11/2013. 2.2. Con posterioridad al RD-L 11/2013. 3. Un primer paso hacia la igualdad: la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18. 4. Las SSTC n. 91 y n. 92 de 2019: avanzamos, pero faltan retos por alcanzar. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* El presente artículo proviene de la ponencia *La jubilación de las trabajadoras a tiempo parcial a la luz de la STC 92/2019 de 15 de julio*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Profesora Sustituta Interina (Acreditada PCD), Universidad de Málaga (España).

The Retirement of Part-Time Women Workers Following Decisions No. 91 and No. 92 of 3 and 15 July 2019 of Constitutional Court

ABSTRACT: Since the part-time work contract arose, the existence of a great problem was evidenced because the Social Security system was designed for a type of permanent and full-time hiring and the reduction of working hours implicitly reduced the contributions, therefore, had repercussions on the social protection that said system could offer to the workers who maintained this contractual relationship. Currently there are still doubts about key aspects of the social protection of this professional group. Doubts, mainly related to the principle of equality, which have been resolved at the jurisprudential level, which has had an impact on the continuous changes that the legislation that regulates this type of contract has undergone. In this study we will focus on the contributory retirement benefit and its modification as a result of the judgments of the Court of Justice of the European Union and our Constitutional Court.

Key Words: Equality, retirement, quoted grace period, part-time.

1. Evolución normativa del trabajo a tiempo parcial

Esta modalidad contractual surgió para intentar crear un mecanismo de inserción en el mercado laboral a determinados colectivos subrepresentados, como mujeres, jóvenes, discapacitados o parados de larga duración; sin embargo, como veremos a continuación, su regulación no ha llegado a cumplir con las expectativas como consecuencia, entre otras razones de la inestabilidad de su régimen legal, lo que crea inseguridad jurídica y además por presentar aspectos que se traducen en una menor protección social de los trabajadores acogidos a ella.

1.1. Etapa preconstitucional

Según comenta Ferradans¹, la regulación del trabajo a tiempo parcial ha sufrido numerosas reformas con las que se ha tratado de dar cabida a nuevas relaciones laborales que no se corresponden con el concepto de trabajo tradicional, de jornada completa, por tiempo indefinido y dentro de las dependencias de la empresa y por ende bajo el control del empresario.

Con relación a estas reformas, Ferradans Caramés² y Palomino Saurina³ nos indican que se pueden establecer una serie de etapas en dicha regulación.

En una primera etapa preconstitucional, nos encontramos con que, a pesar de no mencionarse de forma expresa este tipo de relación laboral, sí existían preceptos jurídicos de los que se deducía que había posibilidad de celebrar contratos por menos horas que la jornada completa, dichas normas son:

- a) la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, que sí contemplaba la posibilidad de contrato de trabajo con jornada inferior a la habitual;
- b) la Orden Ministerial de 5 de febrero de 1963, la cual fijó un sistema de prorrateo para el cálculo de los salarios mínimos en caso de realizarse una jornada inferior a la legal;
- c) la Ley de Relaciones Laborales de 1976, que intentó una flexibilización de la jornada laboral mediante la inclusión en convenio colectivo de la posibilidad de distribuciones anuales inferiores a la ordinaria. También preveía el desarrollo de normas de jornadas reducidas para determinados colectivos con el fin de insertarlos laboralmente, las cuales sin embargo no llegaron a formalizarse.

¹ C. FERRADANS CARAMÉS, *El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial. Difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Aranzadi, 2006, p. 49.

² *Ibidem*, pp. 50-55.

³ P. PALOMINO SAURINA, *La regulación del trabajo a tiempo parcial*, Laborum, 2007, pp. 27-28.

1.2. El trabajo a tiempo parcial tras la Constitución

En 1978 nos encontramos con la etapa más importante para esta modalidad contractual ya que la aprobación de la Constitución Española llevó aparejada la necesidad de desarrollar el art. 35.2 de la misma y eso dio lugar a la aprobación de la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores⁴, en la cual, por primera vez, se le denominaba como “trabajo a tiempo parcial”, y se presentó como un mecanismo para el fomento del empleo y permitir la inclusión en el mercado laboral de colectivos que se encontraban más castigados por el desempleo como mujeres, jóvenes, discapacitados o desempleados de larga duración.

Dicha modalidad estaba recogida en el Estatuto de los Trabajadores en su art. 12, junto con otras modalidades contractuales que también pretendían una cierta flexibilización del mercado laboral como el contrato de grupo, el contrato en prácticas y para la formación y el trabajo a domicilio.

Posteriormente, tras la promulgación de la Ley 32/1984⁵, que venía a modificar determinados artículos del ET, entre los cuáles se encontraba el art. 12 que regulaba la contratación a tiempo parcial, se normalizaría esta modalidad contractual no centrándola sólo en los colectivos antes mencionados⁶; en segundo lugar se suprimía el año como unidad de referencia con lo que se la diferenciaba de los contratos de fijos discontinuos o temporales eventuales; por último, se introducía una nueva modalidad contractual que se conoció como “contrato de relevo”.

La siguiente etapa que nos encontramos es el intervalo de 1993 a 1995, definido como «Un paso más en la flexibilización del contrato a tiempo parcial»⁷, ya que se aprobaron una serie de normas para flexibilizar la contratación y hacer frente al creciente desempleo. Entre ellas se encuentra el RD-L 3/1993⁸ que, en su art. 18, introdujo la posibilidad de aplicar el programa público de fomento de empleo a la contratación indefinida también cuando ésta era por tiempo parcial y no sólo a los de jornada

⁴ Disposición derogada. Esta norma fue sustituida por el RDL 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el cual estuvo vigente a su vez hasta la aprobación del RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁵ Disposición derogada.

⁶ C. FERRADANS CARAMÉS, *op. cit.*, p. 57.

⁷ P. PALOMINO SAURINA, *op. cit.*, p. 36.

⁸ Última actualización publicada: 28 abril 2015.

completa; también se aprobó el RD 2317/1993⁹ por el que se desarrollan los contratos en prácticas, de aprendizaje y a tiempo parcial, en el que se regulaba por primera vez este tipo de contrato independientemente del ET, estableciéndose que la jornada podía ser diaria, semanal, mensual y añadiendo también la anual con lo que el contrato de fijo discontinuo se integraba dentro de los tipos de contratación a tiempo parcial.

En este período se fijaba la hora como unidad de cálculo de la duración de la jornada siendo suficiente que el número de estas fuera inferior al normal de la actividad para ser considerado a tiempo parcial. En base a esto se hace una diferencia entre los trabajadores a tiempo parcial marginales (aquéllos cuyo contrato es inferior a 12 horas a la semana o 48 horas al mes) y el resto de trabajadores a tiempo parcial ya que los primeros quedaban excluidos de las prestaciones económicas en caso de accidente o enfermedad común lo que suponía un descenso en la protección social de dichos trabajadores y al no cotizar para el desempleo también les impedía o dificultaba el acceso al mismo.

Con el fin de aumentar la flexibilización, la Ley 42/1994¹⁰ permitió que los contratos de duración determinada excepto en el caso del contrato de aprendizaje pudieran celebrarse como trabajo a tiempo parcial. También establecía que en los trabajos a tiempo parcial marginales había que tener en cuenta el total de horas trabajadas con otros empresarios con el fin de que, en conjunto, no sobrepasasen el umbral diario, semanal, mensual o anual.

Tras la crisis sufrida en los primeros años de la década de los 90 que dieron lugar a estas medidas urgentes para flexibilizar el mercado de trabajo, llegamos al período de recuperación entre 1996 y 1998, en el cual se intentaba llegar a acuerdos con los agentes sociales para alcanzar una recuperación basada en un empleo estable pero también de calidad es decir una mejora cuantitativa y cualitativa del mercado de trabajo.

Con este fin se suscribió el Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo (AIEE) que hizo propuestas normativas a los poderes públicos las cuáles fueron normalmente aceptadas.

Con respecto al contrato a tiempo parcial tanto Ferradans Caramés¹¹, como Palomino Saurina¹², coinciden en que los cambios fueron dirigidos a tres aspectos fundamentalmente:

- el contrato fijo-discontinuo, del que se pretendía dejara de ser una modalidad del contrato a tiempo parcial para recuperar su carácter

⁹ Última actualización publicada: 9 abril 1998.

¹⁰ Última actualización publicada: 31 octubre 2015.

¹¹ C. FERRADANS CARAMÉS, *op. cit.*, pp. 59-60.

¹² P. PALOMINO SAURINA, *op. cit.*, pp. 43-44.

independiente;

- el contrato de relevo como medio de reparto de empleo y oportunidad para el colectivo de jóvenes;
- la protección social de todos los trabajadores a tiempo parcial, incluyendo a los marginales y equiparándola a la del resto de trabajadores por cuenta ajena.

En 1998, con el fin de adoptar lo establecido en la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, se aprueba el RDL 15/1998 de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de la estabilidad, el cual pretendía combinar la flexibilidad para el empresario con la seguridad para el trabajador, de tal forma que por un lado prohibía la realización de horas extraordinarias para esta modalidad contractual, excepto en caso de fuerza mayor, pero a cambio introducía el concepto de *horas complementarias* lo que permitía a la empresa aumentar la jornada hasta el límite del 77% de la jornada habitual establecida en el Convenio Colectivo o en el ET, siendo este porcentaje el límite que por ley nos definía si nos encontrábamos o no ante un contrato a tiempo parcial.

Esta reforma no consiguió lo que realmente estaba buscando ya que el número de contratos de este tipo no sufrió un aumento significativo y además se detectaron una serie de disfunciones a la hora de aplicar de una manera práctica dicha regulación por lo que nuevamente se produce un cambio en la normativa que regula el trabajo a tiempo parcial.

La Ley 12/2001¹³ de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, previamente aprobada como RD-L 5/2001 de 2 de marzo, modificó varios artículos del ET sin embargo el cambio mayor fue sufrido por la modalidad contractual que nos ocupa haciendo que el trabajador a tiempo parcial perdiera una serie de derechos que se le habían otorgado con la reforma de 1998.

Los cambios introducidos nos sitúan en las regulaciones previas a 1998 ya que volvía a eliminarse el límite del 77% de la jornada habitual y se introducía nuevamente el contrato fijo discontinuo dentro del art. 12 ET, siempre que se repitiera en las mismas fechas, diferenciándolo del que se produce en fechas inciertas que se regula en un artículo diferente del ET.

Dentro de los cambios que afectaban a los derechos de los trabajadores tenemos el hecho de que se suprimía la obligación de indicar en el contrato el número de horas ordinarias de carácter mensual, semanal o diario, así como los días en que el trabajador debía prestar el servicio lo que dejaba la puerta abierta al fraude. Otro cambio es el aumento del porcentaje máximo

¹³ Última actualización publicada: 31 octubre 2015.

de horas complementarias que se permitían, atribuyendo además su distribución y forma de realización al convenio colectivo de aplicación¹⁴.

Otras reformas que se han producido respecto a este tipo de contrato fueron las de los años 2012 y 2013. La Ley 3/2012¹⁵, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se presentaba como un mecanismo para la “flexiseguridad”, es decir flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores y en este caso sí hacían una referencia explícita a los contratos a tiempo parcial, ya en la exposición de motivos calificaba esta modalidad como «un mecanismo de redistribución del empleo» y en el art. 5 de dicha ley se modificaba la letra c del apartado 4, art. 12 ET, indicando que los trabajadores a tiempo parcial podrían realizar horas extraordinarias, manteniendo una proporción entre la jornada pactada y el número de dichas horas.

Además, dichas horas computarían dentro de las contingencias comunes a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones.

Así mismo se mantendría la posibilidad de realizar horas complementarias siempre que la suma de horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no excediera del límite legal del trabajo a tiempo parcial indicado en el apartado 1 del art. 12 ET.

En el año 2013 nos encontramos con dos reformas separadas por apenas 5 meses.

La primera se produjo con la aprobación del RD-L 11/2013¹⁶, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, en la cual se recogen modificaciones relacionadas con la protección social de dichos trabajadores.

Estas modificaciones vienen a desarrollar el Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial firmado el 31 de julio de 2013 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las organizaciones Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación Española de Organizaciones Empresariales y Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa. Unas modificaciones necesarias debido a la [STC n. 61/2013, de 14 de marzo](#)¹⁷, emitida por el pleno del Tribunal Constitucional, en marzo de ese mismo año, la cual indicaba que existía inconstitucionalidad en la redacción dada a la regla segunda del apartado 1 de la DA 7ª de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), donde se regulan los períodos de

¹⁴ P. PALOMINO SAURINA, *op. cit.*, pp. 48-50.

¹⁵ Última actualización publicada: 31 diciembre 2020.

¹⁶ Última actualización publicada: 7 mayo 2020.

¹⁷ En *BOE*, 10 abril 2013, n. 86.

cotización necesarios para causar derecho a las distintas prestaciones. Dicha inconstitucionalidad se basaba en que se producía discriminación indirecta por razón de sexo en el cálculo de dichos períodos de cotización por parte de estos trabajadores.

Este Real Decreto-Ley se aprobó como Ley 1/2014¹⁸, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

La segunda de las reformas vino con el RD-L 16/2013¹⁹, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, el cual, en su exposición de motivos indica que es necesario reformar la modalidad de trabajo a tiempo parcial ya que, a pesar de los cambios realizados, su utilización sigue siendo muy inferior a la media de los países de la Unión Europea.

Este Real Decreto-Ley vuelve a suprimir la posibilidad de realizar horas extraordinarias, excepto las de fuerza mayor, pero en cambio ofrece la posibilidad de ofrecer horas complementarias voluntarias (diferentes a las obligatorias pactadas con el trabajador), aunque sólo en caso de que sea un contrato con carácter indefinido.

Además, incluye la restricción de que la jornada debe ser superior a 10 horas semanales para poder realizarse horas complementarias de cualquiera de los dos tipos.

Con el fin de favorecer el aumento de esta modalidad de contratación a la vez que se amplía la seguridad del trabajador, se procede a modificar la regulación del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores para ampliarlo a los contratos a tiempo parcial, adaptando todo lo relativo a bonificaciones e incentivos fiscales, en proporción a la jornada pactada.

Cuando se aprobó el RDL 2/2015²⁰, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se mantuvo el art. 12 para recoger las especificidades del trabajo a tiempo parcial y se recogieron las últimas modificaciones señaladas.

Tras la aprobación de esta norma la única modificación sufrida se realizó mediante el art. 2.4 del RD-L 6/2019, consistiendo en una nueva redacción de la letra *d* del apartado 4 en el art. 12 y en el sentido de que se debe garantizar en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres.

¹⁸ Última actualización publicada: 7 mayo 2020.

¹⁹ Última actualización publicada: 31 octubre 2015.

²⁰ Última actualización publicada: 31 diciembre 2020.

1.3. Características del trabajo a tiempo parcial

Siguiendo a la doctrina iuslaboral, se plantea que las características que definen el trabajo a tiempo parcial son las siguientes²¹.

Jornada reducida

Es la característica principal ya que según aparece en el apartado 1 del art. 12 ET: «El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable».

Teniendo en cuenta que el trabajador a tiempo completo comparable debe ser «de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar». En caso de no concurrir dicha circunstancia se recurre al convenio colectivo aplicable o, en última instancia, a la jornada máxima legal.

Voluntariedad

La definición antes expuesta da pie a la segunda peculiaridad ya que indica que debe existir acuerdo, sin embargo éste es un requisito meramente jurídico ya que, en la situación actual de crisis que estamos viviendo, a los trabajadores no les queda más opción que aceptar las condiciones que se les ofrecen como podremos comprobar en la siguiente tabla con datos para los tres primeros trimestres del año 2020, en la que la inmensa mayoría de trabajadores que aceptan este tipo de contratos es porque no han podido encontrar trabajo a tiempo completo, destacando además que mientras que en el caso de los hombres el número se sitúa por debajo del medio millón de trabajadores en esta situación, en el caso de las mujeres este número aumenta pasando de las novecientas mil afectadas, e incluso en el primer trimestre del 2020 sobrepasando el millón.

²¹ C.L. ALFONSO MELLADO, *La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales*, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 21-34.

**Ocupados a tiempo parcial por motivo de la jornada parcial, sexo y grupo de edad
(unidades: miles de personas)**

MOTIVOS	2020 TIII		2020 TII		2020 TI	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Seguir cursos de enseñanza o formación	62,30	83,30	82,10	95,30	110	141,20
Enfermedad o incapacidad propia	12,80	22	13,20	24,70	15	25,20
Cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores	19,80	307,70	19	267,40	21,40	285,30
Otras obligaciones familiares o personales	9,40	153,30	5,90	145	16,20	174,20
No haber podido encontrar trabajo de jornada completa	410,60	937,90	354,60	902,60	405,50	1.044
No querer trabajo de jornada completa	49	218,10	33,30	207,40	51,10	242

Fuente: INE, *Encuesta de Población Activa (EPA)*, 2020

Además, podemos observar cómo el segundo de los motivos que más se repite varía en función del sexo, siendo el cuidado de familiares en el caso de las mujeres y el seguimiento de cursos de enseñanza o formación en el caso de los hombres, aunque incluso, en este último caso, el número de mujeres es superior al de los hombres.

Regularidad

Dicho concepto nos indica que este tipo de contrato surge con la idea de que la jornada reducida será lo normal durante la duración del mismo, independientemente de la posibilidad posterior de transformarlo en contrato a tiempo completo, en base a esto no se podrá entender como jornada a tiempo parcial aquellas situaciones en las que se reduzca la jornada de forma temporal o causal debido a modificaciones estructurales o por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral como puede ser el cuidado de menores o enfermos, pero con la intención de volver a recuperar la jornada completa una vez superada la causa que motivó la reducción.

Otras características determinadas por la ley

Aparte de las anteriores características que son intrínsecas del contrato a tiempo parcial debemos destacar las singularidades legales que deben

cumplir y que se especifican en los apartados 4 y 5 del art. 12 ET, siendo entre otras:

- a) la obligación de formalizar el contrato por escrito, indicando el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo;
- b) si se trata de una jornada diaria inferior a la de un trabajador a tiempo completo y ésta se realice de forma partida, sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio colectivo;
- c) no se pueden realizar horas extraordinarias, excepto en caso de fuerza mayor;
- d) obligación de formalizar por escrito el pacto sobre horas complementarias ya sea en el momento de la celebración del contrato de trabajo a tiempo parcial o con posterioridad al mismo. Siempre que concurra la circunstancia de que la jornada ordinaria pactada no es inferior a 10 horas semanales en cómputo anual;
- e) obligación de registrar diariamente y totalizar mensualmente la jornada del trabajador indicando tanto las horas ordinarias como las complementarias y entregar a éste una copia del registro junto al recibo de salarios y debiendo guardar el empresario dichos resúmenes mensuales durante cuatro años.

2. Mecanismo del cálculo de la jubilación contributiva cuando existen períodos a tiempo parcial

Hasta la aprobación del RDL 8/2015²², por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), las reglas para el cómputo de los períodos de cotización a efectos de carencia para la obtención de las diferentes prestaciones de la Seguridad Social y las reglas para el cálculo de las bases reguladoras de la prestación económica, se encontraban en la DA 7ª LGSS 1994, eran, concretamente, la segunda y la tercera de las reglas recogidas en dicha Disposición.

Tras la aprobación del TRLGSS (2015), estas reglas se incorporan en la sección Primera del Capítulo XVII del Título II, concretamente en los arts. 245-248.

Independientemente de donde aparezcan recogidas, el cambio más importante en estas reglas se produjo con las modificaciones introducidas

²² Última actualización publicada: 31 diciembre 2020.

por el RD-L 11/2013, por lo que vamos a analizar el mecanismo de cálculo previo y posterior a dicho Real Decreto Legislativo.

2.1. Con anterioridad al RD-L 11/2013

Con anterioridad al 3 de agosto de 2013 la DA 7ª LGSS indicaba que el cálculo a realizar con el fin de establecer el tiempo cotizado por una persona trabajadora a tiempo parcial, a efectos de cumplimiento de los períodos de carencia para acceder a una prestación sería:

- a) sumar el total de las horas reales trabajadas;
- b) dividir dicho resultado entre 5. Esto se debe a que 5 es el resultado de dividir el número máximo de jornada anual (1.826) entre 365 días del año;
- c) en caso de solicitarse una jubilación o una incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización resultados del apartado anterior se le aplicaba un coeficiente multiplicador de 1,5. Siendo este resultado el número de días acreditados a efectos de período mínimo de cotización, sin que en ningún caso pueda computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

Como ya se ha mencionado anteriormente, este método fue declarado inconstitucional por la STC n. 61/2013, basando la declaración de inconstitucionalidad en que se rompía el Principio de Proporcionalidad ya que el mismo «justifica que la base reguladora de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial sea inferior a la de los trabajadores a tiempo completo, toda vez que la reducción de jornada de aquéllos determina una menor retribución. Pero si, además, influyese en el cálculo de las carencias, se produciría una “doble penalización”, pues un trabajador a tiempo parcial necesitaría trabajar más tiempo que un trabajador a tiempo completo para cubrir la carencia exigida, y, cuando la cumpliera, la base reguladora de su pensión sería inferior que la del trabajador a tiempo completo, en la misma actividad y categoría profesional».

Además, interpretaba que podía existir vulneración del art. 14 CE por la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo, ya que la mayoría de los contratos a tiempo parcial están protagonizados por mujeres, como puede comprobarse con las estadísticas oficiales.

2.2. Con posterioridad al RD-L 11/2013

Conceptos básicos

En la modificación producida por el Real Decreto-Ley aparecen dos conceptos clave que definimos a continuación:

- a) el *Coefficiente de Parcialidad*. Este es un concepto más intuitivo ya que es la relación entre el tiempo realmente trabajado respecto del tiempo de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable. Es el porcentaje de horas que realmente trabaja respecto del 100% de las jornadas a tiempo completo, por lo que un trabajador que tenga un coeficiente de parcialidad del 50% sobre una jornada de 8 horas diarias significa que su jornada es de 4 horas;
- b) el *Coefficiente Global de Parcialidad*. Este concepto se define como el porcentaje entre el número de días trabajados y acreditados como cotizados y el total de días en alta a lo largo de la vida laboral o del período indicado para cada prestación. Es un poco más complicado de calcular ya que hay que tener en cuenta todos los períodos considerados como trabajados ya sean a tiempo parcial como a tiempo completo y posteriormente dividir el total obtenido entre el período total de alta considerando todos los tramos como si fueran a tiempo completo.

Procedimiento de cálculo del período cotizado a efectos de carencia

En primer lugar, se tienen en cuenta los diferentes períodos en los que el trabajador haya estado en alta con un contrato a tiempo parcial independientemente de la duración de la jornada de cada uno de ellos.

Para ello se aplica el coeficiente de parcialidad sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial y el resultado que nos da es el número de días que se consideran efectivamente cotizados en cada período.

En el caso que nos ocupa de la jubilación contributiva, y en el de la Incapacidad Permanente derivada de enfermedad común, al resultado obtenido con el paso anterior se le aplica el coeficiente corrector de 1,5 sin que el total resultante pueda ser superior al período de alta a tiempo parcial²³.

A continuación, al número de días que resulte se le suman los días que haya cotizado a tiempo completo siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

²³ Tal como se recogía en el apartado c, norma 3ª, de la DA 7ª LGSS y en el apartado 3 del art. 248 TRLGSS 2015.

Una vez determinados, con el procedimiento mencionado, el número de días de cotización acreditados se procederá al cálculo del coeficiente global de parcialidad.

Por último, se aplicará el coeficiente global de parcialidad al período mínimo de cotización exigido con carácter general y el resultado será el período mínimo que se exigirá a los trabajadores a tiempo parcial.

En el supuesto de que para acceder a una prestación se exija que el período mínimo de cotización esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible pero el espacio temporal será el establecido con carácter general para dicha prestación.

Determinación de la base reguladora

Respecto al cálculo de la base reguladora, la regla tercera de la DA 7ª LGSS (y posteriormente el art. 248 TRLGSS), indica que se calculará conforme a la regla general (apartado *a*) y que «la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término» (apartado *b*).

La regla general establece que para 15 años cotizados el importe a percibir será el 50% de la base reguladora y a partir de ahí se irá incrementando con un porcentaje variable en función de los meses adicionales cotizados.

Para el caso de los trabajadores con períodos a tiempo parcial que no alcancen el mínimo de 15 años el porcentaje a aplicar a la base reguladora será el equivalente de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado sobre 15 años.

3. Un primer paso hacia la igualdad: la STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18

Como se puede deducir del mecanismo explicado en el epígrafe anterior, tanto el coeficiente de parcialidad como el coeficiente global de parcialidad tienen gran importancia ya que se van a tener en cuenta tanto para el cálculo del período mínimo de cotización (que determina si se tiene o no derecho a obtener la prestación) como para establecer el porcentaje a aplicar a la Base Reguladora para obtener la cuantía final a percibir.

Esta doble aplicación es la causante de una cuestión prejudicial por parte del Tribunal superior de justicia de Castilla y León ante el Tribunal de

Justicia de la Unión Europea que dio lugar a la sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18.

La cuestión prejudicial versaba sobre si la norma contenida en los arts. 247.a y 248.3 LGSS (relacionados con el trabajo a tiempo parcial), es contraria al art. 4, § 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo y, por otro lado, si también es contraria al art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Respecto de la primera cuestión hay que señalar que el § 1 del art. 4 de la Directiva prohíbe toda discriminación por razón de sexo ya sea directa o indirectamente por lo que se trataba de determinar si esa doble utilización situaba a personas de un sexo determinado (en este caso a las mujeres) en desventaja particular con respecto a las personas del otro sexo y que además no se pudiera justificar objetivamente la existencia de una finalidad legítima y que este mecanismo es el medio para alcanzar de forma adecuada dicha finalidad.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que no se trataría de una discriminación directa por razón de sexo ya que la norma se aplica por igual a hombres y mujeres por lo que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea trata de dilucidar si las proporciones de trabajadores que quedan o no afectados por la norma dentro de la mano de obra masculina son similares o no con respecto a las proporciones dentro de la mano de obra femenina. El tribunal español aporta suficientes datos para demostrar que la norma en cuestión ocasiona en la mayoría de los casos efectos desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo y que en el período analizado el 75% de los contratos a tiempo parcial eran de mujeres, con lo que se demuestra que sí existe una situación de desventaja de las mujeres respecto de los hombres, por lo que el siguiente paso es determinar si la normativa está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

El INSS y el Gobierno alegan en primer lugar que la reducción proporcional de la pensión de jubilación en el caso de los trabajadores a tiempo parcial es la expresión de un objetivo general de política social ya que es necesaria en función de los principios de contribución e igualdad entre trabajadores a tiempo parcial y completo y, en segundo lugar, que está objetivamente justificada por el hecho de que, en el caso del trabajo a tiempo parcial, la pensión es la contrapartida de una prestación laboral y de una cotización al sistema de menor entidad.

En respuesta a las consideraciones de ambas partes el Tribunal de Justicia determina, por un lado que el ajuste a la baja de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial en relación con la de los trabajadores a tiempo completo no se puede considerar contrario al Derecho de la Unión;

sin embargo también indica que si la medida implica una reducción del importe de la pensión en una proporción mayor a la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial, no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que sea una la contraprestación de una prestación de trabajo de menor entidad.

Además, en la normativa española la reducción se hace a través de dos elementos ya que la base reguladora se obtiene a partir de las bases de cotización, las cuáles se obtienen de la remuneración percibida en función de las horas trabajadas por lo que a menos horas se tiene una base inferior. El segundo elemento de reducción es el porcentaje por el que se multiplica la base reguladora el cual viene determinado por el número de días cotizados los cuáles se reducen mediante el coeficiente de parcialidad, aunque se intente atenuar su incidencia con la aplicación del coeficiente de 1,5.

El Tribunal de Justicia destaca que si el objetivo es la salvaguarda del sistema de seguridad social de tipo contributivo y para ello es necesario que la prestación por los trabajos de menor entidad sea también inferior, dicho objetivo se consigue con el cálculo de la base reguladora ya que como ya se ha mencionado está será menor al serlo las cotizaciones de los trabajadores a tiempo parcial, por lo que el aplicar el segundo criterio va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo señalado.

Concluye por tanto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la existencia de una oposición entre la normativa española y la Directiva 79/7/CEE, en la medida que la normativa perjudica en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino.

4. Las SSTC n. 91 y n. 92 de 2019: avanzamos, pero faltan retos por alcanzar

Tras esta sentencia del tribunal europeo, nos encontramos con las SSTC n. 91 y n. 92 de 2019 las cuáles están vinculadas entre sí ya que la primera trata sobre una cuestión interna de inconstitucionalidad surgida durante los trámites del proceso que darían lugar a la segunda de las sentencias.

Los hechos parten de un recurso de amparo que presenta don S.M.R. contra las resoluciones de la dirección provincial de Lleida del INSS, la sentencia del Juzgado de lo Social n. 2 de Lleida y la sentencia de la sala de lo social del tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

En su demanda de amparo, la parte recurrente sostiene que las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas infringen su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), al desestimar su pretensión en aplicación de una

normativa que prevé un sistema de cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación que resulta discriminatorio para los trabajadores a tiempo parcial en relación con el resto de trabajadores.

Durante el proceso, la sala segunda del Tribunal acordó plantear cuestión interna de inconstitucionalidad.

El auto de planteamiento de la misma considera que el precepto cuestionado, cuya regulación se contiene actualmente en el art. 248.3 del vigente TRLGSS, aprobado por el RDL 8/2015, podría vulnerar el art. 14 CE desde una doble perspectiva: por un lado, en la medida en que vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, pues contiene una diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo, y por otro lado, por discriminación indirecta por razón de sexo, al evidenciarse estadísticamente que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, ocasionándoles la norma cuestionada un efecto perjudicial.

Para poder determinar la existencia o no de discriminación analizan tanto la regla tercera, letra *c*, DA 7^a, apartado 1, del TRLGSS aprobado por el RDL 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del RD-L 11/2013, como la letra *a* de la regla segunda (“períodos de cotización”) de la misma DA 7^a, ya que en ellas se establece el mecanismo de cálculo de los días cotizados y de la cuantía de la pensión.

Tras realizar una síntesis de la doctrina constitucional sobre el art. 14 CE en sus dos vertientes: el derecho a la igualdad y las prohibiciones de discriminación tanto directas como indirectas, se realiza también un recorrido por las diferentes directivas europeas que hacen referencia a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres y a las directivas que prohíben expresamente la discriminación por razón de sexo, aunque ésta sea de forma indirecta.

En el punto 7 de los fundamentos jurídicos de la sentencia n. 91/2019, se hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la adecuación de normas españolas a la directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y se hace mención expresa, entre otras, a la sentencia analizada anteriormente.

Finalmente llegan a la conclusión de que, con el método de cálculo de la norma española, el período de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá con el que de manera natural deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo.

Solo si su porcentaje de parcialidad ha podido alcanzar durante su vida laboral el 67%, podrá tras la aplicación de la regla reductora obtener el 100% de la base reguladora. En cualquier otro caso, aunque se incluya el coeficiente multiplicador de 1,5, no tendrá derecho al porcentaje total.

Por tanto concluyen que, no solamente existe una diferencia de trato en la fijación del período de cotización, para unos de manera natural, en función del tiempo real (trabajadores a tiempo completo) y para otros artificialmente a partir de un valor reductor (trabajadores a tiempo parcial), sino que el método así implementado castiga, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo y que con harta frecuencia se corresponde con las mujeres.

Concluyen por tanto y se cita textualmente: «Nuestra conclusión sobre la lesión del art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo, está en línea con la alcanzada por el Tribunal de Justicia en la reciente sentencia de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18), en la que, como se indicó en el fundamento jurídico 7, se señala que “la aplicación, adicional, de un coeficiente de parcialidad relativo al trabajo a tiempo parcial va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de los trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo pro rata temporis”».

5. Conclusiones

Respecto a la jubilación contributiva me gustaría señalar que el cambio introducido por el RD-L 11/2013 a la hora de calcular el número de días realmente cotizados y el mínimo necesario para acceder a la prestación, mediante los coeficientes de parcialidad y el global de parcialidad, sí contribuyeron a facilitar el acceso a la prestación de los trabajadores a tiempo parcial ya que no era necesario acreditar los 15 años que se piden a los trabajadores a tiempo completo, sin embargo se mantenía una situación de infraprotección ya que, si no se alcanzan los 15 años efectivamente cotizados, la cuantía a percibir será menos del 50% de la base reguladora que se calcule, a pesar de que los días en alta representen más de 15 años.

Por tanto, el trabajador a tiempo parcial necesita estar más años dado de alta para que los días efectivamente cotizados sean iguales a 15 años y así alcanzar el 50% de la base reguladora, además como la base reguladora está

en función de lo que se ha cotizado y de la influencia del IPC y los contratos a tiempo parcial cotizan menos que los de jornada completa, al aplicarle un porcentaje inferior al 50% la pensión que se obtiene puede ser inferior a la pensión no contributiva. Esta medida perjudica sobre todo a los trabajadores que menos horas tienen contratadas, ya que necesitan estar muchos más años y finalmente percibirán mucho menos.

Si esta reflexión la combinamos con los datos obtenidos en el INE, donde se aprecia que: el porcentaje de mujeres con contrato a tiempo parcial es muy superior al de los hombres en todos los sectores de actividad y en todos los grupos de edad, a pesar de la crisis que ha contribuido a aumentar el porcentaje de los hombres; el número de féminas que se ven obligadas a aceptar un contrato a tiempo a parcial ante la imposibilidad de obtener uno a jornada completa es más del doble que el de hombres en la misma situación y el número de féminas que se acogen a este tipo de contratación para poder conciliar la vida familiar y laboral es de 307.700 frente a 19.800 hombres (en el tercer trimestre del año 2020), podemos concluir que realmente existe un problema de género ya que son las mujeres las que, mayoritariamente, realizan actividades con contratos a tiempo parcial lo que conlleva:

- a) unos salarios inferiores durante la vida laboral lo que dificulta su independencia y a veces las obliga a mantener relaciones familiares no deseadas;
- b) tener que estar en alta durante más tiempo para poder acceder al mismo porcentaje de la base reguladora que los contratos a tiempo completo obtienen con su período mínimo de cotización. Esto conlleva que normalmente no soliciten la prestación de jubilación con la edad mínima establecida, sino que alarguen su vida laboral para alcanzar al menos el 50%, mientras que los de jornada completa si pasan del período mínimo se les bonifica con porcentajes cada vez mayores de su base reguladora;
- c) un futuro con pensiones ridículas que hacen muy difícil vivir dignamente ya que no les alcanza para los gastos mínimos.

Estos argumentos son los que, tanto el TSJUE como el TC, han tenido en cuenta para declarar como discriminatorio el sistema empleado para el cálculo de la pensión de jubilación contributiva.

Para terminar me gustaría indicar que, aunque la norma española ha sido declarada inconstitucional en los preceptos analizados, los mismos hacían referencia no sólo al cálculo para la jubilación sino también para la incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad y sin embargo el Tribunal Constitucional indica la inconstitucionalidad únicamente para el caso de la jubilación ya que era la que estaba en litigio y la deja vigente para el resto de las prestaciones lo que

puede incurrir en discriminación en esas otras figuras, y deja abierta la puerta para nuevas intervenciones en pro de la igualdad en las prestaciones sociales.

6. Bibliografía

ALFONSO MELLADO C.L., *La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales*, Tirant lo Blanch, 1999

FERRADANS CARAMÉS C., *El Contrato de Trabajo a Tiempo Parcial. Dificil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*, Aranzadi, 2006

INE, *Encuesta de Población Activa (EPA)*, 2020

PALOMINO SAURINA P., *La regulación del trabajo a tiempo parcial*, Laborum, 2007

Normativa

Constitución Española

[Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo](#), en *BOE*, 24 febrero 1944, n. 55

Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social

[Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social](#), en *BOE*, 1º marzo 2014, n. 52

[Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral](#), en *BOE*, 7 julio 2012, n. 162

[Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad](#), en *BOE*, 10 julio 2001, n. 164

[Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social](#), en *BOE*, 31 diciembre 1994, n. 313

[Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores](#), en *BOE*, 4 agosto 1984, n. 186

[Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores](#), en *BOE*, 14 marzo 1980, n. 64

[Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales](#), en *BOE*, 21 abril 1976, n. 96
Orden Ministerial de 5 de febrero de 1963

[Real Decreto 2317/1993, de 29 de diciembre, por el que se desarrollan los contratos en prácticas y de aprendizaje y los contratos a tiempo parcial](#), en *BOE*, 31 diciembre 1993, n. 313

[Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social](#), en *BOE*, 31 octubre 2015, n. 261

[Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores](#), en *BOE*, 24 octubre 2015, n. 255

[Real Decreto-Ley 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación](#), en *BOE*, 7 marzo 2019, n. 57

[Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores](#), en *BOE*, 21 diciembre 2013, n. 305

[Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social](#), en *BOE*, 3 agosto 2013, n. 185

[Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad](#), en *BOE*, 28 noviembre 1998, n. 285

[Real Decreto-Ley 3/1993, de 26 de febrero, de medidas urgentes sobre materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo](#), en *BOE*, 2 marzo 1993, n. 52

Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora*

José Luis RUIZ SANTAMARÍA**

RESUMEN: En la actualidad, la protección de la seguridad y salud en el trabajo en relación a la mujer ha adquirido la categoría de derecho fundamental. Sin embargo, una revisión profunda del marco normativo vigente nos muestra la inexistencia de una estrategia en materia de prevención de riesgos laborales asociada a la desigualdad de género. Por ende, el examen de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales desvela el establecimiento de medidas preventivas específicas orientadas a la protección del estado biológico de embarazo y del estado temporal y transitorio del puerperio y lactancia natural. Desde estos planteamientos iniciales, el presente artículo se plantea la necesidad de indagar sobre las nuevas orientaciones en esta materia que, mediante la utilización del enfoque metodológico que combina el estudio dogmático conceptual con el análisis doctrinal y jurisprudencial, se puedan adoptar en el futuro, incorporándose a tal efecto una nueva cultura preventiva en el trabajo sustentada en la perspectiva de género.

Palabras clave: Prevención de riesgos laborales, mujer trabajadora, embarazo, puerperio, lactancia natural, perspectiva de género.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La protección dispensada en el marco normativo actual de PRL a la mujer trabajadora en razón al estado biológico. 2.1. Aproximaciones conceptuales y su problemática jurídica. 2.2. Determinación del alcance de la acción protectora. 2.3. Singularidades de la evaluación de riesgos de la trabajadora en estado de

* Este trabajo se enmarca en el Grupo PAIDI SEJ347 sobre Políticas de empleo, igualdad e inclusión social, Universidad de Málaga (España), y el Proyecto de I+D+i, UMA18-FEDERJA-028, *Las nuevas tecnologías y su impacto en el ámbito laboral y de la Seguridad Social: el impacto socio económico de la economía digital*, cofinanciado por la Junta de Andalucía y la Unión Europea (Feder).

** Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

embarazo, puerperio o lactancia natural. 2.4. Medidas preventivas específicas frente a los riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural. 2.4.1. Adaptación de las condiciones de trabajo. 2.4.2. Cambio temporal del puesto de trabajo. 2.4.3. Suspensión del contrato de trabajo. 3. El cambio de paradigma: la perspectiva de género como nueva orientación en la protección de la salud y seguridad en el ámbito laboral. 3.1. Los riesgos laborales asociados a las desigualdades de género y al impacto de las nuevas tecnologías. 3.2. La novedosa perspectiva de género en el ámbito de la PRL que se introduce por la jurisprudencia laboral española. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Key Legal Aspects in the Field of Prevention of Occupational Hazards on the Protection of Health and Safety of Women Workers

ABSTRACT: Today, occupational safety and health protection for women has acquired the status of a fundamental right. However, an in-depth review of the current regulatory framework shows that there is no strategy for the prevention of occupational hazards associated with gender inequality. Therefore, the examination of Act No. 31/1995, of 8th November, on the Prevention of Occupational Hazards reveals the establishment of specific preventive measures aimed at protecting the biological state of pregnancy and the temporary and transitory state of the puerperium and natural lactation. From these initial approaches, this paper considers the need to investigate the new orientations in this matter that, by means of the use of the methodological approach that combines the conceptual dogmatic study with the doctrinal and jurisprudential analysis, can be adopted in the future, incorporating to this effect a new preventive culture in the work based on the gender perspective.

Key Words: Prevention of occupational hazards, women workers, pregnancy, puerperium, natural lactation, gender perspective.

1. Introducción

Uno de los principios fundamentales que recoge el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) establece que «la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»¹. Sin duda, el concepto de salud obedece a múltiples tratamientos y enfoques diversos. De todos ellos, ha sido la perspectiva médica la que ha tenido una aceptación más generalizada, distinguiéndose en dicha concepción tres elementos esenciales: psíquico, sanitario y fisiológico o somático; incorporándose la dimensión social en un momento histórico posterior. No obstante, de la vasta multiplicidad terminológica, y a colación del ámbito concreto del mundo laboral – sobre el que se proyecta el presente estudio – pensamos que, en base a la visión integradora de la OMS, la *salud laboral* haría referencia al completo bienestar físico, mental y social de la persona trabajadora que podría ser afectado por los diferentes factores de riesgo que están presentes en el lugar de trabajo. Dicha aseveración conecta de inmediato con el objetivo social de alcanzar el más alto y completo grado de salud para la población, pues el *derecho a la salud* se concibe en la actualidad como un *derecho fundamental de la persona*, requiriéndose para su efectividad la implicación de otros sectores como son los sociales, políticos, económicos, etc.

Ahora bien, tradicionalmente la normativa sobre la protección de la salud laboral de la mujer – nacional e internacional –, se ha centrado en aspectos exclusivamente biológicos relacionados con la función reproductiva de la trabajadora, apreciándose un vacío en el abordaje de otros factores de las condiciones laborales que también podrían incidir de forma significativa en la salud de la mujer trabajadora. Muestra de ello, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) desvela el establecimiento de medidas preventivas específicas orientadas a la protección del estado biológico de embarazo y del estado temporal y transitorio del puerperio y lactancia natural, por lo que se infiere que para el legislador nacional dichas medidas han sido suficientes.

Sin embargo, dicho tratamiento reduccionista se ha ido ampliando de manera progresiva más allá de los aspectos puramente reproductivos integrándose, aunque de manera paulatina e incipiente, la perspectiva de género como estrategia transversal que permite avanzar hacia unas medidas

¹ Véase la Constitución de la OMS que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de los 61 Estados y entrando en vigor el 7 de abril de 1948, incorporándose en el texto original posteriores modificaciones.

de Prevención de Riesgos Laborales (PRL), mejorando las condiciones de trabajo y, de esta forma, contribuyendo a la igualdad de oportunidades de todas las personas trabajadoras.

2. La protección dispensada en el marco normativo actual de PRL a la mujer trabajadora en razón al estado biológico

Tradicionalmente en España², las políticas, gestión y proceso legislativo de PRL, se han caracterizado por estar desarrolladas sobre un modelo neutro de trabajador³, cuyo referente ha sido el trabajador masculino. Las normas reguladoras de PRL contemplan la relevancia del sexo del trabajador en el contexto de la maternidad de la mujer trabajadora; concretamente, su regulación se contextualiza dentro del grupo de los trabajadores sensibles a determinados riesgos laborales⁴. Dicha regulación, que es fruto del principio de adaptación del trabajo a la persona del trabajador – recogido en el ámbito internacional, tanto en la legislación comunitaria como por la OIT, según se muestra en la Tabla 1 –, se analizará en los siguientes apartados.

² A diferencia de nuestro marco constitucional, en el derecho comparado podemos encontrar referencias de protección específica de la mujer trabajadora. Concretamente en la Constitución de la República Italiana de 21 de diciembre de 1947, en su art. 37 se establece que «La mujer trabajadora tendrá los mismos derechos y, a igualdad de trabajo, la misma rétribución que el trabajador [...]. Las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada».

³ Vid. M.I. BENAVENTE TORRES, *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Laborum, 2016, p. 11.

⁴ Destacándose como pilares legislativos más significativos en esta materia los siguientes: en el plano internacional, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; mientras que en el ámbito nacional hacemos mención de los arts. 25.2 y 26 LPRL. Concretamente, dicha protección se incorpora en el Capítulo III LPRL, dedicado a los *Trabajadores especialmente sensibles* que, a su vez, recoge lo dispuesto en la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco). En este sentido el art. 15 – rubricado *Grupos expuestos a riesgos* – dispone que «los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica». Vid. J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi, 2019, pp. 91-92.

Tabla 1 – Relación de instrumentos jurídicos internacionales más significativos sobre la protección de la seguridad y salud de la mujer en el ámbito laboral

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO	
Instrumento jurídico	Observaciones
Convenio C103 de 1952 sobre la protección de la maternidad, que se orienta a garantizar el derecho a interrumpir el trabajo de la mujer en situación de maternidad o de lactancia de hijos	Se aprecia un cambio en los fundamentos y principios jurídicos informadores de la normativa, pasando de unas normas prohibitivas de la actividad laboral en determinadas actividades (normativa paternalista) a unas normas orientadas a la protección de los riesgos de las situaciones de embarazo, maternidad y lactancia (normativa preventiva)
Recomendación R095 de 1952 sobre la protección de la maternidad	Se incluye un capítulo dedicado a la protección de la salud de las mujeres durante el período de la maternidad y se orienta en concreto a la protección de la salud de las mujeres embarazadas o lactantes, mediante medidas de carácter preventivo
Convenio C183 de 2000 relativo a la revisión del convenio sobre la protección de la maternidad	En su art. 3 se establecen las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad nacional como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo
UNIÓN EUROPEA	
Instrumento jurídico	Observaciones
Directiva 89/391/CEE de 12 de junio de 1989 , relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco)	Se destacan dos principios básicos en materia de PRL: la necesidad de adaptación del trabajo a la persona ex art. 6.2 y la obligación del empresario de dispensar una protección específica a los/as trabajadores/as de grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles ex art. 15
Directiva 92/85/CE de 19 de octubre de 1992 , de protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia	Se parte de la base de que las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz, o en período de lactancia, deben considerarse un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, y que

	se deben tomar medidas por parte del empresario relativas a su salud y seguridad. La tutela por tanto abarca la maternidad en sentido amplio de la mujer, y se extiende también a otros sujetos como el feto, en el periodo de embarazo, o el lactante, en el periodo posparto. Estamos ante una normativa de protección integral, que contempla la perspectiva preventiva de tutela contractual y social
Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre de 2002 , relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo	Modifica la Directiva 76/207/CEE de 9 de febrero de 1976
Propuesta de Directiva de 3 de octubre de 2008 por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia	Se modifican determinados aspectos relacionados con la protección de la maternidad de la Directiva 92/85/CEE. Destacamos entre otros: <ul style="list-style-type: none"> • art. 2, definiciones; • art. 8, permiso de maternidad; • art.10, prohibición de despido; • art. 11, derechos inherentes al contrato de trabajo

Fuente: elaboración propia a partir de la consulta realizada en el Repositorio digital de la biblioteca OIT

2.1. Aproximaciones conceptuales y su problemática jurídica

El primer problema jurídico que se plantea en relación a la trabajadora embarazada es determinar el momento a partir del cual se debe proteger, desde la perspectiva prevencionista, esta situación especial en la que se encuentra la trabajadora. Un análisis comparativo del Ordenamiento comunitario y el Derecho interno nos desvela una regulación desigual. Por una parte, la Directiva 92/85/CEE establece que se considerará “trabajadora embarazada”, aquella que informe⁵ a la empresa de su estado

⁵ Adviértase que el TJCE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la comunicación del embarazo. Así por ejemplo, en la STJCE de 4 de octubre de 2001, la trabajadora no tendrá que comunicar su embarazo, a pesar de que tenga ya conocimiento del mismo; incluso en el momento de la firma del contrato de trabajo. También, la STJCE de 27 de

de gestación de conformidad con la legislación y/o práctica nacional. Sin embargo, en nuestro Ordenamiento interno (art. 26 LPRL), la trabajadora no está obligada a comunicar al empresario su estado de embarazo, ya que este aspecto pertenece al ámbito de la intimidad de la trabajadora⁶ (art. 18.1 CE). Por lo tanto, la obligación para el empresario nacerá cuando éste tenga constancia efectiva del embarazo de la trabajadora, con independencia del medio de información⁷ que se haya utilizado. Es decir, aunque la trabajadora no haya comunicado formalmente su estado de embarazo a la empresa, el conocimiento de su estado por parte de ésta obligará a la misma a que adopte las medidas preventivas oportunas para proteger la maternidad. Ahora bien, en algunos casos, en los que la empresa alegue su falta de conocimiento, no le será exigible la adopción de medidas preventivas y de protección del embarazo⁸.

Respecto a la protección de la trabajadora en *periodo de posparto*, se contempla en el art. 26.1 LPRL, en conexión con los arts. 48.4 ET y 133-*bis* LGSS. Dicha situación comprende desde el momento en que termina la suspensión obligatoria del contrato de trabajo por maternidad – desde las seis semanas de descanso obligatorio de la madre, que computa desde el parto – hasta el momento incierto de la incorporación de la mujer al trabajo – que puede durar hasta dieciséis⁹ o dieciocho¹⁰ semanas – al agotarse la prestación por maternidad.

En otros supuestos, la trabajadora se incorporará a su puesto de trabajo

febrero de 2003, la trabajadora no está obligada a comunicar su estado de embarazo al empresario y, en consecuencia, éste no puede tener en consideración el embarazo a fin de adoptar las medidas protectoras.

⁶ Para profundizar en este tema consúltese J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *Reflexiones jurídicas sobre el alcance del deber de comunicación en relación a la protección de la trabajadora embarazada, en posparto o lactancia*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019, pp. 129-157.

⁷ La comunicación se podrá realizar de forma oral o por escrito, siendo esta última la recomendable en aras de la seguridad jurídica.

⁸ A pesar de no existir la obligación para la trabajadora embarazada de comunicar su estado, sería recomendable que, a efectos de evitar situaciones de inseguridad jurídica, la trabajadora comunicase su situación a la empresa, preferiblemente de forma escrita. Así se deduce de una nutrida jurisprudencia de nuestros tribunales, citándose al respecto las siguientes: STS (Sala IV), de 26 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1013); STSJ (Sala de los Social) de Andalucía, de 23 de junio de 2009 (AS 2009, 2287); STSJ (Sala de los Social) de Canarias, de 30 de octubre de 2007 (AS 2008, 487); STSJ (Sala de los Social) de Canarias, de 19 de diciembre de 2006 (AS 2007, 1449); STSJ (Sala de los Social) de Cataluña, de 9 de marzo de 2006 (AS 2006, 2429); STSJ (Sala de los Social) del País Vasco, de 21 de junio de 2005 (AS 2005, 2421) y STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 29 de junio de 2004 (AS 2004, 2402).

⁹ En el caso que la trabajadora no reparta con el padre el período de suspensión.

¹⁰ Supuesto de parto múltiple.

después de las seis semanas de descanso obligatorio y antes de las dieciséis semanas de baja por maternidad¹¹. En estos casos, el empresario debería tener en cuenta, desde el punto de vista preventivo, el estado aún de recuperación de la mujer trabajadora¹².

En definitiva, en el caso de posparto, la finalidad de la protección es garantizar la recuperación de la trabajadora para el trabajo y adecuar el mismo si existen riesgos específicos durante los primeros momentos de la actividad laboral. Aunque en algunos supuestos, la interrupción de la prestación laboral de la trabajadora pueda dilatarse ya que, junto a la citada baja por maternidad, se podrá agregar la suspensión del contrato por IT derivada de contingencias comunes¹³.

En referencia al establecimiento de los límites del *periodo de lactancia natural*, el art. 2.º de la Directiva 92/85/CEE, establece que «cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales», lo que significa que serán las legislaciones de cada Estado miembro las encargadas de establecer los límites de dichos periodos¹⁴.

En nuestro Ordenamiento jurídico, desde la perspectiva preventiva, se protege la lactancia natural¹⁵. Es una protección especial, regulada en los arts. 4 y 26.1 LPRL y 37.4 ET, en los que se establece que la madre trabajadora podrá disfrutar de esta protección hasta que el hijo cumpla los nueve meses. Su justificación jurídica se encuentra en el amamantado natural del recién nacido por parte de la madre trabajadora, siendo la leche materna una fuente común de transmisión de enfermedades, lo que supone un riesgo derivado de la exposición de la mujer trabajadora a determinados

¹¹ Por ejemplo en aquellos supuestos que la trabajadora no reúne las condiciones de acceso a la prestación por maternidad regulado en el art. 133-ter LGSS.

¹² Estamos ante una situación de incertidumbre jurídica, ya que se carece de un concepto de *parto reciente*. Ni la norma comunitaria ni la nacional lo define. En definitiva, el empresario desconoce el momento a partir del cual debe prestar la protección preventiva a la trabajadora, aunque dicha circunstancia se conocerá por la solicitud de la correspondiente baja por maternidad.

¹³ Vid. J.E. LÓPEZ AHUMADA, *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, 2010, p. 68.

¹⁴ Para un tratamiento en profundidad sobre este tema véase M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, pp. 58-66.

¹⁵ Como se ha puesto de manifiesto, por un amplio sector doctrinal, se trata de una protección que cuenta con una amplia tradición en nuestro ordenamiento jurídico; véase entre otros M.D. ALONSO LIGERO, *Lactancia y guarda legal*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa, 1982, *passim*; M.J. DILLA CATALÁ, *El derecho a la licencia retribuida por lactancia*, en *Actualidad Laboral*, 1989, n. 17, p. 212; C. ORTIZ LALLANA, *Protección social comunitaria de la maternidad*, *ibidem*, 1991, n. 8, pp. 385-389.

agentes o sustancias presentes en el ambiente laboral¹⁶.

De igual modo que en los otros supuestos analizados, la trabajadora no está obligada a informar a la empresa de la lactancia natural – derecho fundamental a la intimidad –, lo que supone que el empresario podrá conocer esta situación y, por tanto adoptar las medidas protectoras y preventivas necesarias, en virtud de la solicitud por parte de la trabajadora del permiso por lactancia. Como es lógico, dicha protección por parte del empresario es obligatoria, independientemente de que la trabajadora haga uso o no de la licencia.

2.2. Determinación del alcance de la acción protectora

Como ya se ha anticipado, la tutela se extiende a la maternidad en sentido amplio, por tanto, existe una protección que abarca tanto a la trabajadora embarazada, como a aquella que haya dado a luz o que se encuentre en periodo de lactancia natural¹⁷. Desde una perspectiva prevencionista, el análisis nos desvela una protección especial de la maternidad en la que se excluye al trabajador varón. Sin duda, los aspectos relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo se refieren exclusivamente a las situaciones conectadas directamente al sexo femenino¹⁸.

¹⁶ Desde la perspectiva de la protección dispensada *ex art* 26.3 LPRL, el bien jurídico protegido es la salud de la madre y del lactante. Sin embargo, el sujeto protegido desde la proyección del art. 37.4 ET, es el recién nacido, al concederse a los padres un tiempo de ausencia del trabajo para atender al recién nacido. Adviértase que en el supuesto hipotético de poder proteger incluso la “lactancia artificial”, que no contempla la ley, también se protegería al padre trabajador, ya que el bien jurídico tutelado no sería la salud del lactante por medio de la madre. Para profundizar sobre este tema puede consultarse J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 69.

¹⁷ Coincidimos con la posición doctrinal que defiende una interpretación extensiva del art. 26 LPRL. Aunque, a priori, de la literalidad del precepto se desprende la protección de la “maternidad”; sin embargo, la protección jurídica contenida en el mismo supera la literalidad de la norma, extendiéndose también a la situación de parto reciente y lactancia natural. Por lo tanto, hay un deber de protección de la salud de la trabajadora, cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada, del feto y del recién nacido. Incluso este deber de protección se extiende a los riesgos laborales que puedan afectar a la función procreadora, como se desprende del art. 25.2 LPRL. *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸ Desde nuestra posición, pensamos que se trata de una protección en razón al estado biológico, aunque se detecta un número muy significativo de autores que se han manifestado a favor de una protección en razón al género, de los que citamos a modo de ejemplo los siguientes: F. CAVAS MARTÍNEZ, *Maternidad y salud laboral*, en *Salud y Trabajo*, 1996, n. 113, pp. 5-13; F.J. CALVO GALLEGO, M. JUNCO CACHERO, *Derecho de la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a la tutela de la maternidad*, en J.L. MONEREO PÉREZ (ed.),

Respecto a las ocupaciones o actividades que se protegen, hay que subrayar que la protección de la maternidad no se limita al trabajo dependiente y por cuenta ajena, sino que también abarca la función pública. Su fundamentación jurídica en el plano internacional, se encuentra reflejado en los arts. 2, §§ 1 y 2, y 16.3 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y el art. 1, §§ 1 y 2, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En ambos instrumentos jurídicos, se establece que la protección jurídica que se dispensa es aplicable a las trabajadoras de todos los ámbitos y ocupaciones, ya sean actividades públicas o privados, siendo contrarias a la misma la exclusión de determinadas categorías como pueden ser las trabajadoras del sector público¹⁹, las trabajadoras vinculadas por un contrato atípico o la exclusión de determinadas actividades aunque se realicen en circunstancias de excepcionalidad. En el plano nacional, el art 3.1 LPRL establece que las disposiciones contenidas en esta ley serán de aplicación también a la función pública²⁰. Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público²¹, contiene también una remisión a la legislación laboral, concretamente en el art. 51 que dice que «Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente».

Conviene precisar que en España, la LPRL no será de aplicación en aquellas actividades²² cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas. No obstante, esta Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que

La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral, Universidad de Granada, 1996, pp. 696-708; J. GORELLI HERNÁNDEZ, *La protección por maternidad: análisis normativo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1997; J. GORELLI HERNÁNDEZ, M.T. IGARTUA MIRÓ, *La prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, 2002; J. MORENO GENÉ, A. ROMERO BURILLO, *Maternidad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, 2000, *passim*.

¹⁹ Sobre la extensión de la Directiva 92/85/CEE a la función pública, véase la STJUE de 17 de julio de 2012, BG, asunto F-54/11.

²⁰ *Vid.* M. APILLUELO MARTÍN, *Reubicación de los funcionarios públicos por motivos de salud*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 80.

²¹ RDL 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en *BOE*, 31 octubre 2015, n. 261).

²² Dichas actividades son: seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil y Cuerpos policiales.

prestan sus servicios en las indicadas actividades (art. 3.2 LPRL).

Otra figura que quedaría bajo el amparo de la protección de la LPRL, sería la correspondiente a las trabajadoras de las cooperativas integradas en las categorías de “socios trabajadores”²³. De conformidad con el art. 3.1 LPRL, pensamos que le sería de aplicación plena los contenidos del art. 26 LPRL. Sin embargo, desde el ámbito comunitario, conviene aclarar que la calificación del vínculo – concepto de trabajadora –, no correspondería a los ordenamientos internos, sino que es el Derecho comunitario quien lo establece conforme a criterios objetivos de forma que sea común para todos los Estados miembros.

Diferente trato es el que se dispensa a las trabajadoras autónomas que quedan excluidas de la protección que se dispensa a las trabajadoras por cuenta ajena desde la doble perspectiva del Ordenamiento interno y del comunitario. De esta forma, ni la LPRL²⁴ ni la Directiva 92/85/CEE²⁵ incluyen a las trabajadoras autónomas. Sin embargo, las trabajadoras autónomas tienen reconocida la prestación por riesgo y la atención preventiva – aunque de forma parcial – de los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural. En este sentido, las trabajadoras autónomas tienen reconocida la prestación por riesgo durante el embarazo en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras – DA 8ª, § 3, de la Ley General de Seguridad Social – y por riesgo durante la lactancia natural en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH)²⁶.

²³ Entiéndase también incluidos otros términos equivalentes como “socios de trabajo” y similares. Véase sobre este asunto A.I. GARCÍA SALAS, *Las cooperativas de trabajo asociado bajo la normativa de prevención de riesgos laborales: “operaciones de ajuste” en las figuras de empresario y trabajador*, en *Temas Laborales*, 2004, n. 74, pp. 77-108; A.I. PÉREZ CAMPOS, *Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2004, n. 53, pp. 57-84; M.B. CARDONA RUPERT, *Prevención de riesgos laborales en las cooperativas*, en *Aranzadi Social*, 2001, n. 5, pp. 499-510. También véase M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 35.

²⁴ Adviértase que el art. 3.1 LPRL delimita el ámbito subjetivo de su regulación sobre el trabajador por cuenta ajena. No obstante, esta exclusión de los trabajadores autónomos de la LPRL, no se establece de forma total y plena, ya que el propio art. 3.1 LPRL, añade: «sin perjuicio de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos». Ahora bien, ¿a qué se refiere, cuando habla de derechos y obligaciones de los autónomos? Pensamos que, en este caso, se refiere a la posibilidad del autoaseguramiento del art. 15.5 LPRL y las obligaciones de coordinación de las actividades empresariales reguladas en el art. 24, apartados 1 y 2, LPRL.

²⁵ Su protección se encuentra regulada en art. 8 de la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

²⁶ En *BOE*, 23 marzo 2007, n. 71.

Además de recibir una atención especial – aunque de tipo parcial – de diversos aspectos preventivos sobre los riesgos derivados durante el embarazo y la lactancia natural en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Modificaciones importantes sobre esta materia, están previstas en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008 por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE²⁷, en la que se incluyen en su ámbito de protección a las trabajadoras del servicio doméstico, antes excluidas.

La nueva redacción del art. 2 es la siguiente:

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;
- b) trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajadora que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales; a efectos de la presente Directiva, se entenderá igualmente cualquier trabajadora que haya adoptado un niño;
- c) trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales que ejerza una actividad laboral con arreglo a cualquier tipo de contrato, incluido el servicio doméstico, y que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

2.3. Singularidades de la evaluación de riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural

Si la protección de la salud es un derecho social fundamental de carácter primario reconocido a nivel mundial²⁸, la evaluación de riesgos se erige

²⁷ Obsérvese que en la nueva redacción se incluyen a las trabajadoras del servicio doméstico, antes excluidas.

²⁸ El profesor J.L. MONEREO PÉREZ, *La salud como derecho humano fundamental*, en *Relaciones Laborales*, 2014, n. 9, p. 54, sostiene que «Es innegable que la protección de la salud [...] constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo. Es un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona [...]. De este modo se sitúa a la persona en el centro de su atención».

como un instrumento indispensable para poder proteger de forma eficaz la salud de los trabajadores en el desarrollo de su trabajo. En el art. 3.1 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), se define la evaluación de los riesgos laborales, como «el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse». Ahora bien, debemos distinguir²⁹ en este proceso de protección de la maternidad en el desarrollo de la actividad laboral, la evaluación general, o inicial, respecto de otras sucesivas, o singulares. El empresario, a la hora de realizar las diferentes evaluaciones de riesgos, deberá tener en cuenta en la valoración, aquellos riesgos inherentes al puesto de trabajo que pueda ser ocupado por una mujer y que implique desarrollar actividades susceptibles de generar riesgos laborales que pongan en peligro la seguridad y salud de la madre, el feto o su hijo lactante.

En la *evaluación general de los riesgos*, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 16 y 26 LPRL, 4.1.b, 7.c y 37.3.g RSP y 4 de la Directiva 92/85/CEE, el empresario deberá identificar los factores de riesgos que debido a la exposición de la trabajadora a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan afectar a la salud de la trabajadora embarazada y a la del feto, recién nacido o lactante. También se procederá a determinar la naturaleza de dichos riesgos, así como la intensidad y duración de la exposición de la trabajadora a los mismos. Finalizadas estas actuaciones, se deberá proceder a establecer aquellas medidas preventivas procedentes que permitan eliminar o reducir al máximo dichos riesgos.

Respecto a la *evaluación específica o singular de riesgos*³⁰, es preciso destacar que conocida por el empresario la situación de embarazo, puerperio o lactancia de la trabajadora – ver supra lo que se ha expuesto sobre la no obligatoriedad de la comunicación de estas situaciones por parte de la trabajadora al empresario –, éste deberá valorar los riesgos específicos para la trabajadora desde el punto de vista individual³¹, es decir que se deberá

²⁹ El fundamento jurídico de esta distinción y la necesidad de realizar una evaluación inicial como otras de carácter sucesivo se encuentra en el arts. 16 LPRL y 4 RSP, en relación al art. 9.1 de la Directiva 89/391/CEE.

³⁰ En la STC 161/04, de 4 de octubre (RTC 2004, 161), se ha señalado el carácter obligatorio de la evaluación de riesgos singular y no es aceptable la adopción de cualquier tipo de medida por parte del empresario, sin contar con los resultados previos derivados de la evaluación de riesgos individual.

³¹ Es decir, se deberá tener en cuenta la situación concreta de la trabajadora y sus

tener en cuenta las circunstancias especiales que concurren en una trabajadora y que puedan incidir en los estados indicados. Finalmente, se deberán adoptar las medidas preventivas³² intentando evitar o reducir las exposiciones de la trabajadora a aquellas situaciones que representen un riesgo para su salud o la del feto o lactante.

Especial atención merece el análisis de los instrumentos de evaluación. La Directiva 92/85/CEE, ha diseñado dos guías para la evaluación de riesgos específicos respecto de la mujer embarazada, posparto o lactancia. También, se han elaborado dos listas no exhaustivas de agentes, procedimientos y condiciones recogidas en los Anexos I y II de la Directiva³³.

En nuestro derecho interno se han llevado a cabo diversas actuaciones. Por una parte, se han introducido³⁴ en el RSP los Anexos VII y VIII, que contienen una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia natural. También, con el fin de aportar instrumentos de orientación y ayuda para llevar a cabo estas evaluaciones de riesgos, se han elaborado una serie de guías³⁵ y notas técnicas de prevención³⁶ por parte del Instituto Nacional de Seguridad e

antecedentes, como enfermedades o problemas surgidos en otros embarazos. *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 71.

³² Sobre este asunto se ha pronunciado el TS, señalando la necesidad de realizar una correcta y sucesiva evaluación de los riesgos específicos como requisito previo e indispensable para adoptar las medidas preventivas, y así se recoge en las siguientes referencias jurisprudenciales: STS (Sala IV), de 1º de octubre de 2012 (Rec. 2373, 2011); STS (Sala IV), de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2542, 2013) y STS (Sala IV), de 7 de abril de 2014 (Rec. 1724, 2013). En la práctica, la correcta evaluación de los riesgos del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada o lactante se ha convertido en un requisito casi ineludible para el acceso a las respectivas prestaciones por riesgo. Sobre este asunto, *vid.* M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 70.

³³ Se detecta una mayor desprotección y falta de atención hacia la trabajadora en parto reciente.

³⁴ Dichas reformas se introducen mediante el RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Los títulos de los Anexos son *Lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural* y *Lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural*.

³⁵ Por ejemplo las *Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo* y las *Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y de la IT durante el embarazo*.

³⁶ Una relación no exhaustiva de buenas prácticas se incluyen en las siguientes NTP: 413; 414; 542; 664; 740; 785; 914; 915; 992; 993; etc.

Higiene en el Trabajo (INSHT), en la actualidad denominado Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST).

2.4. Medidas preventivas específicas frente a los riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural

Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de la trabajadora, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada³⁷ *ex art.* 26.1 LPRL.

2.4.1. Adaptación de las condiciones de trabajo

Para aproximarnos al concepto de condiciones de trabajo³⁸ desde el punto de vista preventivo, deberemos acudir al apartado 7 del art. 4 LPRL. El citado precepto establece lo siguiente:

Se entenderá como “condición de trabajo” cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición:

- a) Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo.
- b) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.
- c) Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados.
- d) Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos

³⁷ Para profundizar sobre el estudio de las medidas preventivas específicas frente a los riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural, puede consultarse J.L. RUIZ SANTAMARÍA, *La especial vulnerabilidad de las trabajadoras en situaciones de embarazo, puerperio o lactancia: adopción de medidas preventivas que garanticen su tutela frente a la discriminación en el empleo*, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Laborum, 2018, tomo I, pp. 339-355.

³⁸ Adviértase que el concepto de condiciones de trabajo en el ámbito de la PRL es distinta a la noción de condiciones laborales propia del Derecho del Trabajo que se refiere al salario, horario, clasificación profesional, organización, etc.

a que esté expuesto el trabajador.

La finalidad de la adaptación de las condiciones de trabajo es eliminar o reducir los riesgos laborales para la trabajadora cuando estas condiciones influyan negativamente en su estado de salud. Se trata de una medida necesaria que en muchos casos supone un cambio organizativo pero sin ocasionar en la mayoría de los supuestos un gran coste para la empresa³⁹.

Una primera aproximación a las condiciones de trabajo estaría centrada en la necesidad de tener adaptados los locales de trabajo a las situaciones relacionadas con la maternidad. Hay que tener presente que en determinadas ocasiones, las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia tienen la necesidad de realizar descansos tumbadas y en unas condiciones adecuadas especiales y diferentes al resto de trabajadores⁴⁰. En esta misma línea, también la trabajadora lactante debería tener disponible una sala privada y limpia para amamantar o extraerse la leche, así como frigoríficos seguros y limpios para almacenarla, e instalaciones para esterilizar, lavar y almacenar los recipientes, sin olvidar el indispensable tiempo libre para la realización de estas tareas sin reducción de su remuneración⁴¹. Estas condiciones se recogen en la NTP 664, sobre lactancia materna y vuelta al trabajo.

En referencia a las medidas preventivas⁴² sobre la reordenación del tiempo de trabajo⁴³ y descanso, la protección consistiría en establecer un ritmo de

³⁹ *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁰ Se trata de medidas de tipo ergonómico. Otras que podríamos añadir, dentro de la especialidad de seguridad y salud, sería la de proveer un fácil acceso a los sanitarios, que no siempre es posible en los lugares de trabajo. La regulación comunitaria sobre estos aspectos se encuentra en los arts. 12 y 17, Anexos I y II, de la Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre, que regula el lugar de trabajo y las condiciones de seguridad y salud en los lugares de trabajo. En la normativa española, en el apartado 3.4 del Anexo V, RD 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, que establece que «las trabajadoras embarazadas y madres lactantes deberán tener la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas», recordad en este aspecto (nota 64) las reformas que se introducen mediante el RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁴¹ Esta línea argumental es la que se recoge en la STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 28 de marzo de 2014 (Rec. 1775, 2014).

⁴² En estos casos, las medidas recomendables sería por ejemplo: evitar prolongaciones de la jornada ordinaria de trabajo, evitar también las horas extraordinarias, o la aplicación de bolsas de horas, o el régimen de puesta a disposición, así como otras medidas de flexibilización del tiempo de trabajo pactados en acuerdos individuales o colectivos. *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, pp. 77 ss.

⁴³ Es conveniente destacar la interpretación que hace el Tribunal Supremo hace respecto al descanso para la extracción de leche materna en: STS (Sala IV), de 21 de junio de 2012

trabajo distinto al ordinario y habitual. Debido al nuevo estado de la trabajadora, asumir el régimen de la jornada habitual podría provocar un accidente de trabajo – por generar una fatiga adicional – o bien, contraer una enfermedad profesional debido a una exposición a determinados agentes.

Otra medida de adaptación sería la relativa a la posibilidad de realizar ajustes en el horario de trabajo limitando la franja de horario de trabajo en régimen de nocturnidad o ajustando el horario de los turnos de trabajo⁴⁴.

Una atención especial requiere el debate que se suscita en torno a la posible nocividad del trabajo nocturno. Es decir, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿la nocturnidad por sí sola supone un riesgo específico para la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia? Sin duda, la respuesta no es sencilla. Una mirada al Derecho Internacional y al de la Unión Europea, nos desvela que siempre ha existido por parte de estos Ordenamientos una inclinación clara hacia la consideración de nocividad que lleva aparejado el trabajo nocturno tanto para el embarazo como para la lactancia. Estas son las tesis que se reflejan en diversos instrumentos jurídicos emanados de la OIT⁴⁵ y de la UE⁴⁶, aunque las consecuencias que se desprenden de sus textos jurídicos – la prohibición o no de estos trabajos – son distintas en cada caso. Concretamente, la Directiva 92/85/CEE, a diferencia de las Recomendaciones OIT R095 y R191, no prohíbe el trabajo

(Rec. 2361, 2011) y STS (Sala IV), de 24 de abril de 2012 (Rec. 818, 2011). Sostiene que la reducción de jornada por lactancia que contiene el art. 37.4 ET no puede confundirse con las medidas de adaptación del tiempo de trabajo del art. 26 LPRL, pues unas y otras obedecen a objetivos o finalidades diferentes: las medidas de protección de la trabajadora están relacionadas con la salud – arts. 26 LPRL, 135-*bis* y 135-*ter* LGSS –, y las pausas o reducción para la lactancia se enmarcan en los derechos de conciliación de la vida familiar *ex* art. 37.4 ET.

⁴⁴ Nos referimos evidentemente a situaciones exclusivas de adaptación horaria. No entrarían dentro de estos supuestos aquellas situaciones en las que se produce un cambio que implica el traslado de la trabajadora a un puesto diurno, de un puesto de trabajo nocturno, o a otro de horario ordinario, de un puesto de trabajo a turnos; en estos casos, no se trataría de una adaptación, sino de un cambio temporal del puesto de trabajo que trataremos en otro epígrafe.

⁴⁵ Nos referimos a la Recomendación OIT R095, que en el § V.1 dice textualmente: «El trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidas a las mujeres embarazadas y lactantes, y sus horas de trabajo deberían estar prohibidas de suerte que puedan disfrutar de periodos adecuados de descanso». También la Recomendación OIT R191, en el § VI.5, establece que «Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado».

⁴⁶ *Vid.* Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

nocturno por la embarazada o en periodo consecutivo al parto, sino que la formula en términos de derecho de la mujer⁴⁷, pudiendo los Ordenamientos jurídicos internos exigir para ello un certificado médico que acredite la necesidad de que la trabajadora no deba realizar el trabajo nocturno. Nuestro art. 26.1 LPRL, no exige el certificado médico que hace referencia la Directiva 92/85/CEE, sin embargo parece remitirlo a la evaluación de riesgos⁴⁸.

Otro aspecto importante a analizar, estaría focalizado en los efectos que pudieran tener los cambios en las condiciones de trabajo respecto a la disminución de las retribuciones de la trabajadora⁴⁹. Es decir, la influencia de la medida preventiva en la disminución del salario o más concretamente en la pérdida de los complementos del mismo⁵⁰ (primas, complementos en función del volumen de trabajo, pluses en función del tiempo de trabajo, complementos de trabajar a turnos, por nocturnidad o disponibilidad horaria).

Respecto al límite jurídico que se establece sobre los ajustes en el trabajo ordinario de la trabajadora contenido en el art. 41 ET estaría situado en la imposibilidad de crear modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En cambio, el art. 26 LPRL despliega su protección sobre el mantenimiento del “status laboral” adquirido por la trabajadora. El empresario no puede aprovechar esta situación obtener ventajas económicas derivadas del cambio practicado en las condiciones de trabajo motivado por motivos de salud de la trabajadora. Es importante destacar en este sentido que el cambio practicado en las condiciones de trabajo debe respetar la dignidad de la trabajadora y habría que realizarlo solicitando

⁴⁷ Como se desprende del Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 92/85/CEE, el tratamiento que se hace del trabajo nocturno, pese a reconocer su carácter penoso – como se hace en las Recomendaciones OIT –, no se inclina definitivamente por la prohibición, ya que el TJCE en diferentes sentencias estableció como discriminatoria esta prohibición, contraria a la Directiva 76/207/CEE. STJCE de 25 de julio de 1991, asunto C 345/89, *Stoeckel*; STJCE de 2 de agosto de 1993, asunto C 158/91, *Ley*; STJCE de 3 de febrero de 1994, asunto C 13/93, *Minne*.

⁴⁸ Se aprecia una clara diferencia en el tratamiento que se hace en nuestra LPRL respecto a la Directiva 92/85/CEE. Por parte de nuestro Ordenamiento interno, las exigencias son más severas – es necesario que se desprenda de la evaluación de riesgos –, mientras que la Directiva requiere simplemente un certificado médico, es decir, se reconoce desde la propia norma el carácter penoso del trabajo nocturno.

⁴⁹ Podrían afectar a determinadas partidas o complementos salariales que están relacionados directamente con el resultado, el sistema de trabajo o el rendimiento.

⁵⁰ De la relación que se establece entre los contenidos del art. 26.2 LPRL y los del art. 11.1 de la Directiva 92/85/CEE, se deduce la obligación de garantizar los derechos de los trabajadoras que se les ha realizado una adaptación en sus condiciones de trabajo por razones de maternidad y en especial el mantenimiento de sus retribuciones íntegras.

previamente su consentimiento. Lógicamente, estos cambios previstos legalmente están orientados a garantizar a la trabajadora una actividad laboral segura y saludable.

2.4.2. Cambio temporal del puesto de trabajo

Cuando no sea posible la adaptación del puesto, se procederá a la determinación de un puesto de trabajo compatible e idóneo⁵¹. Dicho proceso se realizará a la luz de la evaluación de riesgos que deberá analizar todos los puestos de trabajo desde la perspectiva de los riesgos en los supuestos de embarazo, parto reciente y lactancia natural⁵². De conformidad con lo estipulado en el art. 26.2 LPRL, se trata de una medida preventiva de carácter transitorio que se adopta en el caso de que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no sea posible; o bien, siendo estas medidas posibles, no aporten las suficientes garantías para evitar la repercusión negativa del trabajo en la salud de la trabajadora embarazada, el feto o lactante. Por su parte, el art. 5.2 de la Directiva 92/85/CEE, establece que, «Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada». Ahora bien, la aplicación de esta modalidad de protección de la salud de la trabajadora, el feto o lactante, requiere – de conformidad con lo establecido en el art. 26.2 LPRL – del correspondiente certificado médico de los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Sin duda, la LPRL establece que el correspondiente certificado médico es el presupuesto para el nacimiento de la obligación empresarial⁵³. Llegado a este punto, sería lógico preguntarse ¿cuáles son los

⁵¹ Ex art. 26.2, apartado 1, LPRL, el empresario elaborará una lista de puestos de trabajo exentos de riesgo, previa consulta a los representantes de los trabajadores. Esta consulta no tiene carácter vinculante, es de colaboración e información sin estar vinculada a una posible corresponsabilidad o cogestión en la prevención de los riesgos laborales en la empresa.

⁵² Para profundizar sobre este tema *vid.* M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 109.

⁵³ En definitiva, se trata de acreditar por el facultativo que, las condiciones de trabajo desde el punto de vista médico, pueden repercutir de forma negativa en la salud de la trabajadora, del feto o del lactante y por este motivo es necesario realizar un traslado a un puesto compatible con su estado y en el que se garantice que la protección de la salud. En este aspecto y, en relación al procedimiento de reconocimiento de esta situación, es

límites de esta obligación empresarial? Responder a esta interrogante no es tarea fácil, ya que el simple examen de la legislación que regula esta materia no nos desvela una respuesta certera y precisa. Por este motivo, creemos que una revisión de la jurisprudencia nacional e internacional sobre este tema, nos podrá aproximar de forma más acertada a posibles soluciones que nos permitan resolver el problema planteado. Coincidimos con las tesis⁵⁴ que sostienen que hay que partir de la base de que «el escalafón de medidas tutelares está en función de la protección de la salud de la trabajadora y no del interés del empresario», así se establece en nuestra jurisprudencia interna, concretamente en la STC (Sala I) n. 161/2004, de 4 de octubre, Rec. de amparo n. 4295/2001⁵⁵.

En el ámbito de la Unión Europea, la STJUE de 1 de julio de 2010, asunto C-194/08, *Gassmayr*, establece que «se procurará adoptar aquella medida, dentro de las posibles, que sea menos gravosa para la trabajadora». Además, como se ha señalado por otra parte en la interesante STC (Sala I) n. 161/2004, citada *supra*, «El deber de adopción de tales medidas y en general el deber de protección recae sobre el empresario, sin que pueda éste desplazarse a la trabajadora ni, salvo previsión en contrario, al erario público, la exención de la movilidad funcional sólo será razonable desde la perspectiva de los límites de aquella en el art. 39.1 ET; en definitiva, las

conveniente tener presente la vinculación del art. 26 LPRL con los arts. 14, 39 y 51 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regula las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁵⁴ Sobre este tema *vid.* M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, pp. 110 ss.

⁵⁵ En esta sentencia, se otorga el amparo constitucional por haberse vulnerado el principio de igualdad del art. 14 CE, a una trabajadora embarazada que trabajaba como segundo piloto profesional para una empresa de Líneas aéreas y que causó baja durante el embarazo, debido a una amenaza de aborto, dándose de alta un mes después. Posteriormente a la incorporación de la trabajadora, la empresa le comunica la suspensión del contrato sin una contraprestación salarial al ser reconocida como “no apta circunstancial” por el Centro Médico de la empresa. La empresa manifiesta la imposibilidad de ofrecer un puesto de trabajo diferente debido a la inexistencia de vacante. La trabajadora consideró que la suspensión del contrato sin la contraprestación salarial correspondiente fue un acto discriminatorio debido a su estado de embarazo. El TC expresa que de los hechos probados se deduce la posibilidad de la existencia de un puesto de trabajo en tierra, adecuado al estado de gestación de la trabajadora, a pesar de que en la notificación por la que se le suspendió el contrato, la empresa manifestó lo contrario. El juzgador constitucional entiende que la suspensión del contrato por parte de la empresa carece de justificación razonable y por lo tanto es una decisión discriminatoria, vulnerando de esta forma lo establecido en la CE. Por lo tanto, el TC se pronuncia a favor de otorgar el amparo a la trabajadora por haberse vulnerado el principio de igualdad reflejado en el art. 14 CE, declarando nulo el despido declarado en la STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2000.

titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación, y el respeto a la dignidad de la trabajadora».

Si la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no fuera posible, o una vez que se han adaptado, estas condiciones no garantizan que el trabajo no genere riesgos para maternidad o la lactancia, la empresa tendrá necesariamente que adscribir a la trabajadora a otro puesto de trabajo o a otra actividad laboral compatible con su estado de salud. Observándose en este caso – de conformidad con lo dispuesto en el art. 26.2 LPRL –, que el puesto de trabajo debe corresponderse con otro de su mismo grupo profesional o, en ausencia de definición de sus categorías profesionales, a una categoría equivalente (movilidad interna)⁵⁶.

Cuando no haya posibilidad de ejercer la movilidad interna sobre la trabajadora, es decir, no existe un puesto de trabajo o función compatible dentro de su mismo grupo profesional o categoría equivalente, el empresario de conformidad con la regulación del art. 26.2 LPRL podrá cambiar a la trabajadora embarazada a un puesto de trabajo no correspondiente a su grupo o categoría profesional de referencia (movilidad externa). La utilización en el art. 26.2 LPRL de la expresión “podrá”, significa que el margen de acción del empresario en el cambio de puesto, lo tendría que realizar siguiendo lo estipulado en el art. 39 ET en referencia a las reglas de la movilidad funcional⁵⁷.

Hay que tener presente en los dos supuestos anteriores que, hacen referencia a la movilidad interna y externa, la modificación es de carácter temporal y tendrá eficacia hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora sea compatible⁵⁸ con su puesto de trabajo, momento en el que

⁵⁶ Conviene precisar que en este caso, como se ha planteado acertadamente por algunos autores, hay que recurrir a una institución puramente laboral que permite la modificación del contrato – o mejor dicho un grado – en virtud del *ius variandi* del empleador *ex* art. 39 ET que, aplicado en materia preventiva, requiere de los oportunos ajustes en clave de salud laboral. En este sentido es preciso destacar que la aplicación de la movilidad laboral no se desarrollará en sus términos ordinarios. En el ámbito laboral, las causas motivadoras del cambio del puesto de trabajo están relacionadas con “causas técnicas organizativas” establecidas en el art 39 ET, mientras que en el ámbito de la prevención de riesgos laborales del art. 26 LPRL el recurso a la movilidad funcional se realiza por motivos de protección de la salud de la trabajadora embarazada, del feto o lactante. *Vid.* J.E. LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁷ El efecto jurídico de esta remisión está orientado a limitar la adscripción temporal a puestos de trabajo que resulten compatibles con la formación académica, desarrollo de la carrera profesional y a la dignidad de la trabajadora embarazada enunciados en los arts. 26.2 LPRL, 39.1 y 3 ET. Los cambios del puesto o función que sobrepasen el ámbito de acción de la movilidad funcional tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo regulados en el art. 41 ET.

⁵⁸ Especial atención merece el análisis de la STSJ (Sala de los Social) de Madrid, de 8 de

se producirá la reincorporación a su puesto originario⁵⁹.

Conviene aclarar que el cambio temporal a un puesto de trabajo compatible podrá instarse a petición de la trabajadora embarazada y siempre que su pretensión cuente con el correspondiente certificado del médico de la Seguridad Social. Sin embargo, en aquellos casos en los que no exista la petición mencionada por parte de la trabajadora, el empresario podrá adoptar la decisión de cambiarla de puesto de trabajo, como un supuesto de movilidad funcional forzosa pero siempre que se trate de situaciones en las que esté presente un riesgo grave e inminente⁶⁰. No obstante, debemos aclarar que la empresa no puede recurrir directamente a la movilidad funcional alegando que la adaptación de las condiciones de trabajo que están previstas en el art. 26.1 LPRL es objetivamente inviable, ya que dicha adaptación siempre es posible y al menos deberá producirse el intento. Únicamente cuando dicha adaptación de condiciones resulte insuficiente a efectos de garantizar su salud, se podrá utilizar de forma subsidiaria.

julio de 2002 (AS 2002, 3761). En dicha sentencia se reconoce el derecho de una trabajadora – técnico especialista en rama sanitaria con destino en el servicio de radiología en estado de gestación de siete semanas – al cambio de puesto aún cuando los niveles de radiación a los que está expuesta no alcancen el límite máximo permitido por la norma reglamentaria. El TSJ de Madrid, considera que con ello se trata de «evitar cualquier tipo de riesgo» que pueda influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del feto – de conformidad con el art. 26 LPRL –, por lo que es evidente que si dentro del mismo departamento y centro de trabajo existe un puesto de trabajo en el que la trabajadora embarazada deja de estar expuesta a las radiaciones, aunque sea en “grado mínimo”, debe procurarse dicho cambio, máxime cuando el organismo en cuestión no da una razón objetiva, fundada en necesidades de servicios, que justifique no atender la petición de la trabajadora. Creemos muy acertada la tesis que apoyan esta interpretación de la resolución judicial referenciada supra, entendiendo que «la adaptación insuficiente del supuesto de hecho, en la que el riesgo muy grave se disminuye pero persiste como potencialidad de peligro. Pero en cualquier caso, esta posición también sugiere para los supuestos más dudosos un criterio adicional que completa o se integra en el art. 26 LPRL y que deriva del art. 15 CE como derecho fundamental, de manera que, al menos podría considerarse desproporcionada y contraria tales preceptos, una actitud empresarial obstruccionista y no suficientemente justificada de denegación de la solicitud de adaptación o de cambio de puesto de trabajo a otro más idóneo para la trabajadora en cuestión». *Vid.* M.I. BENAVENTE TORRES, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁹ Esta situación tendrá que ser evaluada periódicamente y puede extenderse a un momento previo al parto o hasta el mismo instante del dar a luz. También se extenderá a la situación de lactancia natural.

⁶⁰ Así se contempla en el art. 21 LPRL.

2.4.3. Suspensión del contrato de trabajo

Cuando no fuera posible la adaptación de las condiciones de trabajo ni la movilidad funcional temporal, operaría la suspensión del contrato de trabajo⁶¹.

La *finalidad* de esta medida está orientada a garantizar la salud de la trabajadora, del feto o lactante en la lactancia natural, evitando que la trabajadora esté en contacto con agentes o sustancias que puedan provocar daños directamente a su salud, a la del feto o a la del lactante, o en su caso, indirectamente a través de la leche materna⁶².

El *efecto* de la suspensión supone la interrupción de las obligaciones principales del contrato de trabajo, es decir, el pago del salario por parte de la empresa y la prestación de servicios por parte de la trabajadora, mientras la incompatibilidad de salud y trabajo persista. Ahora bien, de la redacción del art. 26 LPRL en sus apartados 3 y 4, el legislador ha optado por introducir en su redacción la expresión “podrá”⁶³. No obstante, ello no debe interpretarse en el sentido que la suspensión del contrato de trabajo sea un recurso facultativo para el empresario, la empresa o incluso para la trabajadora que pudiera renunciar a la misma. Por lo tanto, a pesar de contener este precepto esta expresión que induce a entender una opción, según el sentido literal, una interpretación jurídica correcta apunta hacia una medida de “carácter obligatorio” para ambas partes, siempre que concurren los presupuestos legales de referencia, es decir, que las medidas preventivas de adaptación y movilidad funcional sean imposibles de aplicar y exista a su vez, una situación objetiva de riesgo para la salud de la trabajadora, del feto

⁶¹ Regulada fundamentalmente en los arts. 26, apartados 3 y 4, LPRL, 45.1.d y 48.5 ET, 134 y 135-ter LGSS, además de tener en cuenta los efectos de la baja con maternidad.

⁶² De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo que se deriva de las siguientes sentencias, STS (Sala IV), de 18 de marzo de 2011 (Rec. 1863, 2010); STS (Sala IV), de 23 de enero de 2012 (Rec. 1706, 2011) y STS (Sala IV), de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2542, 2013), «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia es, de acuerdo con el art. 26 de la Ley de prevención de riesgos laborales, una medida subsidiaria de segundo grado para cuando concurre un riesgo específico en el desempeño concreto de un puesto de trabajo. En cuanto tal, sólo cabe adoptarla después de probar la existencia de tal riesgo específico y de valorar como insuficientes o como ineficaces otras medidas previas a la suspensión del contrato, que son, en primer lugar, la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, si tal adaptación no resulta posible o no resulta efectiva, el cambio de puesto de trabajo».

⁶³ En el apartado 3 se expresa en la siguiente forma: «Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse»; y en el 4 *in fine* «Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural».

o del lactante.

La suspensión se prolongará hasta la reincorporación de la trabajadora sea posible porque su estado de salud le permite la compatibilidad con el puesto de trabajo desempeñado, o bien, cuando se produzca el alumbramiento, en cuyo caso, la trabajadora pasará a la situación de suspensión del contrato por maternidad biológica⁶⁴.

Del mismo modo, remitirá la suspensión del riesgo en el caso de la *lactancia natural*, cuando el menor cumpla los nueve meses o en el momento mismo en el que la trabajadora finalice la lactancia natural a su hijo⁶⁵. También conviene matizar que la suspensión por maternidad durará hasta dieciséis semanas – dieciocho en caso de parto múltiple –, siendo las seis primeras de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, en situaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia, la suspensión se mantendrá durante el periodo necesario para proteger la seguridad y salud, y hasta que persista la imposibilidad de reincorporación por parte de la trabajadora⁶⁶; protegiéndose con el acceso a prestaciones económicas que suplen la carencia de renta durante estos periodos. La finalidad de esta protección consiste en mantener el mismo salario percibido durante la situación de trabajo activo, reconociéndose el derecho a percibir el cien por cien de la base reguladora, tanto en la protección de riesgo durante el embarazo⁶⁷, como en el riesgo durante la lactancia⁶⁸. A colación de este último riesgo, la reciente STS de 19 de octubre de 2020⁶⁹ reconoce el derecho de una trabajadora a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia. Dicha trabajadora que, prestaba sus servicios con la categoría profesional de ATS en un servicio de emergencias sanitarias SAMU, dio a luz en parto múltiple a dos menores, proporcionándoles lactancia natural y disfrutando de la prestación correspondiente por maternidad. Se constata que la actora presenta una «mayor susceptibilidad a contraer infecciones en la mama, de hecho en la fecha del juicio había sufrido tres procesos de mastitis»⁷⁰. Por este motivo, solicitó al SPRL que realizara una evaluación sobre adaptación del puesto de trabajo para la protección durante la lactancia, emitiéndose un informe y destacándose del mismo la siguiente recomendación relativa

⁶⁴ Cuya regulación se establece en los arts. 26.3 LPRL, 45.1.d y 48.5 ET.

⁶⁵ Regulación contemplada en los arts. 26.1 y 4 LPRL, 45.1.d y 48.5 ET.

⁶⁶ Esta imposibilidad de reincorporación se establece para el puesto de trabajo que ocupaba, pero también para cualquier otro puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora.

⁶⁷ *Vid.* arts. 134 y 135 LGSS.

⁶⁸ *Vid.* arts. 135-*bis* y 135-*ter* LGSS.

⁶⁹ STS (Sala IV) n. 923/2020 de 19 de octubre de 2020 (Recud. 1887/2018).

⁷⁰ *Vid.* AH 1^a de la STS (Sala IV) n. 923/2020 de 19 de octubre de 2020 (Recud. 1887/2018).

a los turnos y organización del trabajo: «se debe proporcionar las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo, para ejercer el derecho a la lactancia natural. En el caso de esta trabajadora que presenta especial susceptibilidad a desarrollar patología inflamatoria en las mamas, habrá que extremar las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche». Respecto al riesgo químico, señala que «se debe evitar la exposición durante la lactancia a agentes citostáticos»⁷¹. En relación a dicho informe, la dirección del SAMU dictó resolución en la que concluía que «no resulta técnicamente posible la adaptación/cambio del puesto de trabajo debido a las especiales características del puesto ATS/SAMU y la no existencia de otro puesto de trabajo diferente, acorde con la situación de riesgo de la trabajadora». Ante esta situación, la trabajadora presentó solicitud de certificación médica sobre riesgo durante la lactancia natural frente a la Mutua, resolviendo dicha entidad en el sentido de denegar la expedición de certificación médica de riesgo, por lo que no cabía iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la correspondiente prestación. Desestimada por la Mutua la reclamación previa presentada por la trabajadora y recurrida por dicha entidad la sentencia del Juzgado de lo Social estimatoria de las pretensiones de la actora, acudiría la Mutua en suplicación al TSJ que falló a su favor argumentando que lo único que se podría deducir de los hechos es que en el puesto de trabajo de la trabajadora existe un riesgo “genérico” para cualquier trabajador, pero no un riesgo “específico” para la lactancia, que es la cuestión a dilucidar a los efectos de la prestación solicitada, y que «no ha sido demostrado»⁷². Presentado por la trabajadora el recurso de casación para la unificación de doctrina, el TS resuelve el debate de suplicación, desestimando el recurso de tal clase interpuesto por la Mutua y confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social que estimaba la demanda frente al INSS, la Consejería de Sanidad de la CCAA y la Mutua, sobre prestación de riesgo durante la lactancia natural. De la síntesis expuesta y pese a la inexistencia de cambios sustanciales en la materia, de la que pueda derivarse una doctrina jurisprudencial novedosa (a diferencia de lo que aconteció a raíz de la STS 53/2019, 24 de enero de 2019 (Rcud. 2037/2017), señalaremos aquellos aspectos que, según las argumentaciones jurídicas esgrimidas en los distintos pronunciamientos judiciales producidos durante el 2020, merezcan ser destacados a modo de reflexiones conclusivas. Primero, se consolida el criterio que establece que cuando el empleador no pueda adoptar las medidas primera y segunda previstas en los apartados 1 y

⁷¹ *Idem.*

⁷² *Vid.* FD 2º, 4, de la STS (Sala IV) n. 923/2020 de 19 de octubre de 2020 (Recud. 1887/2018).

2 del art. 26 LPRL, se aplicará la tercera medida prevista en el art. 26.3 LPRL; es decir, la suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora *ex* art. 45.1.e ET que se vincula con la *prestación económica de seguridad social de riesgo* durante la lactancia natural *ex* art. 188 LGSS de 2015 (art. 135-bis LGSS de 1994), siendo aquel «periodo de suspensión del contrato de trabajo» precisamente la “situación protegida” por esta prestación.

Segundo, se reafirma en la STS de 19 de octubre de 2020 el criterio de que *esta prestación no debería habérsele denegado a la trabajadora*. Y ello porque el propio empleador declara la imposibilidad de adaptar/cambiar el puesto de la trabajadora o destinarla a otro puesto, pues de ello se derivaría como consecuencia que, si la trabajadora se mantenía en su puesto y no se suspendía su contrato de trabajo pasando a percibir la prestación de riesgo durante la lactancia natural, la lactancia no se realizaría en «las condiciones adecuadas en instalaciones y tiempo» ni extremando «las medidas higiénicas y horarios para la extracción adecuada de la leche» que requería el informe del SPRL. La imposibilidad de realizar la «extracción adecuada de la leche» en las «condiciones adecuadas» significa que, no suspenderse el contrato de trabajo de la trabajadora, *no se eliminan los riesgos para la lactancia natural*.

Tercero, en relación a la *necesaria evaluación de riesgos específica*, se asevera lo anticipado en la STS 828/2019, 4 de diciembre de 2019 (Rcud. 2343/2017, FD 2º, 4), «no cabe siquiera afirmar que la evaluación de riesgos era genérica», pues describía «con suficiencia» aquellos que tenían especial y directo impacto sobre la situación de lactancia natural.

Cuarto, respecto a las exigencias probatorias no se plantean en la STS de 19 de octubre de 2020⁷³, toda vez que el empleador había declarado que no pueden realizarse las adaptaciones o cambios propuestos por el informe del SPRL.

Quinto, tanto en relación con la exigencia de *riesgos específicos para la lactancia natural*, como en la *carga probatoria*, se aplicará la nueva doctrina jurisprudencial asentada en el FD 4º, 2, de la STS 53/2019, 24 de enero de 2019 (Rcud. 2037/2017).

Sexto, finalmente debe advertirse que como se indicaba en el FD 3º, 2 de la STS (Pleno) 667/2018, 29 de junio de 2016 (Rcud. 1398/2016), el riesgo para la lactancia natural no solo se produce por la exposición a contaminantes transmisibles por la vía de la leche materna, sino que también debe garantizarse que se den las debidas condiciones que permitan la adecuada extracción y conservación de la leche materna.

⁷³ Sobre el problema probatorio en la adaptación del puesto de trabajo en los supuestos de lactancia natural véase el FD 4º de la STS 353/2018, 3 de abril de 2018 (Recud. 762/2017).

3. El cambio de paradigma: la perspectiva de género como nueva orientación en la protección de la salud y seguridad en el ámbito laboral

Estudios recientes llevados a cabo por la OIT⁷⁴ nos muestran que la brecha de género en el ámbito laboral es un fenómeno a nivel mundial que está presente tanto en los países desarrollados como en aquellos que se encuentran en vías de desarrollo. Esta desigual distribución, junto a la concentración de las mujeres en ocupaciones determinadas, ha generado un patrón de lesiones y enfermedades específicas en relación al trabajo desarrollado por las mujeres. Desde esta nueva perspectiva de género habrá que afrontar en el futuro las políticas de salud y seguridad en el trabajo, adoptando estrategias a nivel nacional que controlen la exposición a riesgos emergentes – tanto físicos como psicosociales – con objeto de elaborar nuevos marcos normativos de PRL eficaces⁷⁵.

3.1. Los riesgos laborales asociados a las desigualdades de género y al impacto de las nuevas tecnologías

Actualmente en España no existe una política preventiva que incorpore una estrategia en materia de seguridad y salud laboral desagregada por sexos. Como ya se ha puesto de manifiesto, las únicas medidas existentes son aquellas orientadas a proteger el estado biológico de embarazo, puerperio y lactancia natural. No obstante, aunque de forma incipiente, comienza a percibirse un nuevo tratamiento en esta materia que pretende contemplar otros aspectos, además de los estrictamente relacionados con la salud reproductiva. Iniciativas en el marco de la Unión Europea, como la *Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo (2007-2012)*, se articula sobre la idea de que las desigualdades de género pueden afectar en la

⁷⁴ Vid. ILO, *A Quantum Leap For Gender Equality. For a Better Future of Work For All*, 2019, *passim*.

⁷⁵ Sobre la eficacia de las normas y su relación con la valoración que el jurista debe hacer de las mismas, compartimos la tesis del jurista y filósofo italiano Norberto Bobbio que sostiene que «al jurista le corresponde hacer una valoración de la norma jurídica desde una triple perspectiva: si es justa o injusta, si es válida o inválida, así como si es eficaz o ineficaz, sin olvidar que en ocasiones estas tres valoraciones son interdependientes entre sí». Esta triple perspectiva, que debe observarse en la valoración de la norma jurídica, se deduce de la idea de que el jurista no puede quedarse en el plano de lo que el legislador dice y pretende a través de la norma – laboral –, sino lo que resulta de su aplicación práctica. Vid. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, pp. 55-72.

seguridad y salud en el trabajo y, por ende, influir en el rendimiento y la productividad⁷⁶. Lo que nos lleva de inmediato a reflexionar sobre la idoneidad de incorporar la perspectiva de género a la hora de adoptar las medidas de PRL; de esta forma, se podrá mejorar las condiciones de trabajo, desde un plano laboral más justo y equitativo, garantizando la igualdad de oportunidades de todas las personas trabajadoras⁷⁷.

Desde el plano interno de nuestro país, merece una atención especial las aportaciones generadas a través de la LOIEMH. En dicha norma se articulan medidas específicas para la protección de la salud de las mujeres, junto a otras relativas a la prevención de riesgos de tipo psicosocial, como son el acoso sexual y acoso por razón de género. Con todo, y desde una perspectiva general, se vislumbra la introducción de un novedoso principio de transversalidad de género en el ámbito de la salud laboral.

En este sentido, se puede catalogar a priori – tal como se muestra en la Tabla 2 – un elenco de actividades y *riesgos asociados a las desigualdades de género*.

Tabla 2 – Características de la exposición a los riesgos laborales por razón de género

	Mujeres	Hombres
Actividad	SERVICIOS	CONSTRUCCIÓN E INDUSTRIA
Riesgos	Ergonómicos, psicosociales, higiénicos: <ul style="list-style-type: none"> • posturas inadecuadas • largas jornadas • trabajos repetitivos • exposición a agentes químicos y biológicos 	Seguridad: <ul style="list-style-type: none"> • manipulación de objetos pesados • caídas al mismo y distinto nivel • golpes con objetos

Fuente: elaboración propia sobre la base de datos de la Dirección General para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

⁷⁶ Concretamente se establece que, «si se quiere mejorar la aptitud para el empleo de hombres y mujeres y la calidad de la vida profesional, también es preciso progresar en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres [...]. Además, la participación de las mujeres en el empleo sigue aumentando, y en muchos casos va acompañada de una segregación entre los sexos en el mercado laboral. Por consiguiente, es preciso tener más en cuenta los aspectos de salud y seguridad específicos de las mujeres» (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)*, COM(2007)62 final, 21 febrero 2007, pp. 3-4).

⁷⁷ La EU-OSHA en el trabajo ya advertía – en el año 2003 – que «las desigualdades, tanto dentro como fuera del mundo laboral, pueden afectar a la salud y seguridad de las mujeres en el trabajo» (EU-OSHA, *Gender issues in safety and health at work. A review*, 2003).

Se ha puesto de manifiesto a través de la European Agency for Safety and Health at Work (EU-OSHA) que las mujeres trabajadoras tienen un alto grado de probabilidad de sufrir lesiones y enfermedades concretas por su concentración en ocupaciones específicas. De la amplia casuística, podemos señalar que las interrupciones – que son más frecuentes en los puestos ocupados por mujeres –, o la menor autonomía y el menor acceso a la formación, son algunos ejemplos que muestran los riesgos específicos de contraer trastornos de salud agudos y crónicos relacionados con el trabajo. También, el desarrollo de tareas repetitivas – derivadas de cuestiones organizativas – son las principales causantes de las tensiones musculares y fatiga. Se constata por la EU-OSHA que las mujeres sufren, cada vez más, trastornos musculoesqueléticos y están expuestas a un mayor riesgo de sufrírselos en comparación con los hombres que desempeñan las mismas tareas⁷⁸.

De otra parte, se incorpora como novedad – a través de los primeros estudios llevados a cabo en salud laboral y género⁷⁹ – la denominada “doble presencia” o “doble jornada”, generada por el trabajo interno – el llevado a cabo por la realización de las tareas del hogar – y el externo – fuera del domicilio – generando dicha duplicidad un incremento del riesgo laboral.

Otros riesgos son aquellos derivados de otros factores de discriminación. Dichos riesgos, menos estudiados y que suelen pasar desapercibidos, son aquellos relacionados con las retribuciones más bajas, precariedad laboral, temor a la pérdida del empleo con ocasión del embarazo o maternidad, menor participación y/o consideración en la toma de decisiones – en aquellos supuestos que ocupen puestos de relevancia –, ocupación en trabajos a tiempo parcial y de duración temporal, etc.

Otros factores de riesgo son aquellos que afectan a la salud mental, denominados *riesgos psicosociales*. En general, aquellos derivados de la propia organización del trabajo y que provocan cuadros de estrés, depresión, ansiedad, etc. Se localizan en sectores “altamente feminizados” como son sanidad, educación, asistencia social, etc. Otros efectos asociados a estos riesgos son – por citar los más característicos – los trastornos cardiovasculares, respiratorios, gastrointestinales, dermatológicos, inmunitarios o endocrinos, que al no estar reconocidos como enfermedad profesional, tampoco han sido registrados a efectos estadísticos.

En relación a los puestos de trabajo de ejecución ocupados por mujeres, debido a las altas exigencias y reducidas compensaciones, se han detectado,

⁷⁸ Vid. EU-OSHA, *op. cit.*

⁷⁹ Vid. P. RIVAS VALLEJO, *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2009, n. 74 extra, pp. 227-286.

entre los trastornos más frecuentes en mujeres que en hombres que ocupan estos puestos, depresiones y otro tipo de alteraciones nerviosas. Se ha estimado que entre el 25% y el 40% de los casos de enfermedades cardiovasculares podrían haberse evitado eliminando la exposición a estos riesgos psicosociales. Además, la simple exposición a estos riesgos – más elevados para las mujeres trabajadoras –, aumenta el riesgo de sufrir una enfermedad de tipo cardiovascular en un 140%. Por este motivo, la adopción de una *estrategia preventiva* adecuada es esencial para evitar los efectos perniciosos de estos riesgos.

También, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 LPRL – principios de la acción preventiva – y, en relación al derecho de la persona trabajadora a una protección eficaz en materia de seguridad y salud *ex* art. 14 LPRL, exige al empresario que evite los riesgos combatiéndolos en el origen, y en aquellos supuestos que no se puedan evitar, deberá realizar la evaluación técnica correspondiente de dichos riesgos. Merece una especial atención, en concordancia a la protección de la mujer trabajadora, la preceptiva «adaptación del trabajo a la persona» y, concretamente, en lo que respecta a los puestos de trabajo, elección de los equipos, métodos de trabajo y de producción, «con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud»⁸⁰.

Respecto a los *riesgos derivados por la incorporación en el trabajo de las nuevas tecnologías*, o mujeres que desarrollan su trabajo en “plataformas de trabajo en línea”, se detectan principalmente aquellos propios de las insuficiencias o vacíos de derechos laborales básicos, sin olvidar los relativos a la violencia doméstica, lo que implica una doble consideración a la hora de evaluar dichos riesgos. Junto a éstos, el aumento de la participación de la mujer en el trabajo digitalizado y el uso de las tecnologías de la información (TI) está provocando un incremento del acoso en línea o ciberacoso, derivándose del mismo el estrés laboral de las trabajadoras y otros riesgos de tipo psicosocial. Desde la perspectiva de la OIT, y ante este novedoso e incierto panorama, se aboga por la adopción de políticas nacionales de PRL dirigidas a la mejora de la salud y seguridad de las trabajadoras⁸¹. Con dicho fin, estas

⁸⁰ Concretamente, y en referencia a los daños derivados de la organización en el trabajo, se infiere de la hermenéutica relacional que, por una parte, se atiende a lo establecido en el art. 4.7.d LPRL reconociendo expresamente que en relación a las “condiciones de trabajo” se tomará en consideración «todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador», y, de otra, se planificará la PRL, «buscando un conjunto coherente que integre la técnica, la organización del trabajo, las condiciones del trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales del trabajo», según lo dispuesto en el art. 15.1.g LPRL.

⁸¹ *Vid.* COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más*

estrategias deberán abordarse particularmente en aquellos sectores – como los de la TI y otros similares relacionados con las nuevas tecnologías – donde existe una alta participación de las mujeres. También, y en la medida que las mujeres se están incorporando de forma ascendente al mundo laboral en general, deberán reforzarse los mecanismos de control sobre las tendencias específicas de empleo y la exposición a riesgos emergentes – tanto físicos como psicosociales – con el objeto de elaborar marcos de PRL que, mediante la integración de la perspectiva de género, sean realmente eficaces.

De otra parte, como la implementación del trabajo en las plataformas digitales ha provocado una precarización “enmascarada” de los derechos laborales, al desarrollarse en escenarios difusos entre lo formal e informal, apoyamos las tesis que abogan por la inclusión de la igualdad de género a la hora de asumir la protección de la seguridad y salud, sobre todo porque se inicia su desarrollo en el propio domicilio de estas personas trabajadoras. A este respecto, la OIT se ha pronunciado indicando que «los gobiernos y los interlocutores sociales deberían trabajar juntos para elaborar políticas que promuevan el reparto de los cuidados y responsabilidades familiares entre hombres y mujeres, así como el desarrollo y la ampliación de las prestaciones que alienten a ambos progenitores a compartir las responsabilidades de los cuidados en igualdad de condiciones»⁸².

3.2. La novedosa perspectiva de género en el ámbito de la PRL que se introduce por la jurisprudencia laboral española

Como ya se ha anticipado, en los últimos tiempos el derecho a la seguridad y salud en el trabajo ha adquirido un grado máximo de protección; sin embargo, un examen del marco normativo vigente nos muestra la inexistencia de una estrategia en materia de PRL asociada a la desigualdad de género. No obstante, a través de la jurisprudencia de nuestros tribunales se empiezan a vislumbrar una incipiente integración de la perspectiva de género en diferentes parcelas jurídicas⁸³, aunque nuestro interés se centrará

prometedor, OIT, 2019, pp. 31-39.

⁸² *Vid.* OIT, *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, 2019, *passim*.

⁸³ A modo de ejemplo, y a propósito de la STS 416/2020, de 29 de enero de 2020, puede consultarse J. BAQUERO AGUILAR, *De las prestaciones en favor de familiares cuando su causante era beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: “la cuestión de género” como elemento clave para la revisión de doctrina del Tribunal Supremo*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 153, pp. 245-262.

en las estrategias propias de la PRL.

Precisamente, en esta materia de seguridad y salud en el trabajo, y por medio de la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019, será cuando se aplique por primera vez la perspectiva de género en este ámbito. En dicha resolución, se abordan cuestiones relativas a la salud y seguridad de las trabajadoras del servicio de limpieza de habitaciones de un hotel de Lanzarote (Canarias). Concretamente se hace referencia a los riesgos de tipo ergonómico que derivan del trabajo realizado por las “camareras de pisos”, colectivo y sector profesional altamente feminizado. Se trata de un trabajo que exige para su desarrollo la realización de grandes esfuerzos repetitivos que, a su vez, dan origen – a corto o medio plazo – a diversas dolencias de carácter musculoeslético, de tipo crónico e incurable.

Según se deduce del relato de los hechos en la referida sentencia, la ITSS tramitó expediente sancionador contra la empresa – Hotel de Lanzarote – por la comisión de una infracción grave «por no haber llevado a cabo una *evaluación ergonómica de las condiciones de trabajo específicas de las trabajadoras del Departamento de Pisos*, por lo que se proponía se impusiera a la indicada entidad mercantil una sanción por importe total de 20.491 euros»⁸⁴.

Tras presentar la empresa escrito de alegaciones y, ante su denegación, se recurre en alzada que también se deniega. Ya en vía judicial, la mercantil interpone demanda frente a la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno Canario. Estimada parcialmente la demanda por el Juzgado de lo Social, rebajándose la sanción a su grado mínimo y disminuyéndose su cuantía a 2.046 euros. Esta sentencia fue recurrida en suplicación por parte de la citada Consejería. La Sala de lo Social del TSJ de Canarias falló estimando el recurso y revocando la sentencia de instancia recurrida.

Junto al fallo, creemos que es importante insistir y subrayar que se trata de una resolución judicial en la que se aplica por primera vez la perspectiva de género al ámbito de salud y seguridad en el trabajo. Por ello, destacaremos aquellos aspectos más singulares que el TSJ esgrime en su argumentación jurídica.

En este supuesto, se introduce un elemento que debe aumentar las cautelas del juzgador, pues se trata de una sanción administrativa que se impone por un incumplimiento del empresario que afecta únicamente al sector profesional del servicio de limpieza de habitaciones, por lo que se proyecta exclusivamente sobre el colectivo de trabajadoras, y sin afectar al resto de sectores profesionales. Se añade también, que exclusivamente este sector

⁸⁴ *Vid.* AH 2º, 1, de la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019).

fue externalizado por un periodo de tiempo – sin haberse externalizado otros sectores por parte de la empresa –, siendo internalizado este servicio de limpieza con posterioridad⁸⁵. Por este motivo, se establece expresamente que «una vez detectado el impacto de género que tiene la infracción cometida por la empresa, es obligación de todo órgano jurisdiccional integrar la perspectiva de género en la impartición de justicia, que debe implementarse como metodología de resolución en toda controversia judicial en la que se involucren relaciones asimétricas o patrones estereotípicos de género»⁸⁶. En este punto del FJ 2º, se hace referencia a dos aportes jurisprudenciales de gran relevancia: de una parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2011, de 14 de marzo de 2011, en ella se insta a realizar la interpretación de la norma de la manera más favorable para la efectividad a los derechos fundamentales de las mujeres y no de forma mecánica o formalista en correspondencia al mandato constitucional de remoción de los obstáculos impeditivos de la igualdad real o sustancial; de otra, se apunta desde la jurisprudencia del ámbito de la Unión Europea la Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017 – caso *Otero Ramos*, C-531/15 – en la que se relaciona la carencia de la evaluación de riesgos específica con la discriminación por razón de sexo. También, y como aspectos esenciales nucleares de esta resolución, destacamos la argumentación aportada por el TSJ para rebatir los cuatro criterios esgrimidos por el juzgador de instancia en el FJ 4º. El Juzgado de lo Social establecía la reducción en base a lo siguiente:

1. no hubo un incumplimiento total;
2. escasa peligrosidad de los puestos de trabajo;
3. bajo nivel de siniestralidad tras la internalización del servicio;
4. en el cómputo de los 61 trabajadores se incluyó a todas las personas trabajadoras del sector (indefinidos y temporales).

Siguiendo este mismo orden, y en síntesis el TSJ argumenta que:

⁸⁵ *Vid.* FD 2º, c, de la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019).

⁸⁶ Adjuntándose concretamente las siguientes referencias legales: arts. 1, 10.2, 9.2, 14 y 96 CE, en relación con los arts. 4 y 15 LOIEMH; los arts. 2.c, 2.d, 2.e y 11.1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); en relación con el apartado II.A, punto 15.g, de la Recomendación General n. 33 sobre el acceso de las mujeres a la Justicia del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer que es vinculante para el Reino de España al haber ratificado nuestro país el Protocolo Facultativo de la CEDAW de 6 de octubre de 1999, que exigen de los poderes públicos del Estado la *debida diligencia* en la aplicación de los estándares y obligaciones internacionales en materia de género, tal y como se contiene en la Recomendación general n. 16 sobre igualdad que hizo el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación n. 16 sobre igualdad. *Vid.* FD 2º, c, de la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019), pp. 6-7.

1. si *hubo un incumplimiento legal* por parte de la empresa, y así lo recoge en el FJ 3º incumpliendo lo establecido en el art. 16 LPRL «realizar estudios específicos en materias propias de ergonometría de la prestación de servicios del Departamento de pisos»; igualmente, se añade que en la Exposición de Motivos LPRL se recoge expresamente que «la protección del trabajador frente a los riesgos laborales exige una actuación de la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado [...] de deberes y obligaciones»;
2. respecto a la “escasa peligrosidad” de los puestos de trabajo, se aduce que «el concepto *peligrosidad* contenido en el art. 39. 3º LISOS debe interpretarse conforme a la realidad actual e integrando la perspectiva de género de la que ha carecido hasta el momento, tal y como ordena el art. 4 LOIEMH. Ello exige integrar el duro trabajo desempeñado por las trabajadoras de pisos acostumbradas a realizar esfuerzos ergonómicos de carácter repetitivos que suelen manifestarse a corto o medio plazo, en alteraciones musculoesqueléticas diversas»⁸⁷; por este motivo, se evidencia que la peligrosidad existente para la salud física y psicológica – por sobrecarga – en estos puestos de trabajo no puede ser calificada como “escasa peligrosidad”;
3. se califica de banalidad entender tolerable un número de accidentes determinado, pues choca frontalmente con la importancia que adquiere la protección de la salud de las personas trabajadoras en las normas internacionales, nacionales y, en general, con el sentido actual de la cultura preventiva;
4. en referencia al elevado número de trabajadores afectados – que fue graduado por la ITSS en su grado máximo por las 61 trabajadoras afectadas – no se tuvo en cuenta en la sentencia de instancia porque «en la contabilización total se incluyó también al personal temporal». Sin

⁸⁷ Concretamente se especifica detalladamente que «se trata de lesiones de los músculos, huesos, tendones, y nervios que suelen afectar a las manos, muñecas, codos y espalda. También pueden afectar a las rodillas y los pies si el trabajo conlleva determinadas posturas forzadas, como estar mucho tiempo de rodillas o agachadas. Estas alteraciones pueden dar lugar a dolencias muy dolorosas que se van larvando durante años, y cuando se manifiestan son ya incurables y crónicas, como la tendinitis, síndrome del túnel carpiano, lumbalgias, ciática, hernia discal, contractura de Dupuytren y otras muchas. Además, en muchas ocasiones este tipo de lesiones somáticas se presentan acompañadas de síntomas psíquicos (ansiedad, depresión, etc), debido a que el trabajo es monótono, repetitivo y suele requerir un ritmo elevado (sobrecarga de trabajo por asignación arbitraria de habitaciones por jornada laboral), todo lo cual puede precipitar en situaciones de estrés. La incapacidad que conllevan estas alteraciones supone situaciones de verdadera angustia que agravan el dolor físico y ocasionan daños o alteraciones psíquicas». *Vid.* FD 2º, c, de la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019), pp. 9-10.

embargo, el TSJ aduce que ni en el art. 39.3.d LISOS, ni en la LPRL, así como en la LISOS se excluyen a las personas trabajadoras temporales; al contrario, el art. 28 LPRL es muy claro al exigir el mismo nivel de protección a los temporales como a los indefinidos. Por tanto, efectuar una diferencia de trato por razón de la temporalidad contraviene lo dispuesto en los arts. 15.6 y 17 ET en relación con el 14 CE. Además, el art. 3 LPRL no excluye a los trabajadores temporales, proyecta su aplicación a todas las relaciones laborales del ET, por tanto deberán en el computo.

4. Conclusiones

1. Una revisión histórica del marco normativo regulador sobre la salud y seguridad de la mujer trabajadora, tanto a nivel nacional como internacional, nos muestra que, tradicionalmente, ha existido una protección contextualizada exclusivamente en aspectos biológicos relacionados con la función reproductiva de la trabajadora, apreciándose importantes carencias a la hora de afrontar otros factores de las condiciones laborales que también podrían incidir de forma significativa en la salud de la mujer trabajadora. Muestra de ello es que la vigente LPRL contempla – concretamente en su art. 26 – medidas preventivas específicas orientadas a la protección del estado biológico de embarazo y del estado temporal y transitorio del puerperio y lactancia natural, por lo que se infiere que para el legislador nacional dichas medidas han sido suficientes.
2. En relación al estudio de la problemática jurídica sobre determinados aspectos conceptuales, así como determinación del alcance de la acción protectora de las trabajadoras en estado de embarazo puerperio o lactancia natural, hemos podido apreciar – en rasgos generales – una falta de armonización de nuestra legislación interna con la normativa internacional, lo que sugiere la necesaria reflexión sobre la idoneidad de afrontar una revisión de nuestro marco normativo con el fin de poder colmar aquellas insuficiencias existentes en esta materia.
3. Respecto a la evaluación específica o singular de riesgos, se destaca que una vez conocida por el empresario la situación de embarazo, puerperio o lactancia de la trabajadora, se valorarán los riesgos específicos para la trabajadora desde el punto de vista individual, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que concurran en dicha trabajadora y que puedan incidir en los estados de embarazo, puerperio o lactancia. Además, se deberán adoptar las medidas preventivas intentando evitar o reducir las exposiciones de la trabajadora a aquellas situaciones que representen un

riesgo para su salud o la del feto o lactante.

4. De especial consideración merece el tratamiento de las medidas preventivas específicas frente a los riesgos de la trabajadora en estado de embarazo, puerperio o lactancia natural. Dependiendo de los resultados de la evaluación, y siempre que se desprenda un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de la trabajadora, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. En aquellos supuestos que no sean posibles ni la adaptación del puesto de trabajo, ni el cambio temporal, operará la suspensión del contrato de trabajo. Una importante precisión hermenéutica sobre la suspensión del contrato de trabajo *ex art. 26 LPRL* sugiere que la misma deberá interpretarse como un recurso facultativo para el empresario, pues a pesar de contener este precepto la expresión “podrá”, que induce a entender una opción, su interpretación jurídica correcta apunta hacia una medida de “carácter obligatorio” para ambas partes, siempre que concurren los presupuestos legales de referencia.

5. En los últimos tiempos la perspectiva de género se ha implementado como un nuevo paradigma en la protección de la salud y seguridad en el ámbito laboral. Por ende, a partir de esta nueva perspectiva habrá que afrontar en el futuro las políticas de salud y seguridad en el trabajo, adoptando estrategias a nivel nacional que controlen la exposición a riesgos emergentes, tanto físicos como psicosociales, pues como se ha constatado por la EU-OSHA las mujeres trabajadoras tienen un alto grado de probabilidad de sufrir lesiones y enfermedades concretas por su concentración en ocupaciones específicas. Respecto a los riesgos derivados por la incorporación en el trabajo de las nuevas tecnologías, o mujeres que desarrollan su trabajo en “plataformas de trabajo en línea”, se detectan principalmente aquellos propios de las carencias de los derechos laborales básicos, sin olvidar los relativos a la violencia doméstica. Junto a éstos, el aumento de la participación de la mujer en el trabajo digitalizado y el uso de las TI están provocando un incremento del acoso en línea o ciberacoso, derivándose del mismo el estrés laboral de las trabajadoras y otros riesgos de tipo psicosocial.

6. Una novedosa perspectiva de género en el ámbito de la PRL se ha introducido por la jurisprudencia laboral española. Concretamente la STSJ de Canarias (Sala de lo Social), de 2 de julio de 2019, interpreta el concepto “peligrosidad” contenido en el art. 39.3 LISOS conforme a la realidad actual e integrando la perspectiva de género de la que ha carecido hasta el momento. Ello exige integrar el duro trabajo desempeñado por las trabajadoras de pisos acostumbradas a realizar esfuerzos ergonómicos de

carácter repetitivos que suelen manifestarse a corto o medio plazo, en alteraciones musculoesqueléticas diversas.

5. Bibliografía

ALONSO LIGERO M.D., *Lactancia y guarda legal*, en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa, 1982

APILLOUELO MARTÍN M., *Reubicación de los funcionarios públicos por motivos de salud*, Tirant lo Blanch, 2017

BAQUERO AGUILAR J., *De las prestaciones en favor de familiares cuando su causante era beneficiaria de una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez: “la cuestión de género” como elemento clave para la revisión de doctrina del Tribunal Supremo*, en *Temas Laborales*, 2020, n. 153

BENAVENTE TORRES M.I., *El riesgo durante el embarazo, parto reciente y la lactancia natural. Un análisis propositivo*, Laborum, 2016

BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993

CALVO GALLEGU F.J., JUNCO CACHERO M., *Derecho de la salud de la trabajadora: de la protección de la mujer a la tutela de la maternidad*, en J.L. MONEREO PÉREZ (ed.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Universidad de Granada, 1996

CARDONA RUPERT M.B., *Prevención de riesgos laborales en las cooperativas*, en *Aranzadi Social*, 2001, n. 5

CAVAS MARTÍNEZ F., *Maternidad y salud laboral*, en *Salud y Trabajo*, 1996, n. 113

COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL FUTURO DEL TRABAJO, *Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019

DILLA CATALÁ M.J., *El derecho a la licencia retribuida por lactancia*, en *Actualidad Laboral*, 1989, n. 17

EU-OSHA, *Gender issues in safety and health at work. A review*, 2003

GARCÍA SALAS A.I., *Las cooperativas de trabajo asociado bajo la normativa de prevención de riesgos laborales: “operaciones de ajuste” en las figuras de empresario y trabajador*, en *Temas Laborales*, 2004, n. 74

GORELLI HERNÁNDEZ J., IGARTUA MIRÓ M.T., *La prestación por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, 2002

GORELLI HERNÁNDEZ J., *La protección por maternidad: análisis normativo en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 1997

ILO, *A Quantum Leap For Gender Equality. For a Better Future of Work For All*, 2019

- LÓPEZ AHUMADA J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, 2010
- MONEREO PÉREZ J.L., *La salud como derecho humano fundamental*, en *Relaciones Laborales*, 2014, n. 9
- MORENO GENÉ J., ROMERO BURILLO A., *Maternidad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, 2000
- OIT, *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, 2019
- ORTIZ LALLANA C., *Protección social comunitaria de la maternidad*, en *Actualidad Laboral*, 1991, n. 8
- PÉREZ CAMPOS A.I., *Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2004, n. 53
- RIVAS VALLEJO P., *Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2009, n. 74 extra
- RUIZ SANTAMARÍA J.L., *Reflexiones jurídicas sobre el alcance del deber de comunicación en relación a la protección de la trabajadora embarazada, en posparto o lactancia*, en M.Á. GÓMEZ SALADO (dir.), *Estudios sobre la mujer trabajadora y su protección jurídica*, Laborum, 2019
- RUIZ SANTAMARÍA J.L., *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Aranzadi, 2019
- RUIZ SANTAMARÍA J.L., *La especial vulnerabilidad de las trabajadoras en situaciones de embarazo, puerperio o lactancia: adopción de medidas preventivas que garanticen su tutela frente a la discriminación en el empleo*, en AA.VV., *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Laborum, 2018, tomo I

Un análisis jurídico-social de la nueva Guía SEGO: criterios de valoración del riesgo laboral durante el embarazo*

María del Carmen MACÍAS GARCÍA**

RESUMEN: La protección de la mujer trabajadora durante el embarazo o lactancia natural es cuestión de interés en nuestra legislación desde finales del siglo XIX. A pesar de estas primeras referencias se podría decir que la protección total de la mujer gestante en el trabajo se ha producido de forma reciente con la aprobación de diversa normativa, favorecida fundamentalmente con la aprobación de la correspondiente percepción económica aparejada a dicha contingencia. Sin embargo, no es menos cierto, que también resultaban necesario unos criterios comunes que marcaran de un lado, el tipo de trabajo que se realiza y, de otro, el número de semanas en que puede resultar peligroso para el feto. Para ello, con la necesidad de unificar posturas se solicitó la elaboración de un documento de consenso, de tal forma, se publicó en 2007 la Guía para la orientación de la valoración del riesgo laboral y la incapacidad temporal durante el embarazo confeccionada por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO). Recién publicada encontramos su tercera edición, que será, por tanto, la que señale las semanas de embarazo en que ha de producirse la suspensión del contrato de trabajo, si así resulta y ante la imposibilidad de cambio de puesto.

Palabras clave: Guía SEGO, trabajo y embarazo, riesgo laboral.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve reseña histórica de la legislación laboral referida a la maternidad. 3. La protección específica de la mujer trabajadora embarazada respecto a los riesgos del puesto de trabajo. 3.1. La Guía SEGO. 4. Breve apunte final. 5. Bibliografía.

* El presente artículo proviene de la ponencia *La protección del riesgo por embarazo bajo los nuevos criterios de la Guía SEGO*, presentada en el II Congreso internacional sobre la protección jurídica de la mujer trabajadora (on-line), *El futuro del empleo y la tecnología*, Universidad de Málaga (España), 30 octubre 2020.

** Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga (España).

A Labour-Law Analysis of the new SEGO Guide: a Pregnancy Risk Valoration Criteria

ABSTRACT: The protection of working women during pregnancy or breastfeeding has been a matter of interest in our legislation since the end of the 19th century. Despite these first references, it could be said that the total protection of pregnant women at work has occurred recently with the approval of various regulations, mainly favoured by the approval of the corresponding economic perception coupled with said contingency. However, it is no less true that common criteria were also necessary to mark, on the one hand, the type of work that is carried out and, on the other, the number of weeks in which it can be dangerous for the foetus. To do this, with the need to unify positions, the preparation of a consensus document was requested, in such a way, the Guide for the orientation of the assessment of occupational risk and temporary disability during pregnancy was published in 2007, prepared by the Spanish Society of Gynaecology and Obstetrics. Just published, we find its third edition, which will therefore be the one that indicates the weeks of pregnancy in which the suspension of the employment contract must occur, if this is the case and in the event of the impossibility of change of position.

Key Words: SEGO Guide, work and pregnancy, labour risk.

1. Introducción

El interés por la protección de la trabajadora embarazada o del feto en el ámbito laboral, aunque pudiera parecer lo contrario, se viene produciendo en nuestra legislación desde el siglo pasado.

Sin embargo, el paso definitivo por parte del legislador se produce con la aprobación de la norma que brinda la posibilidad de la suspensión del contrato de trabajo, cuando la actividad desarrollada suponga un riesgo para la trabajadora embarazada o para el feto, unido a una prestación económica que sustituya la carencia de rentas durante ese periodo de tiempo.

Esta situación tan beneficiosa a la vez que justa supone, en cambio, un reto para las empresas, los servicios de prevención de riesgos laborales y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. Hay que concretar, por tanto, que tipo de actividad unido a la semana de la gestación en que este puede representar un riesgo para la trabajadora, el feto o durante la lactancia.

Tal cuestión se resolvió con la aprobación de las *Orientaciones para la valoración del riesgo laboral y de la incapacidad temporal durante el embarazo*, elaborada por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), conocida habitualmente como la Guía SEGO a petición del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

Han pasado ya doce años de la publicación de su primera edición, apareciendo la segunda en el año 2019, mientras en el mes de octubre de este mismo año ha visto la luz la tercera edición realizada de forma conjunta por el INSS, la SEGO y la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo, cuenta, por tanto, con un amplio consenso científico y médico.

A esta nueva publicación le dedicamos las siguientes líneas, no sin antes realizar un breve repaso a la configuración jurídica de la protección de la maternidad, puesto que *quién no conoce su historia está condenada a repetirla*.

2. Breve reseña histórica de la legislación laboral referida a la maternidad

Si realizamos un pequeño repaso a la legislación laboral referida a la mujer las primeras reseñas aparecen unos años antes de principio del Siglo XX.

En concreto, en 1873 aparece publicada la primera norma que protegía los derechos de las mujeres y los niños, la conocida como Ley Benot¹, aunque su alto grado de incumplimiento hizo que no tuviese repercusión alguna en

¹ Ley de mujeres y niños de 24 de julio de 1873, en *Gaceta de Madrid*, 28 julio 1873, n. 209.

los fines perseguidos².

Será a partir el año 1900 con la aprobación de la Ley de Mujeres y Niños³ cuando la protección a la mujer trabajadora comience a vislumbrarse y, también, aunque de forma tímida la protección a la mujer en estado de gestación.

El contenido, que nos resulta de interés de la norma citada *ut supra* y que presentamos de forma abreviada es el siguiente:

- prohibición de trabajo durante las 3 semanas posteriores al alumbramiento (art. 9.1) con reserva del puesto de trabajo, pero no consta el derecho de la mujer a seguir siendo retribuida durante este periodo;
- permiso de lactancia durante 1 hora al día de carácter divisible y no descontable a efectos de cobro de jornales;
- obligación de vacunación por parte de niños, jóvenes y mujeres (art. 10);
- separación entre sexos en los alojamientos de los obreros que dependan de los patronos (art. 11);
- finalmente, la inspección será la competente para inspeccionar el cumplimiento de la ley y a falta de ésta lo serán las Juntas Locales y Provinciales de Reformas Sociales (art. 14);
- las asociaciones de patronos o de obreros de una industria y de una localidad concreta podían solicitar al gobierno la suspensión de la aplicación de las normas, «exponiendo los daños o inconvenientes prácticos» que se originasen, previa audiencia de la Junta Local de Reformas Sociales o la Comisión de Reformas Sociales (art. 15).

La norma finalmente aprobada resultó más beneficiosa para la trabajadora que el proyecto de ley que databa de 18 de diciembre de 1899⁴. Algunas diferencias al respecto eran:

- no aparece, referencia alguna a la lactancia materna, mientras que el texto finalmente aprobado disponía de 1 hora al día para amamantar a los bebés, divisible en dos medias horas, a voluntad de la madre y sin poder ser la hora descontada del salario;
- el art. 10 del proyecto contempla la prohibición del trabajo durante las 3 semanas posteriores al alumbramiento; no obstante, el art. 9 de la ley va más allá de las previsiones iniciales y regula la reserva del puesto de trabajo⁵, así como el permiso laboral por lactancia del recién nacido.

² Vid. M.J. ESPUNY TOMÁS, *Los orígenes de la Inspección de Trabajo en España (1906-2006)*, en *IUSLabor*, 2006, n. 1, p. 2; I. RAMOS VÁZQUEZ, *Derecho internacional obrero. Origen y concepto*, en *IUSLabor*, 2017, n. 3, p. 344.

³ Ley de mujeres y niños de 1900, en *Gaceta de Madrid*, 14 marzo 1900, n. 73.

⁴ Apéndice 5 del *Diario de Sesiones de Cortes*, 19 diciembre 1899, n. 90.

⁵ El art. 10 del proyecto sí contempla la prohibición del trabajo durante las 3 semanas

Sin embargo, la privación del salario durante las semanas posteriores al parto llevará con más frecuencia de la deseada el incumplimiento de la ley por parte de las propias trabajadoras. Simular suerte corrió la hora diaria para la lactancia, fundamentalmente porque el salario de estas era a destajo⁶ aunque la hora en cuestión si fuese retribuida.

Será la Ley de 8 de enero de 1907⁷ la que traiga consigo una ampliación de la protección a la mujer embarazada o tras el parto.

El origen de esta medida normativa se encuentra en el VIII Congreso de la Unión General de Trabajadores, que se celebró en Madrid entre los días 16 y el 19 mayo de 1905, en el cual una obrera de Bilbao del sector del calzado, Virginia González, exigió al Instituto de Reformas Sociales la modificación del art. 9 de la ley reguladora del trabajo de mujeres y niños, así como del art. 18 del reglamento que la desarrolla⁸.

Se motivaba la solicitud por la propia condición de la mujer en el periodo anterior y posterior al alumbramiento, por las condiciones perniciosas del trabajo para los hijos, y por comparación con la legislación extranjera. En este sentido, se indicaba que el trabajo de la mujer durante el embarazo trae consigo enfermedades ginecológicas y causa mayor mortalidad infantil, abortos, y partos prematuros. Todo ello causa un perjuicio de trascendencia social, y que afecta a la propia continuidad «de la raza»⁹.

Con la aprobación de la norma citada *ut supra*, y su posterior desarrollo reglamentario, de las tres semanas obligatorias de descanso tras el parto, se

posteriores al alumbramiento, sin más; en cambio, el art. 9 de la ley está más desarrollado y regula la reserva del puesto de trabajo, así como el permiso laboral por lactancia del recién nacido.

⁶ L. LEAL RAMOS, *Conferencia sobre el seguro de maternidad*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1932, p. 32: «Ni el reposo potestativo antes del parto, ni el obligatorio, posterior a ese trance, que conmueve todo el organismo de la madre, se ha guardado, no ya por la ignorancia de esas pobres mujeres, que hasta el momento del alumbramiento, y desde muy pocos días después, ocupan su lugar en el trabajo, sino porque la Ley que trató de tutelar a esas infelices, reservándoles su puesto y obligándoles a abstenerse de todo trabajo físico durante las primeras semanas del puerperio, no se cuidó de hacer viable su prohibición, y la mujer, necesitada del rendimiento de su trabajo fue la primera interesada en eludir la observancia de aquella Ley, teóricamente humanitaria, por no perder su jornal, aún a costa de poner en riesgo su salud y acaso su vida».

⁷ RD de 10 de enero de 1907, *Gaceta de Madrid*, 15 enero 1907, n. 15.

⁸ G. GARCÍA GONZÁLEZ, [La protección a la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907](#), en *IUSLabor*, 2007, n. 2.

⁹ Diferentes estudios habían relacionado el trabajo de la mujer con niños más débiles, determinando que el peso de los niños nacidos de mujeres que trabajaban hasta fechas inmediatas al parto era menor que el de mujeres no trabajadoras o que descansaban semanas antes del parto. Del mismo modo, y debido a los «peligros de la lactancia artificial [...] el descanso de la madre después del alumbramiento, aún limitado a cuatro semanas [...] contribuiría poderosamente a disminuir la mortalidad infantil» (*ibidem*, p. 2, nota 7).

pasa a las cuatro, y de la semana ampliable a criterio médico que aparecía en el art. 18 del reglamento, se pasa a las dos semanas, hasta poder alcanzar un total de seis semanas.

La ley recoge también la posibilidad de que la embarazada, a partir del octavo mes de embarazo, pueda ausentarse de su puesto de trabajo, con reserva de este. Se matiza así, la redacción ofrecida por la ley de 1900, que solo hacía referencia a que dicho derecho podía ser ejercitado por la trabajadora por causa de “próximo alumbramiento”, pero no delimitaba el número de semanas de gestación o fecha de inicio de este.

A pesar de la reforma operada, desde el mundo obrero en general y de la mujer en particular no encontró satisfacción total esta medida, ya que se entendía que la misma debía ser complementada con un sistema indemnizatorio que permitiera a la mujer sobrevivir durante los meses en los que se ausentara de su trabajo con motivo de la maternidad.

Así, a la vez que resolver el indudable problema higiénico, «es necesario resolver [...] el problema económico, que lleva consigo esta forzosa disminución de ingresos al hogar de la obrera»¹⁰.

La experiencia había demostrado que la protección efectiva de la maternidad no radicaba tanto en la asistencia sanitaria, cuanto, en la contraprestación económica, única fórmula capaz de hacer eficaz aquella.

En efecto, había quedado patente que, más que el desconocimiento del derecho era la necesidad económica la que impedía a las obreras los descansos previstos para la maternidad. Instituciones fundamentales de previsión, organizaciones obreras – masculinas, femeninas, socialistas, católicas –, médicas, e individualidades médicas defendían además la necesidad de una pensión de maternidad igual al salario. Algunas voces propugnaban una pensión media no inferior al jornal medio de la obrera de la localidad. Otras demandas contabilizaban la pensión en una cantidad mínima concreta: 1 peseta diaria; abundantes iniciativas propugnaban una pensión de 2 pesetas diarias; de 2,50 pesetas diarias¹¹.

Un paso más es la prohibición a las mujeres la realización de trabajos en los

¹⁰ R. JAY, *La protección legal de los trabajadores*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1905, n. 104, p. 331. Con posterioridad a esa fecha, y coincidiendo en el tiempo con la reforma operada en nuestro país, diferentes propuestas legislativas y congresos sociales harían solicitudes que incrementaban los periodos de descanso derivados de maternidad y solicitaban prestaciones para la madre trabajadora, así, en 1907, el V Congreso de las sociedades obreras austriacas o la Conferencia alemana para fomento de los intereses de la obrera, entre otras. *Vid.* INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES, *Congresos Sociales en 1907*, 1908, pp. 98 y 50.

¹¹ J. CUESTA, *La maternidad en España, primer tercio del siglo XX. Encrucijada de trabajo, salud y género*, en *DIRE*, 2012, n. 3.

que antes se ganaban la vida, el RD de 25 de enero de 1908¹², sobre trabajos peligrosos e insalubres, que enumera las industrias prohibidas totalmente o en parte a los menores de 16 años y a las mujeres menores de edad, es decir, menores de 23 años (el límite de edad se fija de acuerdo con un criterio de tipo legal, no biológico)¹³, quedando sin resolver el problema económico que, sin dudas, era el principal.

Sin embargo, la prestación económica en forma de subsidio en España asociada a la maternidad no verá la luz hasta el año 1923, impulsado por la creación de la OIT¹⁴, y en especial por el [Convenio sobre la Protección de la Maternidad C003 de 1919](#), el cual estableció los principios fundamentales de esta protección, tales como: el derecho a una licencia de maternidad, a prestaciones en dinero y prestaciones médicas, y el derecho a la seguridad del empleo y a la no discriminación. Este fue un paso previo hacia la implantación del Seguro de Maternidad en España en vigor desde 1931, cubierto con aportaciones patronales, del Estado y de las mujeres trabajadoras.

Prestación que se ha ido adaptando a las distintas épocas y situaciones vividas en nuestro país, de tal forma que la actual regulación la encontramos en el RD-L 6/2019¹⁵, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Esta norma recoge las modificaciones operadas en el Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁶, así como en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)¹⁷, para la equiparación de los derechos especialmente referido a los periodos de descanso de las personas trabajadoras que afectan, por tanto, también a las actuales prestaciones por maternidad y paternidad que aparecen reunificadas bajo una única prestación a la que denomina “nacimiento y cuidado de menor”.

«A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de

¹² RD de 26 de enero de 1908, en *Gaceta de Madrid*, 26 enero 1908, n. 26.

¹³ Enumera las industrias prohibidas totalmente o en parte a los menores de 16 años y a las mujeres menores de edad, es decir, menores de 23 años.

¹⁴ Vid. OIT, [Historia de la OIT](#), en www.ilo.org.

¹⁵ RD-L 6/2019, de 1º de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en *BOE*, 7 marzo 2019, n. 57.

¹⁶ RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en *BOE*, 24 octubre 2015, n. 255.

¹⁷ RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en *BOE*, 31 octubre 2015, n. 261.

puesto de trabajo por otro compatible con su estado [...] dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados»¹⁸. Su finalidad es sustituir parcialmente la pérdida salarial durante el tiempo de suspensión del contrato, con subsistencia de la obligación de cotizar, y tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales¹⁹.

Tabla 1 – Art. 48, apartados 4-9, ET: nacimiento y cuidado de menor

NACIMIENTO		ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO	
MADRE BIOLÓGICA	OTRO PROGENITOR		2019
<i>A partir del 1/4/2019</i>	<i>A partir del 1/1/2021</i> la prestación será igual que la de la madre biológica.		<i>PROGENITOR A + PROGENITOR B: Cada progenitor dispondrá de 6 semanas obligatorias (ininterrumpidas, inmediatamente después resolución judicial o decisión administrativa y a tiempo completo) + 12 semanas voluntarias, a distribuir entre los dos progenitores, (ininterrumpidas dentro de los 12 meses siguientes a resolución judicial o decisión administrativa) con un máximo de 10 semanas para uno de ellos.</i>
DURACIÓN TOTAL: 16 semanas (ampliable según supuestos*), a disfrutar del siguiente modo: PARTE OBLIGATORIA: 6 semanas obligatorias e ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatas posteriores al parto. La madre biológica puede anticipar hasta 4 semanas antes de la fecha previsible del parto. PARTE VOLUNTARIA: 10 semanas, continuadas al periodo obligatorio, o de manera interrumpida, en periodos semanales, en régimen jornada completa o parcial desde la finalización del periodo obligatorio hasta los 12 meses del hijo/a.	2019 DURACIÓN TOTAL: 8 semanas (+ 4 que puede cederle la madre de su periodo no obligatorio).	2020 DURACIÓN TOTAL: 12 semanas (+ 2 que puede cederle la madre de su periodo no obligatorio).	2020 PROGENITOR A + PROGENITOR B: Cada progenitor dispondrá de 6 semanas obligatorias (ininterrumpidas, inmediatamente después resolución judicial o decisión administrativa y a tiempo completo) + 16 semanas voluntarias, a distribuir entre los dos progenitores, (ininterrumpidas dentro de los 12 meses siguientes a resolución judicial o decisión administrativa) con un máximo de 10 semanas para uno de ellos.
	2019 PARTE OBLIGATORIA: 2 semanas obligatorias e ininterrumpidas a jornada completa, inmediatas posteriores al parto. PARTE VOLUNTARIA: 6 semanas, continuadas o interrumpidas en periodos semanales, en régimen de jornada completa o parcial, hasta los 12 meses del menor.	2020 PARTE OBLIGATORIA: 4 semanas obligatorias e ininterrumpidas a jornada completa, inmediatas posteriores al parto. PARTE VOLUNTARIA: 8 semanas, continuadas o interrumpidas por periodos semanales, en régimen de jornada completa o parcial, hasta los 12 meses del menor.	2021 A partir del 1/1/2021: DURACIÓN TOTAL PARA CADA PROGENITOR: 16 semanas (ampliable según supuestos*), 6 obligatorias, ininterrumpidas y a jornada completa, inmediatamente posteriores a la fecha de la resolución judicial o decisión administrativa. Las 10 semanas restantes, en periodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, dentro de los 12 meses siguientes a la resolución judicial o decisión administrativa.
	* Supuestos de ampliación: <ul style="list-style-type: none"> ∞ Ampliación en 1 semana para cada progenitor por cada hijo/a, a partir del segundo, en caso de nacimiento, adopción o acogimiento múltiples. ∞ Ampliación en 1 semana para cada progenitor en caso de discapacidad del hijo/a. ∞ Ampliación parto prematuro y hospitalización (por un periodo superior a 7 días) a continuación del parto, hasta un máximo de 13 semanas. 		

Fuente: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, [Nacimiento y cuidado de menor](#), voz [Cuadro resumen duración](#), [Cuadro resumen ET](#), 1º abril 2019

3. La protección específica de la mujer trabajadora embarazada respecto a los riesgos del puesto de trabajo

La participación de la mujer en el mercado de trabajo ha ido evolucionando en España dependiendo de factores económicos, sociales, políticos y culturales, junto a esta incorporación nuestro sistema de protección se ha

¹⁸ Art. 186 LGSS.

¹⁹ F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016, p. 220, señala que «ha cambiado con acierto el criterio mantenido hasta la Ley Orgánica 3/2007 de considerar a la prestación como una contingencia común, lo que al hilo de las críticas vertidas por la mayoría de la doctrina han terminado por convencer al legislador de la conveniencia de considerar el origen de la contingencia como profesional».

ido adaptando para atender a las nuevas necesidades que surgen de la incorporación de la mujer al trabajo, para ello nuestro sistema de Seguridad Social ha incluido la protección de nuevas situaciones específicas como es, en este caso, la protección de la maternidad.

Esa preocupación, podríamos llamar generalista, derivó a su vez en la necesidad de proteger a la trabajadora gestante frente a la exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pudieran influir negativamente en su salud o en la del feto.

La Directiva del Consejo de Europa 92/85/CEE²⁰ considera a la mujer gestante, que haya dado a luz o que se encuentre en periodo de lactancia, trabajadora especialmente sensible debiéndose adoptar medidas relativas a su salud y seguridad, evaluando los riesgos específicos de exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosas.

La protección de la trabajadora embarazada en el ordenamiento español va dirigida a la protección de la maternidad y a sus consecuencias previas, así la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)²¹, entre otras, establece la obligación del empresario de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, resaltando el hecho de que el objetivo sustantivo de la LPRL es el de promover la seguridad y la salud de los trabajadores de los riesgos derivados del trabajo²².

Por tanto, en aquellos casos en los que el resultado de la evaluación revelase un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo, se prevén las siguientes actuaciones:

1. la adaptación de las condiciones o tiempo de trabajo que eviten la exposición a dicho riesgo. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, no pudiera evitarse el riesgo, entra en juego un segundo nivel de protección, recogido en la LPRL²³ y que comporta la entrada en escena de variaciones en las funciones desempeñadas, produciéndose su cambio de destino como medida de protección de la maternidad²⁴;

²⁰ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE).

²¹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, en BOE, 10 noviembre 1995, n. 269.

²² J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA (dir.), *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, 2005, p. 27.

²³ Art. 26 LPRL.

²⁴ C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo*, en

2. el desempeño de un puesto de trabajo o función diferente compatible con el estado de embarazo, en aquellas situaciones en las que la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo no resultase posible, o si a pesar de la adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, (situación que debe certificarse por el INSS, Mutua con el informe médico del médico del Sistema Nacional de Salud que asista facultativamente a la embarazada);
3. el destino a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente conservando el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen, en el supuesto de que, no existiese puesto de trabajo o función compatible con el estado de embarazo;
4. la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (art. 45.1.d ET) si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Por otro lado, es evidente que la simple presencia de un factor de riesgo para el embarazo en una actividad laboral no siempre implica de forma inmediata la suspensión de la relación laboral. Hay factores temporales – no todos los agentes influyen negativamente durante toda la gestación – y de intensidad, teniendo que determinarse a partir de qué dosis el agente es perjudicial.

Si tras la evaluación no existiera un puesto de trabajo o función compatible o no resultara técnica u objetivamente posible el cambio de puesto, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado²⁵.

Ello se realiza mediante la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo que aparece en la LGSS, teniendo la consideración de situación protegida derivada de contingencias profesionales. La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora, siendo la responsable del pago la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Como se ha tenido ocasión de señalar en el apartado anterior, nuestro ordenamiento utiliza como mecanismo principal para la protección del embarazo y maternidad la suspensión del contrato de trabajo de la

Aranzadi Social, 2002, n. 4.

²⁵ M.A. PÉREZ ALONSO, *Derecho de la Seguridad Social para trabajadores sociales*, Tirant lo Blanc, 2008, p. 48.

trabajadora gestante o que haya dado a luz.

La suspensión por estas causas tiene como principal objetivo, de un lado, lograr la estabilización en el empleo para la mujer, y de otro, procurar que el trabajo no perjudique a la trabajadora embarazada o al feto en su gestación.

Dicha suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo que recoge la LRPL²⁶ nace como medida preventiva para preservar la seguridad y salud de la trabajadora y el feto frente a los riesgos laborales presentes en el puesto de trabajo ocupado por esta, formando así, parte del derecho de protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral, aunque formalmente se presenta como institución de suspensión contractual.

Hay que tener en cuenta que, la suspensión del contrato de trabajo por la existencia de riesgo durante el embarazo surge como una medida de carácter subsidiario, de tal forma que, además de tratarse de una actividad que conlleve riesgos para la trabajadora o el feto, el cambio del puesto de trabajo no sea técnica u objetivamente posible o no pueda exigir de forma razonable. De lo que se trata, por tanto, es de evitar un posible daño o alteración de la salud de la trabajadora o el feto²⁷.

La determinación de este riesgo de exposición, como se ha dicho anteriormente, es obligación del empresario, si bien, lo realiza a través de los Servicios de Prevención y el reconocimiento de la prestación de riesgo durante el embarazo cuando no es posible retirar a la trabajadora gestante de su puesto de trabajo, debe realizarse previa valoración médica de las consecuencias que supone la exposición al mismo.

Con la intención de concretar los criterios que darán lugar a dicha suspensión se publica la Guía SEGO que pasamos a analizar a continuación.

3.1. La Guía SEGO

La Guía SEGO (que debe su nombre a la primera de ellas que fue elaborada únicamente por la SEGO), se publicó en el año 2008. La segunda edición apareció en el año 2019, pero su vigencia quedó reducida a poco más de un año.

²⁶ La LPRL antes de la Ley 39/1999 no contemplaba solución jurídica alguna ante el hecho de que no fuera posible el cambio de la trabajadora embarazada a un puesto compatible con su estado.

²⁷ L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. La prestación por "riesgo durante el embarazo" tras la Ley 39/1999*, en *Aranzadi Social*, 1999, n. 5.

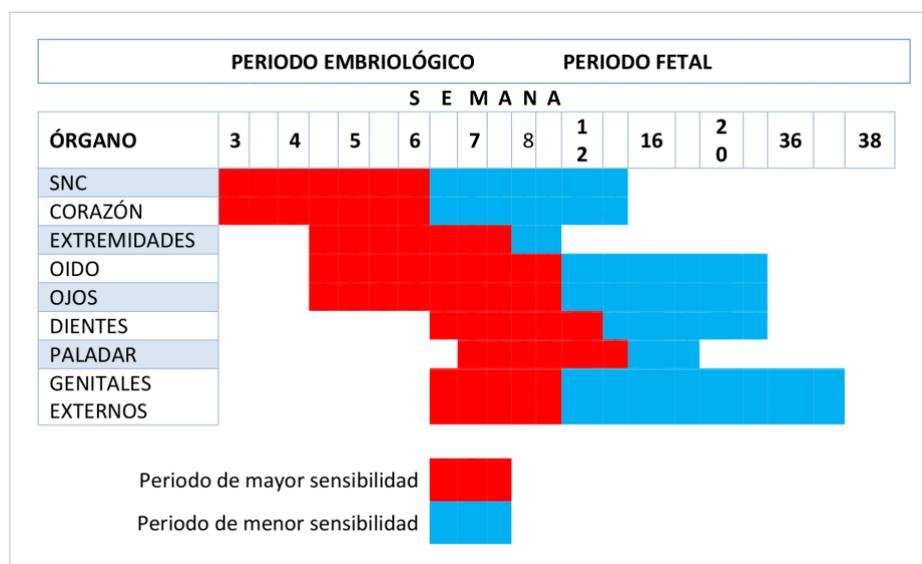
Así, la tercera edición de la Guía SEGO²⁸ se realiza tras la petición de la Dirección General del INSS, ante la necesidad de determinar, tras un análisis científico basado en criterios médicos, los factores de exposición o procedimientos en el ámbito laboral que pudieran ser perjudiciales para la salud de la madre o del feto y el reconocimiento, por tanto, de la prestación económica de riesgo durante el embarazo, sirviendo de orientación en la toma de decisiones.

Tal y como recoge la propia guía en su elaboración han participado médicos inspectores del INSS especialistas del ámbito clínico a través de la SEGO y representantes de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, con la estrecha colaboración del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). El resultado es un documento riguroso que analiza los factores de riesgo ambientales o de procedimiento de diferentes puestos de trabajo, así como su efecto sobre la salud de la trabajadora o el feto en las diferentes etapas de la gestación, que sirva de orientación a los profesionales médicos responsables del seguimiento clínico del embarazo o responsables del reconocimiento de la prestación.

Conviene recordar, no obstante, que el embarazo no es una enfermedad, sino un momento de la vida de una mujer que, en muchos casos, debe compaginar con su vida laboral. Es aquí donde, en ocasiones, pueden surgir ciertos inconvenientes tanto para ella como para el futuro hijo. En este sentido un trabajo que hasta ese momento venía realizándose sin dificultad, puede afectar a la normal evolución de la gestación.

La SEGO entiende que la decisión sobre si una mujer embarazada puede realizar o no una determinada actividad laboral, deberá hacerse de forma individual en función del tipo de trabajo, el estado físico y de salud y de la edad gestacional.

²⁸ SEGO, [Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo](#), INSS, 2020.

Tabla 2 – Semanas de gestación críticas en el desarrollo de los diferentes órganos y sistemas

Fuente: SEGO, [Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo](#), INSS, 2020, p. 22, tabla 2

La incapacidad para desarrollar una actividad laboral durante el embarazo puede deberse a tres causas:

- por el embarazo propiamente dicho;
- por la existencia de complicaciones propias del embarazo;
- por la exposición ocupacional.

La mayoría de las mujeres embarazadas estarán en condiciones de trabajar hasta el final de la gestación, excepto en casos en los que, ciertas afecciones clínicas se vean agravadas por el embarazo y otras o que predispongan a un mayor número de complicaciones de su gestación.

Para la elaboración de la guía se han clasificado los factores de riesgo de origen laboral según su naturaleza en: riesgos físicos, químicos, biológicos, psicosociales y por procedimientos industriales.

Los principales cambios y modificaciones que se han producido respecto a la segunda edición son los siguientes.

Riesgos ergonómicos

Manipulación manual de cargas

Es cualquier operación de transporte o sujeción (levantamiento, colocación,

empuje, tracción, etc.) de una carga (objeto susceptible de ser movido) por parte de uno o varios trabajadores que por sus características o condiciones ergonómicas inadecuadas entrañe riesgos. Se incluye en esta definición la manipulación de personas o animales. Respecto a la anterior edición se elimina la referencia a las jornadas de más o menos de 20 horas semanales, para dejar paso a un nuevo rango que determine las horas de exposición al riesgo. Por tanto, ahora debemos conocer:

- *intensidad*: cuántos kilos;
- *frecuencia*: cuántas veces por hora;
- *exposición*: cuántas horas por jornada.

Tabla 3 – Manejo manual de cargas: semana de inicio de riesgo

MANEJO MANUAL DE CARGAS	FRECUENCIA	SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO ÚNICO			SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO MÚLTIPLE		
		Tiempo de exposición al riesgo			Tiempo de exposición al riesgo		
		>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día	>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día
> 10 kg	>=4 veces/hora	20	22	24	18	20	22
	< 4 veces/hora	24	26	28	22	24	26
Entre 4 y 10 kg	>=4 veces/hora	24	28	30	22	26	28
	< 4 veces/hora	28	34	36	26	32	34
< 4 kg		Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable

Fuente: SEGO, [Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo](#), INSS, 2020, p. 79, tabla 14

Otra variación es que necesitamos que nos determinen el tiempo diario de exposición al riesgo.

Tabla 4 – Tiempo diario de exposición al riesgo

SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO ÚNICO			SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO MÚLTIPLE		
Tiempo de exposición al riesgo			Tiempo de exposición al riesgo		
>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día	>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día

Fuente: SEGO, [Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo](#), INSS, 2020, p. 79, tabla 14 (detalle)

Flexión del tronco: inclinaciones por debajo de la rodilla

En la mujer embarazada la flexión del tronco puede aumentar la presión intraabdominal y la frecuencia cardíaca y con frecuencia cuando se realiza va asociada a una manipulación de cargas por lo que es poco frecuente objetivarlas de forma aislada en muchos puestos de trabajo. Al igual que en el caso anterior resulta necesario conocer las horas de exposición diaria.

Tabla 5 – Flexión de tronco repetida considerando siempre el grado de ésta: semana de inicio de riesgo

FLEXIÓN DEL TRONCO	SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO ÚNICO			SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO MÚLTIPLE		
	Tiempo de exposición al riesgo			Tiempo de exposición al riesgo		
	>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día	>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día
Repetidamente (más de 10 veces/hora)	20	22	24	18	20	22
Intermitentemente (entre 2 y 10 veces/hora)	28	34	36	26	32	34
Intermitentemente (menos de 2 veces/hora)	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable

Fuente: SEGO, [Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo](#), INSS, 2020, p. 80, tabla 15

Hemos de señalar que no existe riesgo o es tolerable, si las mismas son inferiores a dos horas.

Bipedestación

La palabra bipedestación según la Real Academia Española (RAE) viene del latín *bipes*, *-ēdis* “bípedo”, y el *statio*, *-ōnis* “estación”, y significa posición en pie. El mantenimiento de esta posición se logra mediante una adaptación adecuada de los músculos del cuello, tronco y miembros que actúan para mantener el cuerpo en una postura de equilibrio estable. La detección del tipo de bipedestación diferencia a aquella trabajadora que está en bipedestación estática mantenida (sin posibilidad de moverse), de la bipedestación dinámica en la cual deambula o tiene la posibilidad de alternar bipedestación con sedestación. Para determinar cuál es el influjo de la postura de pie en el embarazo de acuerdo con las variables, tiempo, postura

y alternancia de posturas, se realiza la siguiente clasificación de la bipedestación:

- bipedestación ininterrumpida estática: posición de pie en el sitio sin posibilidad de movilización;
- bipedestación intermitente: se refiere a la alternancia de períodos de bipedestación dinámica (posibilidad de desplazarse incluso en trayectos cortos de escasos metros) y períodos de bipedestación estática (sin posibilidad de desplazarse), o a la alternancia de la bipedestación con la sedestación.

Se mantiene el principal cambio introducido por de la Segunda edición respecto a la diferencia entre bipedestación dinámica y estática. Quizás, el cambio más significativo es que se eliminan los porcentajes de jornada por las horas de exposición. La tabla es muy similar salvo por la traslación del rango tiempo exposición del marginal izquierdo al superior.

Tabla 6 – Bipedestación ininterrumpida estática: semana de inicio de riesgo

BIPEDESTACIÓN ININTERRUMPIDA ESTÁTICA	SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO ÚNICO			SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO MÚLTIPLE		
	Tiempo de exposición al riesgo			Tiempo de exposición al riesgo		
	>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día	>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día
	22	26	30	20	24	26

Fuente: SEGO, [Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo](#), INSS, 2020, p. 83, tabla 18

Tabla 7 – Bipedestación dinámica: semana de inicio de riesgo

BIPEDESTACIÓN DINÁMICA	SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO ÚNICO			SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO MÚLTIPLE		
	Tiempo efectivo de trabajo			Tiempo efectivo de trabajo		
	>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día	>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día
	30	34	Riesgo tolerable	28	32	Riesgo tolerable

Fuente: SEGO, [Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo](#), INSS, 2020, p. 84, tabla 19

Se especifica la inexistencia de riesgo por bipedestación dinámica inferior a 3 horas diarias con independencia del porcentaje de jornada que comporte. Las horas de bipedestación deben ser continuadas, no acumuladas a lo largo del día, se mantiene el mismo criterio respecto a la bipedestación estática como supuesto excepcional por la imposibilidad de desplazamiento respecto a un punto. El personal administrativo sigue sin tener riesgo aparente por bipedestación.

Trepar escaleras

Subir y bajar escaleras supone una actividad aeróbica muy eficaz para trabajar los músculos de las piernas, quemar grasas de la parte inferior del cuerpo y gastar energía, suponiendo una mejora notable de la frecuencia cardíaca y la capacidad pulmonar. La valoración se hará de acuerdo con la norma UNE-EN ISO 8996:2005 y la *Determinación del metabolismo energético mediante tablas*²⁹. Conviene recordar al respecto que durante la gestación no está contraindicado el uso de escaleras estructurales – escaleras de los edificios – considerando que la trabajadora puede adaptar la velocidad de subida a sus capacidades.

Por tanto, el riesgo de subir escaleras en el embarazo es valorable, no para cualquier tipo de escalera, sino en aquellos casos en los que suponga trepar o trabajos en altura. La definición de trepar es «subir a un lugar alto y de difícil acceso valiéndose y ayudándose de los pies y de las manos», lo cual descarta las escaleras habituales de los edificios como riesgo para el embarazo. Respecto a la guía anterior se sustituye la referencia a «4 peldaños» por la de 1 metro.

²⁹ INSHT, [Determinación del metabolismo energético mediante tablas](#), NTP, 2014, n. 1011.

Tabla 8 – Trepar escalas y postes verticales: semana de inicio de riesgo

ESCALAS Y POSTES VERTICALES			
FRECUENCIA (nº veces/jornada)	DISTANCIA AL SUELO	SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO ÚNICO	SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO MÚLTIPLE
< 4 veces / jornada	Más de 1 metro	26	24
	Menos de 1 metro	34	32
4 a 8 veces / jornada	Más de 1 metro	20	18
	Menos de 1 metro	26	24
> 8 veces / jornada	Más de 1 metro	18	16
	Menos de 1 metro	20	18

Fuente: SEGO, [Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo](#), INSS, 2020, p. 81, tabla 16

Tabla 9 – Trepar escaleras manuales: semana de inicio de riesgo

ESCALERAS MANUALES			
FRECUENCIA (nº veces/jornada)	DISTANCIA AL SUELO	SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO ÚNICO	SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO MÚLTIPLE
< 4 veces / jornada	Más de 1 metro	37	32
	Menos de 1 metro	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable
4 a 8 veces / jornada	Más de 1 metro	30	28
	Menos de 1 metro	34	32
> 8 veces / jornada	Más de 1 metro	26	24
	Menos de 1 metro	30	28

Fuente: SEGO, [Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo](#), INSS, 2020, p. 81, tabla 17

Sedestación

Sedestación es un término proveniente del campo médico y sirve para indicar que el paciente está sentado. Las personas que realizan trabajos sedentes suelen utilizarse como sujetos de control en los estudios epidemiológicos que analizan los potenciales efectos de la carga física en la reproducción, dado que se asume que las tareas sedentes tienen menores demandas físicas. Se distinguirá entre:

- sedestación prolongada sin posibilidad de cambios de postura. Dos situaciones:
 - sedestación prolongada sin posibilidad de cambios de postura más de 4 horas/jornada (se puede dar en situaciones muy especiales, con jornadas intensivas y acreditado por el Servicio de Prevención, dado que la normativa establece pausas obligatorias);

- sedestación prolongada sin posibilidad de cambios de postura durante más de 2 horas. Se da en las profesiones como operarias de cadena de montaje, manipuladoras de alimentos o embalaje;
 - sedestación con posibilidad de cambios de postura: se da en trabajos de tipo administrativo, secretarías, actividades gerenciales, telefonistas, etc.
- Resaltar que si existe la posibilidad de cambio de postura la sedestación no implica un riesgo que origine la suspensión del contrato.

Tabla 10 – Sedestación: semana de inicio de riesgo

SEDESTACIÓN	SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO ÚNICO			SEMANA DE INICIO DEL RIESGO EMBARAZO MÚLTIPLE		
	Tiempo de exposición al riesgo			Tiempo de exposición al riesgo		
	>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día	>5 h/día	3-5 h/día	2-3 h/día
Sin posibilidad de cambios de postura	33	37	Riesgo tolerable	31	34	Riesgo tolerable
Con posibilidad de cambios de postura	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable	Riesgo tolerable

Fuente: SEGO, [Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo](#), INSS, 2020, p. 86, tabla 20

Riesgos psicosociales

El estrés, como ya sucedió en la publicación de la segunda edición, no se considera un factor de riesgo, sino un efecto de la exposición a determinadas condiciones de trabajo. El origen de este no sólo va a depender de la concurrencia de factores de riesgos psicosociales en la organización y entorno social de la empresa. El factor estrés puede estar presente en otros agentes como el ruido, las vibraciones o elevadas temperaturas sin olvidar los factores personales, familiares y sociales concurrentes.

En resumen, no se podrá considerar el estrés en sí mismo como riesgo para el embarazo.

Se valorará como riesgo para el embarazo desde la solicitud de la prestación, el trabajo en aislamiento (en solitario y en zona aislada) ante la dificultad en la demanda y recepción de auxilio.

Las agresiones sobre el abdomen son riesgos que considerar en el caso de

demostrarse que la probabilidad de que acontezca es significativa. Dependiendo de la actividad que realice la trabajadora, se considerarán 2 niveles de riesgo ante agresiones:

- a) *nivel I*: profesiones en cuya actividad principal se contempla la contención como:
 - fuerzas del orden;
 - cuerpos militares;
 - vigilantes de seguridad;
 - trabajadoras en instituciones penitenciarias;
 - personal en unidades psiquiátricas de agudos;
 - personal al cuidado de menores en centros tutelados;
- b) *nivel II*: actividades que no requieren la contención como actividad principal, pero que la posibilidad de agresión es significativa.

4. Breve apunte final

La suspensión del contrato por riesgo en el embarazo en la mujer trabajadora se apoya en tres pilares básicos, a saber, la LGSS, la LPRL y la Guía SEGO.

Si analizamos las modificaciones introducidas por esta nueva edición de la *Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo*, observamos que, respecto a su predecesora, aclara y precisa elementos valorativos para la determinación del riesgo a evaluar. Si mantiene la estela de unos criterios más restrictivos, introducidos en la segunda versión, en cuanto al trabajo realizado y número de semanas de gestación para la concesión de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y el acceso a dicha prestación económica, siendo menor, por tanto, el número de mujeres que podrán acceder a dicha situación. Se ha perdido, a nuestro entender, una oportunidad de flexibilizar los requisitos con el objetivo de fomentar la natalidad de la mujer trabajadora.

5. Bibliografía

CUESTA J., [*La maternidad en España, primer tercio del siglo XX. Encrucijada de trabajo, salud y género*](#), en [*DIRE*](#), 2012, n. 3, pp. 3-22

ESPUNY TOMÁS M.J., [*Los orígenes de la Inspección de Trabajo en España \(1906-2006\)*](#), en [*IUSLabor*](#), 2006, n. 1, pp. 1-7

FERNÁNDEZ ORRICO F.J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016

GARCÍA GONZÁLEZ G., *La protección a la maternidad: cien años de la Ley de 8 de enero de 1907*, en *IUSLabor*, 2007, n. 2, pp. 1-3

INSHT, *Determinación del metabolismo energético mediante tablas*, NTP, 2014, n. 1011

INSHT, *Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo*, 2011

INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES, *Congresos Sociales en 1907*, 1908

JAY R., *La protección legal de los trabajadores*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1905, n. 104, pp. 331-331

LEAL RAMOS L., *Conferencia sobre el seguro de maternidad*, Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1932

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE L., *Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. La prestación por "riesgo durante el embarazo" tras la Ley 39/1999*, en *Aranzadi Social*, 1999, n. 5, pp. 1187-1196

MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, *Nacimiento y cuidado de menor*, voz *Cuadro resumen duración*, *Cuadro resumen ET*, 1º abril 2019

MONEREO PÉREZ J.L., MOLINA NAVARRETE C., MORENO VIDA M.N. (dir.), *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, 2005

OIT, *Historia de la OIT*, en www.ilo.org

PÉREZ ALONSO M.A., *Derecho de la Seguridad Social para trabajadores sociales*, Tirant lo Blanc, 2008

RAMOS VÁZQUEZ I., *Derecho internacional obrero. Origen y concepto*, en *IUSLabor*, 2017, n. 3, pp. /2017, p. 336-372

SÁNCHEZ TRIGUEROS C., *El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo*, en *Aranzadi Social*, 2002, n. 4, pp. 3374-3380

SEGO, *Guía de ayuda para la valoración del riesgo laboral durante el embarazo*, INSS, 2020

Normativa

[C003 – Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 \(núm. 3\)](#)

[Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones](#)

[Gaceta de Madrid, 14 marzo 1900, n. 73](#)

[Gaceta de Madrid, 28 julio 1873, n. 209](#)

[Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social](#)

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo