TRABAJO Y GÉNERO

TRANSICIONES JUSTAS HACIA LA IGUALDAD LABORAL REAL

DIRECTORA
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

COORDINADORA
HENAR ÁLVAREZ CUESTA

COLEX READER | COLEX AUDIO

COLEX

¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook

Acceso desde cualquier dispositivo

Idéntica visualización a la edición de papel

Navegación intuitiva

Tamaño del texto adaptable

Síguenos en:

TRABAJO Y GÉNERO

TRANSICIONES JUSTAS HACIA LA IGUALDAD LABORAL REAL

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE IGUALDAD

Instituto de las MUJERES

TRABAJO Y GÉNERO

TRANSICIONES JUSTAS HACIA LA IGUALDAD LABORAL REAL

EDICIÓN 2024

DIRECTORA
Susana Rodríguez Escanciano

COORDINADORA
Henar Álvarez Cuesta

COLEX 2024

Copyright © 2024

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Concepción Morales Vállez, © Belén del Mar López Insua, © Nora M.ª Martínez Yáñez, © Susana Rodríguez Escanciano, © Rodrigo Tascón López, © Natalia Ordóñez Pascua, © M.ª de los Reyes Martínez Barroso, © Diego Megino Fernández, © Henar Álvarez Cuesta, © Francisco Xabiere Gómez García, © M.ª Ángeles González Bustos, © Juan José Fernández Domínguez, © Beatriz Agra Viforcos

© Editorial Colex, S.L.
Calle Sol, número 20, bajo
A Coruña, C.P. 15003
info@colex.es
www.colex.es

AUTORES

Concepción Morales Vállez

Belén del Mar López Insua

Nora M.ª Martínez Yáñez

Susana Rodríguez Escanciano

Rodrigo Tascón López

Natalia Ordóñez Pascua

M.ª de los Reyes Martínez Barroso

Diego Megino Fernández

Henar Álvarez Cuesta

Francisco Xabiere Gómez García

M.ª Ángeles González Bustos

Juan José Fernández Domínguez

Beatriz Agra Viforcos

SUMARIO

AUTORES 7

CAPÍTULO I

SOBRE LA IGUALDAD REAL EN LOS TRIBUNALES
AVANCES EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Concepción Morales Vállez

PÁG. 17

1.- Introducción 17
2.- La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico 18
3.- Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas 21
4.- La igualdad de retribución entre hombres y mujeres 22
5.- Avances en los Tribunales Superiores de Justicia 27
6.- Conclusiones 37
7.- Bibliografía 38

CAPÍTULO II

BRECHA SALARIAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES

Belén del Mar López Insua

PÁG. 41

1.- El principio de igualdad y no discriminación en el panorama Europeo. 42
2.- Evolución legislativa: avances y retrocesos. Perspectiva internacional y comunitaria 44

3.- Controversias y vaivenes en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la prohibición de discriminación por razones retributivas como eje vertebral 56
3.1.- Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, asunto C-624/19 (TJCE 2021/141) 60
3.1.1.- Hechos conflictivos y cuestiones prejudiciales 60
3.1.2.- La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y resolución del caso 61
4.- Novedades legislativas en España e impacto de las medidas en el terreno judicial 63
5.- Conclusiones críticas 66
6.- Bibliografía 69

CAPÍTULO III

ESTATURA MÍNIMA Y PRESENCIA DE LA MUJER EN LA POLICÍA Y EN LAS FUERZAS ARMADAS

Nora M.ª Martínez Yáñez

PÁG. 73

1.- Introducción 73
2.- El sexo como requisito profesional determinante para el acceso a las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 78
3.- El requisito de la estatura mínima en las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 83
3.1.- La posibilidad de discriminación general por motivos antropométricos . 83
3.2.- La posibilidad de discriminación indirecta por razón de sexo 87
3.3.- El redimensionamiento (que no desaparición) del requisito de estatura mínima tras las últimas modificaciones normativas 91
4.- Bibliografía 100

CAPÍTULO IV

«SOBREFEMINIZACIÓN» DE LOS CUIDADOS: EL TRABAJO CON ESCASOS DERECHOS

Susana Rodríguez Escanciano

PÁG. 103

1.- Envejecimiento de la población y necesidad de cuidados de larga duración: perspectiva de género. 103
2.- El avance en el diseño de políticas públicas: la impronta de la Unión Europea y su proyección en España 107

3.- La Ley de Atención a la Dependencia: servicios y prestaciones 110
4.- La apuesta por el cuidado como servicio público: quiebras 114
5.- Segregación horizontal y brechas de género 115
5.1.- Auxiliares a domicilio 117
5.2.- Cuidadoras informales 119
5.3.- Los cuidados en el domicilio al margen de la Ley de dependencia. Las empleadas de hogar. 125
6.- Bibliografía 130

CAPÍTULO V

LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DEL TRABAJO EN CLAVE DE GÉNERO: BOSQUEJO DE UN ESQUEMA

Rodrigo Tascón López

PÁG. 139

1.- La sentida necesidad de redefinir los aspectos temporales vinculados al trabajo y su evidente implicación «de género» 139
2.- Algunos aspectos clave en la reordenación del tiempo de trabajo con perspectiva de género. 142
3.- A modo de conclusión: un trabajo atemporal, justo y flexible para el Siglo XXI 150
4.- Bibliografía 151

CAPÍTULO VI

HACIA LA TRANSICIÓN JUSTA A TRAVÉS DE LAS FÓRMULAS DE ECONOMÍA SOCIAL, SOLIDARIA Y COOPERATIVISMO

Natalia Ordóñez Pascua

PÁG. 155

1.- Economía ¿social? 155
2.- Economía social y colaborativa: hacia logro de la justicia social en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible 160
2.1.- La Economía Social en el contexto español: pequeños pasos y grandes logros 162
2.2.- Entidades de Economía Social: configuración en el marco de la Ley 5/2011, de 29 de marzo y rasgos básicos de su normativa específica . 164
3.- El cooperativismo en el marco del Anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social: especial referencia a las cooperativas de trabajo asociado 176
4.- Bibliografía 182

CAPÍTULO VII

TRABAJADORAS DE EDAD Y DISCRIMINACIÓN: LA INEQUIDAD DE GÉNERO EN EL MERCADO DE TRABAJO COMO FUENTE DE BRECHA EN LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN

M.ª DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

PÁG. 185

1.- Consideraciones previas: la igualdad de género en pensiones como *desideratum* 186
2.- La reforma de la protección por jubilación y su impacto de género. 188
3.- El impacto de género motivado por el retraso de la edad de jubilación y el alargamiento de las carreras de cotización. 190
4.- El impacto de género motivado por los mecanismos de cobertura de lagunas: previsiones *ad futurum* 191
5.- Algunas tímidas medidas de corrección de la brecha de género ligadas a los cuidados y otras cuestiones pendientes. 193
6.- Del complemento de maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género 199
6.1.- La finalidad del originario complemento de maternidad 200
6.2.- La exclusión de los varones del beneficio 207
6.3.- La desnaturalización jurídica del complemento como medida de acción positiva 212
7.- El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. 216
8.- Abandono prematuro del mercado de trabajo e invisibilidad femenina en la regulación de la jubilación a edades inferiores a la ordinaria 217
9.- La desproporcionada omisión de las actividades penosas feminizadas. . . . 221
10.- La exclusión de las personas trabajadoras a tiempo parcial de la jubilación parcial anticipada. ¿Una discriminación indirecta por razón de género?. 224
11.- Epílogo 231
12.- Bibliografía 233

CAPÍTULO VIII

DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO, RELIGIÓN Y ETNIA

DIEGO MEGINO FERNÁNDEZ

PÁG. 241

1.- La discriminación interseccional de la mujer en clave sociolaboral: unos apuntes 241

2.- Mujer y religión: reflexiones a colación del uso del velo islámico en el trabajo . 252
3.- Mujer y etnia: sobre el rito gitano y la pensión de viudedad. 263
4.- Bibliografía 275

CAPÍTULO IX

IMPLICACIONES DEL ECOFEMINISMO EN EL MUNDO DEL TRABAJO

Henar Álvarez Cuesta

PÁG. 281

1.- Introducción 281
2.- Primera amenaza: el cambio climático 285
3.- El impacto de la regulación de las medidas de lucha contra el cambio climático 287
4.- Los ecoempleos como solución 290
5.- La aplicación de las teorías ecofeministas al mundo del trabajo 294
6.- La apuesta por una negociación colectiva protectora de humanos y no humanos 299
7.- Bibliografía 306

CAPÍTULO X

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL IMPACTO DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA EN EL EMPLEO DE LAS MUJERES

Francisco Xabiere Gómez García

PÁG. 313

1.- Un contexto de transición medioambiental. 313
2.- Efectos de la transición ecológica en las empresas y el empleo 315
3.- El enfoque desde el mundo del trabajo 317
4.- El empleo de las mujeres ante un escenario incierto (o quizá no tanto) 318
5.- La formación y recualificación como panacea 321
6.- El teletrabajo, la moderna solución para todos los males 322
7.- Las enseñanzas de la ciencia feminista. El necesario cambio de paradigma 325
8.- Epílogo 327
9.- Bibliografía 329

CAPÍTULO XI

AVANZANDO EN IGUALDAD EN LOS MUNDOS RURALES

M.ª Ángeles González Bustos

PÁG. 333

1.- Contextualización de la problemática existente en el mundo rural. 333
2.- La necesidad de políticas adecuadas a la situación real. 336
3.- Políticas activas en el medio rural 341
4.- La participación de la mujer rural en los órganos de toma de decisión 345
5.- Breve conclusión 346
6.- Bibliografía 347

CAPÍTULO XII

MUJER Y ENFERMEDAD PROFESIONAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

Juan José Fernández Domínguez

PÁG. 349

1.- Delimitación y justificación del estudio 349
2.- El detalle en un supuesto de hecho ejemplarizante 351
3.- De las estadísticas a la rigidez normativa 353
3.1.- Estadística y casuística sobre enfermedades profesionales según origen y género en el escenario seleccionado. 353
3.2.- La rigidez del esquema legal a través de unos ejemplos significativos 354
3.3.- Los elementos de flexibilidad. En particular, el papel de la jurisprudencia. 357
3.4.- La consolidación de doctrina sobre la interpretación de la lista de actividades en la STS de 20 de septiembre de 2022. 365
4. El salto de calidad a través de la conexión de la regulación de las enfermedades profesionales con el principio de igualdad de trabajo entre hombres y mujeres 366
4.1.- Los precedentes en la aplicación del canon de nuevo cuño a conflictos en materia de Seguridad Social 367
4.2.- La aplicación del enfoque de género en la sentencia seleccionada y la línea de continuidad 370
5.- La necesaria reacción legal 372
6.- Bibliografía 374

CAPÍTULO XIII

SALUD LABORAL Y GÉNERO. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

BEATRIZ AGRA VIFORCOS

PÁG. 379

1.- Introducción. La morbilidad diferencial 379
2.- Factores de diferencia entre mujeres y hombres especialmente relevantes para la salud laboral 380
2.1.- Diferencias biológicas 382
2.2.- Diferencias derivadas de factores socioculturales 385
3.- Dificultades/condicionantes para introducir la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales 389
4. La perspectiva de género en la legislación española de seguridad y salud laboral y en las más recientes estrategias en la materia 391
5.- Reflexión final. 399
6.- Bibliografía 399

CAPÍTULO I

SOBRE LA IGUALDAD REAL EN LOS TRIBUNALES

AVANCES EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Concepción Morales Vállez

Magistrada Suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Profesora Ayudante Doctora (LOSU) de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

Doctora en Derecho

Sumario: 1.- Introducción; 2.- La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico; 3.- Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas; 4.- La igualdad de retribución entre hombres y mujeres; 5.- Avances en los Tribunales Superiores de Justicia; 6.- Conclusiones; 7.- Bibliografía

1.- Introducción

La igualdad real y efectiva es aquella en que hombres y mujeres no son solo iguales ante la Ley (igualdad formal), sino en todos los ámbitos de la sociedad, y por ello, no se limita a proclamar que tenemos los mismos derechos, sino que la igualdad real y efectiva tiene una aplicación real, sin que haya desigualdad o se produzca ningún tipo de discriminación por razón de género.

Ya la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se hace referencia en su exposición de motivos a que «el logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres».

En definitiva, y a modo de conclusión existe una igualdad real y efectiva, cuando mujeres y hombres, parten desde el mismo punto de salida y pueden acceder en igualdad de condiciones a los recursos, tienen las mismas oportunidades y pueden participar en diferentes ámbitos económico, político, social, y laboral, en las mismas condiciones.

Los artículos 1.1, 9.2, 10.2, 14 y 39.2 de la Constitución plasman de una manera clara, el principio de igualdad formal ante la Ley, pero la igualdad real y efectiva es más difícil de conseguir, y por ello, es necesario que los órganos judiciales en sus resoluciones judiciales tengan en cuenta que el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas[1].

Y también hemos de recordar que en las políticas contra la discriminación, públicas y privadas, se tendrá en cuenta la **perspectiva de género** y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros[2].

2.- La igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico

Nuestra Constitución de 1978 define al Estado español, como un «Estado social», y propugna como valor superior de su ordenamiento jurídico la igualdad, y así el Tribunal Constitucional ya tuvo oportunidad de indicar que «la igualdad se configura como un valor superior que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama»[3].

1 Cfr. artículo 4.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio.

2 Cfr. artículo 4.4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio.

3 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 18-02-1983, n.º 8/1983, de 18 de febrero, recaída en el Recurso n.º 240/1982.

Más concretamente, el principio de igualdad está recogido en el artículo 14 de la Constitución, y ha sido configurado por una conocida e inveterada doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

Y así, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Por ello, la virtualidad del artículo 14 de la Constitución no se agota, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación.

Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación[4], pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferen-

4 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 75/1983, de 3 de agosto, recaída en el Recurso n.º 44/1982. Y también Ley 15/2022, de 12 de julio, y en especial su artículo 2, en el que se amplía el ámbito subjetivo de aplicación y las causas de discriminación.

cias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 de la Constitución[5].

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 de la Constitución, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 de la Constitución[6].

No obstante el Tribunal Constitucional ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterios de diferenciación jurídica, si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación[7].

Al respecto tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 de la Constitución implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de

---

5 Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 22/2024, de 12 de febrero (Recurso n.º 5319/2022); 67/2022, de 2 de junio (Recurso n.º 6375/2019); 172/2021, de 7 de octubre (Recurso n.º 4119/2020); 74/2020, de 29 de junio (Recurso n.º 2094/2019); 91/2019, de 3 de julio (Recurso n.º 688/2019); 66/2015, de 13 de abril (Recurso n.º 3875/2013); y las más antiguas, 166/1988, de 26 de septiembre (Recurso n.º 988/1987); y 128/1987, de 16 de julio (Recurso n.º 1123/1985).

6 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 200/2001, de 4 de octubre (Recurso n.º 2992/1999), y las que en ella, expresamente se citan.

7 Cfr. en relación con el sexo, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 103/1983, de 22 de noviembre (Recurso n.º 301/1982); 128/1987, de 26 de julio (Recurso n.º 1123/1985); 229/1992, de 14 de diciembre (Recurso n.º 2281/1989); y 126/1997, de 3 de julio (Recurso n.º 661/1996).
En relación con las condiciones personales o sociales, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 92/1991, de 6 de mayo (Recurso n.º 1672/1988); y 90/1995, de 8 de julio (Recurso n.º 1435/1992).
En relación con la edad, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 75/1983, de 3 de agosto (Recurso n.º 44/1982); y 66/2015, de 13 de abril (Recurso n.º 3875/2013).
Y en relación con la raza, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 13/2001, de 29 de enero (Recurso n.º 490/1997).

diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad[8].

También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 de la Constitución, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el artículo 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones[9].

3.- Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Objetivo 5: Lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas

Entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), se encuentra el objetivo n.º 5, cuya finalidad es lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas.

La igualdad de género no solo es un derecho humano fundamental, sino que es uno de los fundamentos esenciales para construir un mundo pacífico, próspero y sostenible, y si bien es cierto que se han conseguido algunos avances durante las últimas décadas, no lo es menos que el mundo está lejos de alcanzar la igualdad de género para 2030.

Las mujeres y las niñas constituyen la mitad de la población mundial y, por tanto, también la mitad del potencial mundial, pero la desigualdad de género prevalece y estanca el progreso social.

De media, las mujeres ganan un 23 % menos que los hombres en el mercado laboral mundial y dedican el triple de horas al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado que los hombres[10].

La dimensión de la brecha salarial de género en la UE en el año 2022, se cuantifica en el 12,7 %[11], y en España, según los datos de salarios de la

8 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 22/2024, de 12 de febrero, recaída en el Recurso n.º 5319/2022, y las que en ella se citan.

9 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 81/1982, de 21 de diciembre, recaída en el Recurso n.º 158/1982.

10 Cfr. https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/ (Disponible en página web a 28/05/2024).

11 Cfr. https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/2020/3/story/20200227STO73519/20200227STO73519_

Encuesta de Población Activa (EPA), en el año 2022, la diferencia salarial mensual bruta entre hombres y mujeres fue del 15,7 %, esto es, 5,25 puntos porcentuales por debajo de la brecha en 2018, lo que representa una reducción del 25 %, lo que refleja un buen dato estadístico, y es el menor valor de la serie histórica, pero está aún muy lejos de la necesaria igualdad real y efectiva[12].

La violencia y la explotación sexuales, el reparto desigual del trabajo doméstico y de las tareas de cuidados no remunerado, esto es, la falta de corresponsabilidad en las tareas de cuidado, y la discriminación en los cargos públicos, entre otros, han sido, son y serán todavía enormes obstáculos y grandes trabas para las mujeres.

Al ritmo actual, por la Organización Internacional de Trabajo (OIT), se calcula que se tardará 300 años en acabar con el matrimonio infantil, 286 años en subsanar las lagunas de protección jurídica y eliminar las leyes discriminatorias, 140 años en que las mujeres estén representadas en pie de igualdad en puestos de poder y liderazgo en el lugar de trabajo y 47 años en lograr la igualdad de representación en los parlamentos nacionales.

Y por ello, se concluye por la Organización Internacional de Trabajo (OIT), la necesidad de un liderazgo político, unas inversiones y unas reformas políticas integrales para desmantelar las barreras sistémicas que impiden alcanzar el ODS n.° 5.

Y es que, la igualdad de género es un objetivo transversal y debe ser un elemento clave en las políticas, presupuestos e instituciones nacionales, supranacionales e internacionales.

4.- La igualdad de retribución entre hombres y mujeres

La base jurídica del principio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo está consagrada en los Tratados desde 1957, y se recoge el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[13], y en el Tratado de la Unión Europea (TUE)[14], en los que se establece que la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad,

es.pdf&ved=2ahUKEwizlYve_K-GAxVORKQEHRYNDR4QFnoECBoQAQ&usg=AOvVaw2b2D-HhCKUaL7mVh8bTl9VR. (Disponible en página web a 28/05/2024).

12 Cfr. https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2024/brecha-salarial-hombres-mujeres.aspx (Disponible en página web a 28/05/2024).

13 Diario Oficial C 202, de fecha 07/06/2016, páginas 1 a 388.

14 Diario Oficial C 202, de fecha 07/06/2016, páginas 1 a 388.

democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, y que estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres (artículos 2 del TUE y del TFUE); que la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño (artículos 3.3 del TUE y del TFUE); que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (artículos 10 TUE y del TFUE); que el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (artículos 19 TUE y del TFUE); y que cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (artículos 157 del TUE y del TFUE).

En este punto parece oportuno señalar que la legislación dirigida a luchar contra la trata de seres humanos, en especial de mujeres y niños, se ha adoptado sobre la base de los artículos 79 y 83 del TFUE.

La Unión Europea, cuenta con el Programa «Ciudadanos, Igualdad, Derechos y Valores» (CERV) que se puso en marcha en 2021 por una duración de siete años, hasta 2027, y se creó al mismo tiempo que el programa «Justicia» 2021-2027 en el marco del Fondo de Justicia, Derechos y Valores».

El objetivo del programa es sostener y desarrollar sociedades abiertas, basadas en derechos, democráticas, igualitarias e inclusivas, asentadas en el Estado de Derecho.

Para ello, se promueve una sociedad civil dinámica y empoderada, que fomente la participación democrática, cívica y social de las personas y cultive la rica diversidad de la sociedad europea partiendo de sus valores comunes, su historia y su memoria.

El programa se fundamenta en cuatro pilares:

- Igualdad, derechos e igualdad de género: promover los derechos, la no discriminación, la igualdad (incluida la igualdad de género) y avanzar en la integración de la perspectiva de género y la no discriminación.
- Compromiso y participación de los ciudadanos: promover el compromiso y la participación de los ciudadanos en la vida democrática de la Unión, los intercambios entre ciudadanos de distintos Estados miembros y la sensibilización sobre la historia europea común.

– Daphne: lucha contra la violencia, incluida la violencia de género y la violencia contra los niños[15].

– Valores de la Unión: proteger y promover los valores de la Unión.

Es importante destacar que las organizaciones de la sociedad civil activas en el ámbito local, regional, nacional y transnacional, así como otras partes interesadas, pueden solicitar financiación del programa CERV para iniciativas en favor de la participación de los ciudadanos, la igualdad para todos y la protección y la promoción de los derechos y los valores de la UE.

Por su parte la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea recoge en sus artículos 20 a 26, el principio de igualdad[16].

Y la Carta Social Europea establece en su artículo 20, el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo; en su artículo 27, el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato; y en su Anexo y en relación con el meritado artículo 20, señala expresamente que el precepto no será obstáculo para la adopción de medidas específicas encaminadas a eliminar las desigualdades de hecho[17].

De modo que la integración de la perspectiva de género o *mainstreaming* impregna las instituciones supranacionales.

El termino transversalidad de género se utiliza, como sinónimo de *mainstreaming* de género o enfoque integrado de género, para referirse a la responsabilidad de todos los poderes públicos en el avance de la igualdad entre mujeres y hombres.

El *mainstreaming* de género fue asumido explícitamente por la Plataforma para la Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres de Naciones Unidas que se celebró en Beijing en 1995.

El Informe de la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas señala en su ordinal 229, que «al ocuparse del disfrute de los derechos humanos, los gobiernos y otros interesados deben promover una política activa y visible encaminada a incorporar una perspectiva de género en todas las políticas y los programas de manera que, antes de que se adopten decisiones, se analicen los efectos que han de tener para las mujeres y los hombres».

---

15 Cfr. Decisión n.º 293/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres (Diario Oficial L 34 de fecha 09/02/2000, páginas 1 a 5). La decisión perdió su vigencia el pasado 31/12/2003.

16 *Diario Oficial C 202, de fecha 07/06/2016, páginas 389 a 405.*

17 Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE n.º 139/0201, de 11 de junio.

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) definió, en junio de 1997, el concepto de la transversalización de la perspectiva de género en los siguientes términos, «Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros».

Esta estrategia de transversalización incluye actividades específicas en el ámbito de la igualdad y acción positiva, ya sean los hombres o las mujeres, que se encuentren en una posición de desventaja. Las intervenciones específicas para la igualdad pueden orientarse a las mujeres exclusivamente, a las mujeres y a los hombres al mismo tiempo o únicamente a los hombres, con el fin de que puedan participar en la labor de desarrollo y se beneficien de ella por igual. Se trata de medidas provisionales necesarias, concebidas para luchar contra las consecuencias directas e indirectas de la discriminación en el pasado.

La transversalización del enfoque de género no consiste en simplemente añadir un «componente femenino» ni un «componente de igualdad entre los géneros» a una actividad existente. Significa incorporar la experiencia, el conocimiento y los intereses de las mujeres y de los hombres para sacar adelante el programa de desarrollo, mediante la integración.

El objetivo de la integración de la igualdad de género es, por lo tanto, transformar las estructuras sociales e institucionales desiguales en estructuras iguales y justas para los hombres y las mujeres, y en este punto aún nos queda mucho recorrido.

La Comisión Europea en el año 1996 ya indicó que «El concepto de «transversalidad» consiste en tener en cuenta de forma sistemática las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de las mujeres y de los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias. Este enfoque global y transversal requiere un esfuerzo de movilización de todas las políticas».

A nivel estatal, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[18], establece el marco general de intervención de todos los poderes públicos con relación a la promoción de la igualdad

18 BOE n.º 71/2007, de 23 de marzo.

entre mujeres y hombres y establece en su artículo 15 que «el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.».

Pero tampoco podemos obviar el contenido del artículo 4 de la citada Ley Orgánica que al establecer que «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas», habremos de entender que «obliga al intérprete a integrar en la interpretación el parámetro de la igualdad de género de forma que, si de una interpretación se derivan varias opciones, habrá de optar a la más favorable al principio de igualdad»[19].

No podemos dejar de incidir que «la ponderación de la igualdad y la no discriminación para con el mercado de trabajo, exige el estudio de las incidencias peculiares que tiene en la situación laboral, la maternidad, paternidad, lactancia, embarazo u otros ya reseñados, que relacionan no solo en la contratación inicial, sino también en el riesgo de la pérdida de empleo, que todo hay que decirlo, se constituye en uno de los problemas más importantes (junto a la desigualdad retributiva, mal denominada brecha salarial) a que nos enfrentamos ciudadanos y Tribunales, para hacer verdaderamente efectivo el principio de no discriminación por razón de género en el ámbito de las relaciones laborales y de Seguridad Social»[20].

Y para finalizar, necesariamente hemos de hacer expresa referencia a la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en cuya exposición de motivos se señala que «con esta Ley se pretende dar respuesta a una necesidad normativa concreta: crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos», y es que conforme a lo expresamente dispuesto en el artículo 4.3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, «el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

19 Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) n.º 752/2018, de fecha 03/07/2018 (Recurso n.º 260/2018).

20 Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco n.º 566/2018, de fecha 13/03/2018 (Recurso n.º 194/2018).

5.- Avances en los Tribunales Superiores de Justicia

Llegados a este punto, y tras el marco normativo nacional, supranacional e internacional expuesto, vamos a hacer referencia expresa a distintas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, acotando el alcance temporal a las sentencias dictadas exclusivamente en el año 2024.

La primera de las Sentencias que debemos comentar se pronuncia sobre la actual redacción del artículo 48.4 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, relativo a la suspensión con reserva de puesto de trabajo, y más específicamente por nacimiento, en la redacción que le otorga el RDLey 6/2019, de 1 de marzo[21], y sobre la misma conviene destacar la equiparación de la duración de la suspensión contractual entre ambos progenitores, así como la obligatoriedad de disfrute conjunto de las seis semanas posteriores al parto y la prohibición de transferencia del derecho entre progenitores, que se justificó, según el propio preámbulo de la norma por responder «a la existencia de una clara voluntad y demanda social. Los poderes públicos no pueden desatender esta demanda que, por otro lado, es una exigencia derivada de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución; de los artículos 2 y 3.2 del Tratado de la Unión Europea; y de los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Esta equiparación se lleva a cabo de forma progresiva, en los términos previstos en las disposiciones transitorias del Estatuto de los Trabajadores y del Estatuto Básico del Empleado Público introducidas por este RDLey».

Y además la sentencia se pronuncia sobre los derechos de las familias monomarentales, monoparentales, o monofamilias (que es un concepto neutro)[22], para afirmar que la solución al conflicto no puede sostenerse, en la necesidad de tener en cuenta el interés del menor, y ello, no sólo porque no es el único en juego, sino porque no existe una supuesta vulneración de un teórico derecho del menor de las familias monoparentales a ser cuidado en condiciones de igualdad con respecto a las biparentales.

---

21 Se modifican los apartados 4 a 9 y se suprime el 10, con efectos de 01/04/2019, por el artículo 2.12 del RDLey 6/2019, de 1 de marzo.

22 Cfr. VV.AA. La realidad de la monoparentalidad en España. Un análisis multidisciplinar. Obra colectiva dirigida por García Gil, María Begoña y coordinada por Castro Conte, Macarena. Sepín (2022).

Pues lo cierto es que en las familias biparentales la prestación que corresponde al otro progenitor precisa como condición inexcusable su encuadramiento y alta en la Seguridad Social y cubrir un periodo mínimo de carencia; y, en caso contrario, no se le concede la prestación, de modo que el interés del menor, cuya importancia no se desconoce y se considera de especial relevancia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, no puede ser el único factor decisivo y determinante en la cuestión que se debe resolver[23].

La segunda de las Sentencias que debemos comentar se pronuncia sobre la adaptación/reducción de la jornada de trabajo, y para ello, parte de la doctrina del Tribunal Constitucional[24], en la que se indica que «no resulta cuestionable la posibilidad de una afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo como consecuencia de decisiones contrarias al ejercicio del derecho de la mujer trabajadora a la reducción de su jornada por guarda legal, o indebidamente restrictivas del mismo».

Y bajo esta perspectiva, la adaptación/reducción de la jornada de trabajo, ha de ser considerada como una **medida de acción positiva** encaminada a remover uno de los obstáculos que persisten en el desarrollo integral de las mujeres en nuestra sociedad.

Su objetivo es superar la situación de postergación social que históricamente siguen sufriendo las mujeres por las dificultades que en orden a trabajar acarrea el hecho de la maternidad, concretamente, se trata de liberar a la mujer de las servidumbres que conlleva el cuidado de los hijos menores, por la vía de facilitar a ambos progenitores compatibilizar o conciliar su vida familiar con el desarrollo de su actividad profesional.

Conviene también observar que el precepto que ampara el derecho que fundamenta la pretensión de la parte actora es consecuencia del RDLey 6/2019, de 1 de marzo, por el que se pretende, como ya hemos indicado anteriormente dar «un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos».

---

23 Cfr. Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia n.º 1527/2024, de 3 de abril (Recurso n.º 507/2023); La Rioja n.º 66/2024, de 27 de marzo (Recurso n.º 9/2024); Galicia n.º 1367/2024, de 18 de marzo (Recurso n.º 5453/2023); Castilla-La Mancha (n.º 459/2024, de 15 de marzo (recurso n.º 2269/2022); y Galicia n.º 1191/2024, de 7 de marzo (Recurso n.º 705/2023), entre otras muchas más.

24 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 3/2007, de 15 de enero, recaída en el Recurso n.º 6715/2003.

Y es que con esta medida, se va más allá de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, según su propia exposición de motivos «completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas»

Y en el ámbito supranacional, la maternidad y la paternidad, hoy se utilizan las expresiones progenitores y cuidadores, sin hacer referencia al género, en su más amplio sentido, se han recogido en la aún vigente 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 artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)[25]; y de 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[26], y ello, sin obviar que conforme a lo expresamente dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, se atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas.

La sentencia concluye la desestimación del Recurso de Suplicación y avala las causas organizativas alegadas por la empleadora para denegar el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral solicitado en la demanda rectora de las actuaciones[27].

La tercera de las Sentencias que debemos comentar se pronuncia sobre el reconocimiento del derecho al cobro por la parte actora de la prestación por paternidad.

En esta Sentencia se afirma que la restrictiva interpretación aplicada por la Entidad Gestora, y ratificada judicialmente, no sólo no se compadece con la finalidad equiparadora de la norma, sino que además supone omitir la reiterada doctrina casacional según la cual las dudas exegéticas que pudieran surgir (como en este caso en que la norma no explicita la consecuencia de no disfrutar del descanso las seis primeras semanas) deben resolverse en el sentido más favorable al cuidado del menor.

25 Diario Oficial L 348, de fecha 28/11/1992, páginas 1 a 7.

26 Diario Oficial L 188 de fecha 12/07/2019, páginas 79 a 93.

27 Cfr. Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de fecha 21/03/2024 (Recurso n.º 535/2024); Galicia n.º 1367/2024, de 18 de marzo (Recurso n.º 5453/2023).

En este punto, hemos de recordar la doctrina del Tribunal Supremo[28] en sentido favorable al reconocimiento del derecho a la prestación de maternidad en supuestos de gestación por sustitución tanto si el solicitante es el padre biológico como si no lo es, y que se sintetiza en los siguientes puntos:

1.º- Las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales, conforme a lo establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales y al mandato del artículo 39 de la Constitución, relativo a la protección a la familia y a la infancia, designio que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda exegética, así como de acuerdo a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella», *ex* artículo 3.1 del Código Civil.

2.º- La suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el padre/madre y el hijo durante el periodo posterior al nacimiento, por lo que esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento; y ello, con independencia de que la maternidad/paternidad subrogada no figure como tal y de forma expresa en el elenco de situaciones previstas, pugnando con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a los menores.

3.º- Cuando el padre legal está materialmente al cuidado del menor, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle al acceso a la protección de la maternidad.

4.º- En todo caso, la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, no puede perjudicar la situación del menor.

Y por ello, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, concluye que a su juicio «la finalidad tuitiva de los derechos del menor y sus progenitores se alcanza con la expuesta interpretación, ya que la contraria podría conducir a situaciones en que la madre o el padre, por error, descuido, o condiciones psicofísicas, dejaran de solicitar el descanso de las seis primeras semanas, y ello privase a los menores, y sus progenitores, durante las otras diez semanas, de los cuidados y relación que la norma trata de garantizar».

28 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1005/2017, de 14 de diciembre, recaída en el Recurso n.º 2859/2016, y las que en ella expresamente se citan.

Y así se concluye que la duración del descanso del otro progenitor distinto de la madre biológica es de 16 semanas, de las cuales son obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto, que han de disfrutarse a jornada completa, para el cumplimiento de los deberes de cuidado, pero nada impide que las diez semanas restantes «puedan disfrutarse, siempre dentro de los doce meses posteriores al nacimiento»[29].

La cuarta de las Sentencias que debemos comentar se pronuncia sobre el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, reducción y concreción horaria, por cuidado de menor.

En este punto hemos de hacer expresa referencia a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer (CEDAW)[30], que es un es uno de los tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas más operativo en la conquista de la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres.

Y por ello, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, concluye que:

> 1.º- La actora ha probado las razones objetivas por las que solicita la concreción horaria en turno matinal con libranza de fines de semana, dejando a la disponibilidad de la empresa tanto los festivos como las horas de comienzo de jornada, por motivo de la necesaria atención y cuidado de su hija de 4 años, ya escolarizada, en horario matinal. Y ello sin necesidad de tener que probar el horario lectivo del centro educativo al que asiste la mejor, al ser público y notorio que el horario escolar del citado centro es matinal.
>
> A mayor abundamiento, también se ha acreditado las dificultades del otro progenitor (padre) al trabajar en turnos diarios rotatorios, con descansos semanales igualmente rotatorios, lo que le imposibilita una atención permanente homogénea y continuada de la menor.
>
> Y además, hemos de recordar que los estados miembros se comprometen a «tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas» (artículo 2.e) del CEDAW, e igualmente hemos de tener en cuenta, aquí, el **principio internacional *pro persona*e**, en virtud del cual toda autoridad perteneciente al poder judicial, legislativo o ejecutivo, debe aplicar la norma o la interpretación más favorable a la persona cuando se

29 Cfr. Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña n.º 1738/2024, de 20 de marzo (Recurso n.º 4436/2023); Canarias (Las Palmas, n.º 876/2023, de 15 de junio (Recurso n.º 1896/2022); y Canarias (Las Palmas) n.º 381/2023, de 10 de abril (Recurso n.º 255/2022).

30 Aprobada el 18/12/1979, que entró en vigor con fecha 03/09/1981, de conformidad con el artículo 27, que ha sido ratificada por España mediante el Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (BOE n.º 69/1984, de 21 de marzo.

trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

2.º- A la anterior hermenéutica se añade, en este caso, la perspectiva de infancia, al ser la causante del derecho solicitado por la actora una niña de 4 años de edad, recordándose aquí que el **interés superior del menor** debe ser una consideración primordial en los casos en los que de la resolución judicial, se deriven impactos directos o indirectos en las personas menores de edad, como es el caso.

3.º- Por parte de la empleadora no se probaron razones objetivas y razonables que impidieran el reconocimiento de la concreción horaria solicitada.

4.º- No se aprecia la concurrencia de mala fe por parte de la actora que en la redacción de la demanda origen de estas actuaciones, expone claramente sus necesidades así como las dificultades de colaboración del otro progenitor que, tal y como ha resultado probado carece de un horario fijo que le permita ocuparse de la hija común durante las tardes y los fines de semana, sin que pueda exigirse a otros parientes, como la abuela o el hermanastro adolescente, que deban ocuparse de manera permanente a atender a la pequeña, los fines de semanas y tardes en los que la actora no tenga disponibilidad, pues tales familiares no tienen tal obligación, a diferencia de los padres, a tenor de lo previsto en el artículo 39.3 de la Constitución y en el artículo 154 del Código Civil[31].

Y en este punto, una reflexión personal, ¿el interés superior del menor no justifica la atención y los cuidados de ambos progenitores?, entendemos que así debe ser en una interpretación más favorable a la persona cuando se trata de derechos protegidos, en aplicación, del principio internacional *pro personae*.

La quinta de las Sentencias que debemos comentar se pronuncia sobre el régimen actual de la suspensión del contrato de trabajo que contempla el artículo 48.4 del RDLey 2/2015, de 23 de octubre.

Así, en la suspensión del contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas, seis semanas ininterrumpidas han de ser inmediatamente posteriores al parto, y el resto podrá distribuirse a voluntad de los progenitores, en períodos semanales a disfrutar de forma acumulada o interrumpida y desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses.

Es importante señalar que se trata de un derecho individual de la persona trabajadora cuyo ejercicio no puede transferirse al otro progenitor, todo lo cual está dirigido a la consecución de la igualdad real y efectiva entre hom-

31 Cfr. Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Canarias (Las Palmas) n.º 376/2024,de 7 de marzo (Recurso n.º 2/2024).

bres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores.

Por ello, permitir la acumulación de los permisos y prestaciones en un solo progenitor «supondría crear una prestación contributiva nueva en favor de los progenitores de familias monoparentales que, además, quedaría estrictamente limitada a la duplicación de la duración de la misma, sin modificar los condicionantes específicos en materia de período de cotización previa o del régimen jurídico de su propia concesión o subsistencia, alterando la configuración diseñada por el legislador. En segundo lugar, necesariamente, deberíamos modificar el régimen jurídico de la suspensión contractual por causa de nacimiento y cuidado de hijo que tan prolijamente establece el apartado 4 del artículo 48 ET, lo que, sin duda de clase alguna, afectaría al otro sujeto de la relación contractual que se vería obligado a soportar una duración mayor de la suspensión contractual prevista expresamente en la Ley, lo que le afectaría en sus previsiones de sustitución o de reorganización de la empresa y que, a salvo de una intervención normativa ulterior, no le eximiría del cumplimiento de las obligaciones de cotización en materia de Seguridad Social»[32].

Y por ello, el Tribunal Superior de Justicia revoca la sentencia de instancia en la que se había acogido la pretensión relativa a su derecho a suspender el contrato de trabajo, y al reconocimiento de las prestaciones correspondientes por nacimiento y cuidado de menor por un periodo de 32 semanas, y no las 16 semanas reconocidas por la Entidad Gestora, al entender que al ser una familia monoparental el periodo que hubiera correspondido al otro progenitor debía acumularse al de la demandante, porque de lo contrario se produciría una discriminación hacía las familias monoparentales y no se cumpliría el principio general del superior interés del menor[33].

La sexta de las Sentencias que debemos comentar se pronuncia sobre los datos estadísticos para revelar la existencia de discriminación indirecta.

Son varias la sentencias que recuerdan que según los datos aportados por el CGPJ en el estudio denominado «Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», el 84

32 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo n.º 321/2024, de 21 de febrero (Recurso n.º 576/2023); 316/2024, de 21 de febrero (Recurso n.º 3649/2022); 311/2024, de 21 de febrero (Recurso n.º 4074/2021); 323/2024, de 21 de febrero (Recurso n.º 905/2023); 325/2024, de 21 de febrero (Recurso n.º 1408/2023); 326/2024, de 21 de febrero (Recurso n.º 1598/2023); 264/2024, de 9 de febrero (Recurso n.º 3864/2022); 266/2024, de 9 de febrero (Recurso n.º 857/2023); 267/2024, de 9 de febrero (Recurso n.º 931/2023); 268/2024, de 9 de febrero (Recurso n.º 1741/2023); y 261/2024, de 9 de febrero (Recurso n.º 4118/2021), por citar solo las más recientes.

33 Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) n.º 145/2024, de 28 de febrero (Recurso n.º 1063/2022).

% de las acciones judiciales en materia de conciliación laboral y familiar se plantean por las trabajadoras frente a sus compañeros varones.

Por otra parte, las estadísticas aportadas por EUROSTAT y por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE) en el informe titulado «La vida de las mujeres y los hombres en Europa. Un retrato estadístico», en su edición del año 2020, pone en evidencia que «a más hijos, mayor es la diferencia en las tasas de empleo entre mujeres y hombres», y es que de media, la tasa de empleo de los hombres es superior a la de las mujeres (74 % en comparación con 63 % en la UE en 2019). Sin embargo, es interesante observar que la diferencia en las tasas de empleo entre mujeres y hombres aumenta con el número de hijos, y que esta pauta se observa en la gran mayoría de los Estados miembros.

Asimismo, el citado estudio estadístico, pone en evidencia que «casi un tercio de las mujeres ocupadas trabajan a tiempo parcial», y es que en la UE en 2019, el 30 % de las mujeres ocupadas lo estuvo a tiempo parcial, en comparación con el 8 % de los hombres.

Y también, el citado estudio estadístico, pone en evidencia que existe una «mayor porcentaje de mujeres desempleadas que de hombres», y es que en la UE en 2019, la tasa de paro era del 7,0 % para las mujeres y del 6,4 % para los hombres.

En Europa, las responsabilidades asistenciales no remuneradas impiden a unos 7,7 millones de mujeres participar en el mercado laboral, frente a solo 450.000 hombres, y ello, contribuye a la brecha de género en materia de empleo (11 puntos porcentuales), la brecha salarial de género (13 %) y la brecha de género en las pensiones (29 %).

Casi todas las mujeres de la UE (92 %) son cuidadoras habituales y el 81 % son cuidadoras diarias, en comparación con el 68 % y el 48 % de los hombres, respectivamente[34].

Las dificultades de las madres trabajadoras para conciliar el cuidado de sus hijos e hijas con la vida profesional, sin penalización retributiva, esto es, por la vía prevista en el artículo 34.8 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, las arrastra irremediablemente a solicitar drásticas reducciones de jornada con pérdida retributiva y de cotización, que acaba incidiendo en la amplia brecha salarial (19 %, según el INE), y de pensiones existentes entre trabajadoras y trabajadores (33 %, según el eSTADISS- INSS), y, en el peor de los casos, empuja a las mujeres al abandono del puesto de trabajo, bien temporalmente mediante excedencias, o bien, definitivamente por las dificultades para la reincorporación al mercado de trabajo existentes y por la lacra del edadismo en la contratación.

34 Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones, sobre la estrategia europea de cuidado, de fecha 07/09/2022. COM (2022) 440 final.

Y tales dificultades se abordan en 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[35], y en la norma de transposición, el RDLey 5/2023, de 28 de junio, en cuya exposición de motivos se afirma que la transposición de la Directiva «va más allá de las cuestiones de la doble jornada femenina o los largos permisos, en pro de las fórmulas de trabajo flexible y acotamiento de las ausencias laborales lo que permite avanzar en la igualdad real en el ámbito laboral, a través del verdadero reconocimiento del derecho de conciliación como parte del elenco de derechos de toda persona trabajadora».

Y así, «integrar la perspectiva de género en el enjuiciamiento significa juzgar teniendo en cuenta la realidad social descrita estadísticamente, significa tener en cuenta la situación desaventajada de las mujeres trabajadoras y la pérdida de oportunidades laborales que soportan por no dejar de cuidar familiares». También significa, remover obstáculos, a través de la aplicación e interpretación del Derecho, para lograr la igualdad de resultado entre mujeres y hombres. Significa, en fin, hacer real el mandato contenido en los artículos 9.2 y 10.2 de la Constitución, en relación con los artículos 4 y 15 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Y por todo ello, no se pueden crear «nuevos requisitos, por vía interpretativa, que dificulten o impidan a las trabajadoras compatibilizar su trabajo con el cuidado familiar»[36].

Y es que la doctrina del TJUE ha consagrado el criterio de que la discriminación indirecta pueda ser demostrado por cualquier medio, incluidos los datos estadísticos, siempre que éstos no se refieran a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y, además, de manera general, resulten significativos[37].

Tal criterio es perfectamente coincidente con el que sostiene el Tribunal Constitucional que ha indicado que para abordar el análisis de la discriminación indirecta hay que ir «necesariamente a los datos revelados por la estadística»[38], y en su caso actualizados de oficio por el Tribunal[39].

---

35 Diario Oficial L 188 de fecha 12/07/2019, páginas 79 a 93.

36 Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) n.º 376/2024, de 7 de marzo (Recurso n.º 2/2024); 52/2024, de 18 de enero (Recurso n.º 1134/2023); 54/2023, de 11 de enero (Recurso n.º 1055/2023); y 1682/2023, de 14 de diciembre (Recurso n.º 733/2023).

37 Cfr. Sentencias del TJUE de fechas 03/10/2019, dictada en el asunto Schuch-Ghannadan, C-274/18 (ECLI:EU:C:2019:828); 08/05/2019, dictada en el asunto Villar Láiz, C-161/18 (ECLI:EU:C:2019:382); y 09/02/1999, dictada en el asunto Seymour-Smith y Perez, C-167/97 (ECLI:EU:C:1999:60), entre otras.

38 Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional n.º 91/2019, de 3 de julio (Recurso n.º 688/2019); 253/2004,de 22 de diciembre (Recurso n.º 2045/1998); y 240/1999, de 20 de diciembre (Recurso n.º 2897/1995).

39 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo n.º 339/2024, de 22 de febrero (Recurso n.º 322/2021); y 379/2023, de 25 de mayo (Recurso n.º 1602/2020).

Para finalizar, nos parece importante señalar que la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, establece expresamente que su finalidad es la de «garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI), así como de sus familias» (artículo 1); y también contiene medidas en el ámbito laboral para promover la igualdad real y efectiva de las personas trans (artículos 54 y 55), pero esta mera proclamación del derecho a la igualdad real y efectiva está huérfana en la realidad material de supuestos concretos que aterricen el derecho, y que está aún lejos de ser alcanzado.

La propia exposición de motivos de la norma señala que según los datos de 2020 de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA), en España, el 42 % de las personas LGTBI se han sentido discriminadas en el último año, y además las personas trans también presentan mayores dificultades para acceder al empleo, hasta un 42 % de las personas trans encuestadas afirma haber sufrido discriminación estando en búsqueda activa de empleo y soportan mayores tasas de desempleo, aunque no existan datos oficiales.

En fin, y sin obviar el contenido de una Sentencia del Tribunal Constitucional pionera en la materia, al abordar el despido de un trabajador transgénero[40], aun deberemos esperar para ver cómo se materializa el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas trans y las personas LGTBI.

La séptima de las Sentencias que debemos comentar es del Tribunal Constitucional y se pronuncia sobre tres elementos clave, a saber: la discriminación por razón de sexo, los salarios de tramitación y el despido de una trabajadora embarazada.

Y así el Tribunal Constitucional declara que supone una discriminación por razón de sexo la negativa al pago de los salarios de tramitación a una trabajadora que fue despedida estando embarazada, sobre la base de que su despido fue declarado nulo y no improcedente, como el del resto de sus compañeras despedidas, y pese a que le fue reconocido tal derecho por sentencia firme en los autos por despido.

Y es que entiende el Tribunal Constitucional la trabajadora sufrió un evidente e injustificado trato peyorativo con relación al resto de sus compañeras despedidas, operando finalmente su situación de embarazo como un elemento pernicioso, en lugar de proporcionarle un «plus protector» debido a su estado biológico[41].

40 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 67/2022, de 2 de junio, recaída en el Recurso n.º 6375/2019.

41 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 12-02-2024, n.º 22/2024, de 12 de febrero, recaída en el Recurso n.º 5319/2022.

6.- Conclusiones

Para concluir nuestro estudio, hemos de afirmar sin miedo a equivocarnos que la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, aún está muy lejos de ser alcanzada, los sesgos de género están presentes en las empresas, al igual que están presentes en la sociedad, y el necesario cambio cultural tardará más de lo que sería deseable.

Recordemos el ODS n.º 5, y su objetivo: Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas, y recordemos que hasta la fecha sigue sin cumplirse la promesa de un mundo en el que todas las mujeres y niñas disfruten de plena igualdad de género y en el que se hayan eliminado todas las barreras jurídicas, sociales, económicas y culturales que impiden su empoderamiento.

Recordemos que se debe evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género, para avanzar en la igualdad, y recordemos que las estadísticas ponen en evidencia la falta de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, en el acceso, en el mantenimiento, y en el cese en el empleo, y también la brecha salarial y la brecha prestacional que trae causa en las tareas de cuidado.

Se debe hacer frente, de manera proactiva, a los prejuicios inconscientes y al sesgo de género implícito que crean una barrera involuntaria y a menudo invisible para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Y también se debe hacer frente a quienes niegan sistemática, obstinada, terca y tozudamente la realidad en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, y niegan la violencia sobre las mujeres, porque impiden que la sociedad igualitaria en valores y derechos avance.

Y para concluir, vamos a citar a una mujer empoderada que ya dijo que «el empoderamiento de la mujer va más allá de una cuestión de género, pues la igualdad forma parte ineludible de la justicia y resulta esencial para la realización de los derechos humanos. Sin igualdad no es posible entender la democracia ni el Estado de Derecho».

Y añadió que «Desde Olympe de Gouges, Mary Wollstonecraft y Marie Curie, hasta Hillary Clinton, Michelle Bachelet y Kamala Harris. Sus nombres han resonado con fuerza estos dos días a lo largo del Congreso; todas ellas, auténticos referentes de superación han luchado contra la adversidad impulsándose sobre la igualdad como valor irrenunciable para la plena materialización de los derechos humanos; a medida que las mujeres alcanzan el poder, caen las barreras»[42].

42 Cfr.https://amecopress.net/Reivindican-el-empoderamiento-de-la-mujer-como-motor-del-cambio-hacia-una-sociedad-igualitaria (Disponible en página web a 020/06/2024).

Y a nosotros nos gustaría añadir en este listado de mujeres pioneras en la defensa de la igualdad a Eleanor Roosvelt, Hansa Mehta, Minerva Bernardino o Bodil Begtrup que participaron en el comité de redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) que fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10/12/1948, e incluyeron los derechos de las mujeres en una norma que ponía en valor la libertad y la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos, sin sesgo de género.

Necesitamos divulgar los referentes femeninos para inspirar a las nuevas generaciones, y que no encuentren barreras insuperables para su crecimiento personal y profesional.

7.- Bibliografía

Arastey Sahun, Maria Lourdes. «Análisis en torno a la Ley de igualdad: conciliación de la vida personal, familiar y laboral». *Avances formales y reales. Cuadernos Digitales de Formación n.º 18* (2008). 18 páginas.

Ballester Laguna, Fernando. «La igualdad efectiva entre mujeres y hombres: una realidad en construcción». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF n.º 479* (2024). Páginas 143 a 145.

Ballester Pastor, María Amparo. «La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: Un poco más cerca de la igualdad real y efectiva», en la obra colectiva *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2023*, obra coordinada por Casas Baamonde, María Emilia. Cinca (2024). Páginas 185 a 187.

Castro Argüelles, María Antonia. «La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social n.º 133* (2017 Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo. Conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo. Páginas 15 a 36.

De la Torre García, Carlos. «La igualdad en la empresa a examen». *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos n.º 358* (2020).

Fabregat Monfort, Gemma. «Dudas sobre la implantación efectiva de los planes de igualdad laboral real y efectiva del colectivo LGTBI». *Observatorio de recursos humanos y relaciones laborales n.º 189* (2024).

Fernández Collados, María Belén. «Capítulo 6. ¿Conducen las nuevas y viejas fórmulas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal hacia una igualdad real y efectiva?», en la obra colectiva *Aspectos*

claves para la igualdad en las relaciones laborales del siglo XXI desde una perspectiva multidisciplinar, obra coordinada por Fernández Collados, María Belén, Thomson Reuters Aranzadi (2022), Páginas 131 a 154.

Garrorena Morales, Ángel. «Igualdad jurídica e igualdad real y efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Anales de derecho n.º 6* (1984). Páginas 37 a 54.

González-Trevijano Sánchez, Pedro José. *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado*. Bruselas (2020). 116 páginas.

Lousada Arochena, Jose Fernando. *El enjuiciamiento de género*. Dykinson (2020). 158 páginas.

Lousada Arochena, Jose Fernando. «Estereotipos de género y concepto de discriminación por razón de sexo». *Cuadernos Digitales de Formación* n.º 30 (2016). 43 páginas.

Ramón Fernández, Francisca. «Medidas en el ámbito de la salud para la igualdad real y efectiva de las personas trans. A propósito de la Ley 4/2023». *Derecho y Salud*. Volumen n.º 33, n.º 2 (2023). Páginas 6 a 24.

vv.aa. *Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, obra colectiva coordinada por Calvo García, Manuel y Picontó Novales, María Teresa. Consejo General del Poder Judicial (2014). 334 páginas.

vv.aa. *La realidad de la monoparentalidad en España. Un análisis multidisciplinar.* Obra colectiva dirigida por García Gil, María Begoña y coordinada por Castro Conte, Macarena. Sepín (2022). 196 páginas.

CAPÍTULO II

BRECHA SALARIAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES

Belén del Mar López Insua

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

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

Sumario: 1.- El principio de igualdad y no discriminación en el panorama europeo. 2.- Evolución legislativa: avances y retrocesos. Perspectiva internacional y comunitaria. 3.- Controversias y vaivenes en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la prohibición de discriminación por razones retributivas como eje vertebral. 3.1.- Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, asunto C-624/19 (TJCE 2021/141). 3.1.1.- Hechos conflictivos y cuestiones prejudiciales. 3.1.2.- La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y resolución del caso. 4.- Novedades legislativas en España e impacto de las medidas en el terreno judicial. 5.-Conclusiones críticas. 6.-Bibliografía.

«Es necesario que los siglos hayan pasado sobre los héroes para que la leyenda se transforme en la imaginación de las muchedumbres. A veces la transformación se hace en algunos años».

LE BON, G[1]

1 LE BON, G.*: Psicología de las multitudes*, edición y estudio preliminar «La era de las masas: el pensamiento socio-político de Gustave Le Bon» por José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2012, p. 20.

1.- El principio de igualdad y no discriminación en el panorama Europeo

En el ámbito de la Derecho de la Unión Europea se consagra, con carácter omnicomprensivo, el principio general de igualdad de trato y no discriminación en el marco de la libre circulación de trabajadores ex artículo 45.2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE). Lo que supone que todos los Estados miembros habrán de eliminar todos los obstáculos sin excepción que perturben o dificulten el logro de este principio consagrado en el Derecho de la Unión Europea. Atendiendo especialmente (aunque no exclusivamente) al principio de transversalidad es importante indagar sobre la incidencia que en ello pueda tener el hecho de que hombres y mujeres puedan efectivamente circular libremente con los mismos derechos. Y ello en consideración, no sólo de garantizar los derechos fundamentales, sino más específicamente en aras de *evitar los obstáculos que supondría (y en la práctica supone) para la una efectiva libre circulación de una parte muy importante de la población activa (las trabajadoras).*

Importa retener, al efecto, la transversalidad del principio de igualdad y no discriminación por razón de género en todas las políticas y acciones comunitarias (o *mainstreaming* de género). En el art. 8 del TFUE se establece que: «En *todas* sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». Y en el art. 10 del mismo TFUE se dispone que: «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo…». En esa dirección de política legislativa comunitaria la Comisión Europea (paradigmática, la Comunicación de la Comisión, de 21 de febrero de 1996, «Integración de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias» [COM(1996) 67 final]) parte de un concepto totalizador de la transversalidad, conforme al cual la transversalidad consiste en tener en cuenta de forma sistemática las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de las mujeres y de los hombres en el conjunto y acciones comunitarias. Este enfoque globalizador requiere de un esfuerzo de movilización de todas las políticas. Ello incide en las perspectivas de acción en los distintos ámbitos, señaladamente el empleo, las condiciones de empleo y el mercado de trabajo[2]. Ello ha sido realzado también en la Comunicación de 17 de junio de 2000, «Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005) [COM(2008) 355 final]; el Informe de la Comisión sobre el seguimiento de la comunicación: «Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y muje-

2 Rodríguez Escanciano, S.: «Mujer y empleo: perspectiva de género y políticas activas en la contratación administrativa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º Extra 1, 2019 (Ejemplar dedicado a: Mujer en el futuro del trabajo).

res en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias» [COM (1998) 122 final], y sucesivos instrumentos en la misma dirección de política jurídica; Pacto Europeo para la Igualdad de Género (2011-2020), adoptado por el Consejo Europeo; Informe de 6 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo «Sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152 (INI)», que la conecta con el principio de libre circulación de trabajadores y la acciones comunitarias para hacerla valer, entendiendo, por lo demás, que la reducción de las desigualdades profesionales por razón de género «constituye un objetivo no solo desde el punto de vista de la igualdad de trato, *sino también de la eficacia y fluidez del mercado de trabajo*»; y considera que la igualdad de género «debe tratarse como un aspecto importante y transversal de todos los ámbitos de la política de la UE y de sus Estados miembros» y en situaciones jurídicas diversas. En todo ello destaca la labor garantista por vía de interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el Derecho de la Unión Europea se reconoce que la discriminación salarial —en sus diversas manifestaciones y vertientes— puede provenir de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que limiten el principio de libertad de circulación, en cuyo caso los Estados miembros están obligados a su supresión. Pero también derivar de los convenios colectivos o impuesta incluso en los contratos de trabajo. En tales supuestos los Estados miembros deberán actuar de forma activa y vigilante declarando la nulidad de tales cláusulas o acuerdos o induciendo eficazmente a su modificación.

Desde el punto de vista de los sujetos titulares de la libre circulación de trabajadores se observa como la variante «sexo» ha incidido de manera relevante en las diferencias retributivas entre hombres y mujeres, lo que ha llegado a convertir a las mujeres en un colectivo débil y discriminado en el mercado de trabajo. Se produce así, de manera instrumental y artificiosa, una división por género del trabajo remunerado que ha acarreado numerosos problemas en torno al acceso a derechos sociales y que asimismo ha supuesto un obstáculo realmente existente a la libre circulación en condiciones de igualdad y no discriminación de la mujer trabajadora.

Con todo, en este marco jurídico e institucional comunitario se considera que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación retributiva por razón de género constituye un objetivo transversal en el Derecho social comunitario que facilita y autentifica la libre circulación de los trabajadores y trabajadoras en el mercado interior europeo. Principio de transversalidad que, además, proyecta toda su virtualidad jurídico-constitucional en el ámbito interno de cada uno de los Estados miembros. De ahí que, en este ámbito, el Derecho del Trabajo cumpla una función tuitiva destinada a compensar todas las desigualdades estructurales que dificultan la consecución de la justicia

social[3]. A este respecto, el derecho a la igualdad de oportunidades no debe limitar su eficacia hacia una dimensión puramente declarativa, sino que debe ir más allá a fin de optimizar el principio de igualdad tanto en su vertiente formal[4], como material o funcional[5] a nivel comunitario (artículo 3.2 del Tratado de Ámsterdam) y propio de cada país.

2.- Evolución legislativa: avances y retrocesos. Perspectiva internacional y comunitaria

En la actualidad, la segregación del mercado laboral europeo impone una devaluación de lo femenino en donde, precisamente, se han adoptado decisiones basadas en la obediencia de ciertos estereotipos o roles tradicionales[6]. El inadecuado proceso de heteroidentificación de la mujer perpetúa la secesión horizontal y vertical del mercado de trabajo, consagrando así relaciones desiguales en donde ellas asumen las cargas familiares al tiempo que concilian la vida laboral y familiar (sistema de doble jornada)[7]. Al término, esta situación lleva aparejada el percibo de menores remuneraciones[8]. A

3 García Lombardía, S.: «El papel de la Inspección de trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia», *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, p. 928.

4 Esto es, como instrumento o mecanismo jurídico destinado a integrar en todo ordenamiento jurídico el principio de igualdad de género. Ver Lousada Arochena, J.F.: *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, p. 36.

5 Ello obliga a que los poderes públicos determinen la forma de actuación que habrá de llevarse a cabo en la sociedad contemporánea para erradicar la subordinación femenina. Tarea que, no es para nada, fácil pues implica evaluar, revisar y corregir las medidas legislativas presentes y futuras que limiten el principio de igualdad por razón de género. De modo que, la normativa interna de cada Estado deberá exigir que la dimensión material del principio de igualdad juegue un papel relevante para el desarrollo de la política legislativa laboral. Ver Lousada Arochena, J.F.: *El principio de transversalidad de la dimensión de género*...op.cit., pp. 49-52.

6 Cabeza Pereiro, J.: «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistemática», *Revista Lan Harremanak*, n.º 25, 2012, pp. 80-81.

7 Actualmente y junto al *mainstreaming* se han propuesto, entre otras cosas, nuevas definiciones para las nociones de Mercado y de Estado. Entendiendo éstos como dos ámbitos principales que regulan la Economía. Ver Monereo Atienza, C.: «La igualdad entre mujeres y hombres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», AA.VV.: *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*, Vázquez Bermúdez, I (coord), Sevilla, Unidad para la Igualdad de la Universidad de Sevilla, 2012, p. 1195.

8 López Insua, B.M.: «La prohibición de discriminación en la retribución por razón de género ex art. 45.2 del TFUE», en AA.VV.: *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión*, Gorelli Hernández, J (coord)., N.º 59, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2016, pp. 91-106.

todo ello hay que sumar, como no podía ser de otra manera, la temporalidad en el empleo, la precariedad laboral y el disfrute de jornadas a tiempo parcial. Ciertamente, esta situación provoca una abrupta ruptura con una de las funciones sociales del salario, esto es, la de «reequilibrar las relaciones de poder en una sociedad fuertemente mercantilizada y, en particular, en las intramatrimoniales»[9]. Y ello por no hablar de las consecuencias que sobre la vida activa de los seres humanos despliega, al reducir las cotizaciones a la Seguridad Social y, por ende, la cuantía de las prestaciones públicas.

El derecho a una igualdad salarial entre hombres y mujeres se relaciona de manera indivisible con los principios de igualdad y no discriminación que tanto consagran las instituciones internacionales[10]. A este respecto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya proclamó en el artículo 41 de su Constitución de 1919 «la especial y urgente importancia» del establecimiento «del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de igual valor», lo cual evidencia que el elemento «sexo» no debe tomarse en cuenta a fin de producir desigualdades salariales[11]. En su momento, el Convenio número 100 de la OIT (1951)[12] supuso un importante paso para la consecución de esa igualdad, ya que en él se promovía y garantizaba «la aplicación del principio de equiparación retributiva entre hombres y mujeres», acogiendo así aquel concepto de «trabajos de igual valor» que ya esbozaba en la Constitución de la OIT (artículo 117). De acuerdo con el Convenio de 1951, el momento de fijación de las tasas salariales para un trabajo de igual valor será clave en esta materia, pues es ahí cuando mejor se pueden afrontar las discriminaciones indirectas. Junto a este instrumento normativo, en el año 1958 aparece el Convenio núm. 111 de la OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. Ambos convenios se configuran, a día de hoy, como fundamentales a raíz de la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo adoptados por la OIT en 1998[13].

---

9 Serrano García, M.ª J.: «El derecho a la igualdad retributiva por razón de género» en AA.VV.: *Igualdad de género y relaciones laborales*, Valdés Dal-Ré, F. y Quintanilla Navarro, B. (dirs), Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 126.

10 López Insua, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.

11 Rodríguez-Piñero, M.: «La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma», *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1989, p. 1 en su versión digital.

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

13 García Trascasas, A: «La igualdad en la empresa privada: igualdad retributiva y no discriminación por razón de sexo», en AA.VV.: *Políticas de empleo e igualdad: Especial referencia al ámbito universitario*, Sanz Mulas, N. (Coord), Granada, Comares, 2012, pp. 33-34.
No obstante a lo anterior, se encuentran también otros instrumentos normativos internacionales y comunitarios que también se refieren a este principio, entre otros: la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944, el artículo 23.2 de la Declaración Universal

Desde el ámbito comunitario el principio de igualdad ha ido abriéndose paso en un espacio no exento de reticencias y dificultades. Este derecho fue en un inicio prácticamente desconocido por los Tratados Funcionales garantes de una Comunidad Europea creada para la defensa de los intereses económicos, siendo así el primero de los derechos reconocidos en pro de la igualdad por razón de género. De modo que la CECA, únicamente, incluía dos previsiones al respecto: por razón de nacionalidad y por razón de sexo. Primeramente, por razón de nacionalidad debía suprimirse cualquier restricción que produjese una discriminación en la remuneración[14] o en las condiciones de trabajo entre trabajadores nacionales y migrantes. Se trataba ésta de una materia derivada del derecho a la libre circulación de trabajadores (artículo 48 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea) y que, por consiguiente, estaba basada en una motivación puramente económica (más que social). Mientras que, por razón de sexo, el artículo 119 del Tratado de Roma establecía el principio de igualdad retributiva (hasta que con el Tratado de Ámsterdam se convirtiera en el artículo 141 del TCE). De modo que, sobre un fundamente también económico, se procuraba impedir que la libre com-

de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, la Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966 (art.7), el artículo 14 del Convenio núm.117 de la OIT de 22 de junio de 1962, la Carta Social Europea de 1961, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 4 de mayo de 1988, la Recomendación núm. 1146 de 11 de marzo de 1991, sobre igualdad de oportunidades y trato entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de 1989, el Tratado de Maastricht de 1992 (el cual incorpora el Acuerdo sobre Política Social de 31 de octubre de 1991), el Libro Verde de 17 de noviembre de 1993, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del año 2000 (art. 21), el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Lisboa de 2007...etcétera. Ver Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: «Derecho a una remuneración equitativa, justa y satisfactoria (incluido el Derecho a la igualdad salarial), (Art. 23, apartado 2 y 3 DUDH; Art. 7. a.i y 7.c PIDESC)», en AA.VV.: *El sistema universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (dirs y coords)., Granada, Comares, 2014, pp. 829-867. Y, de igual modo, Monereo Pérez, J.L y López Insua, B.M.: «Derecho a una remuneración equitativa (artículo 4)», en AA.VV.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L (dirs y coords), Comares, 2017, pp. 465-508.

14 Llama la atención, este punto, los Reglamentos 38/1964 y 1612/1968. En particular, éste último, al regular la libre circulación de trabajadores desarrollaba, ampliamente, la igualdad de trato. De modo que se prohibía toda discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembro con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (Véase la Sección II del Capítulo I del Título III de la Parte Tercera, dedicada a la libre circulación de personas y servicios).

petencia se viera fraudulentamente alterada por costes laborales desiguales para sendos sexos[15].

La inclusión en el seno del Tratado de Roma de la igualdad salarial supuso un paso importante para el aseguramiento de esta equiparación retributiva entre ambos sexos en la esfera comunitaria, pues no sólo dibujaba un estándar a nivel colectivo aplicable a los diferentes ordenamientos internos de los Estados parte, sino que además contaba con el privilegio de imponerse a las disposiciones nacionales contrarias. De modo que, la prohibición de discriminación entre los nacionales comunitarios —en términos generales— se convierte así en condición «*sine qua non*» para la existencia de un Mercado Común, sin el cual no se puede alcanzar los fines propios de integración económica y social que establece el Tratado (art. 7 del Tratado de Roma). Por lo que, el principio de igualdad retributiva se eleva a derecho fundamental constitutivo y base del orden europeo[16], en tanto se considera un mecanismo enderezado para evitar el *dumping social* entre los Estados miembros del naciente colectivo económico europeo.

Esa funcionalización del Tratado ha permitido una interpretación notablemente dinámica, imaginativa y flexible del concepto de discriminación, extendiendo así dicha prohibición más allá de los Estados miembros y de las instituciones comunitarias a los ciudadanos de países comunitarios. Lo que ha permitido, además, un lento desplazamiento del principio desde su originario significado económico hacia una cierta definición de equiparación entre ciudadanos comunitarios que —sobre todo en lo relativo a los límites de la libertad de circulación de personas— se relaciona cada vez más, por el Tribunal de Justicia de la UE, con los derechos humanos y las libertades fundamentales[17], a saber: «… la regla de igualdad de trato consagrada por el Derecho comunitario prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles, fundadas sobre la discriminación, sino también todas las formas disimuladas de discriminación, que, por aplicación de otros criterios de distinción, producen de hecho el mismo resultado»[18].

---

15 Quesada Segura, R.: «La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº3, 2007, p. 54. Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: «Derecho a una remuneración equitativa (artículo 4)», en AA.VV.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (dirs y coords), Granada, Comares, 2017, pp. 465-508.

16 Casas Baamonde, M.ª E.: «Igualdad de retribución por razón de sexo», *Relaciones Laborales*, nº22, Tomo 2, 2002, p. 2 en su versión digital.

17 Rodríguez-Piñero, M.: «La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma» ...op.cit., p. 3 en su versión digital.

18 Ver Asunto REYNERS 2/84, 21 de junio 1974. De igual modo, en el asunto SIMMENTHAL (106/1977 de fecha 09-03-1978) se ha precisado las consecuencias del efecto directo: ser

Esta visión de la no discriminación por nacionalidad, se refuerza en materia de libre circulación de personas, en la que la interpretación extensiva del principio ha traspasado incluso su originario fundamento económico. Se ha tendido a construir un cierto estatuto de ciudadano económico, que incluso va más allá de la especialidad funcional de la comunidad y que, finalmente, supera ese visión económica y productiva para fundamentar el principio de igualdad de trato en la propia dignidad de la persona humana[19], convirtiéndose de esta manera la no discriminación por razones retributivas en un primer pilar para la construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales.

A partir de los años 70 el principio de igualdad retributiva ha ido experimentando una notable evolución normativa, que se ha hecho valer en todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena (incluido el trabajo de aquellos que prestan sus servicios para el ámbito de la función pública, bajo cualquier modalidad o relación jurídica por cuenta ajena). Y es que, el efecto directo (tanto horizontal, como vertical), automático o *self executing* del ahora artículo 157 del TFUE no puede ser objeto de una interpretación estricta, en cuanto que «...esta expresión se utiliza precisamente para hacer resaltar el carácter fundamental de algunos preceptos»[20].

En el vigente derecho originario, el TFUE establece que en todas las acciones de la UE quedará fijado el objetivo de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres, por lo que en la ejecución de sus políticas y acciones se luchará contra la discriminación entre sexos (artículos 8 y 10 del TFUE). Ahora bien, en la misma línea, el artículo 45.2 de este Tratado impone que: «La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo», a cuyo efecto el artículo 157.1 del TFUE (antiguo 141 TCE) establece que «...cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor»[21], entendiendo por retribución, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. A este respecto, la igualdad de retribución, sin

fuente directa e inmediata de derechos y obligaciones para los afectados, ya sean los Estados o los particulares partes en relaciones jurídicas nacidas del derecho comunitario y vincular al juez que ha de proteger los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.

19 Monereo Pérez, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

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

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

discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; y que b) la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo (artículo 157.2 del TFUE). Por su parte, la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, establece en su artículo 16 que debe «garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres» y «desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres»[22]. A tal fin, conviene intensificar, «donde quiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la ecuación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional» y «desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares».

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/2010) (en adelante, CDFUE), entronca en esa tradición en la cultura de los derechos sociales fundamentales al garantizar explícitamente el derecho del trabajador a condiciones de trabajo justas y equitativas (que incluye las *condiciones salariales*). En efecto, con arreglo al art. 31 CDFUE se garantiza el derecho a unas «Condiciones de trabajo justas y equitativas».

En el marco del espacio geopolítico de la Unión Europea, la Carta comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores (9 de diciembre de 1989) —que es un importante instrumento político jurídico comunitario, pero sin rango normativo—, en el Título 1 («Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores») se proclaman los derechos relativos al Empleo y *Remuneración*.

Además, este derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo debe permitir que esas condiciones se garanticen para toda persona trabajadora, muy especialmente evitando toda discriminación razón de género (aunque también impidiendo cualquier otro tipo de discriminación)[23]. En este sentido conviene anotar igualmente, dada su vinculación jurídico-sistemática en los textos fundamentales en la materia, las siguientes disposiciones (y, lógicamente, sin ánimo de exhaustividad):

- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007/2010), garantiza ex art. 23 el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres.

---

22 Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: «Derecho a una remuneración equitativa (artículo 4)», en AA.VV.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (dirs y coords), Granada, Comares, 2017, pp. 465-508.

23 Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: «Derecho a una remuneración equitativa (artículo 4)», en AA.VV.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (dirs y coords), Granada, Comares, 2017, pp. 465-508.

- La Carta comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores (9 de diciembre de 1989), proclama en el Título 1 el derecho a la «Igualdad de trato entre hombres y mujeres».

(Y lo mismo cabe decir de la Carta Social Europea revisada de 1996, art. 20, relativo al «Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo»; y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 14).

Así se hace visible que este conjunto normativo —heterogéneo, pero finalísticamente o teológicamente orientado— se sitúa en la lógica propia del «*garantismo jurídico*» (expresado en términos constitucionales como constitucionalismo democrático-social) y en relación a él, se imponen a los Estados llevar adelante políticas activas en materia de garantía efectiva de los derechos sociales de la ciudadanía vinculados al trabajo subordinado o asalariado, los cuales están históricamente anudados a la forma política del Estado Social de Derecho. A esta forma de Estado le es inherente la concepción de los derechos sociales como derechos de desmercantilización relativa del trabajo subordinado. Esta vinculación entre ciudadanía y derechos sociales de desmercantilización forma parte de la intrahistoria político jurídica del Derecho Social del Trabajo como componente necesario del constitucionalismo social[24].

Es evidente que sus referentes en la Normativa Internacional (Convenios OIT sobre condiciones de trabajo) y Regional Europea (Directivas europeas sobre condiciones de trabajo) son mucho más amplios, e igualmente directos, como se indicará a continuación.

Reténgase que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, de las Nacionales Unidas, hace referencia explícita a que «toda persona, en cuanto miembro de la sociedad… tiene la facultad de obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para su dignidad y el libre desenvolvimiento de su personalidad»; y también a las «condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo», y a un «*salario igual por un trabajo igual*» y a que «todo el que trabaje tiene derecho a *una remuneración equitativa y satisfactoria* que le asegure, tanto a él como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana» (art. 23, apartados 1, 2 y 3). De ahí surge una imagen del hombre como persona en su doble dimensión individual y social, que obliga a que la persona que trabaja vea respetada en todo momento su dignidad humana y sus derechos invio-

24 Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: «Derecho a una remuneración equitativa, justa y satisfactoria (incluido el Derecho a la igualdad salarial), (Art. 23, apartado 2 y 3 DUDH; Art. 7. a.i y 7.c PIDESC)», en AA.VV.: *El sistema universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (dirs y coords)., Granada, Comares, 2014, pp. 829-867.

lables, y que, asimismo, debe ser puesto en condiciones de tener igualdad de oportunidades para ejercer efectivamente las libertades y derechos constitucionalmente garantizados[25]. La equidad comporta que todo trabajador recibirá el mismo trato y consideración en situaciones de trabajo similares. La equidad en este contexto tiene que relacionarse con el valor de justicia al cual alude expresamente la norma; una justicia no sólo procedimental, sino también en su dimensión material, es decir, que no puede ser totalmente independiente de toda referencia al bien, en virtud de la naturaleza del problema presentado por la idea de distribución justa, lo que implica tener en consideración la heterogeneidad real de los bienes a distribuir.

La preocupación de la OIT por las diferencias salariales entre hombres y mujeres en los Estados de la Unión Europea le ha llevado a publicar, a fecha de 5 de marzo de 2024, un informe acerca de la Reunión de expertos sobre políticas salariales en donde el Consejo de Administración insta a que se adopten dos líneas de actuación, de un lado, establecer unas políticas que caminen en pro a una dignificación del salario[26] y, de otro, se marquen nue-

25 Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: «Trabajo decente y retribución del trabajo», en AA.VV.: *El trabajo decente*, Monereo Pérez, J.L.; Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, Á.L. (dirs) y López Insua, B.M. (coord), Granada, Comares. Colección Trabajo y Seguridad Social n.º111, 2018, pp. 171-218.

26 Indica la OIT lo siguiente:
5. «De conformidad con la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, y en armonía con el espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la OIT denota que el concepto de salario vital es: a) el nivel salarial necesario para proporcionar un nivel de vida digno a los trabajadores y sus familias, teniendo en cuenta las circunstancias del país, y calculado como contraprestación por el trabajo efectuado durante las horas normales de trabajo, b) calculado con arreglo a los principios de la OIT relativos a la estimación de los salarios vitales, como se expone más adelante, y c) que ha de alcanzarse mediante el proceso de fijación de salarios, de acuerdo con los principios de la OIT relativos a la fijación de salarios.
6. Por «horas normales» de trabajo se entiende el tiempo en que el trabajador está a disposición del empleador durante la jornada laboral prevista en la legislación y la práctica nacional. Esta definición excluye las horas extraordinarias.
7. El concepto de salario vital está en consonancia con el espíritu del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el Pacto) en el que los Estados Partes «reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor sin distinciones de ninguna especie; en particular debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto»; y también con el artículo 23.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce «el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure [al trabajador], así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana». El Pacto y la Declaración Universal de Derechos Humanos son instrumentos de derechos humanos internacionalmente reconocidos. Según lo dispuesto en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y

vas líneas de actuación para asegurar una verdadera igualdad efectiva entre sexos.

A este respecto, la OIT en su informe destaca que para la fijación de unas políticas salariales que sigan los principios de la Organización Internacional del Trabajo deberán seguirse las siguientes líneas de actuación: a) Promocionar la negociación colectiva y el diálogo social tripartito[27]; b) deben tenerse en cuenta las necesidades de los trabajadores y sus familias, así como el impacto de las medidas económicas de cada país; c) habrá de garantizarse la igualdad de género y no discriminación; d) utilizarse la información, así como unas estadísticas sólidas para favorecer la aplicación de un enfoque basado en los datos y, finalmente, e) se habrán de tener en cuenta las circunstancias nacionales y las causas fundamentales de los bajos salarios.

En lo que respecta al Derecho derivado el crecimiento que se ha experimentado en materia retributiva ha sido notable, siendo a día de hoy dos las Directivas más destacadas en esta materia, de un lado, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)[28] y, de otro, la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para garantizar los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación[29].

El hecho de que estadísticamente todavía los salarios de las mujeres sean inferiores a la de los hombres constituye un punto de partida ineludible, que pone de relieve la importante brecha salarial existente. La eliminación de la

---

la Política Social (Declaración sobre las Empresas Multinacionales), los Estados tienen la obligación de proteger los derechos humanos; y todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propiedad y estructura deben respetar los derechos humanos en todas sus operaciones».

27 Sobre este punto realiza un análisis exhaustivo la profesora Henar Álvarez Cuesta en: Álvarez Cuesta, H.: «La lucha contra las discriminaciones múltiples en la negociación colectiva: Una responsabilidad social aún no afrontada», en AA.VV., Rodríguez Escanciano, S y Martínez Barroso, M. R (Dirs)., álvarez Cuesta, H.: *La igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y las acciones de responsabilidad social*, Portugal, Juruá Editorial, 2019, pp. 175-199.

28 En esta directiva se recogen las principales disposiciones en materia salarial de la ya derogada Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

29 Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: «Derecho a una remuneración equitativa, justa y satisfactoria (incluido el Derecho a la igualdad salarial), (Art. 23, apartado 2 y 3 DUDH; Art. 7. a.i y 7.c PIDESC)», en AA.VV.: *El sistema universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (dirs y coords)., Granada, Comares, 2014, pp. 829-867.

discriminación por razón de sexo en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, supone hoy día un objetivo clave para las instituciones europeas y los interlocutores que trae su causa en: las discriminaciones retributivas directas o indirectas (pago de distinta retribución por la prestación de un trabajo de igual valor), la segmentación horizontal en el mercado de trabajo y la minusvaloración de los trabajos realizados primordial y tradicionalmente por mujeres (sectores feminizados), la alta segmentación vertical y problemas vinculados a roles tradicionales de asunción de responsabilidades familiares y conciliación de vida familiar y laboral (que determina un altísimo porcentaje de parcialidad de jornada en el empleo femenino)[30]. A este respecto, el Parlamento Europeo ha recordado recientemente que: «... los Estados miembros han adaptado sus legislaciones nacionales al Derecho de la UE; señala que la mera incorporación correcta de las cláusulas de la Directiva refundida al Derecho nacional ha demostrado ser insuficiente para lograr la aplicación plena y la ejecución efectiva de dichas cláusulas y que las diferencias de retribución salarial entre hombres y mujeres siguen persistiendo...»[31], lo cual se debe a que pese a la amplia normativa de la UE los avances en el cumplimiento del principio de igualdad de trato son lentos, de ahí que no se haya alcanzado una igualdad de género *de facto*, tal y como ponen de manifiesto los informes anuales sobre «Igualdad entre hombres y mujeres» aprobados por la Comisión Europea[32]. Por esa razón, el Parlamento Europeo reitera que es necesario que «... existan definiciones claras armonizadas para facilitar la comparación a escala de la UE de términos como brecha retributiva entre mujeres y hombres, brecha pensional entre hombres y mujeres, remuneración, discriminación retributiva directa e indirecta, trabajo «equiparado» y trabajo de igual valor; considera que, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el valor del trabajo debe evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como requisitos educativos, profesionales y de formación, las cualificaciones, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de las tareas en cuestión; señala que, debido a los distintos tipos de contratos de trabajo existentes, tanto estatutarios como contractuales, el cálculo actual de la brecha retributiva entre mujeres y hombres puede generar una imagen distor-

30 Ver el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE, emitido el 6 de diciembre de 2013. En esta línea, López Balaguer, M.: «El principio de igualdad en materia retributiva», en AA.VV.: *La transposición del principio andiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español,* Ballester Pastor,M.A. (coord), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pp.104-105.

31 Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (2014/2160(INI)).

32 Informe del Parlamento Europeo sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152(INI)). De igual modo, véase la Estrategia de la Comisión Europea para la igualdad de género 2016-2019.

sionada del problema de la igualdad de retribución; pide a la Comisión que analice estas posibles distorsiones y que proponga soluciones adecuadas, incluida la introducción de auditorías salariales obligatorias para las sociedades cotizadas de los Estados miembros de la UE, excepto las pequeñas y medianas empresas (PYMEs), y la posibilidad de aplicar sanciones en casos de incumplimiento...»[33].

El último avance europeo en pro a una igualdad y una transparencia retributiva ha venido de la mano de la Estrategia para la Igualdad de Género 2015-2020 de la Comisión Europea. Esta estrategia ha tenido como resultado la aprobación de la Directiva 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad en la retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor y, todo ello, a través de medidas de transparencia retributiva, así como de una serie de mecanismos para asegurar su cumplimiento.

Esta Directiva generará un enorme impacto, al momento de su transposición a los distintos ordenamientos europeos[34], pues obligará a las empresas de la Unión Europea a compartir información sobre las remuneraciones de las mujeres y hombres por trabajos de igual valor en su organización.

Algunas de las innovaciones más significativas que introducirá en el ordenamiento jurídico español (así como en el resto de países europeos) la transposición de esta Directiva 2023/970 son las que se enumeran a continuación:

Primero, se producirá una extensión del ámbito subjetivo de aplicación a los solicitantes de empleo durante el proceso de selección y no sólo a las personas trabajadoras ya contratadas por la empresa. En este punto, el Real Decreto 901/2020, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, ya había previsto la posibilidad de limitar las obligaciones empresariales a efectuar un análisis del proceso de selección, siempre desde una perspectiva de género, durante la realización del diagnóstico de situación previo a la elaboración del plan. Ahora bien, la Directiva 2023/970 va más allá, pues prevé que los solicitantes de empleo tengan el derecho a recibir información sobre la retribución inicial o la banda retributiva inicial de la posición a la que optan, así como sobre el convenio colectivo aplicado por la empresa. Por el contrario, prohíbe a las empresas que puedan hacer preguntas sobre el historial retributivo del candidato, una práctica que ya venía efectuándose con habitualidad en España. Asimismo, los empleados deben garantizar que los anuncios de las vacantes de trabajo sean neutros con respecto al género,

33 Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de octubre de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (2014/2160(INI)).

34 La fecha límite prevista está fijada el 7 de junio de 2026.

algo que venía llevándose a cabo en España tras la progresiva implantación de los planes de igualdad.

Segundo, se prevén obligaciones de divulgación e información. En concreto, el artículo 9, en su apartado 7, de la Directiva 2023/970 prevé la posibilidad de que la brecha retributiva se difunda a través de la web de la empresa o en cualquier otro medio de difusión, de forma que todo interesado pueda acceder a esta información. Es más, las empresas a partir de 100 trabajadores deberán disponer de los indicadores sobre la brecha retributiva previstos al efecto, obligación que ya previa la nación española tras la publicación del Real Decreto 902/2020 sobre planes de igualdad.

Tercero, se produce un cambio en los umbrales de justificación de la brecha salarial. En particular, cuando la diferencia salarial entre hombres y mujeres oscile en torno al 5 % la empresa habrá de justificar dicha diferencia. Éste sí constituye un dato relevante que hará modificar la actual normativa española, pues recordemos que esa obligación únicamente se produce cuando las diferencias salariales entre hombres y mujeres sean, al menos, de un 25 %.

Cuarto, previsión de consecuencias por los incumplimientos y plazos de prescripción. El artículo 16 de la Directiva 2023/970 obligará a que se prevean indemnizaciones compensatorias y con efecto disuasorio por los perjuicios que hayan podido sufrir los trabajadores por el incumplimiento del principio de igualdad retributiva, estableciéndose expresamente que dichas indemnizaciones no podrán toparse ni consistir en cuantías tasadas. Nuestro ordenamiento ya prevé la posibilidad de indemnización por daño moral y por los daños y perjuicios adicionales causados por el incumplimiento del principio de igualdad y no discriminación (artículo 10 LO 3/2007 de igualdad y el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), sin embargo, la novedad estaría en que la práctica procesal extendida de utilizar como baremo de esos daños las sanciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, podría no adaptarse a esta exigencia. Una práctica que venía siendo ya matizada por algunos pronunciamientos judiciales (entre otros, la sentencia del Tribunal Supremo 214/2022 de 9 de marzo) más próximos conceptualmente a las previsiones de la Directiva.

Respecto a los plazos, el artículo 21 ampliará el plazo de prescripción, que no podrá ser inferior a tres años, para los supuestos de discriminación por diferencias retributivas. En consecuencia, será necesario modificar el plazo genérico de prescripción de un año establecido en nuestra legislación (artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores). Asimismo, se indica que la prescripción deberá poder interrumpirse con la primera reclamación del demandante al empleador, ya sea judicial o extrajudicial, como viene ocurriendo en derecho español.

Quinto, se pretende otorgar mayor protagonismo a los interlocutores sociales. Y es que, el artículo 33 de la Directiva de 2023 deja abierta la posibilidad de que sean los interlocutores sociales los que decidan acerca de la

aplicación de esta Directiva, sobre todo, en lo referido a las herramientas o metodología que miden el valor del trabajo en los términos de la Directiva y en lo referente a las posibles multas o sanciones pecuniarias.

3.- Controversias y vaivenes en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la prohibición de discriminación por razones retributivas como eje vertebral

El Tribunal de Justicia de la UE ha desempeñado un papel relevante en materia de igualdad de trato, siendo así su doctrina modelo para la promoción en la equiparación salarial por condiciones de género en todo el ámbito comunitario. Sin que quepa entrar a analizar a fondo en si las diversas legislaciones nacionales cumplen o no satisfactoriamente con las exigencias europeas, lo que sí está claro es que confluyen aquí una serie de puntos que hacen muy difícil vislumbrar las distintas formas de discriminación por razones retributivas y ante un trabajo igual o de igual valor.

Actualmente muchos comportamientos discriminatorios se esconden bajo una aparente legitimidad que no es tal y que tiene como resultado un daño, basado o no en una justificación objetiva. A este respecto, ya el punto de inflexión lo constituye la reiterada sentencia *Defrenne II*, que intentaba diferenciar, aunque a través de parámetros no del todo coincidentes con los actuales, ambos tipos de discriminación. En efecto, se dice que «procede establecer una distinción dentro del ámbito de aplicación global del artículo 119, entre, por una parte, las discriminaciones directas y abiertas, que ya cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución referidos en el citado artículo y, por otra parte, las discriminaciones indirectas y encubiertas que solamente pueden identificarse en función de disposiciones de desarrollo más explícitas, de carácter comunitario o nacional»[35].

Con posterioridad, la doctrina judicial expresaría de modo más claro el concepto de discriminación indirecta, saber: «... el principio de igualdad de retribución exige esencialmente que se tenga en cuenta de manera objetiva la naturaleza del trabajo que debe realizarse. Por consiguiente, un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuya un mismo valor debe ser retribuido de la misma manera, ya sea realizado por un hombre o por una mujer. Cuando para la determinación de la retribución se aplique un sistema de clasificación profesional, será necesario que éste utilice, por una parte, criterios que no sean diferentes según que el trabajo sea realizado, por un hombre o por

35 Se reitera esta misma doctrina en la Sentencia Jenkins de 31 de marzo de 1981 (Asunto 96/80).

una mujer, y, por otra parte, que no esté organizado, en su conjunto, de tal manera que conduzca de hecho a una discriminación general de los trabajadores de un sexo con relación a los de otro»[36]. Por tanto, la discriminación será indirecta cuando no exista una justificación objetiva del resultado obtenido (por ejemplo: cuando el empleador diversifique el trabajo, de modo que, feminice o masculinice determinadas categorías profesionales en función del criterio del esfuerzo físico), aunque produzca un daño, consciente o inconsciente[37], para uno de los géneros.

Antes que nada, hay que valorar la pertinencia de la comparación para determinar el tipo de discriminación, debiendo los trabajadores y las trabajadoras implicados encontrarse en una situación equiparable. En este sentido, el asunto *Hlozek* se expresa que «el principio de igualdad de retribución, al igual que el principio general de no discriminación del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores y las trabajadoras a los que se aplica deben encontrarse en una situación idéntica o comparable[38]». A partir de este dato, se entiende que la discriminación será directa cuando el «sexo» sea un factor determinante, único y decisivo para que opere una diferenciación o diferencia de trato. Hay que tener en cuenta que la conducta discriminatoria se califica, en este caso, por el resultado peyorativo para la mujer, quien ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas en la concurrencia hacia una situación comparable a la del varón (a buen ejemplo, cabe citar los supuestos de discriminación que, sobre la base de regímenes retributivos elaborados a partir de sistemas de clasificación profesional, producen diferenciación entre los trabajos realizados por hombres y mujeres, atribuyendo a cada uno de los géneros una retribución diferente). Se trata de una cuestión muy controvertida que debe ser valorada internamente por el órgano judicial competente. Supone implicar, más que tratar igual a los semejantes, tratar distinto a los diferentes. Y es que, como ha declarado el TJUE en la sentencia de 14 de febrero de 1995, una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes: «el principio de igualdad de retribución consagrado en el artículo 119 del Tratado no se opone al pago de una asignación a tanto alzado reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales

36 Sentencia de 1 de julio de 1986 en el Asunto C-237/85, *Rummler* (TJCE 1986/107).

37 Serrano García, M.ª J.: «El derecho a la igualdad retributiva por razón de género»...op. cit., pp. 151-152.

38 Véanse las sentencias de 9 de noviembre de 1993, Roberts, denominada «Birds Eye Walls», C-132/92 (TJCE 1993/168), apartado 17; de 13 de febrero de 1996, *Gillespie* y otros, C-342/93 (TJCE 1996/20), apartados 16 a 18; *Abdoulaye* y otros, antes citada, apartado 16, y de 13 de diciembre de 2001, *Mouflin*, C-206/00 (TJCE 2001/356), apartado 28.

que la interrupción del trabajo supone para ellas[39]». Así pues, de manera análoga, en la Sentencia *Barber* de 17 de mayo de 1990 (Asunto C-262/88) (TJCE 1990/158), el tribunal declaró que todas las formas de pensiones profesionales constituyen una retribución a los efectos del artículo 119 [actual artículo 141 del TCE], por lo que es aplicable el principio de igualdad de trato. De este modo, los trabajadores del sexo masculino tienen derecho a disfrutar de sus derechos en materia de pensiones de jubilación o de supervivencia a la misma edad que sus compañeras del sexo femenino.

La comparación entre trabajos de igual valor no resulta una tarea fácil de llevar a cabo o de resolver mediante parámetros generales. Y ello es porque habría que definir ¿qué pautas nos han de servir para equipar trabajos igualmente valiosos? y ¿qué criterios operan como diferenciadores sin que quepa hablar de discriminación por razones de género? No obstante, podrán producirse supuestos en los que no siendo el trabajo de igual valor provoque discriminación[40], debido a que el TJUE no ha sido concluyente en la definición del tercero en comparación[41]. Así por ejemplo, y en cuanto a los elementos diferenciadores, la doctrina judicial ha hecho hincapié en la admisibilidad del esfuerzo físico como criterio de deslinde o diferenciador: «... aunque un criterio determinado, como el del esfuerzo muscular exigido, pueda de hecho favorecer a los trabajadores masculinos, ya que se supone que en general su fuerza física es superior a la de los trabajadores femeninos, es necesario, para examinar su carácter discriminatorio, considerarlo en el conjunto del sistema de clasificación profesional, con respecto a otros criterios que intervienen para la determinación de los niveles de retribución. Un sistema no es necesariamente discriminatorio únicamente por el hecho de que uno de sus criterios se refiera a cualidades que poseen más fácilmente los hombres. Para no ser discriminatorio en su conjunto y responder así a los principios de la Directiva, un sistema de clasificación profesional deberá estar constituido, sin embargo, de tal manera que implique, si la naturaleza de las tareas de que se trata lo permite, empleos a los que se atribuya un mismo valor y respecto de los que se tengan en cuenta otros criterios con relación a los cuales los trabajadores femeninos pueden presentar especiales aptitudes» (Asunto *Rummler* de 1986) (TJCE 1986/107). En otros casos, se ha tenido en cuenta para determinar la existencia de una discriminación por razón de sexo elementos tales como: la feminización del contrato a tiempo

39 Doctrina del asunto *Abdoulaye* (1999) y Asunto C-279/93, *Schumacker.*

40 Ver la Sentencia de 4 de febrero de 1988, asunto 157/86, *Murphy* (TJCE 1988/93).

41 El considerando 9.° de la Directiva 2006/54/CE establece que «de conformidad con la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia... debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajos se encuentran en una situación comparable».

parcial[42], la antigüedad en el empleo[43] —más propia de los hombres que de las mujeres[44]—, el disfrute de contratos temporales, etcétera. Sea cual sea el caso de discriminación, directa o indirecta, la doctrina judicial de la Corte de Luxemburgo atribuye la carga de la prueba al empresario[45], quien deberá acreditar el carácter neutro del sistema retributivo aplicado[46].

Otro concepto no exento de polémica es el concerniente al «concepto de retribución». En principio, en el ámbito de la igualdad retributiva por razón de género, entra cualquier abono, en dinero o en especie, actual o futuro, que sea realizado por el empresario (directa o indirectamente) al trabajador[47], aun cuando la relación laboral se hubiera extinguido. Resulta indiferente la naturaleza jurídica de la concesión, el motivo de la misma y de si su base se encuentra en una decisión unilateral del empresario, un acuerdo colectivo, acuerdo individual, disposición legislativa o judicial[48]. En particular, la jurisprudencia comunitaria aplica el principio de igualdad de trato a las siguientes partidas: salario base, pago de horas extraordinarias[49] y a las gratificaciones vinculadas a factores de política de recursos humanos[50] (Asuntos Lewen y Krüger, ambos del año 1999). Y, como complementos salariales, se incluyen: la nocturnidad, el resultado obtenido (Asunto Dansk Industrial, sentencia del

---

42 Ver las sentencias de 13 de mayo de 1986, en el asunto 170/84, *Bilka- Kaufhaus* (TJCE 1986/83)*;* la sentencia de 17 de junio de 1998, asunto C-243/95, *Hill y Stapleton* (TJCE 1998/142) y, en cuanto a la retribución de las horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial, la sentencia de 6 de diciembre de 2007, asunto C-300/06, *Voß* (TJCE 2007/347).

43 Sentencia de 17 de octubre de 1989, asunto 109/88, *Danfoss* (TJCE 1990/41).

44 Ver Sentencia de 9 de febrero de 1999, asunto C-167/97, *Seymour Smith y Laura Pérez* (TJCE 1999/21).

45 En este sentido, la sentencia del asunto *Danfoss* se expresa como sigue: «cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos».

46 Cabeza Pereiro, J.: «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistemática». *Op.cit.,* pp. 91-93.

47 STJCEC-80/70, de 25 de mayo de 1971, Asunto Defrenne I; C-192/85, de 3 de diciembre de 1987 en el asunto Newstead (TJCE 1988/47); C-152/91, de 22 de diciembre de 1993 (Asunto Neath) (TJCE 1993/207); Sentencia de 9 de febrero de 1999, en el Asunto Seymour-Smith y Pérez (C-167/97) (TJCE 1999/21) y sentencia de 23 de octubre de 2003, C-5/02 en el Asunto Schönheit y Becker (TJCE 2003/351).

48 STJCE de 9 de febrero de 1982, Asunto Garland (C-12/81); 21 de octubre de 1999, en el asunto Lewen (C-333/97) (TJCE 1999/244) y 17 de mayo de 1990, en el asunto Barber (C-262/88) (TJCE 1990/158).

49 Sentencia de 6 de diciembre de 2007, asunto C-300/06, *Voß* (TJCE 2007/347).

50 Se refiere, por ejemplo, a gratificaciones voluntarias y revocables otorgadas como incentivos al futuro trabajo o a una prima especial de fin de año.

TJCE de 31 de mayo de 1995 (C-400/93) (TJCE 1995/79) y los méritos profesionales (Asunto Danfoss de 17 de octubre de 1989) (TJCE 1990/41). De igual modo, se adhieren a este concepto de retribución algunas partidas económicas que no poseen naturaleza jurídica de salario, a saber: prestaciones por matrimonio (STJCE de 28 de octubre de 1999, Asunto Comisión contra Grecia (C-187/98) (TJCE 1999/256) e indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo (STJCE de 9 de febrero de 1999, Asunto Seymour-Smith y Laura Pérez (C-167/97) (TJCE 1999/21).

3.1.- Análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, asunto C-624/19 (TJCE 2021/141)[51]

3.1.1.- Hechos conflictivos y cuestiones prejudiciales

Tesco Stores constituye una empresa minorista que vende sus productos en línea y que está situada en el Reino Unido. Estas tiendas, de tamaño variable, cuentan en total con unos 250.000 trabajadores que hacen diferentes tipos de trabajos. Esa sociedad también cuenta con una red de distribución formada por aproximadamente 11.000 empleados, que hacen distintos tipos de trabajos. Unos 6.000 trabajadores o antiguos trabajadores de Tesco Stores, de ambos sexos, que trabajan o trabajaban en las tiendas de esa sociedad, la demandaron ante el órgano jurisdiccional remitente, el *Watford Employment* Tribunal (Tribunal de lo Social de Watford, Reino Unido), a partir del mes de febrero de 2018, aduciendo que no habían disfrutado de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un trabajo igual, infringiendo la normativa nacional y el artículo 157 del TFUE. Ese órgano jurisdiccional suspendió el procedimiento sobre las demandas presentadas por los trabajadores masculinos, por estimar que su resultado dependía del resultado de las demandas de las partes demandantes en el litigio principal, de sexo femenino.

Las trabajadoras demandantes alegan que su trabajo y el de los trabajadores masculinos empleados por Tesco Stores en los centros de distribución de su red tienen igual valor y que tienen derecho a comparar su trabajo con el de esos trabajadores, aunque dicho trabajo se realice en establecimientos distintos, en virtud del artículo 157 TFUE y de la Ley de Igualdad del Reino Unido de 2010. Con arreglo a estas normas, sus condiciones de trabajo y las de los citados trabajadores son atribuibles a una «fuente única», a saber:

51 Para un conocimiento más exhaustivo ver Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: «Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o de «igual valor», *La Ley Unión Europea*, nº94, 2021.

Tesco Stores. Esta sociedad considera, por su parte, que el artículo 157 TFUE carece de efecto directo en el marco de demandas basadas en un trabajo de igual valor, de modo que las demandantes en el litigio principal no pueden invocarlo ante el órgano jurisdiccional remitente. Además, niega que se la pueda calificar de «fuente única».

Por lo que respecta al artículo 157 TFUE, el órgano jurisdiccional remitente señala que entre los órganos jurisdiccionales británicos existe incertidumbre en cuanto al efecto directo de ese artículo, que está relacionada, en particular, con la distinción que el Tribunal de Justicia había hecho entre las discriminaciones que ya cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo y de igualdad de retribución y las que solamente pueden identificarse en función de disposiciones de desarrollo más explícitas. Pues bien, el *Watford Employment* Tribunal considera que las demandas de que se trata en el litigio principal podrían incluirse en esta segunda categoría, que carece de efecto directo (y todo ello de acuerdo con el apartado 18 de la sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne).

Este es el contexto en que el órgano jurisdiccional remitente se dirigió al Tribunal de Justicia, planteándole dos cuestiones prejudiciales:

> «1) ¿Tiene efecto directo el artículo 157 [TFUE] respecto a las demandas que se fundamentan en que las demandantes realizan un trabajo de igual valor al de los trabajadores con los que se comparan?
>
> 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, ¿es el criterio de la fuente única, en cuanto a la comparabilidad a efectos del artículo 157 TFUE, una cuestión diferente de la cuestión de la igualdad de valor? Y, si lo es, ¿tiene ese criterio efecto directo?».

3.1.2.- La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y resolución del caso

El Tribunal de Justicia señala, en primer lugar, que el artículo 157 TFUE impone, de manera clara y precisa, una obligación de resultado que tiene carácter imperativo tanto en lo que respecta a un «mismo trabajo» como a un «trabajo de igual valor». No obstante, puntualiza que el criterio de «trabajo de igual valor», a diferencia del relativo a un «mismo trabajo», requiere ser precisado por las disposiciones del Derecho nacional o del Derecho de la Unión europea.

Acto seguido, el TJUE se adentra en otra de las cuestiones clave: ¿tiene efecto directo entre particulares la aplicación del artículo 157 del TFUE? Según reiterada jurisprudencia, dicha disposición tiene efectos directos al crear, para los particulares, derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar, en particular en el caso de discriminaciones que tengan su origen directo en disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de que el trabajo se realice en un mismo

establecimiento o servicio, público o privado. El Tribunal de Justicia recuerda que ha precisado que esas discriminaciones se cuentan entre las que pueden comprobarse únicamente con arreglo a los criterios de identidad de trabajo y de igualdad de retribución establecidos en el artículo 119 del Tratado CEE y que, en tal situación, el juez estaba en condiciones de comprobar todos los elementos de hecho que le permitieran apreciar si una trabajadora recibe una retribución inferior a la de un trabajador que realice un mismo trabajo o un trabajo de igual valor[52]. Por consiguiente, cabe entender, contrariamente a lo que alega Tesco Stores, que el efecto directo del artículo 157 TFUE no se limita a las situaciones en las que los trabajadores de distinto sexo comparados efectúen un «mismo trabajo», sino que también se hace extensivo a las situaciones de «trabajo de igual valor». En este contexto, el Tribunal de Justicia precisa que la cuestión de si los trabajadores de que se trata efectúan el «mismo trabajo» o un «trabajo de igual valor» depende de una apreciación fáctica del juez.

Para más inri, el Tribunal de Justicia considera que esta interpretación resulta corroborada por el objetivo perseguido por el artículo 157 TFUE, esto es, la eliminación, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, de toda discriminación por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. A este respecto, el Tribunal de Justicia señala que el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor contemplado en el artículo 157 TFUE forma parte de los fundamentos de la Unión.

Finalmente, el Tribunal de Justicia señala que, cuando las diferencias observadas en las condiciones de retribución de trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor no son imputables a una fuente única, falta una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato, de modo que esa situación no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 157 TFUE. En cambio, cuando tales condiciones de retribución puedan atribuirse a una fuente única, el trabajo y la retribución de estos trabajadores pueden compararse aun cuando estos trabajen en establecimientos distintos. En consecuencia, esta disposición puede invocarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales en un litigio basado en un trabajo de igual valor realizado por trabajadores de distinto sexo que tengan el mismo empresario en establecimientos distintos de ese empresario, siempre que este constituya dicha fuente única.

Por todo ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que: «El artículo 157 TFUE debe interpretarse en el sentido de que tiene efecto directo en litigios entre particulares en los que se invoca la vulneración del principio

52 Véase, a este respecto, las sentencias de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, C-43/75 (TJCE 2007/347) y de 11 de marzo de 1981, *Lloyds Bank*, C-69/80, en relación con el artículo 119 del Tratado CEE, posteriormente artículo 141 CE, tras su modificación, y actualmente artículo 157 TFUE.

de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un «trabajo de igual valor», al que se refiere ese artículo».

4.- Novedades legislativas en España e impacto de las medidas en el terreno judicial

Cabe tener presente Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, por el que se modifica el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores al introducir, en el ordenamiento jurídico español, el concepto de «trabajo de igual valor». De modo que se regula así la obligación del empresario de llevar un registro salarial de su plantilla y el derecho de las personas trabajadoras a acceder al mismo, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, de acuerdo con la Recomendación 2014/124/UE, de la Comisión Europea, 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. Sin embargo, toda esta normativa se ve completada con el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, así como el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, en donde se desarrolla la previsión establecida en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores al establecer la creación de un registro retributivo. En efecto, la aplicación del principio de transparencia retributiva se impone con INDEPENDENCIA del tamaño de la empresa, buscando así establecer un registro en donde incluyan los valores medios correspondientes a los salarios, complementos salariales y percepciones extrasalariales de la platilla, todos ellos desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales, niveles o cualquier otro sistema de clasificación que resulte aplicable.

Así es, el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, en consonancia con la Estrategia europea para la Igualdad de Género 2020, hace gala de los principios ya establecidos, de un lado, el «igualdad retributiva por un trabajo de igual valor» y, de otro, el principio de transparencia retributiva por el que se pretende identificar las diferencias salariales a través de un conjunto de instrumentos de registro, a saber: un registro con información desagregada por sexo, clasificación profesional y tipo de retribución; una auditoría de la empresa que incluya la evaluación de los puestos de trabajo; un plan para corregir las desigualdades y un sistema de valoración de puestos de trabajo que sirva para poder hacer una comparación real entre puestos de igual valor.

Por otro lado, en materia se Seguridad Social se han impulsado en los años 2022 y 2023 diferentes medidas que tienen como objetivo fundamental reforzar la capacidad financiera del sistema de pensiones con vistas a 30 años. Se

parte de tres tipos de actuaciones articuladas: 1) incrementar gradualmente la base máxima de cotización con una relativa subida de la pensión máxima; 2) introducir una cotización de solidaridad de forma gradual y 3) la implantación del Mecanismo de Equidad Intergeneracional.

En el año 2023, la aprobación del Real Decreto-Ley 2/2023[53] viene a modificar el complemento por brecha de género y con ello la Disposición adicional 37 de la Ley General de la Seguridad Social relativa al alcance temporal de las acciones positivas para la reducción de la brecha de género de las pensiones contributivas y siempre que la brecha de género sea igual o superior al 5 %.

De acuerdo con las nuevas reglas, siempre que se mantenga una brecha de género en las pensiones superior al 5 % para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena a las que sea de aplicación la integración de lagunas previstas en el artículo 209.1 de la Ley General de la Seguridad Social, los meses en los que no haya existido obligación de cotizar, desde la cuadragésima novena mensualidad hasta la sexagésima, se integrarán con el 100 % de la base mínima de cotización del Régimen General que corresponda al mes respectivo y, desde la mensualidad sexagésima primera a la octogésima cuarta con el 80 % de esa misma base. Previsión que también se aplica, por aplicación del principio de igualdad, también a los hombres[54].

Finalmente, la doctrina de los tribunales se ha visto afectado por todas estas transformaciones legislativas, así como por las directrices comunitarias. En particular, cabe hacer mención de la importante sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 23 de febrero de 2023, en donde se analiza el tema de un registro retributivo y la protección de datos.

Los hechos controvertidos traen como protagonista a una empresa que se rige por el II Convenio Colectivo de Contact Center firmado antes del año 2019. En consecuencia, al ser anterior a la reforma no se incluyó en instrumento normativa las disposiciones en materia retributiva que regula RD-Ley 6/2019 y que posteriormente se desarrollan por el RD 902/2020.

La empresa consta de 3.291 personas, de las cuales dos terceras partes se encuentran prestando sus servicios en el centro de trabajo de Madrid. Resulta que en el mes de mayo del año 2021 se constituyó la mesa negociadora del segundo Plan de Igualdad. Durante el desarrollo de dichas nego-

53 De medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

54 Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: «Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social: A propósito del cumplimiento legal de los hitos del Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia», Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, número 35, 2023, pp. 13-41.

ciaciones se incluyó el diagnóstico, en el que en determinados puestos no se señaló la retribución media ni la mediana. De igual modo, la empresa tampoco incorporó esa información en el Registro retributivo. Esta falta de previsión fue denunciada en el seno de la Comisión Negociadora por la representación sindical de CGT, alegando para ello la Guía elaborada por la Agencia Española de protección de Datos.

Por su parte, la empresa considera que la inclusión de datos retributivos en aquellas agrupaciones en las que existe una sola persona o existen personas de un único sexo no debe incorporarse la información, por cuanto se vulnera el derecho a la protección de datos.

La opinión de la Audiencia Nacional se sitúa a favor de la representación sindical de CGT al señalar que «la elaboración de un registro retributivo y la auditoria salarial son obligaciones de carácter documental», lo que justifica en una extensa reproducción tanto de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 6/2019, como por los preceptos modificados por el RD 902/2020. Tras esa aclaración, afirma la Audiencia Nacional lo siguiente:

> **«**1. Tanto el registro retributivo como la auditoría retributiva son documentos que tienen por objeto garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo entre los trabajadores de una misma empresa;
>
> 2. Dichos documentos tienen por finalidad específica identificar y en su conjurar la existencia de discriminaciones indirectas por razón de sexo a fin de garantizar que los trabajos de igual valor sean retribuidos con una misma retribución, siendo el objeto de los mismos garantizar el principio de transparencia retributiva, esto es, la identificación de discriminaciones, en su caso, tanto directas como indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo;
>
> 3. la referencia que se contiene en el art. 28 E.T. al trabajo de igual valor es un concepto jurídico indeterminado, que si bien, el RD 902/2.020 en su artículo ofrece pautas para su determinación, deberá ser objeto de identificación en cada caso concreto».
>
> Ello implica lo siguiente (copiando literalmente las palabras de la Sala): «es claro y evidente que la práctica empresarial que se denuncia en la que se mutilan datos respectos de determinados puestos de trabajo por estar solo ocupados por personas de un sexo o por ser identificable la retribución que se percibe conculca la legislación vigente».

Para llegar a esta tajante conclusión indica que la existencia de un puesto de trabajo ocupado únicamente por personas de un sexo debe disociarse del valor del trabajo realizado en él. Por ello, estima que como el concepto de igual valor es un concepto jurídico indeterminado, no puede ser concretado unilateralmente por la empresa, ni un tercero, sino que todos los operadores —también la representación legal de las personas trabajadoras y eventualmente los órganos competentes de la jurisdicción social— deben tener la posibilidad de determinarlo en cada caso.

Finalmente, ante la eventual vulneración que esto pudiera suponer en materia de protección de datos, resuelve la sala sin necesidad de complejas argumentaciones. El art. 6.1.c de Reglamento General de Protección de Datos establece como base válida para el tratamiento de datos que éste sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal. En este caso, entiende la sala que el art. 28.2 ET impone precisamente esta obligación, por lo que, existiendo finalidad legítima (garantizar igualdad de trato) decae el interés individual del titular de los datos.

Ello, no obsta, tal y como señala la Audiencia que, para tratarse de datos personales, sea de aplicación el deber de sigilo sobre los mismos que debe soportar la representación legal de los trabajadores que acceda a los mismos. En consecuencia, la Sala estima la demanda y condena a la empresa a facilitar los datos retributivos de toda la plantilla, sin admitir excepciones por el número de personas a que se refiera la agrupación correspondiente o por la exclusividad de un sexo en ellas.

5.- Conclusiones críticas

Compensar las desigualdades y cerrar la brecha salarial (al igual que ocurre, ciertamente, con tras desigualdades de trabajo) que separa a hombres y mujeres constituye uno de los objetivos primordiales a lograr por Europa. Ciertamente, el principio de transversalidad está siendo aplicado en un sentido más formal que funcional, puesto que a pesar de haberse procedido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales a la transposición formal de las disposiciones de la Directiva 2006/54/CE, lamentablemente, no se ha efectuado conjuntamente un análisis material de los problemas prácticos que plantea la discriminación retributiva. De forma que, los instrumentos complementarios que resultan indispensables para que los mecanismos previstos en la Directiva puedan desplegar toda su virtualidad práctica devengan en inoperantes. De ahí que todavía, en pleno siglo XXI, la garantía efectiva de la libre circulación de trabajadores (que consagra el artículo 45.2 del TFUE) no se haya alcanzado debido a que la brecha salarial que separa a hombres y mujeres es cada vez mayor. En este sentido, cabe valorar muy positivamente la posición adoptada por la Comisión Europea y el Parlamento Europeo en sus últimos informes publicados, al marcar un punto de inflexión hacia esa vertiente funcional del *mainstreaming* de género, entendiendo así que no puede considerarse adecuadamente transpuesta dicha Directiva a los distintos derechos nacionales de los países miembros mientras el legislador y los interlocutores sociales no analicen y den una respuesta jurídica adecuada a los problemas prácticos descritos. Sin embargo, como se puede vislumbrar, la raíz del problema de desigualdad y discriminación retributiva está primero en el ámbito comunitario, pues el empleo de técnicas de «*soft law*» no sirven en absoluto para que se eliminen las divergencias retributivas que tanto se pretenden alcanzar a través del principio de transparencia, en relación con

el de libre circulación de trabajadores. La naturaleza imperativa del principio de igualdad de trato, en sintonía con el principio de transversalidad y el de libre circulación no ha calado suficientemente en el ámbito comunitario, de ahí que se precise urgentemente de una revisión de la normativa laboral antidiscriminatoria que introduzca todos los elementos garantistas exigidos por el Derecho Comunitario (inversión de la carga de la prueba, garantía de indemnidad, conceptos claros de los diversos tipos de discriminación). Se presume de que las diferencias en la tasa de empleo y en la remuneración entre hombres y mujeres han disminuido levemente a lo largo de los últimos años, cuando lo cierto es que dicha situación no se ha debido a la mejora de la situación de las mujeres sino al descenso de la tasa de empleo y de los niveles de remuneración de los hombres durante la crisis económica.

Por otra parte, y en conexión con la problemática retributiva, interesa destacar que el paso de una sociedad patriarcal hacia un modelo más equilibrado de distribución de responsabilidades familiares no parece que haya calado suficientemente en los distintos sistemas jurídicos europeos. Es por ello que las mujeres se encuentren todavía soportando el sistema de doble jornada, la precarización en el empleo, la feminización del trabajo a tiempo parcial, la temporalidad laboral y la asunción absoluta de responsabilidad familiares, lo que al término provoca desigualdades retributivas y consecuencias peyorativas desde el punto de vista de la Seguridad Social (a saber: el acceso a una pensión digna o equiparable a la de los varones). Estos elementos unidos a los de: falta de transparencia salarial y valoración de los puestos de trabajos en las empresas, así como la existencia de cierta inseguridad jurídica y soluciones judiciales contradictorias en torno a situaciones de discriminación equiparables... están abocando a cierta «invisibilidad» en materia de igualdad retributiva. No parece que al legislador comunitario le interese remover todos aquellos obstáculos que invisibilizan la práctica de las situaciones de discriminación retributiva. De ahí las constantes resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La negociación colectiva constituye, el instrumento por excelencia de regulación de las condiciones de trabajo y, en particular, para la garantía de los derechos fundamentales en el seno de la empresa. Precisamente por ello, a través de los convenios colectivos se debería tratar de eliminar toda discriminación por razón de género en el empleo y en las condiciones de trabajo, pues con vistas a hacer efectivo el principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres la ley encomienda a los negociadores que cumplan con una serie de funciones. Pese a la importancia que desempeña la negociación colectiva para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la realidad demuestra como todavía ésta se encuentra aún lejos de alcanzar ese objetivo. A fin de solucionar las trabas existentes, el artículo 9 del Real Decreto 902/2020 introduce un sistema de valoración de los puestos de trabajo, que busca garantizar que las mesas negociadoras de los convenios colectivos responsan al principio de transparencia. Para ello, otorga a

estas la responsabilidad de garantizar que los factores y condiciones de los grupos y niveles profesionales respeten los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, así como el principio de igual retribución para puestos de igual valor.

A pesar de todos los esfuerzos legislativos y jurisprudenciales, la realidad es que la normativa actual no se ajusta a los problemas que presenta la sociedad contemporánea, llegando incluso a promover más desigualdades de las ya existentes. Bien es cierto que, aunque la realidad económica y social ha evolucionado, ésta no podrá instituirse todavía en óbice para los derechos fundamentales comunitarios, adoptando así una postura menos garantista.

Al mismo tiempo, desde el ámbito europeo, el Consejo ha adoptado nuevas normas sobre transparencia retributiva a fecha de 24 de abril de 2023. El resultado ha sido la aprobación de la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

En particular, esta Directiva de la UE tiene por objeto luchar contra la discriminación retributiva y contribuir a eliminar la brecha retributiva de género en el colectivo comunitario. De acuerdo con las nuevas normas, las empresas europeas estarán obligadas a facilitar información sobre los salarios y a tomar medidas si su brecha retributiva de género se sitúa por encima del 5 %. Asimismo, la Directiva incluye disposiciones sobre la indemnización a las víctimas de discriminación retributiva y, sobre sanciones, incluidas multas a los empleadores que infrinjan las normas. La transparencia retributiva puede contribuir a que las trabajadoras hagan valer su derecho a la igualdad salarial entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor, a través de un conjunto de medidas vinculantes.

A pesar de los avances, lo cierto es que todavía subsisten diferencias salariales entre hombres y mujeres. El hecho biológico de la maternidad, el disfrute de permisos parentales y de reducción de jornadas son sólo algunas de las trabas que dificultan la consecución de una efectiva igualdad salarial. Por esta razón en la Reunión de expertos sobre políticas sociales mantenida los días 19 a 23 de febrero de 2024 en Ginebra, la OIT publica un interesante informe en el que destaca dos importantes ideas: 1) El salario es vital para las personas y en todo momento habrá de garantizar una vida digna y 2) el cálculo de esos salarios debe ir en sintonía con los principios de la OIT.

Todos los avances que se puedan recibir en materia salarial habrán de darse por bienvenidos, pero lo realmente importante es que se impliquen las empresas, los trabajadores y los negociadores colectivos. De lo contrario, cualquier medida legislativa se verá desprovista de una verdadera y real aplicación práctica.

6.- Bibliografía

AA.VV., **Rodríguez Escanciano, S.** Y **Martínez Barroso, M. R.** (DIRS)., Álvarez Cuesta, H.: LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES *Y LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD SOCIAL*, Portugal, Juruá Editorial, 2019.

Álvarez Cuesta, H.: «La lucha contra las discriminaciones múltiples en la negociación colectiva: Una responsabilidad social aún no afrontada», en AA.VV., Rodríguez Escanciano, S. Y Martínez Barroso, M. R (DIRS)., Álvarez Cuesta, H.: LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES *Y LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD SOCIAL*, Portugal, Juruá Editorial, 2019.

Cabeza Pereiro, J.: «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistemática», *Revista Lan Harremanak*, n.º 25, 2012.

Casas Baamonde, M.ª E.: «Igualdad de retribución por razón de sexo», *Relaciones Laborales*, n.º 22, Tomo 2, 2002.

García Lombardía, S.: «El papel de la Inspección de trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia», *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015.

García Trascasas, A: «La igualdad en la empresa privada: igualdad retributiva y no discriminación por razón de sexo», en AA.VV.: *Políticas de empleo e igualdad: Especial referencia al* ámbito *universitario*, Sanz Mulas, N. (Coord), Granada, Comares, 2012.

Le Bon, G.*: Psicología de las multitudes*, edición y estudio preliminar «La era de las masas: el pensamiento socio-político de Gustave Le Bon» por José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2012.

López Balaguer, M.: «El principio de igualdad en materia retributiva», en AA.VV.: *La transposición del principio andiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español,* Ballester Pastor,M.A. (coord), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

López Insua, B.M.: «La prohibición de discriminación en la retribución por razón de género ex art. 45.2 del TFUE», en AA.VV.: *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión*, Gorelli Hernández, J (coord)., N.º 59, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2016.

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

Lousada Arochena, J.F.: *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

Monereo Atienza, C.: «La igualdad entre mujeres y hombres en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», AA.VV.: *Investigación y género, inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*, Vázquez Bermúdez, I (coord), Sevilla, Unidad para la Igualdad de la Universidad de Sevilla, 2012.

Monereo Pérez, J.L Y **López Insua, B.M.**: «Derecho a una remuneración equitativa (artículo 4)», en AA.VV.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L (dirs y coords), Comares, 2017.

Monereo Pérez, J.L. Y **López Insua, B.M.**: «Derecho a una remuneración equitativa, justa y satisfactoria (incluido el Derecho a la igualdad salarial), (Art. 23, apartado 2 y 3 DUDH; Art. 7. a.i y 7.c PIDESC)», en AA. VV.: *El sistema universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (dirs y coords)., Granada, Comares, 2014.

Monereo Pérez, J.L. Y **López Insua, B.M.**: **«**Trabajo decente y retribución del trabajo**»**, en AA.VV.: *El trabajo decente*, Monereo Pérez, J.L.; Gorelli Hernández, J. y De Val Tena, Á.L. (dirs) y López Insua, B.M. (coord), Granada, Comares. Colección Trabajo y Seguridad Social n.º 111, 2018.

Monereo Pérez, J.L. Y **López Insua, B.M**.: «Avanzando hacia una efectiva igualdad entre hombres y mujeres: equiparación retributiva para un mismo trabajo o de "igual valor"», *La Ley Unión Europea*, n.º 94, 2021.

Monereo Pérez, J.L. Y **Rodríguez Iniesta, G**.: «Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social: A propósito del cumplimiento legal de los hitos del Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, número 35, 2023.

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

Quesada Segura, R.: «La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de De-

rechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 3, 2007.

Rodríguez Escanciano, S.: «Mujer y empleo: perspectiva de género y políticas activas en la contratación administrativa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, N.º Extra 1, 2019 (Ejemplar dedicado a: Mujer en el futuro del trabajo).

Rodríguez-Piñero, M.: «La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma», *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1989.

Serrano García, M.ª J.: «El derecho a la igualdad retributiva por razón de género» en AA.VV.: *Igualdad de género y relaciones laborales*, Valdés Dal-Ré, F. y Quintanilla Navarro, B. (dirs), Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

CAPÍTULO III

ESTATURA MÍNIMA Y PRESENCIA DE LA MUJER EN LA POLICÍA Y EN LAS FUERZAS ARMADAS

Nora M.ª Martínez Yáñez

Conselleira del Consello Consultivo de Galicia

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Vigo

Sumario: 1.- Introducción; 2.- El sexo como requisito profesional determinante para el acceso a las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; 3.- El requisito de la estatura mínima en las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; 3.1.- La posibilidad de discriminación general por motivos antropométricos; 3.2.- La posibilidad de discriminación indirecta por razón de sexo; 3.3.- El redimensionamiento (que no desaparición) del requisito de estatura mínima tras las últimas modificaciones normativas; 4.- Bibliografía

1.- Introducción

Uno de los resultados naturales del principio de igualdad y no discriminación por razón de género en el acceso al empleo ha de ser la composición equilibrada del mercado de trabajo en cuanto a la proporción de trabajadoras y trabajadores. Grosso modo, podría decirse que la Administración pública refleja en buena medida este ideal, pues estadísticas recientes acreditan que en el conjunto de la Administración estatal, autonómica y local el porcentaje de mujeres es del 58,7 %[1].

1 Boletines Estadísticos del Personal al servicio de las Administraciones Públicas (BEPSAP) con datos actualizados a enero y julio de 2023, https://funcionpublica.digital.gob.es//dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/NoticiaBEPSAPEnero_julio023.pdf.pdf

Con todo, ese dato indudablemente positivo ha de matizarse a través de un análisis más detallado que muestra que también dentro de la Administración Pública se da una notable segregación horizontal, pues la representación femenina no es igual en todos los ámbitos territoriales y, sobre todo, sectoriales; y vertical, en la medida en que el porcentaje de mujeres decrece en los puestos de mayor responsabilidad[2].

Probablemente el ámbito de la Administración pública en el que persiste una mayor infrarrepresentación femenina es el de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, donde el porcentaje de hombres alcanza un 86,72 %, quedándose el de mujeres en un 13,28 %[3]. En las Fuerzas Armadas y en la Guardia Civil el porcentaje es incluso algo menor, pues en diciembre de 2021 en las Fuerzas Armadas había 100.779 funcionarios frente a 15.020 funcionarias, mientras que en el mismo periodo en la Guardia Civil había 70.582 funcionarios y 7.048 funcionarias[4]. En todo caso, las cifras de la presencia femenina en las Fuerzas Armadas en España son semejantes a las del resto de los Estados de la OTAN, cuya media en 2020 era de un 13 % de mujeres frente a un 87 % de hombres[5].

Por su parte, aunque las cifras son un poco más halagüeñas en la Policía Nacional, que en diciembre de 2021 contaba con 58.817 funcionarios y 12.530 funcionarias, no dejan de evidenciar una brecha de género muy acusada[6].

La presencia femenina en las policías autonómicas es similar a la registrada en la Policía Nacional, pues los datos relativos a 2023 muestran que un 18,64 % de los efectivos de la Ertzaintza y un 22,20 % de los efectivos de los Mossos d'Esquadra eran mujeres[7]. En la Policía Local los datos se encuentran en la misma línea[8].

---

2 Destaca esta situación Sáez Lara, C.: «La igualdad entre mujeres y hombres en el empleo público», *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm. Extraordinario, 2019, p. 79, 80.

3 Boletines Estadísticos del Personal al servicio de las Administraciones Públicas (BEPSAP) con datos actualizados a enero y julio de 2023, https://funcionpublica.digital.gob.es//dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/NoticiaBEPSAPEnero_julio023.pdf.pdf

4 Datos extraídos del Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, Julio 2023, disponible en https://funcionpublica.digital.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/BEPSAP_julio2023.pdf.pdf

5 *Summary of the National Reports of NATO Member and Partner Nations to the NATO Committee on Gender Perspective*, 2020, disponible en https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_132342.htm.

6 Datos extraídos del Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, Julio 2023, disponible en https://funcionpublica.digital.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/BEPSAP_julio2023.pdf.pdf

7 III Estudio Mujer y Seguridad, de 28 de febrero 2024, del Observatorio Mujer y Seguridad, Págs. 35 y 36, disponible en https://www.mujeryseguridad.es/2024/02/28/iii-estudio-mujer-y-seguridad/

8 II Estudio Mujer y Seguridad, de 8 de marzo 2023 (2.ª edición), del Observatorio Mujer y Seguridad, pág. 14, disponible en https://www.mujeryseguridad.es/2023/03/06/ii-estudio-mujer-y-seguridad/

Al igual que sucedía en relación con las Fuerzas Armadas, la situación de la mujer en la Policía en España no difiere de la del resto de Europa. Según un estudio de Eurostat, en los cuerpos de Policía de todos los Estados europeos se aprecia un porcentaje de mujeres significativamente inferior al de hombres, de modo que, a pesar de que hay diferencias entre Estados, ninguno de ellos se acerca a la paridad. Así, la media europea en 2022 de mujeres policía era de un 19,6 %[9].

Pues bien, a la vista de los datos expuestos cabe preguntarse por las causas de esta clara infrarrepresentación. No cabe duda de que un elemento determinante de la situación actual ha sido la histórica prohibición legal de acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en condiciones de igualdad con los varones, que en España solo queda solventada en época post-constitucional. De hecho, el ingreso de las mujeres en las unidades operativas de la Policía Nacional se hace posible en 1979[10], debiendo esperar hasta 1988 para su ingreso progresivo en las Fuerzas Armadas y en la Guardia Civil[11]. Pero el hecho de que en aquel momento se eliminasen las prohibiciones que atentaban frontalmente contra el principio constitucional de igualdad y no discriminación por razón de sexo solo permitió la entrada de la mujer a un contexto laboral todavía pensado y diseñado para un prototipo de trabajador de sexo masculino. En consecuencia, la persistencia de estereotipos de género en la organización del trabajo y en las condiciones de trabajo lastraron la incorporación efectiva de la mujer a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad durante los primeros años. Afortunadamente, estas circunstancias han sido progresiva-

9 https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Police,_court_and_prison_personnel_statistics

10 Artículo 1 del Real Decreto 1468/1977, de 17 de junio, por el que se modifican las condiciones de ingreso en el Cuerpo General de Policía.

11 El Real-Decreto-Ley 1/1988, de 22 de febrero, por el que se regula la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas posibilita la incorporación de la mujer a determinados cuerpos y escalas, estableciendo el artículo 4 que «El acceso de la mujer a las pruebas de selección para el ingreso en los Cuerpos y Escalas militares no citados en los artículos anteriores, se efectuará una vez realizadas las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura en las Fuerzas Armadas. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Defensa, determinará el orden progresivo de acceso a las mismas», por lo que el ingreso en condiciones de igualdad no es aún total. Sin embargo, cuatro años después se da una ampliación significativa de los puestos de trabajo a los que pueden acceder las mujeres a través del Real Decreto 984/1992, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas. El proceso se ve culminado con la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. Solo a partir de ese momento ningún destino queda vedado a las mujeres. Sobre todo ello, véase Espuny Tomás, M. J.: «Mujer y ejército (1939-1988)», en AA.VV.: *La integración de la mujer en las Fuerzas Armadas: reflexiones históricas y realidades jurídicas para un debate necesario*, Barcelona (Bosch) 2010, pp. 23-60 y De la Fuente Fernández, J.: *El Camino Hacia la Igualdad Entre Mujeres y Hombres: Especial Referencia a Las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de España*, Madrid (Dykinson) 2021, pp. 31 y 36 y ss.

mente corregidas, a través de sucesivas reformas que han tratado de evitar planteamientos y enfoques sexistas en la gestión del personal que integra la Policía y las Fuerzas Armadas[12].

La necesidad de seguir impulsando la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado llegó incluso a plasmarse en los artículos 65 a 68 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres —en adelante LOI—, en los que se insta a la promoción de la igualdad efectiva en tales contextos, especialmente en relación con el acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas, y se declara la aplicación de la normativa de igualdad propia del empleo público en dicho ámbito, con las necesarias adaptaciones, en su caso[13].

Con todo, la escasa participación de la mujer en la Policía y en las Fuerzas Armadas, tras los considerables esfuerzos realizados a favor de su plena integración, solo puede explicarse por la persistencia de una visión estereotipada que asocia este tipo de trabajo con rasgos tradicionalmente masculinos, como la acometividad o la fuerza física. En este sentido, es significativo que el sector de las Fuerzas Armadas en el que hay un menor desequilibrio entre mujeres y hombres sea el de los cuerpos comunes —integrado por el cuerpo Jurídico Militar, el de Intervención, el de Sanidad y el de Músicas Militares—, en los que no se llevan a cabo en sentido estricto funciones de defensa o de combate. En estos cuatro cuerpos el porcentaje de mujeres asciende hasta un 38 %[14].

Teniendo en cuenta, pues, la subsistencia implícita de estereotipos de género, procede abordar el estudio de una serie de factores que no han favorecido la presencia de la mujer en la Policía y en las Fuerzas Armadas, rela-

---

12 Véase a este respecto De la Fuente Fernández, J.: *El Camino Hacia la Igualdad Entre Mujeres y Hombres: Especial Referencia a Las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de España*, cit., pp. 75 y ss. y Gala Durán, C.: «Las medidas de conciliación de la vida profesional y familiar en el ámbito militar: perspectiva laboral y de protección social», en AA.VV.: *La integración de la mujer en las Fuerzas Armadas: reflexiones históricas y realidades jurídicas para un debate necesario*, Barcelona (Bosch) 2010, pp. 139-184 y de la misma autora, «Responsabilidad social y políticas de igualdad entre hombres y mujeres (en especial el caso de las Fuerzas Armadas)», en AA.VV.: *La acción social en las Fuerzas Armadas: un compromiso global*, Barcelona (Bosch) 2011, pp. 177-198.

13 Tras la publicación de estos preceptos la normativa de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ha incorporado disposiciones similares. Así, por ejemplo, el artículo 3.3 de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, dispone que «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, como principio informador del ordenamiento jurídico, se observará en la interpretación y aplicación de las normas que regulan el acceso, la formación, la promoción profesional y las condiciones de trabajo de los Policías Nacionales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres».

14 *Informe anual de datos sobre personal en el Ministerio de Defensa–2023*, disponible en https://www.defensa.gob.es/ministerio/organigrama/subdef/omi/

cionados con la condición física y antropométrica requerida a los aspirantes en los procesos selectivos para el acceso, la especialización o la promoción profesional a determinados destinos.

No cabe duda de que las funciones asignadas a buena parte de los efectivos de la Policía y de las Fuerzas Armadas han de ser desenvueltas en situaciones de conflicto y en condiciones de alto riesgo. Por ello no solo resulta razonable, sino imprescindible, la exigencia de un estado físico óptimo que permita a los individuos el correcto desarrollo de tales funciones, esenciales para la salvaguarda de la seguridad de la ciudadanía y de la seguridad nacional, así como su propia autoprotección en su desempeño.

En las fases se acceso al empleo y/o promoción profesional, la comprobación de la condición física y las destrezas requeridas se lleva a cabo mediante un examen médico, en el que se verifica si concurre alguna de las causas de exclusión regulada en los cuadros médicos aplicables, y mediante la realización de pruebas físicas que acrediten el grado de fuerza, potencia, resistencia, rapidez del candidato, entre otras aptitudes. Hay que subrayar que en los cuadros médicos se incluyen con cierta frecuencia requisitos antropométricos que dependen en mayor o menor medida de la configuración genética de la persona, como son la estatura —mínima y máxima—, el peso —mínimo y máximo—, el índice de masa corporal, entre otros, así como la edad —mínima y máxima—. La falta de alguno de estos requisitos comporta la exclusión del proceso selectivo.

La relevancia de la condición física para el acceso a estos ámbitos fuertemente masculinizados ha dificultado la plena integración de la mujer en ellos. La ciencia médica ha analizado y expuesto las diferencias fisiológicas que existen entre mujeres y hombres respecto de su capacidad física, sobre todo en cuanto a fuerza y potencia muscular, así como sus diferencias antropométricas. Aunque ello no incapacita a la mujer para realizar funciones en situaciones de conflicto o de combate, el diseño de unas condiciones de acceso físicas y antropométricas que atiendan al rendimiento óptimo que pueden alcanzar los hombres comportaría la exclusión de la mayor parte —o de la totalidad— de las mujeres[15].

Para salvar esta dificultad con frecuencia los requerimientos antropométricos son diferentes para hombres y mujeres y lo mismo sucede con las pruebas físicas y/o con su baremación. Pero esta diferenciación en función del sexo no siempre basta para garantizar la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo o a la promoción profesional, como se verá a lo largo de este trabajo. Además, en determinados supuestos, sobre todo cuando se

15 NINDL, B. C. y otros: «Operational Physical Performance and Fitness in Military Women: Physiological, Musculoskeletal Injury, and Optimized Physical Training Considerations for Successfully Integrating Women Into Combat-Centric Military Occupations», *Military Medicine*, Volume 181, Issue 1, 2016, pp. 50–62. Disponible en https://academic.oup.com/milmed/article/181/suppl_1/50/4209407?login=false.

trata de acceder a unidades muy especializadas, de élite o de combate, los requisitos y pruebas son idénticos para ambos sexos. Aunque esta práctica no puede calificarse de forma automática como discriminatoria, resulta muy preocupante el hecho de que la presencia real de las mujeres en dichas unidades especializadas sea mínima o incluso nula[16].

A la vista de todo lo dicho, cabe concluir que el diseño de las pruebas físicas y de los requisitos antropométricos de acceso o promoción profesional en la Policía y en las Fuerzas Armadas debe partir de un conocimiento técnico muy especializado de las diferencias fisiológicas y antropométricas entre mujeres y hombres, así como de los requisitos físicos estrictamente necesarios para afrontar situaciones de conflicto o combate, como base para evitar introducir en las convocatorias exigencias injustificadas con efectos discriminatorios sobre las mujeres.

Pero, además, habrá que tener presente el impacto que los desarrollos tecnológicos han tenido sobre las situaciones de conflicto o combate en las que opera la Policía y las Fuerzas Armadas, o si se ha producido, y en qué medida, una tecnificación en los medios de trabajo o en el modo de llevar a cabo las funciones, pues todo ello podría aconsejar reducir en cierta medida la relevancia de determinadas condiciones físicas o antropométricas en los procesos selectivos.

Pues bien, a la vista de todo lo anterior, el objeto de este trabajo será examinar de qué manera el Derecho antidiscriminatorio ha contribuido a una mejor integración de la mujer en las Fuerzas Armadas y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bien ofreciendo claves para superar los estereotipos que la consideran inhábil para el combate, bien desvelando las discriminaciones que puede comportar el requisito antropométrico de la estatura mínima. Precisamente, respecto de este último aspecto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en adelante, TJUE— y del Tribunal Supremo —en adelante, TS— han propiciado modificaciones relevantes que, sin embargo, no han conducido a la supresión total del requisito de estatura mínima en los procesos selectivos internos.

2.- El sexo como requisito profesional determinante para el acceso a las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

Como se ha indicado ya, tras la entrada en vigor de la Constitución española, en el Derecho interno se han ido eliminando las restricciones explícitas para el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas o a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de modo que en la actualidad su acceso no está

16 De la Fuente Fernández, J.: *El Camino Hacia la Igualdad Entre Mujeres y Hombres: Especial Referencia a Las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de España*, cit., 116.

vetado en ningún ámbito. En este sentido, la aplicación del artículo 14 de la Constitución ha conducido a un estándar de protección más alto que el garantizado por el Derecho social de la Unión Europea.

En efecto, el artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), establece la prohibición de discriminación, pero añade una salvedad en el párrafo segundo, a tenor del cual «los Estados miembros podrán 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».

Este precepto, que ya se encontraba en la Directiva 76/207/CEE con una redacción más sencilla[17], abre la puerta a que los Estados miembros decidan que determinadas profesiones o puestos de trabajo queden reservados únicamente a uno de los sexos, sin que ello entrañe discriminación, siempre que se cumplan los requisitos enumerados, que recogen la jurisprudencia emanada al respecto por el TJCE. En todo caso, ya desde las primeras sentencias dictadas en relación con esta disposición, el Tribunal de Justicia recuerda que, en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe ser objeto de una interpretación restrictiva[18].

Uno de los ámbitos en los que esta disposición ha sido mayormente invocada es el de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Aunque el TJCE ha dejado claro que las decisiones adoptadas por los Estados miembros en materia de acceso al empleo, formación profesional y condiciones de trabajo en las Fuerzas Armadas con objeto de garantizar la eficacia en combate no están excluidas del ámbito de aplicación del Derecho comunitario[19], lo cierto es que con base en la citada excepción ha admitido que

17 El artículo 2.2 de 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, indicaba que «La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio». Con la modificación en la redacción el legislador europeo incorpora al nuevo texto legal la jurisprudencia del TJCE en esta materia.

18 STJCE de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84, Johnston, apartado 36.

19 SSTJCE de 26 de octubre de 1999, asunto C-273/97, Sirdar, apartado 20, de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, Kreil y de 11 de marzo de 2003, asunto C-186/01, Dory, apartado 35.

los Estados miembros puedan vetar el acceso de las mujeres a determinados cuerpos, generalmente caracterizados por la alta peligrosidad de sus funciones y su estrecha vinculación con la seguridad pública.

Así, por ejemplo, en la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, el TJCE entiende comprendida en la excepción del artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE la decisión de las autoridades de Irlanda del Norte de excluir a las mujeres de las actividades policiales que comportasen la provisión y el uso de armas. Atendiendo a la situación de terrorismo activo de aquel momento en el Ulster, el Tribunal acogió los argumentos de las autoridades irlandesas, no exentos de paternalismo y de una visión estereotípica de los roles atribuidos al sexo femenino, para concluir que «no se puede excluir la posibilidad, a este respecto, de que la tenencia de armas de fuego por mujeres policía pueda crear, en una situación de graves disturbios internos, riesgos suplementarios de atentados contra ellas y pueda, por tanto, ser contraria a las exigencias de la seguridad pública». En definitiva, el TJCE concluye que «un Estado miembro, al apreciar si el sexo constituye una condición determinante para la actividad profesional de policía, en razón de las condiciones de ejercicio de dicha actividad profesional, puede tener en cuenta la exigencia de protección de la seguridad pública para reservar las tareas generales de policía, en una situación interna caracterizada por frecuentes atentados, a hombres equipados con armas de fuego»[20].

En sentido semejante, en la sentencia de 30 de junio de 1988, 318/86, Comisión/Francia, el TJCE acepta que el sexo pueda ser una condición determinante para trabajos como los de los vigilantes penitenciarios, quedando reservados para candidatos del sexo femenino tales puestos en las prisiones de mujeres, y para candidatos del sexo masculino los puestos disponibles en las prisiones de hombres. El aspecto más problemático de esta resolución concierne al sistema de selección de los jefes de cárcel, que no se encargan de la vigilancia directa de los reclusos, sino que llevan a cabo funciones de dirección del centro penitenciario. En la medida en que los jefes de cárcel son seleccionados entre los vigilantes penitenciarios, el sexo se constituye también como una condición determinante para el acceso a estos puestos de trabajo, aunque ya no exista una vinculación directa de este requisito con las funciones a desarrollar. Pues bien, aceptando sin demasiado esfuerzo argumentativo las razones expuestas por el gobierno francés, el TJCE simplemente concluye «que, en tal situación, la excepción prevista por el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva se extiende a las actividades correspondientes al grado superior del cuerpo afectado, incluso si algunas de estas actividades no deben ser necesariamente ejercidas por personas pertenecientes a uno u otro sexo»[21].

20 STJCE de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84, Johnston, apartado 36.

21 Apartado 17.

Por último, en la sentencia de 26 de octubre de 1999, asunto C-273/97, Sirdar, también se considera incluido en la excepción a la prohibición de discriminación un supuesto en el que las funciones específicas del puesto de trabajo no parecen requerir personas de un sexo concreto. En efecto, el litigio que dio lugar a la cuestión prejudicial provenía de la negativa a incorporar a la Sra. Sirdar a los Royal Marines —infantería de Marina del Reino Unido— en un puesto de trabajo de cocinera, exclusivamente a causa de su condición femenina, lo que, a juicio de la demandante, constituía una discriminación por razón de sexo. La razón esgrimida por el gobierno británico era que en un cuerpo con escasos efectivos como los Royal Marines para garantizar la eficacia en combate era precisa la «interoperabilidad», esto es, que cualquier miembro del cuerpo, independientemente de su especialización, fuera capaz de combatir en un comando y, a juicio de las autoridades británicas, «el empleo de mujeres en los Royal Marines no permitiría garantizar esta interoperabilidad»[22]. Como se ha indicado, el Tribunal de Justicia acepta esta argumentación.

El examen de las situaciones relativas a la incorporación de la mujer a la Policía o a las Fuerzas Armadas que el Tribunal de Justicia ha considerado incluidas en la excepción del artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE no muestra precisamente una interpretación restrictiva de sus términos, tal y como se había indicado en la sentencia Johnston. Ello se explica en gran medida por las consideraciones de seguridad pública invocadas por los Estados, pertenecientes al ámbito de su soberanía nacional, y por el consiguiente reconocimiento por parte del TJCE de que las autoridades nacionales disponen de un holgado margen de apreciación para adoptar las medidas que se consideren necesarias en este ámbito[23].

Pese a todo, el TJCE erigió el principio de proporcionalidad como condición necesaria de cualquier medida enmarcada en el artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE. Según el Tribunal, «este principio exige que no se sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio

22 El apartado 30 de la sentencia señala que «de los autos se deduce que, según las comprobaciones realizadas por el órgano jurisdiccional nacional, la organización de los Royal Marines difiere fundamentalmente de la de las demás unidades de las fuerzas armadas británicas, de las que constituyen la «punta de lanza». Se trata de una fuerza de efectivos reducidos y cuyos integrantes están preparados para intervenir en primera línea. Ha quedado acreditado que, en este cuerpo, los cocineros también deben intervenir como soldados de primera línea, que todos los miembros de este cuerpo son contratados y adiestrados para ello y que no existe ninguna excepción a esta regla en el momento del reclutamiento».

23 STJCE de 26 de octubre de 1999, asunto C-273/97, Sirdar, apartado 27.

de la actividad de que se trate»[24]. De hecho, la actual redacción del artículo 14.2 de la Directiva 2006/54/CE ha incorporado esta línea jurisprudencial.

Además, como garantía del carácter proporcionado, adecuado y necesario de las excepciones, el artículo 31.3 de la Directiva 2006/54/CE, de forma semejante al derogado artículo 9.2 de la Directiva 76/207/CEE, dispone que «los Estados miembros procederán a un examen de las actividades profesionales indicadas en el artículo 14, apartado 2, con el fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener las exclusiones de que se trata. Deberán comunicar a la Comisión el resultado de tal examen periódicamente, pero como mínimo cada ocho años». Como es obvio, la revisión y reevaluación periódica de las excepciones al principio de no discriminación supervisadas por la Comisión Europea, hace precisa una ajustada delimitación del ámbito objetivo de la excepción, así como de los motivos que la justifican de conformidad con el principio de proporcionalidad. De hecho, a la luz de este último precepto, el TJCE ha señalado que «las excepciones previstas por el apartado 2 del artículo 2 sólo pueden referirse a actividades específicas, que deben tener cierta transparencia que permita un control eficaz por la Comisión y que, en principio, deben poder adaptarse a la evolución social»[25].

Pues bien, el juego del principio de proporcionalidad, acotado de esta manera, también ha llevado al TJCE a declarar contrarias al Derecho comunitario determinadas prohibiciones del acceso de la mujer a la Policía o a las Fuerzas Armadas. Así sucedió respecto del mantenimiento de sistemas de selección diferenciados en función del sexo para cinco cuerpos de la policía nacional francesa, cuya justificación no logró apoyarse en ningún criterio objetivo[26], o respecto de las disposiciones del Derecho constitucional alemán que preveían la exclusión total de las mujeres de los empleos militares que implicasen el uso de armas, permitiendo únicamente su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar. El Tribunal razonaba a este respecto que «teniendo en cuenta su alcance, tal exclusión, que se aplica casi a la totalidad de los empleos militares de la *Bundeswehr*, no puede considerarse como una excepción justificada por la naturaleza específica de los empleos de que se trata o por las condiciones especiales de su ejercicio (…) Además, habida cuenta de la propia naturaleza de las Fuerzas Armadas, el hecho de que las personas que sirven en ellas puedan tener que utilizar armas no justifica por sí solo que las mujeres queden excluidas del acceso a los empleos militares»[27].

---

24 SSTJCE de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84, Johnston, apartado 38 y de 26 de octubre de 1999, asunto C-273/97, Sirdar, apartado 26.

25 STJCE de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia, 318/86, apartado 25.

26 STJCE de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia, 318/86, apartados 26 a 30.

27 STJCE de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98, Kreil, apartados 27 y 28. La sentencia del TJCE conllevó una reforma de la Ley Fundamental de Bonn para solventar su oposición al Derecho comunitario, como expone CARLÓN RUÍZ, M.: «La paradójica garantía comunitaria

Como conclusión a todo lo expuesto, se puede decir que las sentencias del TJCE sobre el artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE —hoy 14.2 de la Directiva 2006/54/CE— traslucen el juicio implícito, pero unánimemente aceptado por todos los participantes en los procesos, de que, por sus condiciones físicas y psicológicas, las mujeres son menos aptas que los hombres para el desarrollo de funciones defensivas de alto nivel[28]. Teniendo en cuenta que el concepto de igualdad y no discriminación evoluciona en virtud de la conciencia social y que, en el periodo de tiempo transcurrido desde que se dictaron las resoluciones comentadas la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ha experimentado ostensibles avances en todos los Estados miembros de la Unión Europea, es difícil pensar que pronunciamientos como estos pudieran volver a darse en la actualidad. Sin embargo, hay que matizar esta conclusión con dos argumentos.

En primer lugar, la excepción a la prohibición de discriminación basada en el sexo como condición determinante sigue vigente en los mismos términos en el artículo 14.2 de la Directiva 2006/54. Y, en segundo lugar, la presencia de la mujer en las unidades o cuerpos de combate o con funciones especializadas con mayor peligrosidad sigue siendo hoy prácticamente nula, a pesar de que por regla general en los Estados miembros ya no hay exclusiones directas del sexo femenino como las que se han examinado. Ello puede apuntar a la persistencia de obstáculos ocultos que impiden la igualdad material, pese a la garantía de igualdad formal.

3.- El requisito de la estatura mínima en las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

3.1.- La posibilidad de discriminación general por motivos antropométricos

Como ya se ha dicho, el acceso a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado suele exigir la acreditación de ciertas condiciones físicas que garanticen el ejercicio de las funciones de seguridad o

del acceso de las mujeres al ejército alemán (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de enero de 2000, en el asunto Kreil c. República Federal de Alemania)», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, pp. 199-201.

28 Sobre esta cuestión, véase CARLÓN RUÍZ, M., «La paradójica garantía comunitaria del acceso de las mujeres al ejército alemán (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de enero de 2000, en el asunto Kreil c. República Federal de Alemania)», cit., pp. 184 y 185, en especial nota núm. 15.

de defensa que caracterizan a estos institutos. Uno de los elementos que se han considerado indicativos de dicha condición física es la estatura de las personas candidatas. Sin embargo, la exigencia de una estatura mínima ha dado lugar a cierta litigiosidad en la que no solo se ha invocado el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, sino también el principio de igualdad y no discriminación de todos los ciudadanos en el acceso a la función pública. En el presente apartado se examinarán aquellas resoluciones que abordan la cuestión desde esta perspectiva.

A este respecto, resulta especialmente interesante la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2024, Sala 3.ª, rec. 1388/2022, que resuelve un recurso de casación interpuesto por el Sindicato Profesional de Policías Locales y Bomberos contra la Generalidad Valenciana, entendiendo que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en relación sobre la cuestión de «si la fijación de una talla mínima para acceder al puesto de policía constituye una discriminación en el acceso a la función pública de todos los ciudadanos».

La concreta pretensión del sindicato era la declaración de que la fijación de una talla mínima constituye una discriminación en el acceso a la función pública de todos los ciudadanos, cuando no se haya motivado y justificado o bien su necesidad, o bien que con una talla inferior no sea posible realizar las funciones y tareas del puesto al que se aspira. Todo ello en relación con una norma de la Generalidad valenciana que para el acceso a la Policía Local establecía una talla mínima de 165 cm para los hombres y 158 cm para las mujeres. Los preceptos que el sindicato consideraba vulnerados eran los artículos 14 y 23.2 de la Constitución y 55.1 y 56.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público —en adelante, EBEP—.

El Tribunal Supremo da una respuesta extremadamente parca a esta cuestión de interés casacional, renunciando a hacer un riguroso examen de constitucionalidad de la disposición impugnada, pues se limita a declarar «que la exigencia de una estatura mínima para el acceso a los Cuerpos de policía municipal, como para el resto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o para las Fuerzas Armadas, será admisible si se justifica según las funciones y cometidos propios». La falta de precisión sobre las características que ha de reunir tal justificación ha de solventarse mediante el recurso a la jurisprudencia interna e internacional en supuestos similares, que exige la concurrencia de un objetivo legítimo y la adecuación de la medida al principio de proporcionalidad.

Precisamente sobre estas cuestiones resulta altamente ilustrativa la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, TEDH— de 8 noviembre 2022, Caso Moraru contra Rumania. El litigio que dio lugar a esta resolución trae causa de la normativa que determinaba los criterios médicos de admisión en los institutos de enseñanza militar y que incluía requisitos antropométricos aplicables a todos los aspirantes, aunque diferen-

tes para mujeres y hombres. En concreto, se trataba de una altura mínima de 155 cm y un peso mínimo de 47,03 kg para las candidatas, y una altura mínima de 165 cm y un peso mínimo de 55,26 kg para los candidatos. La demandante, de sexo femenino, que deseaba estudiar medicina militar, fue excluida del proceso de selección para poder presentarse a las pruebas de acceso pertinentes debido a que su peso y su estatura no alcanzaban los mínimos legalmente exigidos.

En su demanda ante el TEDH, la afectada alegó que las decisiones de las autoridades nacionales de no permitirle participar en el proceso de admisión para estudiar medicina militar habían constituido una restricción discriminatoria de su derecho a la educación por razón de sus condiciones antropométricas. Consideraba, por tanto, vulnerado el artículo 14 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, que prohíbe toda discriminación, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación, junto con el artículo 2 del Protocolo n.º 1, que señala que a nadie se le puede negar el derecho a la educación.

Concretamente, la demandante impugnó la normativa interna alegando que era injustificable establecer restricciones antropométricas para estudiar medicina militar. En su opinión, no había ninguna correlación entre, por un lado, la estatura y el peso de una persona y, por otro, la fuerza física requerida para ingresar en una academia militar.

El TEDH acepta este enfoque de la cuestión, considerando que la estatura es un rasgo genético que representa una característica o estatus personal que puede entenderse englobado dentro de la referencia general del artículo 14 a «cualquier otra situación». En este caso, la decisión de las autoridades de declarar a la demandante no apta para ser admitida a las pruebas de acceso a los estudios de medicina militar la colocó en una situación de desventaja respecto de aquellas otras candidatas cuya estatura y peso sí entraban dentro de los límites establecidos por la ley.

Ahora bien, recordando la jurisprudencia sobre el artículo 14, el Tribunal advierte que este precepto ofrece protección contra el trato diferente que se dispense a personas que se encuentren en situaciones análogas o similares, siempre que carezca de justificación objetiva y razonable. Y esto sucede cuando tal diferencia no persigue una finalidad legítima o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar. Por consiguiente, el enjuiciamiento del Tribunal se centra en la comprobación de si las razones alegadas por las autoridades para justificar el trato aplicado a la Sra. Moraru eran pertinentes y suficientes, de conformidad con dicha jurisprudencia.

El Gobierno rumano justificó la imposición de una estatura y peso mínimo en la exigencia de interoperabilidad de todos los efectivos —curiosamente,

la misma razón que, como ya se ha visto, el gobierno británico invocó en el asunto Sirdar ante el TJUE para justificar la exclusión directa de las mujeres en la infantería de marina—. Según el gobierno rumano, la restricción en cuestión tenía por objeto garantizar que todo el personal militar estuviera en condiciones de participar en cualquier misión y fueran capaces de portar el equipo militar estándar, cuyo peso aproximado era de 57 kg.

Con un razonamiento semejante al del TJUE en la sentencia Sirdar, el TEDH acepta que el principio de interoperabilidad, directamente vinculado con la seguridad nacional, pueda justificar la imposición de restricciones en el acceso a las profesiones militares. Se trata, pues, de un objetivo legítimo a la luz de la jurisprudencia del artículo 14 del Convenio. Ahora bien, tales restricciones deben superar el test de proporcionalidad. Y a este respecto, el Tribunal no considera probado que, con arreglo al principio de interoperabilidad, un médico militar pudiera ser llamado a realizar misiones que implicaran una fuerza física superior a la que se espera de un médico, ni que las funciones de los médicos militares requiriesen una determinada fuerza física.

Además, tampoco se acreditó que existiera necesariamente un vínculo entre los criterios mínimos de estatura y peso y su supuesta justificación, es decir, la necesidad de determinar la fuerza de cada candidato. El Tribunal señala que no se aportó ningún estudio, investigación o dato estadístico, ni ningún tipo de prueba empírica, que pudiera fundamentar la decisión de requerir dichas condiciones antropométricas para constatar la fuerza de los candidatos.

En consecuencia, al no haberse probado la concurrencia de una justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato establecida en el acceso al derecho a la educación, se considera vulnerado el artículo 14 del Convenio, en relación con el artículo 2 del protocolo n.º 1.

Pero el asunto Moraru no es el único que aporta las claves de qué tipo de justificación podría dar validez a la fijación de una estatura mínima como requisito de acceso a la Policía y las Fuerzas Armadas. Pocos años antes de que se dictase la sentencia Moraru, el Tribunal Supremo examinó un supuesto que presentaba ciertos paralelismos con el caso analizado por el TEDH, pronunciándose en el mismo sentido que éste[29].

En efecto, el litigio giraba en este caso sobre el proceso de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación, para la incorporación como militar de carrera a las Escalas de Suboficiales del Cuerpo General del Ejército del Aire. La demandante, también de sexo femenino, concurrió a las plazas de la especialidad de Control Aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones. El proceso selectivo consistía en una fase de concurso y en otra de oposición, siendo la última prueba el reconocimiento médico.

29 Se trata de la STS de 10 de julio de 2019, Sala 3.ª, rec. 5010/2017. Sobre este pronunciamiento, véase Sánchez-Urán Azaña, Y.: «Acceso al empleo público: ¿constituye discriminación la exigencia de talla mínima para acceder a las fuerzas armadas?», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2019.

El cuadro médico de exclusiones aplicable incluía un requisito de estatura mínima de 160 cm. La demandante, que había superado el resto de las pruebas, fue excluida por no alcanzar la estatura mínima.

La cuestión en la que el auto de admisión apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia fue la de «si la fijación de una talla mínima para acceder al puesto de controlador aéreo constituye una discriminación en el acceso a la función pública de todos los ciudadanos», estando concernidos por tanto los artículos 14, 23.2 y 103.3 CE, en relación con el art. 55.1 del EBEP, y con las normas específicas que regulaban el proceso selectivo. Ya en el auto de admisión, el Tribunal Supremo apuntó las claves de su posterior resolución al subrayar la relevancia de determinar si la exigencia biológica impuesta tiene algún fundamento en relación con las funciones del puesto al que se trata de acceder.

Pues bien, a la luz del parco razonamiento del Abogado del Estado, el Alto Tribunal llega a la conclusión de que no se ha explicado el motivo por el cual las personas que van a dedicarse a la especialidad de Control Aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones necesariamente han de tener al menos la citada estatura. Esta falta de justificación objetiva se agrava por el hecho de que la norma aplicable al proceso selectivo disponía que los candidatos que ya fueran militares de tropa y marinería podrían acceder con una estatura mínima de 155 cm, que era la que en su momento se les exigió para ingresar en las Fuerzas Armadas. A la vista de todo ello, el Tribunal razona que «si se puede ser militar profesional con 155 cm de talla en bipedestación y desempeñar los cometidos propios de la tropa y de la marinería, para los que no es difícil pensar que la constitución física puede ser especialmente importante y esos mismos militares profesionales pueden, con esa talla, ejercer la especialidad de Control aéreo y Sistemas de Información y Telecomunicaciones, no se alcanza a comprender por qué no pueden hacerlo quienes aspiran a ingresar como Suboficiales en esa especialidad». En definitiva, ni se advierte una justificación objetiva para la exigencia de una estatura mínima relacionada con las condiciones personales y con el desempeño de los cometidos correspondientes, ni se manifiestan las razones que llevan a tratar de modo diferente a quienes, sin pertenecer aún a las Fuerzas Armadas, pretenden incorporarse a ellas.

En conclusión, el Tribunal aprecia que la actuación administrativa que está en el origen de este proceso es contraria al artículo 23.2 de la Constitución por erigir una circunstancia personal, la talla o altura, en un requisito injustificado en términos objetivos y de razonabilidad.

3.2.- La posibilidad de discriminación indirecta por razón de sexo

Los pronunciamientos examinados en el apartado anterior examinan la validez de la exigencia de una estatura mínima para el acceso a la Policía y las Fuerzas Armadas bajo el parámetro del principio de igualdad y no discri-

minación. Aunque en dos de las sentencias mencionadas las víctimas de la discriminación eran mujeres, el iter judicial previo al planteamiento de los recursos llevó a las demandantes a plantear el debate jurídico al margen de la no discriminación por razón de sexo, invocando más bien una discriminación por motivos genéticos o antropométricos.

Sin embargo, la exigencia de una estatura mínima también ha resultado polémica por el riesgo de que incida negativamente en el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo entre mujeres y hombres, dando lugar a otros pronunciamientos judiciales que sí han podido abordar la cuestión desde esta perspectiva.

Sin duda, el pronunciamiento pionero en esta materia es la STJUE de 18 de octubre de 2017, asunto C-409/16, Kalliri. El litigio se planteó respecto de una disposición normativa griega que, con carácter general, supeditaba la admisión en la Escuela de Policía al requisito de una estatura mínima de 170 cm. La solicitud de participación en el concurso de acceso de la Sra. Kalliri fue denegada, al ser su estatura de 168 cm, lo que le llevó a considerar que se había vulnerado su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

En esta ocasión, era claro que no podría producirse una discriminación directa, pues, al contrario que las situaciones que se han examinado en el apartado 2 de este trabajo, el sexo de las personas no fue tenido en cuenta en modo alguno para el acceso a la escuela de Policía, ni el requisito de la estatura está asociado a un sexo en concreto[30]. Por ello, tanto el órgano judicial remitente, como el TJUE examinan la compatibilidad de la disposición impugnada con el Derecho de la Unión Europea bajo la consideración de si la norma entraña una discriminación indirecta.

Así pues, con base en el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE[31], el razonamiento del TJUE se estructura en dos fases consecutivas: en primer lugar, es preciso verificar si el requisito de una estatura mínima de 170 cm, a pesar de su naturaleza aparentemente neutra, con carácter general sitúa a las mujeres en una situación de desventaja frente a los hombres y, en segundo lugar, de haber obtenido una respuesta positiva a esta cuestión, procede comprobar si este criterio puede contar con una justificación suficiente para considerar que no causa una discriminación prohibida.

30 Areta Martínez, M.: «Discriminación directa», en AA.VV., *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, Madrid (BOE) 2018, pp. 73, 174.

31 En el que se describe la discriminación indirecta como «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».

Pues bien, el TJUE acepta sin mayores exigencias probatorias el argumento sustentado por el órgano jurisdiccional remitente respecto a que un número mucho mayor de mujeres que de hombres tiene una estatura inferior a 170 cm, de modo que, conforme a la normativa examinada, aquéllas sufrirían claramente un perjuicio frente a éstos en lo que se refiere a la admisión al concurso para el ingreso en las Escuelas de oficiales y agentes de la Policía helénica. En consecuencia, la normativa controvertida en el litigio principal crea una discriminación indirecta.

Pero, como ya se ha indicado, dicha discriminación no se consideraría prohibida si estuviese convenientemente justificada de acuerdo con la consecución de un objetivo legítimo en el respeto del principio de proporcionalidad. Aunque en otras sentencias el TJUE ha atribuido al órgano judicial interno la tarea de verificar si concurre tal justificación, en la sentencia Kalliri el tribunal proporciona las indicaciones necesarias e inequívocas para que el órgano interno pueda dictar una resolución.

Al igual que en sentencias anteriores en las que se cuestionaba el requisito de una edad máxima para acceder a los cuerpos de Policía[32], el Tribunal de Justicia reitera que el interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios de Policía constituye un objetivo legítimo, en esta ocasión a efectos de lo dispuesto en el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE. Ahora bien, la cuestión clave es determinar si la exigencia de una estatura física mínima, como la prevista en la normativa controvertida, es adecuada para garantizar la consecución de dicho objetivo, tal y como sostiene el gobierno griego, y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

En este sentido, el TJUE da una respuesta negativa con base en dos argumentos. Por una parte, se indica que, si bien es cierto que el ejercicio de las funciones de policía relativas a la protección de las personas y bienes, la detención y la custodia de los autores de hechos delictivos y las patrullas preventivas pueden requerir el empleo de la fuerza física e implicar una aptitud física particular, hay que tener en cuenta que otras funciones de policía, como el auxilio al ciudadano o la regulación del tráfico, no precisan aparentemente un esfuerzo físico elevado. Por otra parte, el TJUE señala que la aptitud física particular que pueden requerir algunas funciones policiales no

32 Véanse las SSTJUE de 13 de noviembre de 2014, C-416/13, Vital Pérez, apartado 44, y de 15 de noviembre de 2016, C-258/15, Salaberría Sorondo, apartado 38. Sobre la jurisprudencia europea e interna relativa al requisito de la edad para el acceso a la Policía y a las Fuerzas Armadas, en el que juega un papel muy similar la necesidad de un objetivo legítimo y la proporcionalidad de la limitación, véase Rodríguez Escanciano, S.: «No discriminación en la fijación de un tope máximo de edad para el acceso a funciones policiales», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2023 y RODRÍGUEZ Sanz de Galdeano, B.: «Trabajo y edad. La singularidad de la edad como causa de discriminación y su replanteamiento desde la perspectiva de la vulnerabilidad», en AA.VV., *Trabajo, edad y pensiones de jubilación. XXXIV Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social) 2024, pp. 58-65.

parece estar necesariamente relacionada con la posesión de una estatura física mínima, hasta el punto de dar por supuesto que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de dicha aptitud.

El argumento de falta de adecuación de la medida se completa con la comprobación de su carácter desproporcionado, al poder alcanzar el objetivo legítimo perseguido mediante medidas alternativas que no resultan tan perjudiciales para las mujeres. A este respecto, el TJUE menciona expresamente el establecimiento de estaturas diferenciadas por sexos para el acceso a los cuerpos y fuerzas de seguridad, o bien los sistemas de preselección de los candidatos basados en pruebas específicas que permitan verificar sus capacidades físicas.

En conclusión, el TJUE consideró que la normativa griega no era conforme con el Derecho de la Unión Europea, al incurrir en una discriminación indirecta por razón de sexo.

La sentencia Kalliri supuso una llamada de atención para buena parte de los Estados miembros, en los que era habitual la fijación de criterios de estatura mínima para el acceso a las Fuerzas Armadas o a los cuerpos de Policía. Ahora bien, una interpretación algo apresurada o simplista de este pronunciamiento por parte de las autoridades públicas condujo con frecuencia al entendimiento de que la discriminación en el acceso al empleo se producía en los supuestos en que se fijaba una única estatura mínima común para mujeres y hombres, de modo que dicha discriminación no se produciría si la normativa asignaba estaturas diferentes en función del sexo. Sin embargo, esta comprensión de las consecuencias de la sentencia Kalliri y del propio concepto de discriminación indirecta y su aplicación en el marco de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ha sido rebatida por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2022, rec. 452/2018[33].

En este caso, el litigio partió de la convocatoria de un proceso selectivo para cubrir plazas de alumnos de la Escuela Nacional de Policía. Una de las bases establecía que para ser admitido a la práctica de las pruebas selectivas era necesario reunir, en la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes, una serie de requisitos entre los que se encontraba tener una estatura mínima de 165 cm los hombres y 160 cm las mujeres. La demandante fue excluida al no alcanzar esta última estatura.

A pesar de que la convocatoria establecía requisitos de estatura mínima diferenciados para cada sexo, la demandante sostuvo que se vulneraba la doctrina fijada por la sentencia Kalliri y se producía una discriminación indirecta, pues, teniendo en cuenta la estatura media actual de hombres (174 cm) y mujeres (163 cm) entre los 20 y 49 años de edad, el porcentaje de hombres

33 Véase el comentario sobre la misma de Casas Baamonde, M. E.: «Requisito de altura mínima para el ingreso de las mujeres en el Cuerpo Nacional de Policía y discriminación indirecta por sexo femenino», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2022.

potencialmente excluidos por no alcanzar la estatura mínima era de un 3 %, mientras que el de mujeres potencialmente excluidas por tal razón alcanzaba un 25 %. Solo la fijación de una estatura mínima de 154 cm para la mujeres lograría el mismo impacto sobre ambos sexos. A su juicio, el efecto perjudicial que causa la norma controvertida para las mujeres es consecuencia de que los límites fijados no han tenido en cuenta tales estándares de estatura media.

Pues bien, el Tribunal Supremo consideró probada la diferencia estadística y, por tanto, el efecto desfavorable de la norma sobre el sexo femenino, señalando que «la discriminación indirecta que se produce al fijar las mismas alturas para mujeres y hombres, que es lo que rechazaba la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2017, no se salva con el mero hecho de fijar estaturas mínimas diferentes si al hacerlo sigue sin atenderse a las funciones que han de realizar y a las acreditadas diferencias de estatura media, por sexo, de la población española».

En todo caso, la diferencia porcentual que incide negativamente en el acceso de la mujer a la Policía Nacional no sería suficiente para constituir una discriminación indirecta si la concreta estatura establecida para el sexo femenino pudiera justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad fuesen necesarios y adecuados, tal y como establece el artículo 6.2 LOI. Pero, al proceder al análisis de esta cuestión, el Tribunal Supremo advierte que la norma reglamentaria que fija el requisito de estatura mínima para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía nada expone sobre la vinculación de este requisito con alguna necesidad objetiva derivada de las funciones a desarrollar por los agentes de policía. Además, hace suyo el razonamiento ya presente en la sentencia Kalliri, a tenor del cual, aunque las funciones ejercidas por la policía exigieran una aptitud física particular, no parece que dicha aptitud esté necesariamente relacionada con la posesión de una estatura mínima y que las personas de una estatura inferior carezcan naturalmente de aquella. Por último, el Tribunal aprecia que en el proceso selectivo existen pruebas físicas y médicas que garantizan por sí solas la idoneidad para el desarrollo de las funciones atribuidas a la Policía, máxime cuando dentro de la estructura de la Policía, como alega la demanda y no cuestiona la Administración, existen áreas funcionales que ni tan siquiera necesitan para su adecuado desempeño ninguna condición física especial, y mucho menos tener una estatura más o menos elevada.

3.3.- El redimensionamiento (que no desaparición) del requisito de estatura mínima tras las últimas modificaciones normativas

El conjunto de pronunciamientos judiciales que se ha examinado en los apartados anteriores puso de manifiesto las fricciones entre la introducción de una estatura mínima como condicionante para el acceso a la Policía y las Fuerzas Armadas y el principio de igualdad y no discriminación.

Desde el punto de vista de la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, la introducción de un único parámetro de estatura mínima generalmente ha de producir un impacto adverso sobre el sexo femenino, pues, al ser la estatura media de la mujer inferior a la del hombre, un mayor porcentaje de mujeres resultarían excluidas[34]. Obviamente, el impacto sería más o menos intenso en función del límite seleccionado. Solo podría evitarse el impacto adverso situando la estatura mínima requerida para ambos sexos muy por debajo de la estatura media femenina, pero en tal caso es posible que el requisito de la estatura dejase de cumplir su supuesta finalidad.

Por otro lado, la fijación de distintos parámetros de estatura para mujeres y hombres exige la realización de estudios estadísticos previos sobre la estatura media de la población que potencialmente podría ingresar en el cuerpo en cuestión, a fin de determinar dos niveles conforme a los cuales el porcentaje de individuos potencialmente excluidos en cada uno de los sexos fuese igual o semejante.

Pero, tanto si se produce un efecto desfavorable sobre uno de los dos sexos, como si no es así, quedaría por resolver el aspecto de la vinculación del requisito de estatura mínima con un objetivo legítimo, así como su conformidad con el principio de proporcionalidad. Los razonamientos aducidos por las Administraciones públicas en buena parte de las sentencias examinadas parten de un presupuesto implícito, que es la correlación automática entre estatura y fuerza física, que, sin embargo, resulta discutible. Además, no se llega a explicar de modo convincente la insuficiencia del resto de las pruebas físicas para determinar la capacidad física de los candidatos, siendo preciso, además, establecer requisitos antropométricos.

A todo ello hay que sumar un problema práctico que se hace muy evidente en una revisión más exhaustiva de los pronunciamientos judiciales sobre la condición de la estatura en el acceso a las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y es la dificultad técnica que entraña la correcta medición de la estatura. En efecto, no son pocas las sentencias que resuelven la impugnación de la exclusión del candidato —por regla general de sexo femenino—, al discutirse el resultado de la medición realizada en el reconocimiento médico, sobre todo en casos en que la estatura es muy próxima a la mínima exigida. En este tipo de procesos la parte demandante suele aportar informes médicos periciales que disienten con la medición oficial y lo cierto

34 En este sentido, además de las sentencias anteriormente citadas, véase la STSJ de Madrid de 4 de marzo de 2019, rec. 287/2018, que aprecia discriminación indirecta por razón de sexo a causa del establecimiento de una única estatura mínima de 160 cm en un proceso selectivo para el ingreso en centros militares de formación, para la incorporación como militar de carrera a los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, en particular, para el Cuerpo de Intervención.

es que con cierta frecuencia los tribunales han apreciado la prueba presentada, procediendo a la anulación de la resolución de exclusión[35].

Todas estas circunstancias han propiciado cambios relevantes en la normativa de acceso a la Policía y las Fuerzas Armadas.

En efecto, la sentencia del TS de 14 julio de 2022 impulsó al legislador a suprimir el requisito de la estatura mínima mediante el Real Decreto 853/2022, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de procesos selectivos y formación de la Policía Nacional. La exposición de motivos de la norma da cuenta de este trascendente cambio, con el que se pretende reforzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso a la Policía Nacional[36]. Llama la atención que la supresión del requisito de la estatura no haya sido compensado con una redefinición de las pruebas físicas, a fin de poder verificar por otras vías aquellas cualidades que se suponía que la estatura de los candidatos evidenciaba. Esta circunstancia arroja serias dudas sobre el carácter desproporcionado que la exigencia de una estatura mínima ha tenido durante años para los candidatos de ambos sexos.

Con todo, la exposición de motivos reconoce que se mantendrán requisitos de estatura mínima para acceder a determinadas unidades especiales de la Policía Nacional, en las que, sostiene, la altura afecta a la operatividad de la labor policial específica a desarrollar. Resulta muy criticable que la concreción de cuáles son esas unidades especiales no se haya realizado en esta norma reglamentaria —o en una norma con rango de ley—, siendo la propia convocatoria de los cursos de especialización y concursos de acceso a tales unidades especiales las que hayan de introducir los requisitos de estatura. En concreto, la exigencia de una talla mínima de 160 cm para las mujeres y 165 cm para los hombres se mantiene para ingresar en las Unidades de Intervención Policial —UIP—, de Prevención y Reacción —UPR—, y en el Grupo Especial de Operaciones —GEO—[37].

Aun teniendo en cuenta el alto grado de exigencia física y la peligrosidad que comportan las funciones que pueden desarrollar los operativos de estas unidades, habría que examinar si la exigencia de dichos parámetros de estatura mínima son absolutamente precisos para el desarrollo de las funciones, no pudiendo ser suplidos por otras características físicas —fuerza, agilidad, rapidez—, o por habilidades formativas —uso de técnicas de defensa perso-

35 En relación con el Cuerpo Nacional de Policía, véanse las SSTSJ de Madrid de 9 de febrero de 2023, rec. 1929/2020; de 2 de febrero de 2023, rec. 1934/2020; de 20 de julio de 2020, rec. 1069/2018; y de 24 de mayo de 2019, rec. 720/2017.

36 En sentido favorable a este cambio normativo, véase Casas Baamonde, M. E.: «Requisito de altura mínima para el ingreso de las mujeres en el Cuerpo Nacional de Policía y discriminación indirecta por sexo femenino», cit.

37 https://www.interior.gob.es/opencms/en/detail-pages/article/La-Policia-Nacional-elimina-el-requisito-de-la-altura-minima-en-sus-pruebas-de-acceso-a-partir-de-2023/

nal—, o por una distinta organización del trabajo a llevar a cabo, entre otros. En definitiva, la válida introducción de requisitos de estatura mínima, aunque restringida a determinadas unidades especiales, sigue quedando sujeta a un juicio de proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta), propio de las limitaciones de los derechos fundamentales en beneficio de otros derechos y bienes constitucionales, siguiendo las pautas aportadas por la jurisprudencia europea e interna.

El estudio técnico y objetivo de la vinculación del requisito de la estatura, así como de otras exigencias físicas, con las funciones que se desempeñan en estas unidades especiales es especialmente apremiante si se tiene en cuenta que en la actualidad no hay personal femenino ni en el Grupo Especial de Operaciones —GEO—, ni en los Grupos Operativos Especiales de Seguridad[38]. La absoluta ausencia de mujeres en estos grupos de élite puede ser indicativa de que los requisitos antropométricos y físicos requeridos se diseñan teniendo en cuenta la condición biológica y la capacidad física del sexo masculino, lo que, en la práctica, comporta un grave obstáculo para el acceso de las mujeres a estas unidades especiales.

De este modo, el mantenimiento del requisito de estatura mínima y/o el establecimiento de unas únicas pruebas físicas para todos los candidatos, sin diferencias de puntuación o baremación en función del sexo[39], puede tener como resultado la exclusión de la mujer en determinadas unidades de la Policía, produciendo una segregación interna por razón de sexo cuya justificación estaría por acreditar.

En todo caso, no cabe duda de que la supresión del requisito de estatura mínima para el acceso a la Policía Nacional ha marcado un hito que no ha tardado en ser emulado en el ámbito de la Policía Local y de las Fuerzas Armadas.

En efecto, la tendencia a la supresión del requisito de estatura mínima se ha extendido a la normativa sobre Policía Local de algunas Comunidades

38 De la Fuente Fernández, J.: *El Camino Hacia la Igualdad Entre Mujeres y Hombres: Especial Referencia a Las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de España*, cit., p.116.

39 Sobre la problemática asociada a la convocatoria de unas mismas pruebas físicas sujetas a un mismo baremo para todos los candidatos, sin establecer diferencias en virtud del sexo, véase Areta Martínez, M.: «Discriminación directa», cit., 174, 175.

Autónomas, como Asturias[40], Galicia[41], Cantabria[42], Castilla-La Mancha[43], o Islas Canarias[44]. En otras comunidades autónomas se mantienen los requisitos de estatura, por regla general, diferenciados por sexos, con el aval de la STS de 18 de marzo de 2024, Sala 3.ª, rec. 1388/2022, que, como ya se indicó, señala que tal requisito no es discriminatorio siempre que esté convenientemente justificado en relación con las funciones a desempeñar.

De forma semejante, la exigencia de una talla mínima ha sido recientemente eliminada del cuadro médico de exclusiones relativas al acceso a las Fuerzas Armadas. En efecto, la Orden PCM/444/2023, de 30 de abril, que modifica la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, por la que se aprueba el cuadro médico de exclusiones exigible para el ingreso en los centros docentes militares de formación, tiene por objeto exclusivo eliminar, con carácter general, del citado cuadro médico los límites de estatura para el acceso a las Fuerzas Armadas. La exposición de motivos menciona expresamente la finalidad de seguir avanzando en la igualdad de oportunidades y facilitar la atracción y captación del talento en las Fuerzas Armadas, a la vez que se garantiza la obtención y gestión de los recursos humanos necesarios para llevar a cabo las misiones asignadas.

Es preciso subrayar que esta modificación también tiene efectos sobre el acceso a la Guardia Civil de quienes ingresen en ella para la incorporación a la escala de oficiales por el sistema de acceso directo sin titulación universitaria previa, ya que habrán de cursar el periodo inicial de formación en

---

40 El artículo único de la Ley 3/2024, de 30 abril, del Principado de Asturias de modificación de la Ley del Principado de Asturias 2/2007, de 23 de marzo, de Coordinación de las Policías Locales, en materia de requisitos generales de acceso, elimina la habilitación para establecer reglamentariamente una altura mínima.

41 La exposición de motivos del Decreto 15/2023, de 12 de enero, por el que se desarrolla la Ley 4/2007, de 20 de abril, de coordinación de policías locales, señala que el requisito de estatura mínima «se suprime al considerar que las pruebas físicas y médicas previstas en los procedimientos de ingreso en los cuerpos de Policía Local son suficientes para garantizar la aptitud física adecuada para el desempeño de la función policial en el ámbito local».

42 El título III de la Ley 9/2022, de 27 de diciembre, de Coordinación de Policías Locales de Cantabria, ya no contiene requisitos de estatura, justificando su supresión en la garantía de igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo.

43 El artículo único, apartado 5, de la Ley 5/2023, de 24 de febrero, que modifica la Ley 8/2002, de 23 de mayo de 2002, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha, elimina entre los requisitos legales de acceso el relativo a una estatura mínima.

44 El artículo 11.2 del Decreto 36/2024, de 4 de marzo, que aprueba el Reglamento por el que se regulan los criterios de selección, formación, promoción y movilidad para el personal de las Policías Locales de Canarias, dispone que «No será exigible estatura, ni índice de corpulencia, mínima ni máxima, sin que, en ningún caso, esta disposición pueda usarse para justificar no poseer las condiciones físicas necesarias para poder superar todas las pruebas físicas incluidas en la convocatoria y las bases para el ingreso en la policía local, conforme previene este Reglamento». De este modo se pretende que la superación de las pruebas físicas sea el único criterio objetivo que pueda limitar el acceso a la policía local.

la Academia General Militar del Ejército de Tierra y, por lo tanto, quedarán sujetos a la normativa específica de los miembros de las escalas de oficiales de los Cuerpos Generales de las Fuerzas Armadas[45].

En todo caso, el requisito de estatura mínima ha sido eliminado también de la normativa que regula los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil mediante la Orden PCM/1133/2023, de 17 de octubre[46], completándose así la supresión de este requisito en todos los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación de la Guardia Civil.

Ahora bien, todas estas modificaciones no implican por sí mismas la desaparición del requisito de la estatura mínima una vez que se ha accedido a las Fuerzas Armadas o a la Guardia Civil. En efecto, la Orden PCM/444/2023, de 30 de abril, introdujo en la Orden PCI/6/2019, de 11 de enero, una disposición final primera que atribuye a la persona titular de la Subsecretaría de Defensa, los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y del Espacio y la persona titular de la Dirección General de la Guardia Civil, dentro de sus ámbitos de competencias y mediante instrucción, la capacidad de determinar los destinos y los límites de estatura que se deban aplicar atendiendo a sus funciones y cometidos. Y, de forma semejante, la exposición de motivos de la Orden PCM/1133/2023, de 17 de octubre advierte de que la eliminación de los límites de estatura será «sin perjuicio de posteriores requisitos que puedan ser exigidos para la ocupación de determinados destinos o para el acceso a la enseñanza de especialización de acuerdo con el Reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil, aprobado por el Real Decreto 470/2019, de 2 de agosto y con el anteriormente citado Reglamento de ordenación de la enseñanza en la Guardia Civil, respectivamente».

En conclusión, el requisito de la estatura mínima se elimina del acceso a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil, pero no desaparece por completo, sino que se desplaza a un momento ulterior, de asignación de destinos, enseñanzas de perfeccionamiento, promoción profesional o movilidad horizontal de quienes ya tienen la condición de funcionarios públicos.

Así, en junio de 2023, esto es, pocos meses después de la eliminación del requisito de la estatura del cuadro médico aplicable a los procesos selectivos de las Fuerzas Armadas, se dictaron tres instrucciones por parte de los Jefes

45 Así se indica en el artículo 40 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil.

46 Orden PCM/1133/2023, de 17 de octubre, que modifica la Orden PCI/155/2019, de 19 de febrero, por la que se aprueban las normas por las que han de regirse los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes de formación para la incorporación a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil.

de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire y del Espacio, con la finalidad de establecer requisitos diferenciales de estatura para acceder a determinados destinos y poder realizar sus funciones y cometidos, asegurando así la adecuada operatividad de las unidades y la necesaria cobertura de la relación de puestos militares de las Fuerzas Armadas[47].

Los anexos de las tres instrucciones muestran que son numerosos los destinos y puestos en los que serán exigibles requisitos de estatura mínima y también, en algunos casos, de estatura máxima. Además, tales requisitos pueden aplicarse igualmente a determinadas enseñanzas de perfeccionamiento, siendo tenidos en consideración en la selección de personal para el acceso a las diferentes actividades formativas.

En cuanto a los puestos y destinos del ejército de tierra en los que se exige una estatura mínima, que es la que puede causar mayor impacto negativo sobre las mujeres, estos son el regimiento «Inmemorial del Rey» n.º 1 (Batallón de Honores), la agrupación de transporte n.º 1 y grupos de transporte de la Agrupación de Apoyo Logístico 21 y 41, las Unidades de Montaña y resto de puestos con exigencia de la aptitud de Montaña, los puestos con cometidos de Policía Militar, los puestos con exigencia de la aptitud de Operaciones Especiales, los puestos con exigencia de la aptitud EOD —especialistas en neutralización de material explosivo—, los puestos con exigencia de la aptitud Buceador de Asalto, los puestos con exigencia de la aptitud Zapador Anfibio y los puestos con responsabilidad de vuelo. En la Armada, los puestos en los que se exige una estatura mínima son los siguientes: puestos en las compañías de seguridad de la FUPRO[48], puestos con exigencia de la aptitud de Guerra Naval Especial, puestos con cometidos de Policía Naval, puestos con exigencia de la aptitud EOD —especialistas en neutralización de material explosivo—, puestos de protección (escolta) de autoridades y puestos con responsabilidad de vuelo. Por último, en el ejército del aire se exige una estatura mínima en las Unidades de Honores (Escuadrilla de Honores ACGEA[49]), en los puestos del EZAPAC[50], en los puestos con cometidos de Policía Aérea, en los puestos con exigencia de la aptitud EOD —especialis-

47 Instrucción 18/2023, de 8 de junio, del Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra por la que se establecen límites de estatura para ocupar determinados destinos de la estructura del Ejército de Tierra; Instrucción 19/2023, de 8 de junio, del Jefe de Estado Mayor de la Armada por la que se establecen límites de estatura para ocupar determinados destinos de la estructura de la Armada; e Instrucción 20/2023, de 8 de junio, del Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y del Espacio por la que se establecen límites de estatura para ocupar determinados destinos de la estructura del Ejército del Aire y del Espacio, todas ellas publicadas en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, núm. 114, de 13 de junio de 2023. La entrada en vigor de dichas instrucciones se produjo al día siguiente de su publicación oficial.

48 Fuerza de Protección de la Armada.

49 Agrupación del Cuartel General del Ejército del Aire.

50 Escuadrón de zapadores paracaidistas.

tas en neutralización de material explosivo—, en los puestos de protección (escolta) de autoridades y en los puestos con responsabilidad de vuelo.

La estatura mínima requerida en todos estos casos es de 155 cm en bipedestación, salvo en los puestos con responsabilidad de vuelo, en los que se exige 160 cm en el Grupo I y 155 cm en el resto de los grupos, debiendo además acreditar para el acceso a este tipo de puestos otros requisitos antropométricos —talla del cuerpo sentado, longitud del muslo, peso mínimo o sobrepeso e índice de masa corporal—[51].

Pues bien, a la vista de la nueva regulación es preciso hacer algunas consideraciones tanto desde el punto de vista formal como material.

Desde un punto de vista formal, llama la atención que, siendo consciente el legislador del riesgo de discriminación que comporta la introducción de una estatura mínima como condición de acceso a un puesto en las Fuerzas Armadas, bien por razón de sexo, bien por razones antropométricas que dependen de una condición genética, haya renunciado a concretar de manera más o menos exhaustiva en una norma con rango de ley o reglamentaria los destinos o puestos para los que se entiende que la estatura es una condición necesaria. Ciertamente, sorprende que la regulación de una materia susceptible de generar discriminaciones y en la que, en el mejor de los casos, se limita el ejercicio de derechos fundamentales como la igualdad, o constitucionales, como el acceso a la función pública, se haya encomendado a una instrucción. Por mucho que las tres instrucciones que se están examinando quieran justificar su legitimidad por haber dado conocimiento del proyecto a las asociaciones profesionales inscritas en el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas, o por haber dado conocimiento y haber sido oído el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, conforme a los artículos 40.1.c) y 49.1.b) de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, no cabe duda de que las garantías para la elaboración de una instrucción no son equiparables a las establecidas para la elaboración de una norma legal o reglamentaria. Baste mencionar, a la vista de la cuestión que se ha analizado, la conveniencia de un informe de impacto de género, que no consta que se haya realizado.

Además, las tres instrucciones contienen una disposición adicional única que establece que los anexos en los que se especifican los requisitos de estatura y los destinos y puestos que los requieren, podrán ser modificados por resolución administrativa del Jefe de Estado Mayor, lo que evidencia un amplio margen de discrecionalidad de dicha autoridad sobre una materia muy sensible para el principio de igualdad y no discriminación.

51 Todos estos requisitos antropométricos se encuentran regulados en la Orden Ministerial 23/2011, de 27 de abril, por la que se aprueban las normas para la valoración de la aptitud médica del personal de las Fuerzas Armadas con responsabilidad de vuelo.

Por otra parte, desde un punto de vista material, hay que subrayar una vez más que el requisito de la estatura mínima no desaparece de las Fuerzas Armadas. Ciertamente, hay destinos o puestos de trabajo que, tras la modificación normativa del cuadro médico aplicable a los procesos selectivos, han quedado exentos de requisitos de estatura, pero tales requisitos persisten en no pocos destinos y puestos, como se acaba de ver.

Buena parte de los destinos y puestos enumerados en los anexos de las tres instrucciones son aquellos en los que las funciones desempeñadas son de alto riesgo y/o su desarrollo requiere un especial esfuerzo físico para el que es preciso un adiestramiento específico. Sin embargo, este perfil no se da en todos los puestos y destinos enumerados en los anexos. En cualquier caso, las instrucciones invocan de manera genérica razones relativas al correcto rendimiento del personal o su seguridad, atendiendo a las funciones y cometidos encomendados, para justificar la introducción de los límites antropométricos de estatura. Pero no se motiva, de forma pormenorizada, por qué razón en cada uno de los supuestos regulados, la estatura mínima es una condición imprescindible para poder ejecutar las funciones de manera correcta y segura. Y tampoco se razona por qué la capacidad supuestamente vinculada con la estatura no puede acreditarse mediante otros medios o pruebas. En definitiva, no hay evidencia de que las instrucciones se apoyen en estudios técnicos que avalen el carácter necesario e insustituible de la estatura mínima en cada uno de los casos en que se introduce. Por ello, no cabe descartar que esta nueva regulación mantenga requisitos injustificados que perjudican en mayor medida a las mujeres, dificultando su acceso a determinados puestos y destinos de las Fuerzas Armadas.

Otro factor a tener en cuenta es la concreción de la exigencia de estatura mínima. Como ya se ha indicado, exceptuando el grupo I del personal de vuelo, en el resto de los supuestos la talla mínima requerida es única para ambos sexos y se fija en 155 cm en bipedestación. Resulta claro que, desde el punto de vista estadístico, es más alto el porcentaje de mujeres con una estatura inferior a tal parámetro que el de hombres. Por tanto, al no fijar estaturas diferentes en función del sexo, como hacía la normativa anterior, las instrucciones causan sin lugar a dudas un impacto negativo sobre el sexo femenino que podría comportar una discriminación indirecta.

Ahora bien, como ya se ha visto, a tenor del artículo 6.2 LOI, no se considera que exista discriminación indirecta cuando la disposición, criterio o práctica aparentemente neutro que pone a las personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. El problema es que, como se acaba de señalar, las tres instrucciones que regulan el requisito de la estatura mínima en las Fuerzas Armadas se refieren de forma genérica a la finalidad legítima, con una vaga alusión al correcto cumplimiento de las funciones y la seguridad del personal, pero no han justificado de manera fehaciente cómo

y por qué la exigencia de una estatura mínima de 155 cm es necesaria y adecuada para alcanzar dicha finalidad.

Por otra parte, la comparativa entre el límite de estatura mínima y el de estatura máxima que, teniendo en cuenta las diferencias generales de estatura entre ambos sexos, afectará en mayor medida a los hombres, también arroja datos curiosos. Para empezar, son menos los destinos y puestos de trabajo en los que se establece una estatura máxima. Pero, además, salvo dos excepciones relacionadas con los puestos de trabajo en aeronaves y en submarinos, el límite de estatura máxima se fija en 203 cm. Probablemente no sean precisos demasiados estudios estadísticos para verificar que el porcentaje de mujeres con una estatura por debajo de 155 cm es bastante superior al de hombres cuya estatura excede los 203 cm. Por tanto, el impacto negativo que cada uno de los límites de estatura causa de manera predominante en cada uno de los sexos no es semejante, siendo más restrictivo el límite fijado para la estatura mínima.

La conservación del requisito de estatura mínima para el acceso a los destinos y puestos mencionados, combinado en ocasiones con pruebas físicas y baremos comunes para ambos sexos, puede impedir en la práctica el acceso de las mujeres a tales destinos y puestos, de manera semejante a lo que actualmente sucede en algunas unidades especializadas de la Policía Nacional. A pesar de que formalmente nada impediría que las mujeres accedan a estas unidades, una configuración de los requisitos de acceso adaptada a factores antropométricos o de rendimiento físico masculino, podría estar conduciendo a una exclusión encubierta de las mujeres en determinados puestos de combate. Tras dicha configuración podría pervivir de forma implícita la convicción de que las mujeres son menos aptas que los hombres para el desarrollo de funciones defensivas de alto nivel. Convicción que en España justificó la prohibición de acceso de las mujeres a las Fuerzas Armadas hasta 1988 y que en algunos Estados de la Unión Europea llevó a considerar el sexo masculino como requisito profesional determinante para el acceso a la Policía y/o las Fuerzas Armadas, como se ha visto en el apartado 2 de este trabajo.

Por ello, resulta ineludible efectuar un riguroso y objetivo análisis técnico de la correlación de las exigencias antropométricas y de rendimiento físico con las funciones a realizar, a fin de determinar, con base en el mismo, la necesidad y proporcionalidad de tales exigencias respecto de los fines perseguidos.

4.- Bibliografía

Areta Martínez, M.: «Discriminación directa», en AA.VV., *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, Madrid (BOE) 2018.

Carlón Ruíz, M.: «La paradójica garantía comunitaria del acceso de las mujeres al ejército alemán (Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de enero de 2000, en el asunto Kreil c. República Federal de Alemania)», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001.

Casas Baamonde, M. E.: «Requisito de altura mínima para el ingreso de las mujeres en el Cuerpo Nacional de Policía y discriminación indirecta por sexo femenino», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2022.

De la Fuente Fernández, J.: *El Camino Hacia la Igualdad Entre Mujeres y Hombres: Especial Referencia a Las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de España*, Madrid (Dykinson) 2021.

Gala Durán, C.: «Las medidas de conciliación de la vida profesional y familiar en el ámbito militar: perspectiva laboral y de protección social», en AA.VV.: *La integración de la mujer en las Fuerzas Armadas: reflexiones históricas y realidades jurídicas para un debate necesario*, Barcelona (Bosch) 2010.

Gala Durán, C.: «Responsabilidad social y políticas de igualdad entre hombres y mujeres (en especial el caso de las Fuerzas Armadas)», en AA. VV.: *La acción social en las Fuerzas Armadas: un compromiso global*, Barcelona (Bosch) 2011.

Nindl, B. C. y otros: «Operational Physical Performance and Fitness in Military Women: Physiological, Musculoskeletal Injury, and Optimized Physical Training Considerations for Successfully Integrating Women Into Combat-Centric Military Occupations», *Military Medicine*, Volume 181, Issue 1, 2016.

Rodríguez Escanciano, S.: «No discriminación en la fijación de un tope máximo de edad para el acceso a funciones policiales», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2023.

Rodríguez Sanz De Galdeano, B.: «Trabajo y edad. La singularidad de la edad como causa de discriminación y su replanteamiento desde la perspectiva de la vulnerabilidad», en AA.VV., Trabajo, edad y pensiones de jubilación. XXXIV Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social) 2024.

Sáez Lara, C.: «La igualdad entre mujeres y hombres en el empleo público», *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm. Extraordinario, 2019.

Sánchez-Urán Azaña, Y.: «Acceso al empleo público: ¿constituye discriminación la exigencia de talla mínima para acceder a las fuerzas armadas?», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2019.

CAPÍTULO IV

«SOBREFEMINIZACIÓN» DE LOS CUIDADOS: EL TRABAJO CON ESCASOS DERECHOS

Susana Rodríguez Escanciano
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León

Sumario: 1.- Envejecimiento de la población y necesidad de cuidados de larga duración: perspectiva de género. 2.- El avance en el diseño de políticas públicas: la impronta de la Unión Europea y su proyección en España. 3.- La Ley de Atención a la Dependencia: servicios y prestaciones. 4.- La apuesta por el cuidado como servicio público: quiebras. 5.- Segregación horizontal y brechas de género. 5.1.- Auxiliares a domicilio. 5.2.- Cuidadoras informales. 5.3.- Los cuidados en el domicilio al margen de la Ley de dependencia. Las empleadas de hogar. 6.- Bibliografía.

1.- Envejecimiento de la población y necesidad de cuidados de larga duración: perspectiva de género

El aumento de la esperanza de vida en las sociedades avanzadas, fruto de la confluencia de múltiples factores como la reducción de los índices de penosidad y peligrosidad en el trabajo ante los descubrimientos tecnológicos, la calidad de la alimentación, el avance de la medicina y su amplia cobertura, así como la innovación farmacéutica, han provocado que la expectativa de vida se haya visto incrementada en más de cuarenta años. Esta realidad está provocando, y así lo seguirá haciendo en los próximos años, un significativo incremento de las personas de edad no sólo avanzada sino muy avan-

zada, dando lugar al fenómeno conocido como «envejecimiento del envejecimiento» o «sobre-envejecimiento»[1]. En concreto, España se encuentra en el sexto lugar dentro del ranking de países más envejecidos del mundo elaborado por la OMS, por detrás únicamente de Japón, Suíza, Noruega, Corea del Sur y Singapur[2].

La configuración poblacional en nuestro país se caracteriza por tres preocupantes peldaños claramente diferenciados, que todavía se vislumbrarán con mayor nitidez en años sucesivos: una base relativamente estrecha, debida a la escasez de nacimientos recientes; una amplia zona intermedia en la que se sitúan las cohortes del baby boom, que tienen en la actualidad entre 40 y 60 años de edad; y una creciente zona alta de personas envejecidas o, mejor, sobre-envejecidas mayores de 80 años[3]. En concreto, en 2050, 1 de cada 3 españoles tendrá 65 años o más, y por cada persona en esta franja de edad habrá solo 1,7 personas en edad de trabajar (hoy, hay 3,4)[4].

La longevidad motiva necesidades específicas[5], no en vano guarda un paralelismo exacto con una mayor probabilidad de desarrollar dificultades de movilidad y enfermedades crónicas: hipertensión, afectaciones coronarias, deficiencias auditivas, diabetes, tumores, artritis, reumatismo, artrosis, colesterol, cataratas, demencia, parkinson, incontinencias esfinterianas, osteoporosis, enfisema, fatiga, depresión o ansiedad, entre otras[6], no en vano existe «una correspondencia biunívoca (unívoca y recíproca) entre mayor edad y dependencia»[7]. Y es que a nivel biológico, el envejecimiento está asociado con la acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares,

---

1 Cavas Martínez, F.: «Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *Aranzadi Social*, núm. 13, 2006, p. 17.

2 Del Cubo Arroyo, E. y Sánchez Ollero, J.L.: «Sostenibilidad y protección adecuada a las personas mayores: la senectud como motor de desarrollo», en AA.VV (Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F., Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022, p. 352.

3 CES: *Informe jóvenes y mercado de trabajo en España*, 02/2020, p. 21.

4 España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a largo plazo. https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf

5 Pérez Díaz, J. y Abellán García, A.: «Envejecimiento demográfico y vejez en España», *Panorama Social*, núm. 28, 2018, pp. 30 y 31 ó Anaut-Bravo, S.: «Servicios sociales: definición en el marco del Estado de Bienestar», en AA.VV (Anaut-Bravo, S., Coord.): *El sistema de servicios sociales en España*, Pamplona, Aranzadi, 2019, p.54.

6 Rubio Rubio, L. y Dumitrache, C.G.: «Salud y tercera edad», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R., Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar,* Granada, Comares, 2014, pp. 103 y ss.

7 Ruíz Santamaría, J.L.: «Edad y dependencia. Aspectos fundamentales y factores relacionales», en AA.VV (Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F., Dirs.): *La protección de la Seguri-*

los cuales, con el transcurso del tiempo, reducen de forma gradual las reservas fisiológicas, aumentan el riesgo de enfermedades y disminuyen en general la capacidad del individuo[8]. Tales variadas afecciones no sólo requieren asistencia sanitaria, ortoprotésica, hospitalaria y farmacéutica, adaptadas a las pluripatologías padecidas, a cargo de los servicios públicos de salud, acompañadas del otorgamiento de unos ingresos económicos dignos, sustitutivos de las rentas de trabajo, a través de pensiones de jubilación gestionadas por el sistema público de la Seguridad Social[9], sino también de un dispositivo de atenciones «técnicas», «in natura», «de hacer» o «de asistencia personal»[10]. Estas últimas medidas aparecen caracterizadas por una amplia variabilidad en la oferta y multitud de combinaciones en función de las particularidades de los beneficiarios, dando cobertura a una vasta gama de situaciones entre quienes tienen graves mermas en su autonomía física, mental, intelectual o sensorial y quienes padecen menos limitaciones, distinguiendo, a su vez, entre quienes requieren una atención institucionalizada y quienes padecen grados de dependencia más bajos, que deben poder optar por la permanencia en el domicilio, recibiendo una atención integral en tal entorno a través de un acabado sistema de servicios de proximidad[11].

Así pues, el envejecimiento poblacional no sólo va a implicar un mayor gasto en pensiones y en atención sanitaria sino también en servicios técnicos de cuidado de larga duración, pues el número de personas en situación de dependencia ha empezado a experimentar un crecimiento exponencial en una línea de trayectoria ascendente que llegará a alcanzar un 60 por 100 en las próximas dos décadas[12], surgiendo nuevas necesidades de ayuda

---

dad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa, Albacete, Bomarzo, 2022, p. 378.

8 Macías García, M.C.: «Prevención de riesgos laborales y trabajadores mayores», en AA.VV (Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F., Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022, p. 588.

9 Martín Valverde, A.: «Asistencia social: propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional», en AA.VV (Monereo Perez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes o futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de la jubilación,* Comares*,* Granada, 2008, p. 1130.

10 Valdés Dal-Re, F.: «Una aproximación constitucional a los problemas competenciales de la Ley de Dependencia», *Documentación Laboral*, núm. 102, 2014, p. 18.

11 Molero Marañón, M.L.: «El espacio de las prestaciones económicas en la protección social de las personas dependientes: una reflexión sobre el sistema de cuidados deseable», *Documentación Laboral*, núm. 102, 2014, vol. III, p. 178.

12 El número de personas mayores de 65 años beneficiarias de ayudas a la dependencia en España podría duplicarse, pasando de las 806.963 actuales a más de 1.600.000 en 2050. España 2050. Fundamentos y propuestas para una Estrategia Nacional a largo plazo. https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/200521-Estrategia_Espana_2050.pdf

externa, derivadas de una serie de factores que combinan, de forma variable, severas disfunciones orgánicas y psicológicas, habitualmente resultado de graves enfermedades crónicas, comorbilidades o trastornos incapacitantes, asociados a la mayor edad y a carencias diversas como los detrimentos de salud, la soledad, la falta de recursos materiales o las barreras arquitectónicas[13].

No cabe olvidar, por tanto, el lado oscuro de la longevidad, no desde el punto de vista cuantitativo, sino desde un prisma relacional de sencilla apreciación, pues la mayor edad se encuentra caracterizada por una incuestionable vulnerabilidad asociada a la declinación de facultades físicas y mentales en una relación directamente ascendente, ya que el volumen de sujetos con limitaciones de su capacidad funcional aumenta significativamente en los grupos de edad superiores, sobre todo a partir de los 80 años («cuarta edad»), necesitados de cuidados de terceras personas. En definitiva, aunque la dependencia no está ligada necesariamente a gran edad, es en ella donde tiene su principal manifestación[14] ante «la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial»[15].

Llegados a este punto, procede introducir una variable adicional en aras de un planteamiento riguroso de esta realidad social: los cuidados se encuentran fuertemente feminizados, pues la mayoría de las personas que prestan y necesitan cuidados son mujeres. Se produce, así, un efecto perverso, pues al mismo tiempo que las mujeres constituyen casi la totalidad de la mano de obra dedicada a los cuidados, también se ven afectadas por unas exigentes responsabilidades asistenciales que las mantienen fuera del mercado laboral en una proporción muy superior a la de los hombres, lo cual conlleva, a su vez, una demanda superior por las féminas de cuidados de larga duración, con menos posibilidades y recursos para afrontarlos[16].

---

13 Rubio Herrera, R. y Castellón Sánchez Del Pino, A.: «Las situaciones de dependencia desde una perspectiva socio-sanitaria», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R., Dir.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2014, p. 14.

14 Maldonado Molina, J.A.: *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de fut*uro, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, p. 14. La mayor parte de la población beneficiaria, el 72 por 100, se encuentra en el tramo de edad superior a los 65 años, y el 54 por 100 ha alcanzado ya los 80 años. CES: *Informe 3/2020. El sistema de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, cit., p. 39.

15 Baylos Grau, A.: «A propósito del envejecimiento», *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019, p. 15.

16 Maneiro Vázquez, Y. y Gil Otero, L.: «Hacia un sistema nacional de servicios de cuidados de larga duración», en AA.VV (Villar Cañada, I.M y Molina Navarrete, C., Dirs.): *Pilar Europeo de Derecho Sociales y progreso jurídico de la Unión y de España: logros y asignaturas pendientes*, Albacete, Bomarzo, 2024, p. 131.

2.- El avance en el diseño de políticas públicas: la impronta de la Unión Europea y su proyección en España

Es un aserto totalmente verosímil que el Estado del Bienestar tiene que evolucionar para involucrarse más decisivamente en impulsar e invertir en este sector de cuidados de las personas mayores, no en vano está llamado a convertirse en su cuarto pilar debiendo aspirar a proporcionar un catálogo acabado de derechos exigibles con mínimos óptimos e iguales en todo el territorio del Estado español a cargo de profesionales bien remunerados[17]. Se trata de dar cumplimiento, así, a lo dispuesto en el art. 4 del Protocolo Adicional de 1988 a la Carta Social Europea de 1961, en la Carta de los Principios a favor de las Personas Mayores, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1991, y en el art. 23 de la Carta Social Europea revisada de 1996, que reconocen el derecho a envejecer dignamente, proporcionando un sistema de cuidados a largo plazo destinado a la pérdida de autonomía por causa de la edad avanzada, concebido como auténtica prerrogativa de los posibles beneficiarios condicionada únicamente al cumplimiento de los requisitos exigidos para su disfrute[18]. Es más, el Comité Europeo de Derechos Sociales interpreta que el art. 23 de la Carta Social Europea requiere la existencia de un marco legal adecuado para combatir la discriminación por edad en determinados ámbitos de la vida más allá del empleo, a saber: el acceso a bienes, equipos y servicios, atención médica, educación, seguros y productos bancarios, así como asignación de recursos de cuidados[19].

Sobre esta idea insiste el Pilar Europeo de Derechos Sociales, cuyo principio 18 establece que «toda persona tiene derecho a cuidados de larga duración asequibles y de buena calidad, en particular la asistencia a domicilio y los servicios domiciliarios»[20], siendo recogida también en la Recomendación

17 Roqueta Buj, R.: «Principios básicos del sistema de protección social: el principio de igualdad territorial a debate*», Documentación La*boral, núm. 102, 2014, vol.III, p. 34 ó Rodríguez Escanciano S.: «La protección a las personas mayores desde los servicios sociales: reforzando el cuarto pilar del Estado de Bienestar en España», en AA.VV (Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F., Dir.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022, pp. 283 y ss.

18 Carril Vázquez, J.M.: «Argumentos de Derecho Internacional justificadores de que la legislación española tenga que adaptarse al envejecimiento de la población para proteger a las personas mayores con un sistema de atención (o de cuidados) a largo plazo», en AA.VV.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 127 y ss.

19 Herreros López, J.M.: «La vulneración de los derechos de las personas mayores durante la pandemia», *Lex Social*, Vol. 12, núm. 2, 2022, p.13.

20 Alonso Seco, J.M.: «Las nuevas Leyes autonómicas de servicios sociales: hacia un reconocimiento progresivo de los servicios sociales como derechos subjetivos», *Revista Gene-*

[CM/Rec(2014)2] del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores, que exige a los Estados garantizar su bienestar integral tanto si permanecen en su domicilio como si prefieren residir en un centro. Todo ello sin olvidar que el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad, lo que ha llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a reafirmar el carácter de principio general del Derecho de la Unión que alcanza esta concreta prohibición[21].

El último informe de la OMS sobre el edadismo de 2021 insta a los poderes públicos a que actúen con urgencia para erradicar las conductas antisociales y discriminatorias contra las personas mayores, reconociendo a la vejez como verdadero derecho humano, lo cual implica, a su vez, una humanización de los cuidados en cualquier emplazamiento geográfico. Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha establecido recientemente un plan de acción de proyección mundial a favor de las personas mayores denominado «Década de Envejecimiento Saludable 2020-2030», que tiene como uno de sus objetivos: prestar servicios de atención integrada centrada en las personas mayores que responda a sus circunstancias reales (incluidas, por tanto, las geográficas), proporcionando acceso a la asistencia individualizada a largo plazo a todos los posibles necesitados[22.]

Además, la Estrategia Fondo Social Europeo+ 2021-2027 contempla, como Objetivo Político 4: una Europa más social mediante la aplicación del pilar europeo de derechos sociales, señalando como amenaza latente a la hora de lograr el objetivo de inclusión pretendido el cambio demográfico (el envejecimiento, la pérdida de población, la baja densidad, la caída de la natalidad, la imbricación de la variable género…), al entender que tiene repercusiones económicas, sociales, culturales y territoriales y que supone un desafío para la sostenibilidad de nuestro Estado del Bienestar, y puede poner en riesgo la cohesión social, la vertebración territorial y del modelo de convivencia. Deja claro que este cambio demográfico afecta, fundamentalmente, a las áreas rurales. Para afrontar ese reto entiende que deberá garantizarse la prestación y acceso a servicios básicos en condiciones de equidad, adaptada a las características de cada territorio, trabajando, junto con las Administraciones de las Entidades Locales, para propiciar un desarrollo local, una generación de oportunidades de empleo decente y también contribuir a la fijación de la población en el territorio, así como, a la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos.

---

ral de Derecho Administrativo, núm. 45, 2017, p. 2.

21 STJUE de 19 de enero de 2010, C-555/07, asunto Kükükdeveci.

22 Perán Quesada, S.: «La edad como factor discriminatorio», en AA.VV (Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F., Dir.*): La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países iberoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022, p. 465.

Asimismo, la Estrategia Europea de Cuidados de 7 de septiembre de 2022 tiene un doble objetivo: garantizar unos servicios asistenciales de calidad, asequibles y accesibles en toda la Unión Europea, y mejorar la situación tanto de quienes reciben los cuidados como de las personas que los cuidan, profesional o informalmente. Bajo tales premisas, la Recomendación del Consejo de 8 de diciembre de 2022 sobre acceso a cuidados de larga duración de alta calidad asequibles señala en su punto 5 que: los Estados miembros deben «adaptar permanentemente a la demanda la oferta de servicios de cuidados de larga duración, ofreciendo al mismo tiempo una combinación equilibrada de opciones y contextos… a fin de satisfacer las diferentes necesidades de cuidados de larga duración, y apoyando la libertad de elección de las personas que necesitan cuidados y su participación en la toma de decisiones, entre otras cosas: a) desarrollando o mejorando la atención domiciliaria y los cuidados basados en la comunidad; b) colmando las brechas territoriales en la disponibilidad de cuidados de larga duración y el acceso a ellos, en particular en las zonas rurales y en proceso de despoblación; c) implantando soluciones digitales y tecnologías innovadoras accesibles en la prestación de servicios asistenciales, también para facilitar la autonomía y la vida independiente, y abordando al propio tiempo los problemas que pueda plantear la digitalización; d) garantizando que los servicios e instalaciones de cuidados de larga duración sean accesibles para las personas con discapacidad y necesidades específicas, y respetando el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir de forma independiente en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás; y e) garantizando que los servicios de cuidados de larga duración estén bien coordinados con los servicios de prevención, de envejecimiento saludable y activo y de salud, y que respalden la autonomía y la vida independiente, restaurando en la medida de lo posible las condiciones físicas o mentales o previniendo su deterioro[23].

Todo ello sin olvidar la Resolución de 11 de octubre de 2023 del Consejo de Derechos Humanos, sobre la importancia de los cuidados y el apoyo desde una perspectiva de derechos humanos, que pone de manifiesto cómo el trabajo de cuidados (como actividad ejercida la mayor parte de veces de forma no remunerada por la mujer en el hogar), debe ser contemplado bajo una perspectiva de género, justamente para evitar la brecha que su realización impone en el pleno ejercicio de derechos sobre todo de carácter laboral[24].

Descendiendo al sistema español y teniendo en cuenta el marco pautado por Naciones Unidas en la Agenda 2030 que encomienda a los distintos países realizar los esfuerzos pertinentes para garantizar el bienestar de las personas mayores, protegiendo sus derechos humanos, su seguridad econó-

23 Rodríguez Escanciano, S.: *Despoblación, envejecimiento y servicio público de cuidado: apostando por los empleos verdes*, Pamplona, Aranzadi, 2023, pp. 53 y ss.

24 Camas Rodas, F.: «La estrategia europea de cuidados desde una aproximación jurídico-laboral», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 20, 2024.

mica, el acceso a la atención sanitaria, a las redes de apoyo formal e informal, al aprendizaje permanente y a los cuidados[25], el Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030 en España apuesta claramente a favor de la dignificación de las condiciones de vida en la tercera edad[26].

Digno de mención es, a la postre, que la Ponencia de estudio constituida en el Senado en 2021 sobre el proceso de envejecimiento en España recoja, como recomendación, tras las ponencias habidas y las conclusiones formuladas, la obligación de «garantizar los derechos de las personas mayores y combatir el edadismo, para promover una sociedad para todas las edades»[27], todo ello con el fin de descargar a las familias y, sobre todo, a las mujeres de unas obligaciones propias de un Estado Social avanzado.

En fin, estos desiderátum cuentan con el marco jurídico diseñado con la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (LD), a partir de la cual se da un paso decisivo en España en la creación de un cauce tendente a garantizar las condiciones básicas del ejercicio de los derechos de las personas mayores, y a velar por aquellos que necesitan instrumentos de apoyo para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria[28].

3.- La Ley de Atención a la Dependencia: servicios y prestaciones

Esta Ley representa la voluntad del Estado de intervenir en esta materia, diseñando un modelo de «asistencia social externa al sistema institucional de la Seguridad Social», justificado en el art. 149.1.1 CE, que reconoce al poder central la competencia «exclusiva» para «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»,

25 Baviera Puig, I.: «Desarrollo sostenible, transformación digital y atención a las personas: oportunidades y riesgos del envejecimiento demográfico», *Adapt. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 1, 2020, p. 153.

26 http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/PLAN%20DE%20ACCION%20PARA%20LA%20IMPLEMENTACION%20DE%20LA%20AGENDA%202030.pdf

27 https://www.mayoresudp.org/wp-content/uploads/2022/02/Informe-de-la-Ponencia-de-estudio-sobre-el-proceso-de-envejecimiento-en-Espana.pdf

28 Rodríguez Escanciano, S.: «Dificultades de los servicios sociales en las zonas rurales con especial atención a las personas de edad avanzada», en AA.VV (Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta, H., Dirs.): *La economía social como palanca para la sostenibilidad en los territorios rurales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 121 y ss.

implementando a tal fin tres niveles de actuación (art. 7): uno de protección mínimo establecido por la Administración General del Estado; otro segundo acordado entre la citada Administración y la de cada una de las Comunidades Autónomas; y un tercer nivel adicional que puede establecer cada Autonomía[29].

La LD pretende la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, con la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio español[30], acompañado de una herramienta fundamental, auténtica «llave»[31], cual es el baremo de valoración que es homogéneo para todo el territorio nacional[32], respetando, al tiempo, la legítima capacidad de intervención de las Comunidades Autónomas y manteniendo inmodificada la titularidad de la red de servicios sociales de las respectivas Autonomías[33], dentro de la cual se instala.

La tramitación del expediente administrativo culmina con una resolución que reconoce los servicios y prestaciones más adecuados a la situación personal, familiar y del entorno de la persona solicitante, concretados en el programa individual de atención[34] (con sus respectivas intensidad, extensión y duración), contando «con la participación, previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas por parte del beneficiario y, en su caso,

29 Durán Bernardino, M.: «La distribución constitucional y legal de competencias en el modelo de protección social a la dependencia», *Aranzadi Social*, núm. 8, 2013 (BIB 2013/2373).

30 García Ninet, J.I.; De Vicente Pachés, F. y Garrigues Giménez, A.: «Configuración técnica de los servicios sociales y régimen jurídico», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras,* Granada, Comares, 2008, p. 1177.

31 Mercader Uguina, J.R.: «Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia», *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, p. 162.

32 Barrios Baudor, G.: «La dependencia y su valoración», en AA.VV (MOLERO MARAÑÓN, M.ª L., Coord.): *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia,* Madrid, Cinca, 2013, p. 43.

33 Rodríguez Escanciano, S.: «Los cuidados en la vejez como servicio social público esencial: hacia una cobertura integral», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020, pp. 99 y ss.

34 Llano Sánchez, M.: «El marco procedimental del sistema de atención a la dependencia: balance crítico de los desarrollos normativos y de la práctica administrativa», *Documentación Laboral*, núm. 102, 2014, vol. III, p. 140 ó Molero Marañón, M.L.: *Bases, evolución y retos de la Ley de Dependencia a los diez años de su aprobación*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 23.

de su familia o entidades tutelares que le representen» (art. 29.1 de la LD)][35]. Las posibles alternativas son las siguientes[36]:

1.- Teleasistencia, que facilita la puesta en contacto mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información, proporcionando a través de un dispositivo respuesta profesional inmediata ante situaciones de emergencia, de inseguridad, soledad o aislamiento, lo cual evita o retrasa el internamiento en un centro residencial[37].

2.- Ayuda a domicilio, constituida por el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en la vivienda de las personas necesitadas con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria, así como domésticas o del hogar, esto es, limpieza, lavado o cocina, ligadas estas últimas a su atención personal[38].

3.- Centro de día y de noche, el cual ofrece una atención integral durante el período diurno o nocturno con el objetivo de mejorar o mantener el nivel más óptimo posible de autonomía personal, apoyando a las familias o cuidadores. Dentro de este canal, se reconoce un servicio de manutención y restauración a los usuarios, se prestan atenciones y ayudas personales, se hace un seguimiento y tratamiento de la salud, se realizan actividades de prevención y promoción de hábitos saludables, de rehabilitación, mantenimiento y terapéuticas, se proporcionan eventos socioculturales y se ofrece orientación a la familia, transporte adaptado y asistencia durante el transporte diario[39].

---

35 García Ninet, J.I.; De Vicente Pachés, F. y Garrigues Giménez, A.: «Configuración técnica de los servicios sociales y régimen jurídico», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras,* Granada, Comares, 2008, p. 1163.

36 Molero Marañón, M.L.: «El espacio de las prestaciones económicas en la protección social de las personas dependientes: una reflexión sobre el sistema de cuidados deseable», *Temas Laborales*, núm. 102, vol. III, 2014, p. 167 ó Hueti-García, A.; Chaverri-Carvajal, A. y Morales-Romo, N.: «El sistema para la autonomía y atención a la dependencia en España (SAAD). Memoria de debilidades desde su implantación», *Prisma Social*, enero, 2021, p. 35.

37 Resolución de 15 de enero de 2018, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre determinación del contenido del servicio de teleasistencia básica y avanzada. Rodríguez Martín-Retortillo, M.C.: «Los contratos de teleasistencia en la doctrina de los Tribunales administrativos de contratación», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 23, 2019, pp. 339 y ss.

38 Rodríguez Cabrero, G.: «Los cuidados de larga duración en España: Contexto, debates, políticas y perspectivas de protección social», en AA.VV (Rodríguez, P.; Aguado, A.L; Carpintero, A., Coords): *Discapacidad y envejecimiento*. Colección Solidaridad 19, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2003, p. 66.

39 Durán Bernardino, M.: «La evolución de la acción protectora de las prestaciones de servicios. Impacto de las últimas reformas», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Dependencia (long term care) y empleo en el Estado del Bienestar*, Pamplona, Aranzadi, 2017, pp. 219.

4.- Internamiento residencial, que ofrece servicios continuados de carácter personal y sanitario, prestados en centros habilitados al efecto y dotados con mecanismos necesarios para atender las distintas intensidades de cuidados requeridos en función de las circunstancias personales.

5.- Junto a los anteriores, cabe aludir también a los servicios planificados *ex ante*, esto es, para evitar situaciones de dependencia, cuyo objeto es «prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y sus secuelas mediante el desarrollo coordinado entre los servicios sociales y de salud de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas discapacitadas y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización completos» (art. 21 LD). E, igualmente, los de promoción de la autonomía personal, cuya finalidad es «desarrollar y mantener la capacidad personal de controlar, afrontar y tomar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias y facilitar la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria», incluyendo «asesoramiento, orientación, asistencia y formación en tecnologías de apoyo y adaptaciones que contribuyan a facilitar la realización de las actividades de la vida diaria, los de habilitación, los de terapia ocupacional así como cualesquiera otros programas de intervención que se establezcan con la misma finalidad» (art. 6 Real Decreto 1051/2013).

Por su parte, tres son las prestaciones económicas fijadas con carácter secundario, bien al quedar supeditadas a la imposibilidad de atención mediante el catálogo de servicios, como sucede con la ayuda económica vinculada al servicio que sufraga parcialmente su adquisición en el mercado recurriendo a entidades privadas (art. 17)[40], bien por estar concebidas de forma excepcional como se produce con la subvención para cuidados en el entorno familiar (art. 18), o bien por venir restringido su campo de actuación a la contratación de una persona como sucede con el auxilio de asistencia personal (art. 19)[41]. En todo caso, el beneficiario recibe una cantidad pero debe afectar su uso a la estricta finalidad de la adquisición del servicio asistencial o personal[42].

---

40 Con cuantías de importes insuficientes. La prestación vinculada para abonar una plaza de atención residencial oscila en torno a los 423 €/mes (Grado II) y 531€/mes (Grado III). https://directoressociales.com/wp-content/ccaa2021/INFO%20GLOBAL%20XXI%20DICTAMEN%202022%20Def%20%283%29.pdf

41 Molina González-Pumariega, R.: «Los servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia tras seis años de funcionamiento», en AA.VV (Molero Marañón, M.ª L., Coord.): *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia,* Madrid, Cinca, 2013, p. 111. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 7 de diciembre de 2023 (C-518/22) admite la preferencia por los asistentes personales de una determinada franja de edad expresada por la persona con discapacidad

42 González Ortega, S.: «Protección social (arts. 39, 41, 49 y 50 CE)», en AA.VV (García Murcia, J., Ed.): *La Constitución del trabajo*, Oviedo, KRK, 2020, p. 764.

4.- La apuesta por el cuidado como servicio público: quiebras

Al calor de este catálogo de servicios y prestaciones puede vislumbrarse con nitidez que la LD pretende desplazar el cuidado de las personas mayores desde los entornos familiares a entramados institucionalizados, bien en centros *ad hoc*, bien en el propio domicilio a través de personal externo especializado. Se trata de romper, pues, con la organización social tradicional del cuidado en España donde ha predominado una concepción de tal actividad como no remunerada, asumida por mujeres en el ámbito familiar apostando por el tránsito desde el entendimiento de «los cuidados a las personas mayores como un asunto privado de las familias hacia un asunto público del poder gubernativo»[43].

La LD intenta superar este modelo de «*familismo*», que no permite atender a las crecientes necesidades actuales de cuidado de una población cada vez más envejecida y atomizada, al tiempo que limita o impide el acceso de las mujeres al mercado de trabajo, reconociendo un derecho universal y subjetivo al cuidado por parte de las personas mayores[44].

Ahora bien, pese a que la voluntad de la LD es la de descargar a las familias y, sobre todo, a las mujeres, de las tareas de cuidado mediante la profesionalización de los servicios donde terceras personas asumen la atención a «familiares ficticios»[45], lo cierto es que el impacto en la consecución de este objetivo ha sido mucho menor del esperado. Dos factores inciden en este déficit[46]: en primer lugar, el recurso a las prestaciones económicas para el cuidado en el entorno familiar, concebidas en la LD para jugar un papel residual, se ha convertido en el principal bastión o, en palabras de la OCDE[47], la «columna vertebral» del sistema; en segundo término, la baja intensidad tanto de los servicios residenciales como de proximidad en un contexto de infrafinanciación crónica del sistema.

---

43 Peterson, E.: «Cambios en el cuidado de personas mayores en Suecia: trabajo formal, cuidado familiar y servicio doméstico», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 546.

44 Moré Corral, P.: «El trabajo de cuidados en las residencias de personas mayores», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 477.

45 Moré Corral, P.: «El trabajo de cuidados en las residencias de personas mayores», cit., p. 475.

46 Martínez López, R. y Roldán Ayuso, S.: «Estudio estadístico de los tiempos de vida: tiempo de actividad laboral y trabajo de cuidados», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 284.

47 https://www.oecd.org/els/health-systems/47902750.pdf

La escasez de personal dedicado profesionalmente a los cuidados a las personas mayores, sus deficientes condiciones laborales, la exigua calidad de los servicios y la escueta cobertura ante una deficiente financiación pública, ha dado como resultado una «re-familiarización» de las asistencias. En efecto, un porcentaje cuantitativamente elevado de cuidados continúan siendo dispensados en el ámbito familiar a cargo de mujeres, lo cual reduce su participación en el mercado de trabajo a través de un abandono o renuncia total del mundo laboral o recurriendo un minoración de horas de actividad laboral, con las pérdidas económicas y de oportunidad provocadas por estas razones y la sujeción altruista a una actividad de gran esfuerzo físico y emocional[48], En concreto, en el tercer trimestre de 2022, de un total de 68,252 cuidadores no profesionales con convenio especial, 60.504 son mujeres (88,6 por 100), frente a 7.748 hombres (11,4 por 100)[49].

Es más, los índices de creación de empleo han sido menores de los esperados y, al tiempo, las ocupaciones vinculadas a los cuidados profesionales presentan rasgos claros de precariedad (temporalidad, parcialidad, escasas retribuciones, siniestralidad, intensidad horaria…), siendo desarrolladas principalmente por mujeres. Según datos del IMSERSO, en residencias hay 5,6 trabajadoras mujeres por cada trabajador hombre y en los servicios sociales sin alojamiento la proporción es de 3,1 mujeres por cada hombre[50].

5.- Segregación horizontal y brechas de género

La demarcación sexual constituye uno de los determinantes esenciales del mercado de trabajo, que, como regla general, no es mixto. Hombres y mujeres no se ven distribuidos de modo igual entre los sectores de actividad, lo cual conduce a pensar en empleos y puestos de mujeres y de hombres.

La segregación horizontal genera un reparto de tareas en atención al género, de forma que los quehaceres que suelen desarrollar ellos y ellas no coinciden en muchos casos, pues constituyen prolongación de los roles sociales (productivo y reproductivo) que respectivamente les han sido atribuidos, por lo que trabajadores y trabajadoras se enfrentan a cometidos profesionales distintos. Las mujeres se concentran en mayor medida en ciertos sectores productivos y ocupaciones, especialidades o puestos de trabajo en

48 Sanz Saez, C.: «El trabajo de cuidados en los hogares: cuidadoras informales, trabajadoras del hogar y trabajadoras al servicio de ayuda a domicilio», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 446.

49 Instituto de mayores y Servicios Sociales. https://imserso.es/documents/20123/120137/inf_empleo_ss_3trim_2022.pdf/df32dc35-8fe1-b28d-d6bd-cbbe1856dabc

50 https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/ssppmm_esp/2020/index.htm

el sector educación, textil, comercio, hostelería o limpieza, mientras los hombres lo hacen en otros diferentes como el sector químico, siderometalúrgico, construcción o ingeniería, mucho mejor retribuidos.

Dentro de este panorama de segregación, el sector cuidados es, sin duda, el sector más feminizado. Aun cuando las trabajadoras del cuidado no son un grupo homogéneo, hay dos características básicas concurrentes en su quehacer profesional: invisibilidad y precariedad. Estas dos circunstancias se manifiestan en el trabajo de cuidado remunerado asociado a la LD (trabajadoras de residencias, centros de día, teleasistencia o, como peldaño más depeuperado, asistencia a domicilio), pero, sin duda, las peores condiciones de trabajo concurren cuando los cuidados se prestan y reciben en el domicilio de la persona dependiente, a través de la figura de los cuidados informales o mediante la relación laboral especial de servicio en el hogar familiar.

El respeto a la dignidad de la persona en situación de dependencia implica, como postulado esencial, que se cuente con la voluntad del afectado en la toma de decisiones sobre su vida personal[51], evitando erróneos estereotipos que asocian a la edad con la falta de capacidad volitiva[52]. Así pues, en el diseño de las dotaciones públicas, deviene necesario tener en cuenta las preferencias y necesidades específicas de la persona dependiente[53], apostando por un verdadero «Modelo de Atención Integral Centrada en la Persona (AICP)» en el que se garantice una libertad absoluta de elección[54].

Bajo tal perspectiva, la estadística arroja datos relevantes, pues el 99 por 100 de las personas mayores prefieren quedarse en su hogar[55], porcentaje que se ha incrementado sustancialmente con el miedo al contagio tras la

51 Llano Sánchez, M.: «El marco procedimental del sistema de atención a la dependencia: balance crítico de los desarrollos normativos y de la práctica administrativa», *Documentación Laboral*, núm. 102, vol. III, 2014, p. 127.

52 Cabezas Casado, J.L. y González Maldonado, M.C.: «La importancia de la participación en la tercera edad», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R., Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2018, p. 329.

53 De Las Heras Hernández, M.M.: «Cambios sustanciales en la protección jurídico-pública de la persona en situación de dependencia: la estrangulada voluntad del beneficiario y de su familia y el alcance de su contribución al sostenimiento del SAAD», *Documentación Laboral*, núm. 102, vol. II, 2014, p. 221.

54 Rodríguez Rodríguez, P.: «La atención integral centrada en la persona (Principios y criterios que fundamentan un modelo de intervención en discapacidad, envejecimiento y dependencia)», *Informes Portal Mayores*, núm. 106, 2010, pp. 1-17.

55 https://www.segg.es/actualidad-segg/2021/02/01/la-segg-plantea-la-transformacion-social-del-envejecimiento-en-el-senado

expansión de la pandemia por la covid-19[56]. Por tal razón, procede centrar la atención en el trabajo de cuidado domiciliario.

5.1.- Auxiliares a domicilio

La rápida expansión del coronavirus en las residencias ha desencadenado cierta crisis de confianza de las personas en situación de dependencia y sus familias en la atención residencial en todo el territorio, especialmente en las Comunidades más afectadas, aumentando todavía más la preferencia generalizada de las personas mayores por la permanencia en el domicilio. Una vez valoradas las circunstancias singulares de cada persona, muy particularmente su mayor o menor deterioro cognitivo y funcional, su biografía (el medio en que ha vivido, las relaciones interpersonales que ha tenido, la profesión que ha ejercido…) y los factores ambientales en los que va a desarrollar su existencia vital (el emplazamiento, la habitabilidad y conectividad de su vivienda), cabe reconocer la atención en su propio hogar, materializada principalmente a través del servicio de ayuda a domicilio, que implica una relación laboral entre el trabajador y la institución pública o privada concertada, siendo esta última quien organiza el trabajo y paga el salario, aun cuando la actividad se desarrolla en el hogar de la persona dependiente[57].

Ahora bien, procede alertar una vez más que el empleo asociado a esta actividad da sobradas muestras de una elevada precariedad, de muy baja retribución, con cuantías inferiores a otros trabajos feminizados en la hostelería y el comercio, y con condiciones especialmente devaluadas, nutrido mayoritariamente con trabajadoras, normalmente asalariadas de empresas externalizadas de pequeñas dimensiones[58]. El trabajo desempeñado es altamente exigente, pues el servicio de ayuda a domicilio implica un cuidado formal individualizado en función de las circunstancias del usuario que responde al principio de permanencia del anciano en su vivienda, recibiendo atención personal para la realización de las actividades de la vida diaria y de las necesidades domésticas[59]. Su carácter preventivo y rehabilitador hace

56 CES: Informe 3/2020. El sistema de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, cit., p. 137.

57 Cabezas Casado, J.L. y González Maldonado, M.C.: «La importancia de la participación en la tercera edad», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R., Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2018, p. 329.

58 Sanz Saez, C.: «El trabajo de cuidados en los hogares: cuidadoras informales, trabajadoras del hogar y trabajadoras del servicio de ayuda a domicilio», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 453.

59 Alonso Seco, J. M.ª y Gonzalo González, B.: *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Madrid, BOE, 1997, pp. 235 y 236.

que, por un lado, intente prevenir situaciones carenciales que incrementen el riesgo de pérdida de independencia: crear hábitos saludables respecto a la higiene o a la alimentación; evitar caídas o accidentes en el hogar mediante acondicionamientos de la vivienda y accesibilidad de enseres y aparatos (ayudas técnicas); así como reforzar los vínculos familiares y sociales. Por otro lado, pretende recuperar capacidades funcionales perdidas, mediante entrenamiento en habilidades para actividades de la vida diaria, tales como vestirse, andar, asearse, hacer las tareas domésticas, comer o regularizar necesidades esfinterianas. En fin, también se orienta al refuerzo de la capacidad de la persona mayor para su comunicación con el exterior, para la realización de actividades lúdicas y recreativas, etc.

A la luz de la Recomendación del Consejo UE de 8 de diciembre de 2022, sobre el acceso a cuidados de larga duración de alta calidad asequibles, prácticamente coincidiendo con el estándar mínimo que marca la LD española, la asistencia a domicilio debería cubrir en su integridad «las actividades de la vida diaria para las que se necesita apoyo (como) pueden ser bañarse, vestirse, alimentarse, acostarse y levantarse de la cama, sentarse y levantarse de una silla, desplazarse, utilizar el retrete y controlar las funciones urinarias e intestinales» y también «las actividades de la vida independiente, a saber actividades instrumentales (…) como la preparación de comidas, la gestión del dinero, la compra de alimentos o artículos personales, la realización de labores domésticas ligeras o pesadas y el uso del teléfono»[60].

Pese a que este cauce es el más demandado por los ancianos, lo cierto es que va acompañado de varios lados oscuros, no por conocidos menos dignos de reiteración, cuales son la precariedad de los profesionales involucrados y la dificultad de su implementación en muchas zonas rurales donde a la dureza de las condiciones de trabajo se unen largos desplazamientos en condiciones climatológicas extremas[61]. Además, todavía sigue siendo escasa la intensidad horaria mensual en la atención dispensada a la luz del Anexo II Real Decreto 675/2023: Grado I: De 20 a 37 horas mensuales; Grado II: De 38 a 64 horas mensuales; Grado III: De 65 a 94 horas mensuales. Tales escuetos parámetros exigen una paralela atención extrasistemática encauzada a través de la familia, lo cual repercute en sentido negativo sobre las mujeres[62].

---

60 Nuñez Fernández, A.B.: «La atención sanitaria a las personas de edad avanzada», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L., et alii, Dirs.): *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 1721.

61 Martínez Rodríguez, T. y Díaz Pérez, B.: «El desarrollo de nuevos servicios de proximidad para la atención de personas mayores que viven en zonas rurales». http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/martinez-desarrollo-01.pdf

62 Agra Viforcos, B. y Megino Fernández, D.: «Los cuidados a la vejez en el entorno rural: aistencia y el domicilio y teleasistencia», en AA.VV (Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta, H., Dirs.): *La economía social como palanca para la sostenibilidad de los territorios rurales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 211 y ss.

Aun cuanto las trabajadoras ocupadas en esta actividad deben aportar formación (titulación de técnico Sociosanitario de Atención a personas Dependientes en el domicilio, auxiliar de ayuda a domicilio o de geriatría, auxiliar de enfermería o certificados de profesionalidad de la rama), sus remuneraciones son escasas (prácticamente coincidentes con el salario mínimo interprofesional), asumen una acumulación de tareas, que muchas veces exigen sobreesfuerzos físicos (encamados, personas obesas o con movilidad reducida), con escuetos márgenes temporales y muchas veces son reclutadas a tiempo parcial[63]. Además, no cuentan con adecuados protocolos de evaluación de riesgos y deben de realizar varios desplazamientos entre domicilios, con la posibilidad de sufrir accidentes in itinere y la pérdida de espacios de tiempo de trabajo efectivo. Todo ello unido a una escasa presencia sindical y una insignificante posibilidad de presión[64].

Es más, en muchos casos, las auxiliares a domicilio deben responsabilizarse del manejo de avanzados mecanismos técnicos, pues en el momento presente la teleasistencia no puede consistir únicamente en la dotación de un dispositivo de seguridad de fácil manipulación y de una conexión telefónica, sino que es necesario aprovechar los avances de la domótica para dispensar un servicio más completo con detección de movimiento, geolocalización dentro y fuera del domicilio (incluyendo el establecimiento de un área de seguridad, superada la cual salta un aviso en la centralita), monitorización de constantes, convulsiones, presión arterial o enuresis, detección de riesgos o emergencias por incidencias sobrevenidas (escapes de gas, de agua, de fuego y otras), descubrimiento de alteraciones en los hábitos o rutinas (que pueden poner de manifiesto circunstancias que requieran atención), incluidas posibles caídas, terapia emocional diaria, gestión de consultas médicas, tele-estimulación cognitiva, tele-rehabilitación física y funcional, seguimiento nutricional, auxilio en movimientos, soporte al tratamiento farmacológico o protocolos especiales (atención en situaciones de duelo o ante contingencias y grandes catástrofes o prevención del maltrato y del suicidio, por ejemplo)[65].

5.2.- Cuidadoras informales

Sin lugar a dudas la prestación estrella de la LD en cuanto al número de usuarios es la de cuidados en el entorno familiar, desarrollada principalmente

63 Revuelta Alonso, M.L.: «La ayuda a domicilio como servicio de proximidad en el contexto social actual», *Humanismo y Trabajo Social*, Vol. 15, 2015, pp. 112 y ss.

64 Agra Viforcos, B. y Megino Fernández, D.: «Los cuidados a la vejez en el entorno rural: asistencia y el domicilio y teleasistencia», en AA.VV (Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta, H., Dirs.): *La economía social como palanca para la sostenibilidad de los territorios rurales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 211 y ss.

65 Sancho Castiello, M. y Díaz Martín, R.: «Atención a las personas mayores en su entorno: teleasistencia, ayuda a domicilio y centros de día», *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 30, 2007, p. 163.

por mujeres, dedicadas en exclusiva a dispensar atenciones a un familiar dependiente en su hogar, que no solo renuncian a realizar una actividad retribuida fuera de tal marco, sino que pierden toda expectativa laboral[66]. En la actualidad, según los datos de afiliación a la Seguridad Social, hay un total de 68.021 personas cuidadoras no profesionales, de las cuales 7.715 son hombres y 60.305 mujeres. Así, las mujeres que prestan cuidados no profesionales con cargo a la LD representan el 89 % (3 de cada cuatro casos) siendo las hijas quienes se encargan mayoritariamente.

La LD define esta herramienta como la atención dispensada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas «de su familia o de su entorno» con una característica principal que marca todo el régimen jurídico: la carencia de profesionalidad en su desarrollo, si bien se exige que la persona cuidadora cuente con capacidad física, mental e intelectual suficiente para llevar a cabo adecuadamente por sí misma las funciones de atención y cuidado, así como que no tenga reconocida la situación de dependencia[67].

Evidentemente maneja el legislador unas nociones ambiguas que han sido acotadas por la normativa reglamentaria de desarrollo, dando cabida tanto al cónyuge o pareja de hecho y parientes «por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el cuarto grado de parentesco», así como a las personas de su entorno relacional que, a propuesta de la persona en situación de dependencia, estén en condiciones de prestarle los apoyos y cuidados necesarios para el desarrollo de la vida diaria (art. 12.2 Real Decreto 675/2023)[68], siempre que convivan en el mismo domicilio de la persona dependiente cuando tenga reconocido el grado II o III, la persona en situación de dependencia esté siendo atendida mediante cuidados en el entorno en el momento de elaboración o de revisión del programa individual de atención, la persona cuidadora cuente con idoneidad para prestar adecuadamente los apoyos y cuidados, asuma formalmente los compromisos necesarios para prestar los apoyos y cuidados de la persona en situación de dependencia, realice las acciones formativas que se le propongan y facilite el acceso de los servicios sociales de las Administraciones públicas competentes a la vivienda de la persona en situación de dependencia con el fin de comprobar el cumpli-

66 González Ortega, S.: «El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia de los mayores en la Ley 39/2006», *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, pp. 297 y ss.

67 Ríos Mestre, J.M.: «La protección social de las personas cuidadoras de dependientes, tanto profesionales como no profesionales», en AA.VV (García Romero, B. y López Aniorte, M.C., Dirs.): *Protección social del trabajo de cuidados*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 218.

68 Roqueta Buj, R.: «Las prestaciones económicas», en AA.VV (Roqueta Buj, R., Coord.): *La protección de la dependencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 461.

miento de los requisitos o variación de las circunstancias, previo consentimiento de la persona beneficiaria (Real Decreto 675/2023)[69].

Tales exigencias confieren un rostro eminentemente femenino a quienes dispensan estos cuidados, que asumen una enorme responsabilidad y exigencia extrema, pues deben controlar la ingesta de fármacos en usuarios polimedicados, actuar en situaciones de emergencia, o llevar a cabo prácticas rehabilitadoras a menudo indispensables para el bienestar real de la persona en situación de dependencia[70]. Según los datos de la Asociación Estatal de Directoras y Gerentes de Servicios Sociales, estas mujeres se ocupan en un porcentaje muy elevado de grandes dependientes (3 de cada 10) o dependientes severos (4 de cada 10). Por edades, un 45,7 por 100 tiene entre 50 y 66 años y sólo un 28,8 por 200 es más joven. Un 25,5 por 100 de los cuidadores supera los 65 años e incluso en un 7,5 por 100 de los casos sobrepasa los 80 años. En suma, el perfil más frecuente del cuidador familiar sería el de una mujer entre los 50 y los 65 años que cuida a su padre o a su madre (57,2 por 100), a su pareja (16,8 por 100) o a su suegro (10,1 por 100)[71].

Así pues, las mujeres mayores, de manera destacada en el ámbito rural, se han convertido en un elemento provisor clave del bienestar de sus familias ante la falta de recursos sociales públicos orientados a la atención de personas ancianas en sus hogares, lo cual expresa no sólo la continuación de un rol femenino naturalizado sino un desgaste físico y emocional difícil de soportar ante la dureza de la actividad desarrollada[72].

En cuanto a la dinámica objetiva de esta prestación, cabe señalar que se reconoce legalmente a favor de la persona dependiente en una escasa cuantía, y no del cuidador familiar, de manera que el perceptor es libre para proporcionar el destino que le parezca más oportuno al montante económico: contratar a personas que complementen la asistencia o cuidado del hogar,

69 Martínez Barroso, M.R.: «La atención a la dependencia en el mundo rural», en AA.VV (Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta, H., Dirs.): *La economía social como palanca para la sostenibilidad de los territorios rurales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 227 y ss.

70 Aragón Gómez, C.: «La protección social del cuidado en el entorno familiar», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 678.

71 Fernández Collados, M.ª B.: «Los cuidados en el entorno familiar más de una década después: los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210, 2018, p. 12.

72 Molina Navarrete, C.: «El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros),* núm. 297, 2007, pp. 397 y ss. ó Fontecha López, A.: «Empleo y sistema para la autonomía y atención a la dependencia», *Documentación Laboral*, núm. 102, vol. III, 2014, p. 91.

ahorrarlo o entregárselo al cuidador[73]. En este último caso, el cuidador no profesional se convertiría en beneficiario indirecto o reflejo[74], si bien el auxilio monetario no puede servir como retribución a dicho sujeto, puesto que la vinculación entre dependiente y cuidador tiene carácter familiar sin que pueda mercantilizarse[75]. La inexistente relación contractual entre el cuidador informal y la persona dependiente provoca que quien desempeña dicha tarea lo haga de manera altruista por razón del vínculo de parentesco y afectivo, razón por la cual es menester parar la atención también, siquiera brevemente, en el problema particular que ha venido planteando la situación en que se encontraban estos cuidadores (normalmente, como ya consta, mujeres vinculadas con el dependiente por lazos de parentesco o, excepcionalmente, del entorno), que se dedican en exclusiva a las tareas de cuidado, pues, en situaciones extremas, después de muchos años dedicados a atender a una persona dependiente, al cesar en esta tarea, se podían encontrar sin la posibilidad de ingresar en un trabajo, fuera por cuenta ajena o autónomo, o con tan corto período de cotizaciones que resultara imposible obtener pensiones de jubilación o de invalidez en su nivel contributivo por falta del período de carencia, e incluso en el nivel no contributivo si tenían algunas rentas o ingresos propios que superaran los mínimos establecidos[76] .

En el ordenamiento español, es sabido que, de conformidad con lo previsto en el art. 2.1 d) Real Decreto 1620/2011, quedan excluidos del marco de la relación laboral de carácter especial de empleados de hogar los cuidadores informales o del entorno de la persona dependiente que le prestan atención domiciliaria, pues la configuración no profesional de esta dispensa excluye la retribución (habida cuenta el destinatario del auxilio económico es el dependiente), no considerándose, por lo tanto, de carácter laboral ni, en consecuencia, dando lugar a relación de trabajo informal, pese a que hasta el 15 de julio de 2012 —fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012—, quedaba incluida, de forma obligatoria, en el régimen general de la Seguridad Social mediante un convenio especial[77]. En efecto, el Real

---

73 Barcelón Cobedo, S.: «Seguridad Social y prestaciones en favor de cuidadores no profesionales», en AA.VV (González Ortega, S., Dir.): *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, Madrid, CES, 2013, pp. 387 y ss. ó Durán Bernardino, M.: «La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reformas», *Temas Laborales*, núm. 124, 2014, pp. 172-173.

74 Molero Marañón, M.L.: «Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente», *Revista de Derecho Social*, núm. 89, 2020, p. 52.

75 Barcelón Cobedo, S.: «Seguridad Social y prestaciones en favor de cuidadores no profesionales», en AA.VV (González Ortega, S., Dir.): *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, Madrid, CES, 2013, pp. 387 y ss.

76 Miñarro Yanini, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Madrid, Reus, 2013, p. 19.

77 Selma Penalva, A.: «La feminización del trabajo de cuidados. Inconvenientes y soluciones», en AA.VV (López Aniorte, C. y García Romero, B., Dirs.): *Envejecimiento, cuidados y*

Decreto 615/2007 dispuso la inclusión de los cuidadores no profesionales en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción de un convenio especial sin necesidad de acreditar cotización previa. Las cuotas eran pagadas con cargo a fondos públicos, en concreto, por el IMSERSO que firmaba al efecto el oportuno convenio con la Tesorería (art. 2.1)[78]. A lo que había que unir la cotización también por la Administración General del Estado en materia de formación mediante un tipo reducido (art. 4.4 y 5), incluyendo a los cuidadores no profesionales dentro de las acciones formativas de oferta dentro del subsistema de formación profesional para el empleo (disposición final 3.ª). Con este modelo, ni los cuidadores, ni tampoco las personas dependientes, tenían que participar económicamente en dichas cotizaciones. Una medida que resulta, sin duda, plausible si tenemos en cuenta que el 73 por 100 de los cuidadores informales no realizan actividad retribuida. Únicamente en aquellos casos en los que el cuidador decidiera elevar o mantener la base por encima de lo establecido con carácter ordinario (tope mínimo del régimen general), asumiría personalmente la diferencia[79].

El descrito entramado de protección de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales instaurado por el Real Decreto 615/2007 representó un indudable avance en la dignificación y reconocimiento de los cuidados al permitir el tránsito de una situación de invisibilidad a la definición de un estatuto ocupacional mínimo. Sin embargo, el Real Decreto Ley 20/2012 dio un golpe de timón a la protección social de los cuidadores no profesionales desde el momento en que puso fin al pago por la Administración General del Estado de las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social de tal colectivo y pasó a convertirlo en una posibilidad voluntaria para los referidos cuidadores, recayendo, en su caso y de modo exclusivo, el coste del mismo sobre ellos (disposición adicional 8.ª)[80]. En paralelo, se suprimió también la cotización de la Administración General del Estado en materia de formación. Desde ese momento, el mecanismo del convenio especial pasó a ser de utilización opcional, debiendo ingresar el cuidador las cotizaciones a su exclusiva costa como si fuera un trabajador autónomo. Como era de esperar, el número de convenios especiales de cuidadores no profesionales de personas

dependencia: hacia una protección social con perspectiva de género, Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 36.

78 Martínez Barroso, M.R.: «La atención a la dependencia en el mundo rural», en AA.VV (Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta, H., Dirs.): *La economía social como palanca para la sostenibilidad de los territorios rurales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 227 y ss.

79 Aragón Gómez, C.: «La protección social del cuidado en el entorno familiar», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 675.

80 Lozano Lares, F.: «Los déficits de protección social del trabajo femenino», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 58, 2021, p. 122.

en situación de dependencia descendió drásticamente y de forma inmediata a la luz de esta previsión. Afortunadamente, en virtud del Real Decreto Ley 6/2019, la Administración General del Estado se ha vuelto a hacer cargo de la cuota correspondiente a los convenios especiales con la Seguridad Social para estos cuidadores no profesionales, recuperando el régimen anterior a la reforma de 2012, lo cual resulta de interés para las mujeres aunque no soluciona del todo el problema[81].

El convenio especial se liga, así, de forma inexorable con el reconocimiento y pago al dependiente de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, que implica la designación como persona cuidadora, con el fin de que esta última pueda acceder en un futuro a las prestaciones por muerte y supervivencia, jubilación e incapacidad permanente, derivadas tanto de contingencias comunes como profesionales. No obstante, quedan extramuros de protección, tanto el desempleo como la incapacidad temporal, pese a que los problemas de salud son relativamente habituales[82]. Asimismo, quedan desprotegidas otras frecuentes situaciones, en las que también se necesitan cuidados, pero no se presenta una merma en las facultades psíquicas, físicas o sensoriales previsiblemente definitivas, sino meramente temporales, tal y como sucede, por ejemplo, ante convalecencias tras un accidente o enfermedad con perspectivas de recuperación a medio plazo o ante reducciones de capacidades que no han merecido la calificación ni siquiera de dependencia moderada[83].

Lamentablemente, ni las rentas mínimas autonómicas, ni tampoco la nueva prestación social aprobada por el Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, se ocupan de atender específicamente el déficit de ingresos de estas cuidadoras, pues se trata de prestaciones asistenciales condicionadas a la demostración del estado de necesidad y a una ineludible obligación de inserción laboral que difícilmente van a poder cumplir unas mujeres que han sido excluidas del mercado de trabajo precisamente por tener que dedicarse a los cuidados[84].

A la vista de tal regulación, la conclusión se presenta obvia: no se puede seguir admitiendo un cuidado de 24 horas los 7 días de la semana, sin remuneración alguna, deviniendo necesario modificar la LD para crear una nueva

81 Fernández Orrico, F.J.: «Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales», *Revista Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, p. 97.

82 Lozano Lares, F.: «Los déficits de protección social del trabajo femenino», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 58, 2021, p. 122.

83 Ramos Toro, M.: «El trabajo de cuidados de las personas mayores en el hogar», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 540.

84 Sánchez-Terán Hernández, J.M.: «En las fronteras del contrato de trabajo: el cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros)*, núm. 70, 2008, p. 38.

categoría de «cuidadora asalariada» capaz de incluir a estas mujeres, asociada al disfrute de una renta básica de carácter individual dotada de un importe digno, condicionada a la demostración de la imposibilidad de acceder al mercado de trabajo o de hacerlo en condiciones muy precarias, a consecuencia, precisamente, de la dedicación en exclusiva o de forma prioritaria al trabajo de cuidados no remunerados[85]. Muy importante es, asimismo, proporcionar a estas mujeres formación, apoyo psicológico y mecanismos de respiro, con el fin de que puedan contar con el tiempo de descanso necesario para reponer fuerzas físicas y mentales en una actividad harto extenuante[86].

En esta línea, la Recomendación del Consejo de 8 de diciembre de 2022, sobre acceso a cuidados de larga duración asequibles, encarga a los Estados miembros «establecer procedimientos claros para identificar a los cuidadores no profesionales y apoyarles en sus actividades asistenciales; facilitar su cooperación con los trabajadores de cuidados de larga duración; respaldar su acceso a la formación necesaria, también sobre salud y seguridad en el trabajo, así como a asesoramiento, asistencia sanitaria, apoyo psicológico y servicios de respiro, y ayudándolos a compaginar las responsabilidades laborales con las asistenciales; proporcionar acceso a protección social o a apoyo financiero adecuado, velando al mismo tiempo por que tales medidas de apoyo no disuadan de participar en el mercado laboral»[87].

Como novedad, la disposición final 1.ª Real Decreto 675/2023 da la posibilidad a las Comunidades Autónomas de mejorar la cuantía de la prestación por cuidados en el entorno familiar[88] para la contratación laboral de un tercero, en cuyo caso, este importe tendrá la consideración de prestación de servicio asociada también a la LD[89].

5.3.- Los cuidados en el domicilio al margen de la Ley de dependencia. Las empleadas de hogar

Los servicios y prestaciones asociados a la LD no agotan todas las posibilidades de atención a las personas dependientes en su propio domicilio,

85 Molero Marañón, M.L.: «Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente», *Revista de Derecho Social*, núm. 89. 2020, p. 56.

86 Selma Penalva, A.: «La (des)protección social de los cuidadores no profesionales», *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 10, 2019, p. 116.

87 Cristobal Roncero, R.: «Los cuidadores familiares y su visualización», en AA.VV: *Protección a la familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral, II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* Vol. 1, Murcia, Laborum 2018, p. 95.

88 Para el Grado III, entre 200 y 455,40 euros; para el Grado II, entre 150 y 315,90 euros; y para el Grado I entre 100 y 180,00 euros.

89 Molero Marañón, M.L.: «El espacio de las prestaciones económicas en la protección social de las personas dependientes: una reflexión sobre el sistema de cuidados deseable», *Documentación Laboral*, núm. 102, vol. III, 2014, p. 168.

pudiendo mencionar la fórmula, altamente feminizada, del cuidado a través del servicio en el hogar familiar. Se trata de un cauce frecuentemente utilizado porque permite al anciano seguir viviendo en el hogar, retrasando o evitando un internamiento no querido, encomendando el peso de las atenciones a una persona ajena a la familia, pero manteniendo su control mediante la función directiva que queda en manos del núcleo familiar, que se encarga de la remuneración[90].

El mayor porcentaje de mujeres involucradas en esta actividad puede deducirse de una simple lectura de los datos de afiliación que proporciona la Seguridad Social, pues están incluidos en el sistema especial de empleados de hogar 17.058 hombres y 358.853 mujeres.

La prestación de actividad se encuadra dentro de una relación laboral especial que une al trabajador con el titular del hogar familiar, regulada por el Real Decreto 1620/2011, que, además de otras múltiples tareas como muestra de una polivalencia inusitada, incorpora en su ámbito de aplicación «el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar» (art. 1.4)[91].

Pese a esta posibilidad, el propio Real Decreto 1620/2011 se encarga de trazar sus fronteras frente a la LD, excluyendo de su ámbito de aplicación: de un lado, «las relaciones de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas, de acuerdo con la LD» [art. 2.1 c)]; de otro, «las relaciones de los cuidadores no profesionales consistentes en la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, de acuerdo con la LD» [art. 2.1 d)] [92].

Una aproximación al perfil real de quienes llevan a cabo trabajo en los hogares familiares dibuja, como ya consta, un colectivo abrumadoramente feminizado, generalmente compuesto por trabajadoras extranjeras, cuyos ingresos están muchas veces de manera fraudulenta por debajo del salario mínimo interprofesional en relación con las horas trabajadas, que no están tuteladas por ningún convenio colectivo ni tampoco lo estaban (hasta 2022 y sigue pendiente de desarrollo reglamentario) por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), realizando, sin

90 Sanz Saez, C.: «El trabajo de cuidados en los hogares: cuidadoras informales, trabajadoras del hogar y trabajadoras del servicio de ayuda a domicilio», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 450.

91 Molero Marañón, M.L.: «Las trabajadoras del cuidado. Por un futuro de trabajo decente», *Revista de Derecho Socia*l, núm. 89, 2019, p. 55.

92 Selma Penalva, A.: «La feminización del trabajo de cuidados. Inconvenientes y soluciones», en AA.VV (López Aniorte, C. y García Romero, B., Dirs.): *Envejecimiento, cuidados y dependencia: hacia una protección social con perspectiva de género*, Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 41.

embargo, largas jornadas, además de un cometido de alta responsabilidad sobre todo si se atiende a una persona que no puede valerse por sí misma[93]. Las personas al servicio del hogar pueden sufrir accidentes y enfermedades que lesionen gravemente su salud, ocasionados por la actualización de riesgos relacionados con las múltiples tareas que realizan en el ámbito del hogar, como la limpieza de la vivienda, el lavado y planchado de la ropa, la cocina y la atención personalizada a personas, muchas veces con dependencias severas. En concreto, los riesgos propios de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar son: 1) relacionados con los productos de limpieza (riesgos químicos); 2) asociados a la seguridad en el hogar (caídas al mismo o distinto nivel, cortes, golpes o choques, atrapamientos, quemaduras, incendios y explosiones y contactos eléctricos); 3) imbricados con la manipulación de alimentos (riesgos biológicos o alergias); 4) derivados del cuidado directo de personas enfermas (riesgos biológicos); 5) ergonómicos (manipulación de cargas, movimientos repetitivos, sobreesfuerzos o malas posturas); y 6) psicosociales (estrés y desgaste emocional, violencia y acoso sexual)[94].

Cierto es que el salario mínimo conlleva una garantía de ingresos para quien vive del trabajo asalariado, con particular incidencia para aquellos trabajadores que no disfrutan del manto protector de un convenio colectivo, tal y como sucede con las empleadas de hogar, donde su cuantía se fija en 8,85 euros/hora. Cierto es también que con la integración de estas trabajadoras en el régimen general a partir de 1 de enero de 2012, se introdujo un cambio significativo relacionado con la fórmula del cálculo de la base de cotización, que dejó de ser tarifada y única para ser sustituida por una lista o escala en función de los niveles salariales, de forma que, lógicamente, será más alta a medida que la retribución lo sea y que el tiempo de servicios prestados sea, igualmente, de mayor entidad. Junto a esta significativa novación, también se modificó la concepción de quiénes deberían de ser los sujetos obligados a cotizar, estableciéndose al efecto que, a partir de la fecha de integración de estos trabajadores en el régimen general mediante el mecanismo del sistema especial, dicha obligación debía ser siempre compartida entre el empleado y el titular del hogar[95].

---

93 Rodríguez Eguío, M.M.: «La protección social del trabajo al servicio del hogar familiar: cuestiones pendientes para un trabajo decente», en AA.VV (García Romero, B. y López Aniorte, M.C., Dirs.): *Protección social del trabajo de cuidados*, Pamplona, Aranzadi, 2022, pp. 171 y ss.

94 Escudero Rodríguez, R.: «La injustificable desconexión legal entre el trabajo de cuidados en el hogar familiar y la protección de la dependencia», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Dependencia (long term care) y empleo en el Estado de Bienestar*, Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 334.

95 Villalba Sánchez, A.: «La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 470, 2022, p. 74.

Ahora bien, esta regulación no ha evitado la existencia de amplias bolsas de fraude, pues, en el mejor de los casos, la cotización se realiza en el escalón mínimo con independencia de las horas realmente realizadas o simplemente al permitirse la cotización por tramos se facilita realizar los ingresos por una base inferior al salario real, repercutiendo negativamente en la cuantía de las prestaciones futuras. Ello sin dejar de reconocer tampoco que la mayoría de las situaciones caen directamente en la economía sumergida y sin olvidar la especialidad peyorativa que también se producía (ahora ya corregida) en relación con la ausencia de tutela por el FOGASA y con la protección por desempleo de la que también carecían, sólo inicialmente paliada en un porcentaje mínimo a raíz de la covid-19, donde el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, estableció un «subsidio extraordinario por falta de actividad» destinado tanto a las empleadas de hogar que hubieran dejado de prestar servicios «total o parcialmente, con carácter temporal», a fin de reducir el «riesgo de contagio», como a las que hubieran visto «extinguido su contrato de trabajo» por despido o por desistimiento del empleador (Resolución de 30 de abril de 2020)[96].

Además, el sector carece de convenio colectivo, lo que obliga a una negociación individual de las condiciones de trabajo con el empleador, desde posiciones de desventaja, lo cual ha motivado una elevada prevalencia de la contratación temporal y a tiempo parcial, la superación de las 40 horas semanales en el caso de trabajadoras internas y la frecuencia de despidos por desistimiento del empleador. A ello se une la difícil fiscalización del cumplimiento de la normativa laboral por parte de la Inspección de Trabajo, al desarrollarse la actividad en un domicilio particular.

Muy criticable resulta, por lo demás, que el Estado Español haya tardado tanto (una década) en ratificar el Convenio 189 de la OIT y corregir este abrupto devenir[97].

Teniendo en cuenta que este tipo de trabajo iba acompañado de un grave déficit en el concepto de trabajo decente, urgía mejorar el escudo social de este colectivo precario (sometido a economía sumergida y a altas tasas de temporalidad y parcialidad de la jornada) y vulnerable a la discriminación múltiple por razón de sexo y origen étnico o edad. Como medida que no cabía demorar por más tiempo, a la vista de las recientes consideraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se encontraba su necesaria cobertura por desempleo, equiparando la protección social de este sistema a la deparada en los regímenes especiales masculinizados, máxime teniendo en cuenta la Sentencia de 24 de febrero de 2022, en respuesta a una petición

96 Miñarro Yanini, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Madrid, Reus, 2013, pp. 10-11.

97 Selma Penalva, A.: «¿Existe trabajo doméstico por cuenta propia?», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 465, 2021, p. 74.

de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo (Pontevedra), que considera que «el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo»[98].

Recientemente, a través del Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, se ha reconocido el derecho de estas trabajadoras al disfrute de la protección por desempleo, a la cobertura por el FOGASA (con el límite de seis mensualidades) y a su inclusión en el régimen tuitivo de la salud laboral (si bien diferido a un desarrollo reglamentario)[99]. Al tiempo, se limitan las facultades de desistimiento del empresario pero se incorpora la posibilidad de extinción unilateral de la relación laboral por la persona empleadora, para los supuestos en que concurra alguna de las tres causas específicas siguientes («siempre que estén justificadas»)[100]: «a) Disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida. b) Modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar. c) El comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora» (nuevo art. 11.2)[101]. La indemnización sigue siendo de doce días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades[102].

---

98 López Aniorte, M.C.: «Hacia un trabajo al servicio del hogar familiar saludable y digno en el horizonte de la sociedad pospandémica», en AA.VV (Ferrando García, F.M., Dir.): *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Albacete, Bomarzo, 2022, p. 347.

99 Benito Benítez, M.A.: «Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de la Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar», *Brief aedtss*. https://www.aedtss.com/el-real-decreto-ley-16-2022-de-6-de-septiembre-para-lmejora-de-las-condiciones-de-trabajo-y-de-seguridad-social-de-las-personas-trabajadoras-al-servicio-del-hogar-familiar/

100 Rodríguez Cardo, I.A.: «El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una revolución inconclusa», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013, p. 163.

101 Lozano Lares, F.: «Los déficits de protección social del trabajo femenino», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 58, 2021, p. 113.

102 López Aniorte, C.: «El déficit de protección de las contingencias profesionales en los trabajos feminizados», en AA.VV (García Romero, B. y López Aniorte, M.C., Dirs.): *Protección social del trabajo de cuidados*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 267.

Se modifica también la forma del contrato de trabajo, estableciéndose que la presunción del carácter indefinido y a jornada completa de la relación laboral se producirá cuando el contrato no se realice por escrito, cualquiera que sea la duración del mismo; y se garantiza que la persona trabajadora reciba información acerca de las condiciones de trabajo esenciales de su contrato sea cual sea la duración del mismo, acomodándose a las exigencias de la Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del consejo, de 20 de junio de 2019, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea[103].

El legislador ha olvidado, no obstante, atender a la verdadera morfología del colectivo de personas empleadoras, muchas veces ancianas en situación de vulnerabilidad, que necesitan cuidados, a quienes se les presupone una capacidad económica que no siempre tienen, con o sin la colaboración financiera de sus familiares directos, siendo necesario el diseño de fórmulas jurídicas de intervención pública eficiente, como pudieran ser, entre otras, bonificaciones íntegras en las cuotas de Seguridad Social, deducciones en las cuotas de IRPF con el fin de compensar el gasto en el servicio doméstico de cuidados, reducción de la base imponible de los ingresos obtenidos por quienes se dedican profesionalmente a esta actividad o compensaciones de los salarios abonados[104]. El receptor de los servicios de cuidado no es una empresa al uso y su insuficiencia de rentas exige la socialización del coste, pues en otro caso el elevadísimo sacrificio que para la economía familiar supone la contratación de un empleado de hogar conllevará el aumento de la economía sumergida aprovechando la intimidad del domicilio particular[105].

6.- Bibliografía

Agra Viforcos, B. y **Megino Fernández, D**.: «Los cuidados a la vejez en el entorno rural: asistencia en el domicilio y teleasistencia», en AA.VV (Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta, H., Dirs.): *La economía social como palanca para la sostenibilidad de los territorios rurales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

---

103 López Aniorte, C.: «El déficit de protección de las contingencias profesionales en los trabajos feminizados», en AA.VV (García Romero, B. y López Aniorte, M.C., Dirs.): *Protección social del trabajo de cuidados*, Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 265.

104 Quintero Lima, M.G.: «Las modificaciones introducidas por el Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar y su impacto en las personas empleadoras», *Iuslabor*, núm. 3, 2022, p. 140.

105 Quesada Segura, R.: «De nuevo sobre el sistema especial de Seguridad Social de Personas Empleadas de Hogar. Puntos críticos», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015, p. 69.

Alonso Seco, J.M.: «Las nuevas Leyes autonómicas de servicios sociales: hacia un reconocimiento progresivo de los servicios sociales como derechos subjetivos», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45, 2017.

Alonso Seco, J. M.ª y Gonzalo González, B.: *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Madrid, BOE, 1997.

Anaut-Bravo, S.: «Servicios sociales: definición en el marco del Estado de Bienestar», en AA.VV (Anaut-Bravo, S., Coord.): *El sistema de servicios sociales en España*, Pamplona, Aranzadi, 2019.

Aragón Gómez, C.: «La protección social del cuidado en el entorno familiar», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Barcelón Cobedo, S.: «Seguridad Social y prestaciones en favor de cuidadores no profesionales», en AA.VV (González Ortega, S., Dir.): *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, Madrid, CES, 2013.

Barrios Baudor, G.: «La dependencia y su valoración», en AA.VV (Molero Marañón, M.ª L., Coord.): *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia,* Madrid, Cinca, 2013.

Baviera Puig, I.: «Desarrollo sostenible, transformación digital y atención a las personas: oportunidades y riesgos del envejecimiento demográfico», *Adapt. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 1, 2020.

Baylos Grau, A.: «A propósito del envejecimiento», *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019.

Benito Benítez, M.A.: «Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de la Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar», *Brief aedtss*. https://www.aedtss.com/el-real-decreto-ley-16-2022-de-6-de-septiembre-para-lmejora-de-las-condiciones-de-trabajo-y-de-seguridad-social-de-las-personas-trabajadoras-al-servicio-del-hogar-familiar/

Cabezas Casado, J.L. y **González Maldonado, M.C.**: «La importancia de la participación en la tercera edad», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R., Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2018.

Camas Rodas, F.: «La estrategia europea de cuidados desde una aproximación jurídico-laboral», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 20, 2024.

Carril Vázquez, J.M.: «Argumentos de Derecho Internacional justificadores de que la legislación española tenga que adaptarse al envejecimiento de la población para proteger a las personas mayores con un sistema de atención (o de cuidados) a largo plazo», en AA.VV.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Barcelona, Atelier, 2017.

Cavas Martínez, F.: «Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *Aranzadi Social*, núm. 13, 2006.

Cristobal Roncero, R.: «Los cuidadores familiares y su visualización», en AA.VV: *Protección a la familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral, II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Vol. 1, Murcia, Laborum, 2018.

De Las Heras Hernández, M.M.: «Cambios sustanciales en la protección jurídico-pública de la persona en situación de dependencia: la estrangulada voluntad del beneficiario y de su familia y el alcance de su contribución al sostenimiento del SAAD», *Documentación Laboral*, núm. 102, vol. II, 2014.

Del Cubo Arroyo, E. y **Sánchez Ollero, J.L**.: «Sostenibilidad y protección adecuada a las personas mayores: la senectud como motor de desarrollo», en AA.VV (Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F., Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022.

Durán Bernardino, M.: «La distribución constitucional y legal de competencias en el modelo de protección social a la dependencia», *Aranzadi Social*, núm. 8, 2013 (BIB 2013/2373).

Durán Bernardino, M.: «La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reformas», *Temas Laborales*, núm. 124, 2014.

Durán Bernardino, M.: «La evolución de la acción protectora de las prestaciones de servicios. Impacto de las últimas reformas», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Dependencia (long term care) y empleo en el Estado del Bienestar*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

Escudero Rodríguez, R.: «La injustificable desconexión legal entre el trabajo de cuidados en el hogar familiar y la protección de la dependencia», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Dependencia (long term care) y empleo en el Estado de Bienestar*, Pamplona, Aranzadi, 2017.

Fernández Collados, M.ª B.: «Los cuidados en el entorno familiar más de una década después: los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210, 2018.

Fernández Orrico, F.J.: «Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales», *Revista Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.

Fontecha López, A.: «Empleo y sistema para la autonomía y atención a la dependencia», *Documentación Laboral*, núm. 102, vol. III, 2014.

García Ninet, J.I.; De Vicente Pachés, F. y **Garrigues Giménez, A.**: «Configuración técnica de los servicios sociales y régimen jurídico», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras,* Granada, Comares, 2008.

González Ortega, S.: «El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia de los mayores en la Ley 39/2006», *Temas Laborales*, núm. 89, 2007.

González Ortega, S.: «Protección social (arts. 39, 41, 49 y 50 CE)», en AA. VV (García Murcia, J., Ed.): L*a Constitución del trabajo*, Oviedo, KRK, 2020.

Herreros López, J.M.: «La vulneración de los derechos de las personas mayores durante la pandemia», *Lex Social*, Vol. 12, núm. 2, 2022.

Hueti-García, A.; **Chaverri-Carvajal, A.** y **Morales-Romo, N.**: «El sistema para la autonomía y atención a la dependencia en España (SAAD). Memoria de debilidades desde su implantación», *Prisma Social*, enero, 2021.

Llano Sánchez, M.: «El marco procedimental del sistema de atención a la dependencia: balance crítico de los desarrollos normativos y de la práctica administrativa», *Documentación Laboral*, núm. 102, 2014, vol. III.

López Aniorte, C.: «El déficit de protección de las contingencias profesionales en los trabajos feminizados», en AA.VV (García Romero, B. y López Aniorte, M.C., Dirs.): Protección socia*l del trabajo de cuidados*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

López Aniorte, M.C.: «Hacia un trabajo al servicio del hogar familiar saludable y digno en el horizonte de la sociedad pospandémica», en AA.VV (Ferrando García, F.M., Dir.): *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Albacete, Bomarzo, 2022.

Lozano Lares, F.: «Los déficits de protección social del trabajo femenino», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 58, 2021.

Macías García, M.C.: «Prevención de riesgos laborales y trabajadores mayores», en AA.VV (Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F., Dirs.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022.

Maldonado Molina, J.A.: *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de fut*uro, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

Maneiro Vázquez, Y. y **Gil Otero, L.**: «Hacia un sistema nacional de servicios de cuidados de larga duración», en AA.VV (Villar Cañada, I.M y Molina Navarrete, C., Dirs.): *Pilar Europeo de Derecho Sociales y progreso jurídico de la Unión y de España: logros y asignaturas pendientes*, Albacete, Bomarzo, 2024.

Martín Valverde, A.: «Asistencia social: propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional», en AA.VV (Monereo Perez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes o futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de la jubilación,* Granada, Comares, 2008.

Martínez Barroso, M.R.: «La atención a la dependencia en el mundo rural», en AA.VV (Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta, H., Dirs.): *La economía social como palanca para la sostenibilidad de los territorios rurales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

Martínez López, R. y **Roldán Ayuso, S**.: «Estudio estadístico de los tiempos de vida: tiempo de actividad laboral y trabajo de cuidados», en AA. VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Martínez Rodríguez, T. y **Díaz Pérez, B.**: «El desarrollo de nuevos servicios de proximidad para la atención de personas mayores que viven en zonas rurales». http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/martinez-desarrollo-01.pdf

Mercader Uguina, J.R.: «Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia», *Temas Laborales*, núm. 89, 2007.

Miñarro Yanini, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Madrid, Reus, 2013.

Molero Marañón, M.L.: «El espacio de las prestaciones económicas en la protección social de las personas dependientes: una reflexión sobre el sistema de cuidados deseable», *Documentación Laboral*, núm. 102, 2014, vol. III.

Molero Marañón, M.L.: *Bases, evolución y retos de la Ley de Dependencia a los diez años de su aprobación*, Albacete, Bomarzo, 2017.

Molero Marañón, M.L.: «Las trabajadoras del cuidado. Por un futuro de trabajo decente», *Revista de Derecho Socia*l, núm. 89, 2019.

Molina González-Pumariega, R.: «Los servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia tras seis años de funcionamiento», en AA.VV (Molero Marañón, M.ª L., Coord.): *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia,* Madrid, Cinca, 2013.

Molina Navarrete, C.: «El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros),* núm. 297, 2007.

Moré Corral, P.: «El trabajo de cuidados en las residencias de personas mayores», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Nuñez Fernández, A.B.: «*La atención sanitaria a las personas de edad avanzada», en AA.*VV (Monereo Pérez, J.L., et alii, Dirs.): *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Perán Quesada, S.: «La edad como factor discriminatorio», en AA.VV (Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F., Dir*.): La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países iberoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022.

Pérez Díaz, J. y Abellán García, A.: «Envejecimiento demográfico y vejez en España», *Panorama Social*, núm. 28, 2018

Peterson, E.: «Cambios en el cuidado de personas mayores en Suecia: trabajo formal, cuidado familiar y servicio doméstico», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Quesada Segura, R.: «De nuevo sobre el sistema especial de Seguridad Social de Personas Empleadas de Hogar. Puntos críticos», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015.

Quintero Lima, M.G.: «Las modificaciones introducidas por el Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar y su impacto en las personas empleadoras», *Iuslabor*, núm. 3, 2022.

Ramos Toro, M.: «El trabajo de cuidados de las personas mayores en el hogar», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Revuelta Alonso, M.L.: «La ayuda a domicilio como servicio de proximidad en el contexto social actual», *Humanismo y Trabajo Social*, Vol. 15, 2015.

Ríos Mestre, J.M.: «La protección social de las personas cuidadoras de dependientes, tanto profesionales como no profesionales», en AA.VV (García Romero, B. y López Aniorte, M.C., Dirs.): *Protección social del trabajo de cuidados*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Rodríguez Cabrero, G.: «Los cuidados de larga duración en España: Contexto, debates, políticas y perspectivas de protección social», en AA.VV (Rodríguez, P.; Aguado, A.L. Carpintero, A., Coords): *Discapacidad y envejecimiento*. Colección Solidaridad 19, Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2003.

Rodríguez Cardo, I.A.: «El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una revolución inconclusa», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, 2013.

Rodríguez Eguío, M.M.: «La protección social del trabajo al servicio del hogar familiar: cuestiones pendientes para un trabajo decente», en AA.VV (García Romero, B. y López Aniorte, M.C., Dirs.): *Protección social del trabajo de cuidados*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Rodríguez Escanciano, S.: «Los cuidados en la vejez como servicio social público esencial: hacia una cobertura integral», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.

Rodríguez Escanciano, S.: «Dificultades de los servicios sociales en las zonas rurales con especial atención a las personas de edad avanzada», en AA.VV (Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta, H., Dirs.): *La economía social como palanca para la sostenibilidad en los territorios rurales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

Rodríguez Escanciano S.: «La protección a las personas mayores desde los servicios sociales: reforzando el cuarto pilar del Estado de Bienestar en España», en AA.VV (Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F., Dir.): *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022.

Rodríguez Escanciano, S.: *Despoblación, envejecimiento y servicio público de cuidado: apostando por los empleos verdes*, Pamplona, Aranzadi, 2023.

Rodríguez Martín-Retortillo, M.C.: «Los contratos de teleasistencia en la doctrina de los Tribunales administrativos de contratación», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 23, 2019.

Rodríguez Rodríguez, P.: «La atención integral centrada en la persona (Principios y criterios que fundamentan un modelo de intervención en discapacidad, envejecimiento y dependencia)», *Informes Portal Mayores*, núm. 106, 2010.

Roqueta Buj, R.: «Las prestaciones económicas», en AA.VV (Roqueta Buj, R., Coord.): *La protección de la dependencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

Roqueta Buj, R.: «Principios básicos del sistema de protección social: el principio de igualdad territorial a debate»*, Documentación La*boral, núm. 102, 2014, vol.III.

Rubio Herrera, R. y **Castellón Sánchez Del Pino, A**.: «Las situaciones de dependencia desde una perspectiva socio-sanitaria», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R., Dir.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2014.

Rubio Rubio, L. y **Dumitrache, C.G**.: «Salud y tercera edad», en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A. y Rubio Herrera, R., Dirs.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar,* Granada, Comares, 2014.

Ruíz Santamaría, J.L.: «Edad y dependencia. Aspectos fundamentales y factores relacionales», en AA.VV (Perán Quesada, S. y Vila Tierno, F., Dirs.): *La protección de la Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2022.

Sánchez-Terán Hernández, J.M.: «En las fronteras del contrato de trabajo: el cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros)*, núm. 70, 2008.

Sancho Castiello, M. y **Díaz Martín, R**.: «Atención a las personas mayores en su entorno: teleasistencia, ayuda a domicilio y centros de día», *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 30, 2007.

Sanz Saez, C.: «El trabajo de cuidados en los hogares: cuidadoras informales, trabajadoras del hogar y trabajadoras al servicio de ayuda a domicilio», en AA.VV (Molero Marañón, M.L., Dir.): *Ser mujer en el merca-*

do de trabajo: dificultades, oportunidades y retos, Pamplona, Aranzadi, 2022.

Selma Penalva, A.: «¿Existe trabajo doméstico por cuenta propia?», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 465, 2021.

Selma Penalva, A.: «La (des)protección social de los cuidadores no profesionales», *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 10, 2019.

Selma Penalva, A.: «La feminización del trabajo de cuidados. Inconvenientes y soluciones», en AA.VV (López Aniorte, C. y García Romero, B., Dirs.): *Envejecimiento, cuidados y dependencia: hacia una protección social con perspectiva de género*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

Valdés Dal-Re, F.: «Una aproximación constitucional a los problemas competenciales de la Ley de Dependencia», *Documentación Laboral*, núm. 102, 2014.

Villalba Sánchez, A.: «La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 470, 2022.

CAPÍTULO V

LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DEL TRABAJO EN CLAVE DE GÉNERO: BOSQUEJO DE UN ESQUEMA

Rodrigo Tascón López
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Sumario: 1.- La sentida necesidad de redefinir los aspectos temporales vinculados al trabajo y su evidente implicación de «de género»; 2.- Algunos aspectos clave en la reordenación del tiempo de trabajo con perspectiva de género; 3.- A modo de conclusión: un trabajo atemporal, justo y flexible para el Siglo XXI; 4.- Bibliografía

1.- La sentida necesidad de redefinir los aspectos temporales vinculados al trabajo y su evidente implicación «de género»

Sin ningún género de dudas, en la génesis histórica del Derecho del Trabajo jugaron un papel estelar todas las cuestiones relativas al tiempo y la jornada de trabajo. No es casualidad que las primeras normas de la incipiente disciplinar jurídico laboral orbitaran (además de sobre salarios y salud y seguridad, principalmente de mujeres y menores), sobre la jornada (y sus limitaciones), estableciendo (frente al abuso patronal, que conducía a jornadas interminables como consecuencia de un mal entendido dogma de la autonomía de la libertad) los necesarios descansos, pensados en aquel entonces, antes que como un medio de desarrollo personal, como un mecanismo de recuperación de energías en aras a recuperar la productividad minada por el cansancio[1].

1 Al respecto, Ezquerra Escudero, L.: *Tiempo de trabajo en España: Aproximación histórica. Desde la emergencia del Derecho Social hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980*,

Desde entonces (finales del Siglo XIX en el caso —tardío— de España) hasta ahora, un análisis puramente cuantitativo muestra a las claras una tendencia más que evidente conforme a la cual los seres humanos trabajamos cada vez menos horas[2]. En España, 40 semanales de promedio como máximo en cómputo anual, según la norma mínima aplicable *ex* art. 34.1 ET, si bien los convenios colectivos pueden —y suelen— establecer jornadas inferiores y, además, no es ocioso recodar la confesa intención de quien rige los destinos del Ministerio de Empleo y Transición Ecológica, de tratar que, siguiendo el ejemplo de otros países, a lo largo de la presente legislatura se pueda reducir a las 37.5 horas semanales; incluso, y siguiendo experimentos previos, llegar a minorar su duración a 4 días semanales.

Sin embargo, la impresión sentida por la inmensa mayoría de las personas trabajadoras es que las jornadas son interminables, capaces de dejar exhausto a casi cualquiera y, además, generando una carga mental insoportable (con unas tasas crecientes de enfermedad mental vinculadas al trabajo[3]) y que dificultan hasta extremos insospechados no sólo ya el ocio, sino incluso la atención de los más elementales deberes familiares, lo cual resulta ser uno de los factores cruciales que ha conducido a que nuestro país ostente una de las tasas de natalidad más bajas del mundo.

Indagar cuáles son los factores que han provocado esta situación resulta ciertamente complejo y exige ahondar en eso que se ha dado en llamar la Sociedad postindustrial, en el que la terciarización de la economía, la migración del campo a la ciudad, la irrupción del fenómeno de la globalización, la tecnificación (primero) y digitalización (después) de los procesos productivos, son factores de todos bien conocidos que, además, en España y por mor de sus circunstancias peculiares, han alcanzado en algunos casos niveles especialmente hilarantes.

Todo ello ha dado como resultante un modelo de relaciones laborales que dista mucho de ser aquel sobre cuyo modelo (la fábrica en el esquema fordista/taylorista) se asentaron los esquemas y conceptos jurídicos que se incorporaron a las normas laborales en el siglo pasado y que, de forma un tanto anacrónica, aún subsisten en la letra de la norma; no es, por tanto, ocioso, que se venga propugnando la necesidad de un Estatuto de las per-

Barcelona (Atelier), 2006, p. 133 y ss. o Maldonado Montoya, J.P.: «El tiempo de trabajo a través de la Historia: del génesis al cibertiempo», en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. *et alii*, Dirs.): *La reordenación del tiempo de trabajo*, Madrid (BOE), 2022, pp. 45 y ss.

2 Cabrera Bazán, J.: «Trabajo y tiempo», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, pp. 106 y ss.

3 Al respecto, Tascón López, R.: «Reflexiones a partir de la resolución del parlamento europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 5, 2022, pp. 39 y ss.

sonas trabajadoras para el Siglo XXI, pues, ciertamente, el que está en vigor tiene todas las trazas establecidas en la centuria pasada[4].

Desde la perspectiva concreta del presente ensayo, la reflexión ha de pivotar, además, de forma prioritaria, sobre la perspectiva de género que necesariamente ha de darse a esta reordenación del tiempo de trabajo, lo que aboca a considerar variables adicionales: de un lado, los factores de conciliación de la vida laboral y familiar que, aun cuando las normas y usos laborales cada vez más tratan de ajustarlos hacia la corresponsabilidad, siguen generando derechos que son disfrutados mayoritariamente por las mujeres, con evidentes riesgos de provocar el tan temido efecto *boomerang* y terminar por generar discriminaciones (¿indirectas?) por razón de género.

De otro, la revisión de los parámetros habituales que el tiempo de trabajo ha presentado en el modelo de relaciones laborales (presencialismo excesivo y muchas veces innecesario, preponderancia de la antigüedad como criterio determinante de ascensos y cuantía salarial, disponibilidad para las horas y tareas extraordinarias como génesis de los puestos de confianza, y un etcétera tan largo como la pericia del lector alcance a determinar) y que, en numerosas ocasiones, ha supuesto perjuicios notables para las mujeres trabajadoras frente a sus compañeros varones[5].

Vayan por delante, antes de proseguir el discurso, algunas observaciones preliminares: primera; que al hablar de «reordenación» de tiempo de trabajo se pueden adoptar diferentes perspectivas. Así, es legítimo atender a una procedimental (que, ya se adelanta, no es la que se va a adoptar en el presente ensayo), esto es, los cauces jurídicos para proceder a establecer, modificar y alterar el régimen de la Jornada de trabajo que hasta ese momento resultaba aplicable en la empresa[6].

Sin embargo, el presente ensayo va a adoptar una perspectiva que podría denominarse (permítase la licencia) como sustantiva, esto es, valorar los necesarios cambios en el régimen jurídico (legal y convencional) de la jornada de trabajo que convienen al objetivo perseguido.

Segunda; que el ingente campo de estudio al que esta perspectiva abocaría hace que el presente ensayo (por definición, muy breve) apenas si pueda

---

4 Entre otros y por todos, Mercader Uguina, J.: «Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico», *Trabajo y Derecho*, núm. 62, 2020, pp. 2y ss. Interesante la línea especial de Briefs sobre «El Estatuto de los Trabajadores del Siglo XXI», que puede consultarse en https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/.

5 Al respecto, Sierra Herráiz, E.: «La reordenación del tiempo de trabajo de las mujeres», en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. *et alii*, Dirs.): *La reordenación del tiempo de trabajo*, Madrid (BOE), 2022, pp.1239 y ss.

6 Esta perspectiva, por ejemplo, en Cámara Botia, A.: «Modificación del tiempo de trabajo y ámbito de aplicación del art. 41 ET», en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. *et alii*, Dirs.): *La reordenación del tiempo de trabajo*, Madrid (BOE), 2022, pp. 581 y ss.

bosquejar un simple esquema (como se deja entrever ya en el propio título asignado a estas líneas) en el que el lector echará en falta otros aspectos que hubieran merecido atención, pero que, se insiste, resultaba imposible incorporar a un discurso esquemático y breve.

Hechas las precedentes reflexiones, ya se tienen los mimbres necesarios para tratar de hilvanar un discurso en el que abordar el siempre escurridizo tema a la necesaria reordenación de las normas que rigen el tiempo de trabajo desde una perspectiva de género y excluidas, se insiste, las relativas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

2.- Algunos aspectos clave en la reordenación del tiempo de trabajo con perspectiva de género

A la hora de tratar de bosquejar un esquema (limitada tarea a la que se compromete en exclusiva el presente ensayo) sobre la reordenación del tiempo de trabajo con perspectiva de género, resulta menester mencionar, entre otras, las siguientes líneas de actuación que, ya el legislador, ya la negociación colectiva, pueden asumir para tratar de proporcionar una ordenación de la jornada de trabajo más acorde a los parámetros y necesidades actuales de la población trabajadora:

I.- Aquilatar los tiempos de trabajo a las necesidades reales de las empresas y a la productividad debida. Como ya se ha dicho, la tendencia general experimentada a lo largo de los casi dos siglos de historia de la disciplina jurídico laboral es la de reducción paulatina de la Jornada de Trabajo; desde las extenuantes prestaciones de servicios vividas en las fábricas en los albores de la revolución industrial, hasta las más racionales dibujadas por la negociación colectiva en los tiempos recientes[7].

Con todo, esta tarea, como tantas otras ligadas a la realidad humana del trabajo, está inconclusa, en la medida en la que aún es posible (y lo será aún más, parece, en el futuro) reducir el tiempo efectivo que el ser humano ha de dedicar a su trabajo para obtener resultados productivos similares. En este sentido, la incorporación de herramientas tecnológicas cada vez más poderosas ha generado notables aumentos de la productividad, a la par que inmejorables ayudas para el quehacer humano.

Ese incremento de la productividad ligado a la tecnología parece que va a trocarse exponencial en los próximos años, de la mano de la robótica y de la inteligencia artificial. Aun cuando el temor del neo-ludismo siempre será la destrucción del empleo humano, la experiencia próxima seguramente revelará una tendencia en la que el humano se convertirá cada vez más en un mero

7 Maldonado Montoya, J.P.: «El tiempo de trabajo a través de la Historia: del génesis al cibertiempo», cit., pp. 45 y ss.

supervisor de la herramienta tecnológica, liberando espacios de tiempo (personal y profesional) para la realización de otras tareas más creativas y/o lúdicas[8].

En tal contexto, la negociación colectiva, en atención a ese papel protagónico que el art. 34.1 ET le atribuye en la determinación de la Jornada de Trabajo, estará llamada a jugar un papel de árbitro equitativo, para determinar qué porcentaje del «tiempo ganado» gracias a la tecnología puede descontarse de la jornada del trabajador (prosiguiendo aquella tendencia hacia la reducción de la que antes se ha hablado) y cuál al incremento de la productividad (y con ello, el beneficio) de la empresa, tratando de lograr un justo reparto de los beneficios de la Sociedad tecnológica que se está armando y que, al tiempo, destierre los más peligrosos signos de la postmodernidad (estrés, *burn out*, depresión, ansiedad…)[9].

II.- Favorecer la implantación de un horario flexible[10]. Recurrir a este tópico exige plantear la posibilidad (de nuevo con la negociación colectiva como escenario óptimo) de favorecer la implantación de horarios que no sean rígidos e iguales para toda la plantilla de las empresas (algo que presentaba notoria conveniencia en el centro de trabajo dado por la fábrica y no lo la tiene en el actual contexto productivo, mucho más variado y líquido), sino que establezcan un horario flotante, tanto de entrada como de salida (quizá con un núcleo duro común para toda la plantilla).

A la par, coadyuba a este objetivo permitir las jornadas comprimidas, las jornadas intensivas, las bolsas de horas (que permitan un mayor desempeño en los momentos que la persona trabajadora prefiera y un mayor descanso correlativo en otros), estrategias todas ellas que, en fin, permiten una personalización del tiempo de trabajo de forma flexible y adaptada a la persona.

III.- Establecer una política coherente y completa de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Tercera (y última). En efecto, la cabal materialización de la perspectiva adaptativa asumida por el presente ensayo requeriría abordar los aspectos relativos a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, en particular de reflexionar acerca de los cauces potenciales para hacer efectivo eso que se ha dado en llamar «el derecho de los cuidados»[11].

---

8 Entre otros y por todos, Mercader Uguina, J.: «Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico», cit., pp. 2y ss.

9 Al respecto, Tascón López, R.: «Reflexiones a partir de la resolución del parlamento europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital», cit., pp. 39 y ss.

10 Al respecto, Sierra Herráiz, E.: «La reordenación del tiempo de trabajo de las mujeres», cit., p. 1248.

11 Entre otros de sus trabajos, baste citar las últimas manifestaciones sobre la materia, Rodríguez Escanciano, S.: «El régimen jurídico del permiso parental a la luz del Real Decreto Ley 5/2023: Antecedentes, novedades y cuestiones pendientes», *Revista Derecho Social y de la Empresa*, núm. 19, 2023, pp. 3 y ss. o «La directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cui-

Así, la distribución personalizada de la jornada (aquí el derecho a distribución de la jornada del art. 34 o la reducción de jornada del art. 37 ET están llamados a jugar un papel estelar, respecto al que el presente discurso se limita a hacer una mera mención, sin pretender abordar en profundidad una cuestión que, por sí sola, requeriría un estudio monográfico); el *modus* concreto del disfrute de los derechos vinculados a las excedencias para el cuidado de hijos y familiares (potencialmente ampliables por la negociación colectiva o el uso de empresa); el modo del disfrute de la lactancia y su posibilidad acumulada (discrecional para el trabajador tras el RDL 2/2024, de 21 de mayo, en una ultimísima manifestación legislativa de la importancia de esta materia); o, en fin, la elección o cambio de turnos y de vacaciones y disponer de días libres para momentos concretos (en línea con las últimas reformas legales habidas en la materia)[12].

Desde luego, lograr tal objetivo permitirá a la empresa (y a su plantilla) alcanzar todo el potencial, tanto productivo, como personal (y aún social), si bien, en el proceso de implantación, no cabe duda de que será en no pocos casos conflictivo, abocando a la negociación que, cuando no fructifique en acuerdo, podrá encontrar manifestación en la judicialización de la discrepancia, a través de la modalidad procesal especial prevista en el art. 139 LRJS[13].

En cualquier caso, superadas las dificultades y fricciones iniciales, la consecución de una adecuada dinámica en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal es uno de los elementos cruciales de eso que ha dado en llamarse la calidad en el empleo, en no pocos casos valorado por las personas trabajadoras más que el salario mismo, mejorando significativamente el clima laboral y, con ello, la productividad y favoreciendo, al tiempo, la retención del talento, algo crucial en el actual contexto productivo.

Item más, desde el punto de vista social facilitará también revertir la negativa (*rectius*, nefasta) traza de la curva de natalidad en España, verdadera espada de Damocles que pende sobre la prosperidad de nuestra sociedad desde múltiples puntos de vista, algunos de los cuales, evidentemente, ocupan y preocupan de forma especialmente intensa al jurista del trabajo.

IV.- Racionalizar el uso de los contratos de duración determinada y el contrato a tiempo parcial. Como bien es sabido, la temporalidad es uno de los principales factores de precariedad detectados en el modelo español de rela-

dadores: su transposición al ordenamiento jurídico español», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. 14, 2022, pp. 249 y ss.

12 *Vid.*, al respecto, entre muchos, García Miguélez, M.ª P.: «La trascendencia de la regulación de la conciliación de la vida laboral y familiar tras el RDL 5/2023, de 28 de junio de 2023», *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 19, 2023, pp. 2 y ss.

13 Tascón López, R.: *La modalidad procesal especial de tutela de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar*, Pamplona (Aranzadi), 2012, pp. 2 y ss.

ciones laborales, que sólo de manera dispersa e incompleta se ha tratado de combatir a través de la reforma laboral operada en el año 2021[14].

Al margen de la gran polémica generada con respecto a la regularización de los trabajadores temporales de las administraciones públicas (respecto a los que todavía habrá de colear largo tiempo la última sentencia dictada por el TJUE[15]), lo cierto es que el mercado de trabajo español no consigue rebajar (al margen de artificios contables para maquillar las cifras bajo la apariencia del fijo discontinuo) unas tasas de temporalidad sin parangón en los países del entorno.

Esta situación genera evidentes problemas de variada índole y, en particular, una sensación (a veces más psicológica que jurídica) de precariedad que, se insiste, sólo en parte se ha podido conjurar a través de los cambios operados en el art. 15 ET y sus normas concordantes.

Por su parte, el contrato a tiempo parcial es una realidad tradicional en el Derecho del Trabajo, en los últimos tiempos el legislador ha querido reenfocarlo desde criterios de política de empleo y flexibilidad laboral, al tiempo que ha tratado de mostrar su utilidad como vía para lograr distintos intereses en beneficio de los trabajadores (conciliación laboral, jubilación flexible o formación profesional).

Con todo, un análisis profundo de las últimas reformas operadas en su normativa reguladora, permiten concluir que el contrato a tiempo parcial se ha convertido, en la práctica, en uno de los más brutales instrumentos de flexibilidad interna, que permite a la empresa cambios constantes de la jornada de trabajo, al albur de las necesidades productivas y con pocas garantías para los trabajadores afectados[16].

Si a tal realidad se añaden otros factores precarizadores de las relaciones laborales, como la peor carrera de seguro (sólo corregida en parte para tratar de reparar la discriminación indirecta por razón de sexo detectada por los altos Tribunales) o la mayor prevalencia de riesgos psicosociales, la resultante es que la relación a tiempo parcial aparece como ejemplo señero de los males propios del modelo español de relaciones laborales.

Y a todo lo antedicho sobre la contratación temporal y el contrato a tiempo parcial ha de unirse el hecho incontrovertible de que la inmensa mayoría de las personas contratadas a tiempo parcial son mujeres, lo que convierte el problema en una cuestión de género de primera magnitud, como doctrina

14 Ramos Moragues, F.: «Régimen jurídico de los contratos formativos tras las modificaciones introducidas por la reforma laboral», *Lex Social, Revista De Derechos Sociales,* vol. 12, núm. 2, 2022, págs. 1-28.

15 La archifamosa STJUE 22 febrero 2024, asuntos acumulados C 59/22, C 110/22 y C 159/22.

16 Entre otros, Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Albacete (Bomarzo), 2013, pp. 34 y ss.

científica y pronunciamientos judiciales han puesto de manifiesto en numerosas ocasiones[17].

En fin, propugnar un uso racional de la contratación temporal (hoy seriamente sancionada y penalizada de distintas formas) y una mayor ductilidad en el manido recurso a la contratación a tiempo parcial, si bien son intenciones impecables en la formas y propósitos, no dejan de ser meros desiderátums difíciles de alcanzar en la práctica[18].

V.- Facilitar la instauración del teletrabajo en la empresa. Durante décadas, el teletrabajo constituyó una asignatura pendiente de nuestro modelo de relaciones laborales, en tanto que, si bien eran alabadas sus potencialidades[19], pocas eran las empresas y sectores donde verdaderamente se apostaba por su implementación. Esta situación cambió de forma drástica con la llegada de la pandemia de la Covid-19, que obligó a un proceso fulminante de adaptación a la nueva situación.

Aun cuando, transcurrido un tiempo suficiente desde aquel tsunami social y jurídico, sus efectos parecen haberse diluido un tanto (y la tendencia actual es que la empresa prefiera la «vuelta a la oficina»), un poso innegable permanece en el tejido productivo español, que tiene su correlato jurídico en la regulación *ad hoc* elaborada para ordenar un fenómeno de múltiples aristas (Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, primero, y Ley 10/2021, de 9 de julio, después, ambas tituladas como «de trabajo a distancia»), al punto de que su previsible litigiosidad (sobre todo en su instauración) llevó al legislador a la creación de una modalidad procesal especial para resolver las

17 STSJUE 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11, Elbal Moreno, a la que siguió la también crítica STCo 61/2013, de 14 de marzo. Posteriormente, se dictaron en similar sentido las SSTCo 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril, y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo. Al respecto, BARCELÓN COBEDO, M., *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 25 y ss.; Lousada Arochena, J.F., «Protección social de los trabajadores a tiempo parcial según el RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto», *Aranzadi Social,* núm. 7, 2013, p. 5; García Ninet, J.I. y Vicente Palacio, M.A., «Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social: el caso Elbal Moreno», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013, pp. 241 y ss.; Cristóbal Roncero, R., «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», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160, 2013, pp. 239 y ss. o Fernández Prol, F., «Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales», *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, p. 103.

18 Por citar algún referente señero, Casas Baamonde, M.ª E., «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, T. I, 1998, p. 90.

19 Entre muchos y por todos, Sanguinetti Raymond, W.: *Teletrabajo y globalización*, Madrid (MTAS), 2003, pp. 19 y ss. o Rodríguez-Piñero Royo, M. *et alii*: «La negociación colectiva en el sector de teletrabajo», en AA.VV.: *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, Madrid (CCNCC/MTAS), 2001, p. 336.

discrepancias que en su desenvolvimiento se pudieran llegar a producir (art. 138 *bis* LRJS)[20].

Sea como fuere, la implementación de un sistema de teletrabajo, quizá no absoluto (para todos los días y todas las tareas) pero sí relativo o complementario (ciertos momentos y para ciertas actividades), es un elemento que permite colaborar en el objetivo de una reordenación adecuada desde la perspectiva de género.

En tal sentido, es menester resaltar que, si bien un mal uso del mismo puede conducir a los trabajadores a una permanente «servidumbre informática»[21], lo cierto es que su correcto manejo facilita la conciliación de la vida laboral y familiar (tareas de cuidados que, por más apuestas de corresponsabilidad que se hagan, siguen desarrollando mayoritariamente las féminas), flexibiliza el presencialismo y permite una mejor organización de los espacios temporales y vitales de las personas trabajadoras.

Será responsabilidad de la negociación colectiva, de nuevo, dibujar una adecuada política de teletrabajo para el sector o empresa concretos que caigan dentro del ámbito de aplicación de la norma paccionada, apostando por criterios que (más allá de cómo ha de sufragar el empresario los gastos de conexión y equipos informáticos derivados de la actividad profesional a distancia) permitan una adecuada gestión del tiempo de trabajo, facilitando la vida a las personas trabajadoras y, con ello, también mejorando de forma refleja la productividad de la organización y la retención del talento[22].

VI.- Fijar efectivos sistemas de control horario. Como bien es sabido, una de las principales quejas de las personas trabajadoras es que las empresas, sobre todo en ciertos sectores (hostelería, oficinas…) les obligan a hacer «horas de más», no computadas y, por tanto, tampoco retribuidas, pero que juegan un importante papel de distorsión de la planificación de la vida personal y familiar, con evidente impacto de género.

El art. 34.9 ET, incorporado por el art. 10 del RD-Leg. 8/2019, de 8 de marzo, tras una azarosa historia previa[23], ha previsto expresamente que «la

---

20 Sobre el mismo, López López, J.: «Teletrabajo y modalidades procesales: propuestas de mejora», en AA.VV. (Salinas Molina, F., Dir.): *Sobre propuestas de reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Cuadernos monográficos de formación. Núm. 38*, Madrid (CGPJ), 2021, pp. 4 y ss.

21 Muñoz Ruiz, A. B.: «El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2020, pp. 17 y ss.

22 Sobre todas estas cuestiones, entre muchos, García Miguélez, M.ª P.: *El teletrabajo antes, durante y tras el Coronavirus*, Pamplona (Thompson/Aranzadi), 2021, pp. 13 y ss.

23 Como es historia bien conocida, las SSAN 4 diciembre 2015 (Procedimiento núm. 207/2015) y 19 febrero 2016 (Procedimiento núm. 383/2015) habían ampliado la obligación de registro de la jornada de cada trabajador que establece el citado art. 35.5, «a efectos del cómputo de horas extraordinarias», a toda la jornada de trabajo de las personas trabajadoras. Con posterioridad, el Tribunal Supremo enmendó tal criterio, para establecer

empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

El cumplimiento efectivo de esta obligación (y su debido control por las instancias administrativas y judiciales pertinentes) se antoja ineludible para lograr un adecuado reparto de espacios temporales, sin que la esfera profesional invada ilícitamente ámbitos personales y familiares, lo que dificulta el desenvolvimiento vital de la persona trabajadora.

La obligación formal prevista en el artículo 34.9 ET, que tantos y tan jugosos problemas está generando en la práctica[24], es el registro diario de la jornada de trabajo por lo que deberá contener, por expresa mención legal, «el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora».

Con todo, es conveniente igualmente que sea objeto de llevanza todo aquello que forme parte de la misma, en especial lo relativo a pausas diarias obligatorias legal o convencionalmente previstas, o voluntarias, para permitir eludir la presunción de que todo el tiempo que media entre el inicio y finalización de jornada registrada constituye tiempo de trabajo efectivo.

El Real Decreto-ley 8/2019 mantiene el régimen jurídico de las horas extraordinarias del artículo 35 ET, incluido su apartado 5, que señala que «a efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de

que sólo existía obligación legal de registrar las horas extraordinarias, SSTS 20 abril 2017 (Recurso de casación 116/2016) y 23 abril 2017 (Recurso de casación 81/2016). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de su Gran Sala de 14 de mayo de 2019, en el asunto C- 55/18, ha resuelto una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional que se preguntaba sobre la adecuación del derecho europeo de la doctrina del Tribunal Supremo, entendiendo que sí era necesario, conforme a la normativa comunitaria, el registro de jornada, en aras a preservar los derechos de las personas trabajadoras, incluidos los relativos a la salud laboral.
Con todo, la actividad del legislador había anticipado los efectos del fallo comunitario, incorporando expresamente en el tenor legal la obligación de registro de la jornada laboral de las personas trabajadoras, en el ya mencionado párrafo 9 al art. 34 ET.

24 Por todos, Velasco Portero, M.T.: «Impacto sobre el trabajador de la obligación de registro horario a la luz de las primeras resoluciones judiciales», *Temas Laborales*, núm. 151, 2020, pp. 343 y ss.

las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente».

Por tanto, el registro diario de jornada y el registro de horas extraordinarias son obligaciones legales independientes y compatibles. Sin embargo, el registro del artículo 34.9 ET puede utilizarse simultáneamente para el cumplimiento de la obligación de registro del artículo 35.5 ET, además de que, adicionalmente, deba cumplirse el resto de las obligaciones establecidas en este último precepto y en el apartado 2 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995.

VII.- Por último, y en íntima conexión con el mentado deber de registro horario[25], establecer pautas definidas para el efectivo disfrute del Derecho a la desconexión digital. No es exagerado afirmar que el derecho a la desconexión digital presenta hoy una importancia tan grande como en los albores del Derecho del Trabajo aquellas primeras normas de limitación de las interminables jornadas de trabajo[26].

En efecto, en un contexto productivo como el que se ha descrito, cada vez más digitalizado, el peligro ya no es sólo pasar «demasiadas» horas en la oficina, sino que, probablemente y de forma más sutil, el riesgo laboral —que tiene visos de generar una verdadera epidemia— viene dado por la conectividad permanente, gracias a los dispositivos informáticos que prolongan de forma indefinida, y hasta más allá de los confines del centro de trabajo, la realización de las tareas profesionales, y abocan a los tan temidos y manidos riesgos del tecnoestrés y la tecnoadicción[27].

Como bien es sabido, el ordenamiento jurídico español ha recogido una tímida regulación del derecho a la desconexión digital, en tanto, si bien recogido en el art. 20 *bis* ET, su contenido real aparece condicionado, *ex* art. 88 LOPDDGD, «a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores»[28].

Desde luego, es esta una materia que se ha convertido en «contenido estrella» de la negociación colectiva reciente y que está dando jugosos frutos

---

25 Martín Vales, P.: «El registro horario como mecanismo de control del derecho a la desconexión digital», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 38, 2023, pp. 2 y ss.

26 Vallecillo Gámez, M. R.: «El derecho a la desconexión ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 408, 2017, p. 177 o Alemán Páez, F.: «El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la Loi Travail N.° 2016-1088», *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017, pp. 2 y ss.

27 Por todos, Tascón López, R.: «Reflexiones a partir de la resolución del parlamento europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital», cit., pp. 39 y ss.

28 Entre muchos, San Martín Mazzucconi, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021, pp. 45 y ss.

que permiten afirmar que, si bien es un tema que aún presenta un notable recorrido, lo cierto es que se van dando pasos en la dirección correcta, para utilizar el derecho de desconexión como un efectivo mecanismo de garantía del derecho al descanso y, más aún, de la efectividad de toda la normativa vigente en materia de limitación de jornada de trabajo (que, de otra manera, se convertiría en papel mojado).

Tal coyuntura permite afirmar que esta figura opera como un medio óptimo para lograr una adecuada reordenación del tiempo de trabajo con perspectiva de género, en cuanto facilita la limitación efectiva de la prestación de servicios y permite cohonestar de mejor forma los intereses profesionales y personales[29].

3.- A modo de conclusión: un trabajo atemporal, justo y flexible para el Siglo XXI

Desde luego, las reflexiones que se acaban de efectuar no constituyen ninguna piedra filosofal, capaz de convertir en oro todo lo atañedero a la reordenación del tiempo del trabajo con perspectiva de género. Apenas sin son tópicos, manidos en demasía, que proporcionan unos parámetros de actuación que deberían presidir la actuación del legislador, cuando fuera menester, y, desde luego, de la negociación colectiva en su papel permanente de concreción y mejora de los derechos legales existentes en la materia.

Sin perjuicio de que esta labor ya se esté llevando a cabo, en algunos casos con acreditado éxito, lo cierto es que se precisa un cambio aún mayor de mentalidad que, por más que desde un punto de vista pedagógico se haya tratado de apuntar por la doctrina científica, no ha calado en diversos sectores (sobre todo empresariales) del mercado de trabajo.

En efecto, no son pocos los casos en los que los actores de las relaciones laborales se agarran a esquemas tradicionales (*v. gr.*, un horario de entrada y salida rígido e igual para todas las personas trabajadoras de la organización productiva) sin más argumentos que el mantenimiento de una inercia que hace mucho que dejó de tener una justificación objetiva y razonable, y que conduce a situaciones rayanas con el esperpento.

Tal cerrazón acaba por perjudicar con mayor intensidad a la parte más frágil de la cadena social que, en muchos casos, siguen siendo las mujeres, habida cuenta de que, aunque la lógica indica que la corresponsabilidad debiera ser la regla hace mucho, en la práctica, la mayor ocupación femenina en las tareas de cuidados (de hijos y familiares) hace que cualquier exigencia

29 Al respecto, Gil Plana, J.: «Configuración legal del derecho a la desconexión digital», en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. *et alii*, Dirs.): *La reordenación del tiempo de trabajo*, Madrid (BOE), 2022, pp. 581 y ss.

estricta de unos horarios acabe por perjudicar en su carrera profesional a quien, en la práctica, se ocupa de esa doble (o triple) tarea[30].

Frente a tan indeseable situación, el presente discurso ha propugnado una reordenación del tiempo de trabajo desde criterios flexibles, en los que la prestación laboral pueda ser prestada, a salvo los casos en los que ello no sea estrictamente posible por exigencias productivas (por ejemplo, atención al público), en franjas temporales variables y adaptables a las necesidades de las personas trabajadoras[31].

El trabajo humano pasa así a convertirse en una tarea atemporal, que hoy en día aparece favorecida notablemente por las nuevas tecnologías en las múltiples variantes existentes, en la que lo más importante es que el cometido efectivamente se lleve a cabo, y no tanto el momento en el que eso se ha producido (ya en el marco de un horario ordinario de trabajo, ya en alguno de los espacios flexibles habilitados para ello), ni tampoco en el lugar en el que la tarea ha sido acometida (ya en el tradicional centro de trabajo) ya en cualquier otro lugar, do quieran y hayan pactado la empresa y la persona trabajadora.

Esto, evidentemente, no es más que un esquema, apenas una declaración de intenciones, que exigirá, como ya se ha dicho, notable concreción tanto por la legislación vigente (en donde cabe suponer que la regulación de jornadas especiales de trabajo irá dejando paso a un marco ambiguo y flexible) como por la negociación colectiva (cada vez más concienciada de la ardua tarea que tiene por delante en esta materia), como, en fin, por los propios pactos y prácticas de empresa, con un amplio margen para ir dibujando un panorama productivo flexible desde un punto de vista temporal (y espacial).

Tal estructura suele venir acompañada de una mejora en el clima laboral y, consecuentemente, en un incremento de la productividad, así que ni siquiera el argumento de las necesidades empresariales debe ser tenido en cuenta como criterio capaz de desbaratar un modelo como el propuesto, que se antoja más justo (para todas las partes de las relaciones laborales) y más acorde a los tiempos tecnológicos que, para bien o para mal, está tocando vivir. A ello pretende haber contribuido, humildemente, el presente discurso, que así toca a su fin.

4.- Bibliografía

Alemán Páez, F.: «El derecho a la desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizada al hilo de la Loi Travail N.° 2016-1088», *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017.

30 Sobre tal cuestión, permítase la remisión a, Tascón López, R.: «Necesidades de cuidados generadas por la COVID 2019: la triple jornada», *Lex Social*, Vol. 11, núm. 2, 2021, pp. 543 y ss.

31 Sierra Herráiz, E.: «La reordenación del tiempo de trabajo de las mujeres», en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. *et alii*, Dirs.): *La reordenación del tiempo de trabajo*, cit., pp.1239 y ss.

Barcelón Cobedo, M., *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013.

Cabeza Pereiro, J., *El trabajo a tiempo parcial y las debilidades del modelo español*, Albacete (Bomarzo), 2013.

Cabrera Bazán, J.: «Trabajo y tiempo», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979.

Cámara Botia, A.: «Modificación del tiempo de trabajo y ámbito de aplicación del art. 41 ET», en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. *et alii*, Dirs.): *La reordenación del tiempo de trabajo*, Madrid (BOE), 2022.

Cristóbal Roncero, R., «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», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160, 2013.

Ezquerra Escudero, L.: *Tiempo de trabajo en España: Aproximación histórica. Desde la emergencia del Derecho Social hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980*, Barcelona (Atelier), 2006.

Fernández Prol, F., «Trabajadores a tiempo parcial y protección social: novedades en materia de cotización y reformulación de las reglas de cómputo de los períodos carenciales», *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013.

García Miguélez, M.ª P.: «La trascendencia de la regulación de la conciliación de la vida laboral y familiar tras el RDL 5/2023, de 28 de junio de 2023», *Revista de Derecho Social y Empresa*, núm. 19, 2023.

El teletrabajo antes, durante y tras el Coronavirus, Pamplona (Thompson/Aranzadi), 2021.

García Ninet, J.I. y **Vicente Palacio, M.A**., «Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social: el caso Elbal Moreno», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.

Gil Plana, J.: «Configuración legal del derecho a la desconexión digital», en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. *et alii*, Dirs.): *La reordenación del tiempo de trabajo*, Madrid (BOE), 2022.

López López, J.: **«**Teletrabajo y modalidades procesales: propuestas de mejora**»**, en AA.VV. (Salinas Molina, F., Dir.): *Sobre propuestas de reforma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Cuadernos monográficos de formación. Núm. 38*, Madrid (CGPJ), 2021.

Lousada Arochena, J.F., «Protección social de los trabajadores a tiempo parcial según el RD-Ley 11/2013, de 2 de agosto», *Aranzadi Social,* núm. 7, 2013.

Maldonado Montoya, J.P.: «El tiempo de trabajo a través de la Historia: del génesis al cibertiempo», en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. *et alii*, Dirs.): *La reordenación del tiempo de trabajo*, Madrid (BOE), 2022.

Martín Vales, P.: «El registro horario como mecanismo de control del derecho a la desconexión digital», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 38, 2023.

Mercader Uguina, J.: «Nuevos escenarios para el Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI: digitalización y cambio tecnológico», *Trabajo y Derecho*, núm. 62, 2020.

Muñoz Ruiz, A. B.: «El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2020.

Rodríguez Escanciano, S.: «El régimen jurídico del permiso parental a la luz del Real Decreto Ley 5/2023: Antecedentes, novedades y cuestiones pendientes», *Revista Derecho Social y de la Empresa*, núm. 19, 2023.

«La directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores: su transposición al ordenamiento jurídico español», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Vol. 14, 2022.

Rodríguez-Piñero Royo, M. *et alii*: «La negociación colectiva en el sector de teletrabajo», en AA.VV.: *Nuevas actividades y sectores emergentes: el papel de la negociación colectiva*, Madrid (CCNCC/MTAS), 2001.

San Martín Mazzucconi, C.: «Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 148, 2021.

Sanguinetti Raymond, W.: *Teletrabajo y globalización*, Madrid (MTAS), 2003.

Sierra Herráiz, E.: «La reordenación del tiempo de trabajo de las mujeres», en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. *et alii*, Dirs.): *La reordenación del tiempo de trabajo*, Madrid (BOE), 2022.

Tascón López, R.: «Necesidades de cuidados generadas por la COVID 2019: la triple jornada», *Lex Social*, Vol. 11, núm. 2, 2021.

«Reflexiones a partir de la resolución del parlamento europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 5, 2022.

Vallecillo Gámez, M. R.: «El derecho a la desconexión ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 408, 2017.

Velasco Portero, M.T.: «Impacto sobre el trabajador de la obligación de registro horario a la luz de las primeras resoluciones judiciales», *Temas Laborales*, núm. 151, 2020.

CAPÍTULO VI

HACIA LA TRANSICIÓN JUSTA A TRAVÉS DE LAS FÓRMULAS DE ECONOMÍA SOCIAL, SOLIDARIA Y COOPERATIVISMO

Natalia Ordóñez Pascua
Profa. Contratada Dra. Área del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Sumario: 1.- Economía ¿social?; 2.- Economía social y colaborativa: hacia logro de la justicia social en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible; 2.1.- La Economía Social en el contexto español: pequeños pasos y grandes logros; 2.2.- Entidades de Economía Social: configuración en el marco de la Ley 5/2011, de 29 de marzo y rasgos básicos de su normativa específica; 3.- El cooperativismo en el marco del Anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social: especial referencia a las cooperativas de trabajo asociado; 4.- Bibliografía

1.- Economía ¿social?

Tradicionalmente la economía, entendida como ciencia dirigida el estudio de aquellos métodos que resultan eficaces para dar satisfacción a las necesidades humanas materiales encuentra sustento en la limitación y/o escasez de recursos existentes que hace necesaria la adopción de decisiones sobre el qué, cómo y para quien producir, actuando de manera indudable como importante motor de transformación.

Los modelos económicos imbricados en las sociedades tradicionales han ido dando paso de forma paulatina a una economía alternativa desvinculada de un modelo social concreto y construida desde la diversidad de necesida-

des a las que cabe dar respuesta y donde la solidaridad encuentra multiplicidad de fórmulas de expresión por cuanto avanzar en economías solidarias y justas supondrá poner en valor el pluralismo.

Cobran así mayor trascendencia los términos economía colaborativa, como un modelo económico y social sustentado en la colaboración e intercambio de bienes y servicios entre iguales, activando con ello el potencial de uso de elementos infrautilizados, generalmente a través de Internet y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación o economía solidaria, como sistema de procesos de producción, distribución, circulación y consumo que, a través de principios determinados, organizan las comunidades y sociedades para obtener las bases materiales de resolución de necesidades y conseguir los intereses legítimos de todos sus miembros.

El encaje de los términos social y solidario en el ámbito económico ha de llevarse a cabo a través de actuaciones centradas en las personas y los objetivos sociales en detrimento del fin único de conseguir una maximización de beneficios; lo social debería entenderse en un marco de Economía Social desde una triple perspectiva que concite, por un lado, a la persona, por otro, a la organización y, finalmente, al territorio y/o comunidad, procediendo de un modo integrado al tratamiento de los tres factores partiendo así de las personas dentro de las organizaciones y como parte del territorio que habitan y donde desarrollan sus vínculos. Es frecuente que las iniciativas de desarrollo local y el enfoque de la economía solidaria sean abordadas de forma independiente pese a comprender que se trata de partes de un mismo proceso dirigido hacia el desarrollo económico y social local y territorial. En este sentido, es preciso como parte del proceso cohonestar los intereses y estrategias locales con los enunciados por la economía solidaria como fundamento para alcanzar el desarrollo, luchar contra la exclusión social y amortiguar la pobreza[1].

La economía solidaria se configura como una estrategia viable que favorece el alcance de los objetivos del desarrollo local sobre la base de entidades de cooperativismo y asociativismo que, en el marco de desarrollo de actividades productivas, orientan sus objetivos hacia valores que trascienden de lo económico hacia lo social por cuanto respecta al trabajo, producción, distribución de excedentes empresariales, participación en la toma de decisiones y la satisfacción de necesidades.

En este escenario, las entidades de la economía social y solidaria ofrecen cobijo a fórmulas que incluyen las cooperativas, asociaciones, mutualidades, fundaciones, empresas sociales, grupos de autoayuda y otras unidades que operan en la economía formal e informal, todas ellas comprometidas con

1 Gómez García, J.M. y Román Ortega, A.: «La economía social y su contribución a la promoción del desarrollo local y regional», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm.6, 2005, pág. 729 y ss.

valores de carácter social y situando en un primer plano a las personas y los objetivos sociales sobre el capital, la gobernanza democrática y la reinversión de los beneficios en el logro de la misión social y de la comunidad.

Como referente supranacional la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[2] también puso el acento en la discusión sobre el trabajo decente y la economía social y solidaria resaltando la conexión existente entre los objetivos de la organización y los valores que aquella representaba y entre los que se otorga prioridad a la dignidad humana, la sostenibilidad medioambiental y el trabajo decente frente a la búsqueda legítima de beneficios.

Con carácter general, la economía social y solidaria puede ser definida como el conjunto de iniciativas socioeconómicas, formales o informales, individuales o colectivas, que priorizan la satisfacción de las necesidades de las personas por encima del lucro, caracterizada por sus estrategias independientes de los poderes públicos y una actuación orientada por valores como la equidad, la solidaridad, la sostenibilidad, la participación, la inclusión y el compromiso con la comunidad, y, también, son promotoras de cambio social. Pero para llevar a término la puesta en práctica de estos valores en el contexto *supra* mencionado es preciso arbitrar fórmulas empresariales entre las que cabría citar el cooperativismo, las sociedades laborales, el tercer sector social, los centros especiales de trabajo, las empresas de inserción, las asociaciones o las fundaciones que llevan a cabo una actividad económica. Todas ellas comparten elementos comunes que definen el carácter transformador que la economía social y solidaria trata de imprimir[3]:

a) Gestión empresarial democrática y participativa en detrimento de modelos organizativos rígidos y jerárquicos.

b) Orientación de la economía hacia las necesidades humanas, situando a ésta al servicio de las personas como instrumento de satisfacción de las necesidades humanas y no como forma de explotación.

c) Crear fuertes compromisos con la comunidad a través de mecanismos como la creación de empleo, la prestación de servicios, la vinculación al territorio, el apoyo a causas sociales, la financiación de iniciativas de solidaridad con los países empobrecidos y la colaboración con movimientos sociales transformadores[4].

La norma española que desciende a la regulación de la economía social es la Ley 5/2011, de 29 de marzo, que la define en su art. 2 como el «al

2 OIT: acta de la 110.ª reunión celebrada el 2 de agosto de 2022.

3 Arrillaga Márquez, P.: «La propuesta del Desarrollo Local Transformador. Aportaciones desde la Economía Social y Solidaria», *Cuadernos de trabajo Hegoa*, núm. 88, 2021, pág.50 y ss.

4 Pérez-Mendiguren, J.C. y Etxezarreta Etxarri, E.: «Los debates entorno a la Economía Social y Solidaria», *Centro de Documentación Hegoa*, núm.42, 2015, pág. 5.

conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos»; esos principios orientadores tienen fuerte arraigo en la solidaridad y giran en torno a la primacía de las personas sobre cualquier otro objetivo[5]; es precisamente esta preponderancia de las personas y el fin social el principio que informa al resto de principios de la economía social y constituye el elemento distintivo básico que marca la diferencia en su funcionamiento respecto a otro tipo de sectores y entidades —de corte capitalista— utilizando para ello fórmulas concretas de gestión autónoma y transparente, democrática y participativa[6].

Así, parten de la premisa de un funcionamiento interno en virtud del cual los resultados obtenidos por la actividad económica de sus partícipes —socias y socios— guarde una relación directa con el trabajo y servicio prestado por estos, así como en su caso, al fin social de la entidad.

Presenta también superior interés la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres que la Economía Social trata de llevar a término recogiendo entre esos principios orientadores la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar, lo que no deja de ser el reconocimiento de un fuerte compromiso con la igualdad de oportunidades. En esta línea de garantías, la Recomendación del Consejo, de 27 de noviembre de 2023, sobre el desarrollo de condiciones marco para la economía social, parte del pilar europeo de derechos sociales[7] como referencia en el establecimiento de varios principios destinados a contribuir a que los mercados laborales y los sistemas de bienestar sean justos incluyendo entre ellos el derecho a una educación, formación y aprendizaje permanente inclusivos y de alta calidad; la igualdad de género; la igualdad de oportunidades; el apoyo activo al empleo; el empleo seguro y adaptable; y, un conjunto de principios más sobre protección e inclusión

5 Los principios orientadores recogidos en el art. 4, Ley de Economía Social se concretan en los siguientes: a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social; b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad; c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad; y, d) Independencia respecto a los poderes públicos.

6 Domínguez Cabrera, M.ª P.: «Los principios de la economía social en la Ley de Sociedades Laborales y participadas», *CIRIEC ESPAÑA Revista Jurídica*, núm. 29, 2016, pág. 7.

7 Pilar Europeo de Derechos Sociales (2017/C 428/09), proclamado el 17 de noviembre de 2017.

social de los niños, las personas con discapacidad y las personas sin hogar, y el acceso a los servicios esenciales, la atención sanitaria y los cuidados de larga duración. Reconoce, además, a las entidades de la economía social como modelos capaces de crear y mantener puestos de trabajo de calidad y de contribuir a garantizar la inclusión social y en el mercado laboral de los grupos desfavorecidos, así como a la igualdad de oportunidades para todos, constituyendo un poderoso vehículo para la creación de empleo y un cambio social positivo que posibilita el incremento de oportunidades para grupos infrarrepresentados entre los que figuran las mujeres y el colectivo joven, puedan acceder al mercado laboral o crear empresas sociales[8]. Incide en el valor de la economía social en conseguir la igualdad por la vía positiva al promover inclusión social de los grupos desfavorecidos e infrarrepresentados, a través de mecanismos como la oferta de servicios sociales y asistenciales, de vivienda social y apoyo a los niños y jóvenes con necesidades especiales; a su vez, contribuyen en la reducción de desigualdades de materia de género —como la brecha de género en el empleo— mediante la contratación directa de una gran proporción de mujeres como a través de la prestación de servicios asistenciales que permiten incorporarse al mercado laboral a las personas que prestan cuidados, un sector altamente demandado en las sociedades actuales y en el cual la mayoría de las personas que participan son mujeres.

Por cuanto hace al cooperativismo en el marco descrito *supra*, cabe partir de su concepción como movimiento social sustentado en la cooperación entre sus miembros en el ámbito económico y social con el fin de lograr un mayor beneficio y satisfacer las necesidades existentes de los productores y consumidores a través de la asociación y el trabajo conjunto y que, sustentado en principios de valor social como el apoyo mutuo, la equidad, la solidaridad, el esfuerzo propio y la motivación mutua, el sistema democrático en los procesos de decisión y de responsabilidad, pretende alcanzar unos estándares económicos sin renunciar a la su labor social[9].

Así, aparece un importante vínculo entre los principios que rigen en la economía social y los valores que impregnan el cooperativismo, relación que se pondrá de manifiesto en el tratamiento normativo de ambas cuestiones.

Con el fin de impulsar un sector como es el de la Economía Social, desde las instancias gubernamentales es preciso intervenir arbitrando mecanismos capaces de potenciar al máximo los beneficios que este modelo económico puede aportar. En este sentido, el apoyo normativo necesario vendría dado por el Anteproyecto de Ley Integral de la Economía Social, así como la crea-

8 Considerandos 4 y 9 de la Recomendación del Consejo, de 27 de noviembre de 2023, sobre el desarrollo de condiciones marco para la economía social.

9 Larrazabal Basañez, S.: «Integración europea y cooperativismo: una reflexión sobre la sociedad cooperativa europea con motivo del año internacional del cooperativismo», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 2012, pág. 166.

ción de un marco destinado a proporcionar herramientas de análisis y promoción de las empresas y entidades de economía social, objeto del contenido de la Estrategia Española de la Economía Social 2023-2027[10].

Respecto al mentado Anteproyecto de Ley —objeto de posterior tratamiento—, procede ahora destacar su vinculación con el Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE) de la Economía Social y de los Cuidados que modificaría tres de las principales normas que conforman el panorama legal de la Economía Social, como la Ley 27/1999, de Cooperativas; la Ley 5/2011, de Economía Social; y la Ley 44/2007, para la Regulación del Régimen de las Empresas de Inserción. También la reciente Recomendación sobre el desarrollo de condiciones marco para la economía social aboga por la necesidad de dotar de garantías a un marco que permita la transmisión de empresas a los empleados para formar cooperativas de trabajadores, o modelos similares de economía social que puedan ser propiedad de los trabajadores, como una fórmula de mantenimiento empresarial por cuanto esta acción podría aportar continuidad a las pequeñas empresas y las empresas familiares y evitar la pérdida de puestos de trabajo. Se trataría así de facilitar la transición de empresas ordinarias a fórmulas jurídicas con encaje en la economía social para así salvaguardar la actividad económica, proporcionando al mismo tiempo servicios de acompañamiento e información sobre los costes y beneficios potenciales de las transmisiones de empresas a empleados.

2.- Economía social y colaborativa: hacia logro de la justicia social en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible

Economía y justicia social y económica son conceptos estrechamente relacionados que buscan mejorar la calidad de vida de la sociedad en su conjunto imbricando aspectos económicos con aquellos de carácter social en el fin común de lograr una sociedad más justa. Así, se trataría de conseguir cohonestar, de un lado, ese conjunto de actividades económicas y empresariales llevadas a cabo por entidades que persiguen el interés colectivo de sus integrantes o un interés general económico o social —cooperativas y sociedades

10 Ambos documentos fueron objeto de acuerdos del Consejo de Ministros el 10 de abril de 2023; el Anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social —aprobado en el Consejo de Ministros del 11 de abril de 2023—, tenía como objetivo desarrollar al máximo un modelo económico en que priman las personas y el fin social sobre el capital, y capaz de mejorar y actualizar el corpus normativo que afecta a la economía social. En otro orden, el marco diseñado en la Estrategia de la Economía Social vio la luz en mayo de 2023 (Resolución de 17 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de abril de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2023-2027).

laborales— en aras a superar barreras y retos económicos y sociales a través de la implementación de modelos de economía social solidario que promuevan el progreso social y económico y una redistribución de la riqueza entre todos los agentes sociales con, de otro, el equilibrio e igualdad laboral, económica, social y de derechos que debe existir entre todas las personas de cualquier sociedad y que son expresión de una justicia social que busca erradicar la pobreza, reducir las desigualdades existentes y promover una mayor distribución de la renta, utilizando entre sus vías la lucha por un trabajo digno con un salario justo y con un adecuado sistema de protección social y laboral[11].

El logro de la justicia social es una de las luchas que mantiene de manera constante la OIT, como puso de manifiesto en la «Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa» el 10 de junio de 2008 y que constituye la tercera declaración de principios y políticas de gran alcance adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo desde la Constitución de la OIT en 1919; sienta una nueva base a partir de la cual promover y alcanzar el progreso y la justicia social sustentando su actuación a través de los cuatro objetivos enunciados en la Agenda de Trabajo Decente: empleo, protección social, diálogo social y tripartismo, y principios y derechos fundamentales en el trabajo subrayando la necesaria interacción entre los mismos ya que la falta de apoyo a cualquiera de ellos afectaría a la promoción de los demás. Más reciente en el tiempo —2019— y, coincidiendo con la celebración de los 100 años de OIT, bajo el lema, «Impulsar la justicia social, promover el trabajo decente» se recoge un concepto de justicia social que supone conseguir la igualdad y equidad social, la igualdad de oportunidades, el disfrute de las prestaciones que el Estado de bienestar está llamado a cubrir, la protección social y la promoción del trabajo decente, todo en el marco de una agenda de globalización justa centrada en los derechos fundamentales, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social constructivo entre los principales agentes e interlocutores sociales —empleadores y trabajadores— y los distintos gobiernos.

Desde también el ámbito internacional, las Naciones Unidas adoptaron la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible —2015— que sentaba las bases sobre las que construir un modelo de crecimiento inclusivo, sostenible y respetuoso con el medio ambiente en el que el trabajo fuera capaz de hacer frente a los grandes desafíos sociales, económicos y medioambientales adquiriendo carácter fundamental la reducción de las desigualdades y el logro del trabajo decente en un escenario de desarrollo económico que genere consiga llevar a cabo una mayor cohesión social en los territorios.

En el marco descrito, la economía social se encuentra alineada y es participe de manera muy activa en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sos-

11 Gómez-Álvarez Díaz, M.R.: «La Economía Social y Solidaria y la Economía del Bien Común», *Mediterráneo Económico*, núm. 37, 2023, pág. 408.

tenible (ODS) y, por consiguiente, en el diseño de un escenario económico y social más justo y equitativo; las entidades de economía social contribuyen a la promoción de la sostenibilidad ambiental y social se encuentran involucradas en la innovación social y el desarrollo comunitario lo que encuentra reflejo en su contribución a la economía circular, la economía colaborativa y la responsabilidad social empresarial[12]; buena muestra de ello son los datos que aportan las empresas españolas que han participado de la experiencia de la economía social en el marco de la Cooperación y Desarrollo y en virtud de los cuales los ODS puestos en valor de acuerdo con su participación y en relación con la economía social serían los siguientes[13]: la promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos (ODS 8); poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible (ODS 2); lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas (ODS 5); garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos (ODS 4); garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12); promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas (ODS 16); construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación (ODS 8); fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible (ODS 17); garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos (ODS 6); lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles (ODS 11); reducir la desigualdad en los países y entre ellos (ODS 10); garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos (ODS 7); poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo (ODS 1); proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad (ODS 15); adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos (ODS 13); y, garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades (ODS 3).

2.1.- La Economía Social en el contexto español: pequeños pasos y grandes logros

El concepto moderno de Economía Social tiene su origen en un conjunto de principios y valores que gobernaban la acción de las cooperativas en su

12 En profundidad ver la publicación del INSTITUTO ESPAÑOL DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS: «Objetivos de Desarrollo Sostenible». 2021.

13 4.° INFORME sobre la experiencia de las empresas españolas de Economía Social en la Cooperación al desarrollo 2017-2019.

estado primario; sin embargo, existe una gran diversidad de enfoques sobre el mentado concepto que difiere en virtud de los contextos socioeconómicos en los que se desarrolla y el tipo y forma de las organizaciones que forman parte de la misma.

En el contexto español, el desarrollo de un modelo económico que combinaba la lógica empresarial con metodologías de inserción laboral centradas en las personas y priorizando su bienestar sobre el mero beneficio económico de manera exclusiva no se produjo hasta la segunda mitad del siglo XX. La década de los años 1970 y 1980 constituyó una etapa muy activa en la creación de cooperativas y asociaciones enfocadas hacia la creación de empleo y la promoción de la solidaridad entre sus participantes, entidades que se convirtieron en el núcleo principal en torno al cual giraba la Economía Social, haciendo valer una gestión participativa y democrática dirigida como vía para conseguir un modelo económico más justo y solidario, especialmente para la población joven que venían en el asociacionismo mayores oportunidades de empleo.

La ley reguladora de la Economía Social supuso un punto de inflexión importante por cuanto fue la primera ley nacional que en tal sentido había visto la luz entre los países miembros de la Unión Europea[14] además de ir posteriormente acompañada por una Estrategia para el desarrollo de la Economía Social aprobada para el periodo 2017-2020[15] y que presentaba 11 ejes de actuación en los cuales se abordaban los principales retos clave para el desarrollo del sector y entre los cuales cabría destacar por cuanto aquí hace tres[16]:

1. El apoyo al empleo y al emprendimiento en el ámbito de la economía social que debería abordarse, entre otros, a través del estudio de las tendencias y transformaciones que sufren los mercados a fin de conseguir que las empresas de economía social actúen de manera anticipada ante los requerimientos del mercado de trabajo; la búsqueda de nuevos yacimientos de empleo, especialmente en aquellos sectores con fuerte base tecnológica; con incentivos de empleo e incorporación de nuevos socios; contratación de personas con discapacidad y en riesgo de exclusión social; y, apostando por la formación de los trabajadores.

2. Análisis e implementación de un marco jurídico de la Economía Social para eliminar las barreras que puedan cercenar su desarrollo, matizando y aclarando la normativa existente y revisando y redefiniendo conceptos clave.

---

14 Monzón, J. L. y Chaves, R. Informe «La Economía Social en la Unión Europea», elaborado para el Comité Económico y Social Europeo por el Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa (CIRIEC), pág. 40.

15 Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017, por la que se aprueba la Estrategia Española de Economía Social 2017-2020.

16 López Cumbre, L.: «Estrategia Española para la Economía Social», *Gómez-Acebo&Pombo Análisis*, 2018, pág. 2 y 3.

3. Destacar cuantas actuaciones contribuyan al impulso de la economía digital en el marco de las entidades de economía social en un entorno altamente tecnológico como el actual.

Esta agenda ha sido debidamente actualizada hoy con las miras puestas en el horizonte 2023-2027, pero manteniendo el objetivo de promover el crecimiento económico inclusivo y reducir la pobreza. El nuevo texto se apoya en tan solo 4 ejes estratégicos —visibilidad y participación institucional de la economía social; mejora de la competitividad; emprendimiento y sectores emergentes; y, sostenibilidad social y territorial— que, mediante un conjunto de líneas de actuación concreta tratarán de continuar con los propósitos iniciados en el texto precedente y manteniendo como premisa básica la primacía de las personas y del fin social sobre el capital.

El balance actual parece poner de manifiesto que este modelo económico ha demostrado su potencialidad a través de la creación de empleo de calidad en las cooperativas y empresas sociales, contribuyendo con su actividad a la descentralización económica y a una distribución más equitativa de la riqueza. Esto no significa que en el momento actual no deba enfrentarse a desafíos y nuevos retos marcados fundamentalmente por la necesidad de fortalecer su visibilidad y reconocimiento en el ámbito público y como objetivo de mejora tratar de obtener una mayor participación de los jóvenes y mujeres en las entidades de economía social, así como mostrar su capacidad de adaptación a los cambios económicos y sociales globales.

En 2024, la economía social continúa en su línea de crecimiento y consolidación como un pilar fundamental del tejido económico y social siendo las cooperativas las que adquieren más presencia y emplean a un mayor número de trabajadores[17].

2.2.- Entidades de Economía Social: configuración en el marco de la Ley 5/2011, de 29 de marzo y rasgos básicos de su normativa específica

Descender hasta el actual tratamiento normativo de la Economía Social supone partir de las premisas establecidas en el propio Preámbulo de su

17 Según refleja el informe de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES) a partir de los datos del Misterio de Empleo y Economía Social —periodo 2022-2023— de las 3315 empresas de Economía Social analizadas 2511 son cooperativas, 199 cofradías de pescadores, 178 sociedades laborales, 159 empresas de inserción, 117 sociedades agrarias de transformación, 105 centros especiales de empleo de iniciativa social, 20 mutualidades, 15 fundaciones y asociaciones vinculadas a la Economía Social y 11 grupos empresariales. Con referencia en la misma muestra, las cooperativas emplean al mayor número de personas trabajadoras (45,01 %), seguida de los grupos empresariales (38,01 %), las cofradías de pescadores (6,42 %), los centros especiales de empleo de iniciativa social (3,83 %), las sociedades agrarias de transformación (2,69 %), las sociedades laborales (2,01 %), las empresas de inserción (0,88 %), las fundaciones y asociaciones de Economía Social (0,63 %) y las mutualidades (0,51 %).

principal norma reguladora que encuentra sustrato jurídico en distintas partes del articulado de la Constitución Española; *ora* de manera más genérica como en el art. 1.1, art. 129.2 o en la cláusula de igualdad social objeto del contenido del artículo 9.2, *ora* de forma más concreta como en el art. 40, el art. 41 y el art. 47, que forman parte de los principios rectores de la política social y económica.

Pese a que la Ley 5/2011 configura el marco jurídico regulador de las entidades de economía social que enumera en su art. 5, no pretende en ningún caso sustituir a la normativa concreta de aplicación a cada una de ellas sino aumentar la visibilidad del sector y otorgarle una mayor seguridad jurídica[18]. En virtud del mentado artículo, son entidades de economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación, las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios orientadores recogidos en el art. 4 de la norma —primacía de las personas y del fin social sobre el capital, solidaridad interna, funcionamiento democrático….—, así como aquellas que realicen actividad económica y empresarial y que respondiendo a los principios mencionados sean incluidas en el catálogo de entidades elaborado al efecto por el Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Cada una de estas entidades adquiere una fórmula organizativa distinta en función de los fines a los que dedica su actividad y contará con un régimen de normas de actuación específico.

En el marco descrito también cabría reparar en las implicaciones que la distribución territorial y el sistema competencial español tienen en el ámbito de la economía social. Lo cierto es que en el esquema de distribución competencial establecido en la Constitución de 1978 no existía referencia alguna a estas entidades que, en aquel momento, no gozaban de un concepto delimitado. Las primeras manifestaciones conjuntas referidas a las cooperativas, mutualidades, asociaciones y fundaciones como organizaciones que actuaban bajo el parámetro común de la Economía Social deben ser situadas en Europa a principios de los años ochenta; en España, a mediados de esa década comienzan a cobrar forma las primeras confederaciones de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales. La definición normativa de las entidades de economía social plantea la cuestión sobre las competencias legislativas y/o de ejecución en la materia en tanto, en virtud de la Disposición final primera de la norma reguladora al efecto y al amparo del art. 149.1.13 CE se atribuye al Estado las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, dejando abierta la posibilidad de desarro-

18 Comos Tovar, C.: «La Ley de Economía Social 5/2011, de España», *Mediterráneo económico*, núm. 32, 2019, pág. 312 y ss.

llo de esta legislación a las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial siempre que así lo recojan sus Estatutos de Autonomía[19].

La norma centra sus esfuerzos en el fomento de la economía social y las entidades a través de las cuales actúa emplazando a los poderes públicos para que incluyan en sus políticas medidas que tiendan a remover los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de una actividad económica de las entidades de la economía social, especialmente por cuanto hace a la simplificación de los trámites administrativos; facilitar las diversas iniciativas de economía social; promoción de los principios y valores de la economía social; fomentar la formación y readaptación profesional en el ámbito de las entidades de la economía social; facilitar el acceso a los procesos de innovación tecnológica y organizativa a los emprendedores de las entidades de economía social; crear un entorno que fomente el desarrollo de las iniciativas económicas y sociales en el marco de la economía social; involucrar a las entidades de la economía social en las políticas activas de empleo, especialmente en favor de los sectores más afectados por el desempleo, mujeres, jóvenes y parados de larga duración; introducir referencias a la economía social en los planes de estudio de las diferentes etapas educativas; y, fomentar el desarrollo de la economía social en áreas como el desarrollo rural, la dependencia y la integración social[20].

Sin ánimo de exhaustividad, cabría establecer sin embargo una serie de rasgos básicos que definen cada una de ellas.

Las cooperativas —objeto de tratamiento detallado en un momento posterior— se definen como una forma de organización empresarial cuya estructura, funcionamiento y gestión son democráticos, la adhesión voluntaria y abierta de los socios que participarán económicamente de la misma, que sostienen valores de educación, formación e información y el interés por la comunidad y desarrollan su actividad atendiendo a los principios cooperativos que rigen en los ámbitos autonómico, estatal e internacional. Dentro de la economía social son la entidad que más capacidad de creación de empleo presenta[21].

La importancia que el trabajo tiene de cara a conseguir la integración social hace que las Sociedades Laborales constituyen una modalidad empresarial de alto valor en el marco de la Economía Social. En esta fórmula de

19 Es posible constatar esta tendencia en las Comunidades como Aragón (Ley 7/2022, de 1 de diciembre, de Economía Social de Aragón), Galicia (Ley 6/2016, de 4 de mayo, de la economía social de Galicia) o Islas Canarias (Ley 3/2022, de 13 de junio, de Economía Social de Canarias) que disponen de su propia norma de Economía Social.

20 Art. 8 Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

21 Bengoetxea Alkorta, A.: «La contribución de las cooperativas de trabajo asociado a la creación y mantenimiento de empleo», en AA.VV.: *Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pág. 124 y ss.

organización empresarial que vino a dar satisfacción al mandato contenido en el art. 129.2 CE dirigido a los poderes públicos en cuanto a la promoción de las diversas formas de participación en la empresa y el establecimiento de las medidas que facilitaran el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, el capital social pertenece mayoritariamente a los trabajadores hecho que favorece la automotivación a la hora de afrontar los proyectos y garantiza una mayor participación y éxito en los mismos;. Tras este reconocimiento, la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, supuso un avance importante al aportar la definición de las mismas como «Las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido», siempre que cumplieran los requisitos establecidos en esta norma. La promulgación de leyes posteriores que afectan a esta materia —como la Ley 5/2011, de Economía Social— implicaron la necesidad de su modificación fruto de la cual vio la luz la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, que frente a su predecesora actualiza el marco normativo con el objetivo de dar un nuevo impulso a las sociedades laborales por su condición de empresas participadas por los socios trabajadores y abiertas a la integración como socios de los demás trabajadores de la empresa[22]. Entre las principales modificaciones cabe destacar la inclusión en el nuevo texto de las sociedades participadas por los trabajadores definiendo por primera este concepto y que considera como tales tanto las propias sociedades laborales, como a cualquier otra sociedad en las que los socios trabajadores posean capital social y derechos de voto, acompañando esta definición con los principios a los que se han de someter y la posibilidad de reconocimiento de las mismas en el marco legal descrito.

Desde la perspectiva social, constituyen empresas competitivas que centran sus esfuerzos en el desarrollo local y en la sostenibilidad, actuando como elemento dinamizador de la cohesión económica y social; este valor añadido apunta a una mayor perdurabilidad y resiliencia a los cambios económicos y sociales[23]. Indudablemente proyectan un impacto positivo en la comunidad en la que se instalan ya que redistribuyen la renta y participan en los beneficios con la consiguiente reducción de las desigualdades económicas y sociales.

El mutualismo, como fórmula de protección social privada y voluntaria no integrada en el sistema de la Seguridad Social obligatoria lleva a cabo una actividad de previsión social complementaria mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, o de otras

22 Como justifica el Preámbulo de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas la modificación normativa.

23 Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES): «El impacto socioeconómico de las entidades de economía social», 2011, pág. 102 y ss.

entidades o personas realizando una actividad alternativa al sistema público al proporcionar la posibilidad de gestión de una prestación alternativa a la pública. Su especialidad radica en la coincidencia producida entre la figura de asegurado y de socio o mutualista cumpliendo así el principio de identidad que caracteriza a las empresas de participación y realizando la actividad principal de manera exclusiva para sus socios.

El concreto marco jurídico aplicable cabe ser situado el Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de mutualidades de previsión social además de las referencias contenidas en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras que mantiene para las mutualidades de previsión social régimen contenido en el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, hasta que se acometa una regulación específica de las mutuas.

Como entidad que forma parte de este entramado, comparte los principios comunes a las entidades de economía social a las que pertenece precisando carecer de ánimo de lucro y siendo la participación en la misma de carácter voluntario lo que no obsta para que goce de un régimen jurídico propio y complejo dotado, de una parte, de determinadas limitaciones y, de otra, y como contrapartida, de ciertos beneficios, complejidad que es consecuencia de la doble naturaleza que constituye su esencia en tanto forman parte de las entidades aseguradoras al tiempo que tienen la consideración de entidades de la economía social; todo ello se traduce en la necesidad de imbricar normas distintas ya que le son de aplicación aquellas en materia de seguros y sociedades de capital al tiempo que ha de tenerse en cuenta la legislación que a consecuencia de la descentralización competencial que caracteriza el sistema territorial español emana del Estado y de las distintas Comunidades Autónomas, por cuanto se trata de una materia sobre la que éstas están asumiendo de manera paulatina un mayor número de competencias en virtud de sus Estatutos de Autonomía[24]; precisamente esta tradición histórica de un mutualismo de previsión social ligado a una protección social que excedería los estrictos límites del ámbito asegurador, lo que ha llevado a algunas Comunidades Autónomas a promulgar leyes concretas al respecto, con el fin de fomentar, y facilitar el acceso a esta modalidad de aseguramiento voluntario, complementario a la Seguridad Social obligatoria, como eficaz instrumento de previsión social[25].

---

24 El art. 3 de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social establece en cuanto al ámbito de aplicación de la misma todas las entidades de la economía social que actúen dentro del Estado, sin perjuicio de las competencias que puedan corresponder a las Comunidades Autónomas.

25 Este es el caso de la Ley 9/2000, de 30 de junio, de Mutualidades de Previsión Social de la Comunidad de Madrid que en su Preámbulo recoge esta concreta finalidad.

Su ausencia de ánimo de lucro, la voluntariedad en el aseguramiento y su estructura y gestión democrática en la que la persona del asegurado que coincide con la del tomador del seguro en este sistema supone que las primas satisfechas son destinadas a garantizar las prestaciones del colectivo asegurado y con el objetivo es ofrecer protección a sus miembros o bienes frente a determinadas contingencias de carácter fortuito o previsible. Para ello se nutre a través de aportaciones directas de los asociados y otras entidades o personas protectoras ejerciendo una función complementaria del sistema de previsión de la Seguridad Social pública si bien conserva la esencia de entidad aseguradora manifestada en la existencia de las figuras del asegurado y del socio o mutualista.

Por cuanto hace a su vertiente social, las mutualidades se caracterizan por la solidaridad en sus actuaciones expresada a través del principio la no exclusión del colectivo en aquellos riesgos que no pueden cubrir los sistemas individuales, principio que si bien encarece el coste del seguro encuentra compensación en la ausencia de ánimo de lucro que reviste la mutualidad como entidad de economía social en tanto los excedentes de su actividad son repartidos de manera solidaria entre los miembros que forman el colectivo.

Como colectivo especialmente vulnerable, las personas con discapacidad encuentran mayores dificultades que el resto de la población a la hora de proceder a su inserción laboral lo que supone que la exclusión y la pobreza les afecten de manera más acusada. Es preciso así intervenir con fórmulas específicas capaces de insertar a las personas con discapacidad en el mercado de trabajo —protegido u ordinario— que excedan de los simples incentivos en la contratación traducidos en beneficios empresariales que suponen la minoración del pago de las cuotas de la Seguridad Social. Por ello, el fomento del empleo como objetivo ineludible del Estado debe constituir un mecanismo eficaz de integración y fomento de su dignidad personal y social. Cumpliendo con el mandato constitucional, el tenor recogido en el art. 49 de la CE en virtud del cual se reconoce a las personas con discapacidad el ejercicio de los derechos previstos en el Título I en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas lleva a la necesidad de garantizar en términos de igualdad con el resto de los ciudadanos el cumplimiento de los derechos laborales reconocidos en el art. 35.1. donde figura, precisamente, el derecho al trabajo. Sin embargo, la dificultad de inserción laboral del colectivo reseñado hace necesaria una extraordinaria protección laboral que podrá ser distinta en función del grado y/o discapacidad sufrida que necesariamente incidirán en su vida profesional. Así, es posible situar el origen del empleo protegido en esta necesidad social de crear puestos de trabajo alternativos a los ordinarios o autónomos para las personas con discapacidad que les permitan su total integración social y, simultáneamente, les procure la protección que precisan como la exigencia

que responde a la creación de los Centros Especiales de Empleo (CEEs)[26] y lo que hace de los mismos una fórmula específica de economía social.

En este marco, los CEEs como entidades de Economía Social son empresas que compatibilizan la viabilidad económica y su participación en el mercado con la adquisición del compromiso social respecto de ciertos colectivos que muestran mayores dificultades y oportunidades a la hora de acceder al mercado laboral como es el de las personas trabajadoras con discapacidad y dotando del apoyo y formación que precisen en su vida personal y social que les permita el tránsito al trabajo en empresas ordinarias. agentes del sector de la economía social para desarrollar. Constituyen, además una herramienta utilizada en gran parte de los programas de activación para el empleo gestionando los programas de inserción de demandantes de empleo, cuya puesta en marcha les permite percibir ayudas económicas, en la modalidad de subvenciones sin perder el horizonte marcado por los valores de solidaridad y cohesión social[27].

Su definición aparece legalmente recogida en el art. 43 del Real Decreto Legislativo 1/2013, definición ya articulada en el art. 42 de la hoy derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, y refundida prácticamente sin ninguna variación respecto de la original —salvo en lo relativo a la terminología de minusválido sustituida acertadamente por la de persona con discapacidad— y en virtud de la cual «Los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente».

Pese a tratarse de fórmulas de empleo protegido, su estructura y organización es la misma que la de las empresas ordinaria si bien deberá contar en su plantilla con el mayor número de personas con discapacidad que la actividad desarrollada permita y que, en todo caso, no podrá ser inferior al 70 % respecto del número total de trabajadores.

---

26 Fernández-Costalez Muñiz, J. y González Méndez, A.: «El contrato laboral de personas con discapacidad en centros especiales de empleo», en AA.VV. (Yzquierdo Tolsada, M., Almudí Cid, J.M., y Martínez Lago, M.A., Coords): *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, vol. 15, (Los contratos de trabajo), Aranzadi (Cizur Menor), 2014, pág. 909 y ss.

27 De Nieves Nieto, N.: «las entidades de economía social en los programas comunes de activación para el empleo», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 41, 2022, pág. 385.

La relación laboral existente entre el CEEs y el trabajador con discapacidad que presta sus servicios en el mismo es una de las que el Estatuto de los Trabajadores (LET)[28] considera como de carácter especial gozando de una normativa específica[29]; pese a su calificación jurídico-laboral, se encuentra dotada de un régimen jurídico más o menos diferenciado como consecuencia de la especialidad que le afecta y que determina la exclusión en mayor o menor grado de la aplicación del régimen jurídico general establecido en la LET dotándolas de una regulación distinta[30]. Precisamente, la calificación estatutaria de una relación laboral como de carácter especial radica en ciertas peculiaridades que presenta la relación laboral y que se extiende tanto la figura de la persona trabajadora —debe tener una discapacidad— como la del empleador —que tendrá que organizar su actividad en el marco exigido para los CEEs—[31].

Los Centros Especiales de Empleo adquieren la forma de empresas cuyo objetivo principal es el de proporcionar a los trabajadores con discapacidad la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite la integración laboral de éstos en el mercado ordinario de trabajo.

Por cuanto hace a las características que los revisten, pueden ser creados por las Administraciones Públicas, directamente o en colaboración con otros organismos, por Entidades, por personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes, que tengan capacidad jurídica y de obrar para ser empresarios. Además, pueden adquirir carácter público o privado, con o sin ánimo de lucro.

Algunos aspectos fundamentales a destacar en cuanto los requisitos que debe cumplir su estructura y organización son los siguientes:

– Se trata de empresas que realizan una actividad productiva, ya sea de bienes o de servicios, en competencia en régimen de igualdad con otras empresas del mercado «sin perjuicio de la función social que los Centros Especiales de Empleo han de cumplir y de sus peculiares características, su estructura y organización se ajustará a los de las Empresas ordinarias»[32] lo que obliga a llevar a cabo su gestión con-

28 Art. 2.1.g) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

29 Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

30 Guindo Morales, S.: «Configuración y régimen jurídico del despido objetivo de los trabajadores con discapacidad. referencia a la relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que trabajen en los Centros Especiales de Empleo», Anales de Derecho y Discapacidad, núm.5, 2020, pág. 147.

31 Gala Durán, C.: «La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo», *Temas Laborales*, núm. 55, 2000, pág. 79.

32 Art. 2, Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

forme a las mismas normas y requisitos exigidos a cualquier empresa del sector a que pertenezcan[33].

- La norma reglamentaria exige su calificación e inscripción en el Registro de Centros que la Administración Autonómicas crearán dentro de su ámbito de competencias y que desde la aprobación de esta ha ido aumentando dado el incremento en la trasferencia en materia de políticas activas de empleo que han llevado a la creación de Registros de Centros Especiales de Empleo a nivel prácticamente de todo el panorama autonómico.
- En cuanto a sus resultados, vendrán obligados a presentar con carácter anual Ministerio de Trabajo y Seguridad Social —actualmente al Ministerio de Trabajo y Economía Social—, o a la Comunidad Autónoma que corresponda, según sea uno u otra el Órgano concedente una Memoria comprensiva en la que figuren los datos de la titularidad, ubicación y actividad y se justifiquen los resultados tanto a nivel económico como de consecución de objetivos de ajuste personal y social.

El éxito de su labor social se pone de manifiesto con altas tasas de inclusión laboral de personas con discapacidad. Lo cierto es que la protección ofrecida por la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[34] que prevé una reserva del 2 % de sus puestos de trabajo para personas con discapacidad cuando la empresa supera el número de 50 trabajadores parece insuficiente a todas luces para un colectivo con superiores dificultades de acceso al ámbito del trabajo.

Partiendo del volumen total de contratos específicos realizados a personas con discapacidad la mayor parte corresponden a los celebrados en el marco de los CEEs[35] lo que aumenta el valor de esta fórmula de acceso al trabajo.

Como empresas que se rigen por los principios de la Economía Social deben fomentar la distribución equitativa y sostenible de la riqueza, aplicando los beneficios de la empresa a la entidad, lo que redundará en el beneficio de

33 Art. 9, Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

34 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

35 Datos obtenidos de las estadísticas de contratos del SEPE para el año 2022 que ponen de manifiesto como de un total de 123.515 contratos celebrados con personas con discapacidad 35.801 se llevaron a cabo en empresas ordinarias frente a los 87.714 celebrados por CEEs. https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/contratos/estadisticas-nuevas.html.

las personas que forman parte de la misma. Estos valores cobran reflejo en la actividad de los CEEs en varias dimensiones[36]:

- Las personas con discapacidad —que forman parte de los mismos— participan de manera activa en los procesos de gestión y organización de la propia entidad.
- Mantienen el compromiso con el desarrollo humano social, local y medioambiental sostenible siendo empresas fuertemente arraigadas al territorio y comprometidas con la mejora sin perder el objetivo del desarrollo sociolaboral de las personas de su entorno con mayores necesidades de apoyo;
- Generan empleo justo y de calidad siendo el sector del empleo protegido un porcentaje importante respecto al número total de personas empleadas con discapacidad y uno de los más considerables del ámbito europeo logrando generar oportunidades de empleo de calidad, así como la permanencia de la persona trabajadora en su puesto de trabajo priorizando en las situaciones económicas adversas el compromiso social con las personas ante el beneficio económico.
- Su carácter de entidades sociales y sus valores discurren por el mismo camino que los del Tercer Sector, compartiendo el interés por conseguir el fomento de políticas de cooperación, de solidaridad, de equidad entre las personas y la cohesión social vinculándose íntimamente con el territorio con el que guardan un férreo compromiso con la empleabilidad y el fomento de la igualdad de oportunidades.

Las empresas de inserción han conseguido su reconocimiento legal y un elevado crecimiento en el marco del desarrollo económico y, de manera más concreta, de la Economía Social. En este marco, sería acertado decir que se trata de empresas de tránsito cuyo objeto social es la integración social y laboral de personas con especiales dificultades de ingreso en el mercado laboral pese la posibilidad de adoptar la forma jurídica mercantil —además de la cooperativa— que invitaría a pensar que la función social pasa a un segundo plano. Sin embargo, converge en su funcionamiento la dimensión social y la económica para conseguir su principal objetivo que no es otro que el impulso de la igualdad de oportunidades para aquellas personas en exclusión y que ostentan graves problemas de empleabilidad, a partir de entornos de trabajo inclusivos para el acceso al empleo.

El fin de conseguir la inserción en el mercado de trabajo ordinario será llevado a cabo a través de empresas convencionales que forman parte de la economía ordinaria y tratan de producir y comercializar bienes y servicios de manera rentable, sostenible y competitiva, lo que dificulta aún más la tarea

36 Moratalla Santamaría, P.: «Centros Especiales de Empleo», *CIRIEC España. Revista Jurídica*, núm. 29, 2016, pág. 22 y 23.

de conciliar estas premisas con la lucha contra la pobreza y la exclusión social; por ello, las personas trabajadoras en las empresas de inserción han de participar activamente en el proceso y contribuir con su trabajo al sostenimiento de la los sistemas de protección de los que ellos mismos han podido ser beneficiarios para lo cual gozarán de unos servicios de intervención o acompañamiento que consigan la deseada inserción sociolaboral que facilite su posterior incorporación al mercado de trabajo ordinario.

La definición legal de las empresas de inserción se encuentra en el art. 4 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, considerando como tal «aquella sociedad mercantil o sociedad cooperativa legalmente constituida que, debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia, realice cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario» que, además, debe proporcionar a los trabajadores que emplean como parte de sus itinerarios de inserción, procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social, y contar con el apoyo de servicios de intervención o acompañamiento para la inserción sociolaboral que facilite la posterior incorporación del trabajador al mercado de trabajo ordinario.

El ámbito de aplicación subjetivo de la norma vendrá constituido por personas en situación de exclusión social desempleadas e inscritas en los Servicios Públicos de Empleo que tienen especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo exigiendo la necesidad de su pertenencia a ciertos colectivos concretos[37].

37 El art. 2 establece como colectivos diana los siguientes: perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza, según la denominación adoptada en cada Comunidad Autónoma, así como los miembros de la unidad de convivencia beneficiarios de ellas; Personas que no puedan acceder a las prestaciones mencionadas en el apartado anterior por carecer del periodo exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la Unidad Perceptora o por haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido; jóvenes mayores de dieciocho años y menores de treinta, procedentes de Instituciones de Protección de Menores; personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social; internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial regulada en el artículo 1 del Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, así como liberados condicionales y ex reclusos; menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial del Reglamento de la citada Ley, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos; personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla; y,

El aspecto social de las empresas de inserción que hace que cobren mayor valor dentro del marco de la Economía Social viene dada por el proceso de acompañamiento que ofrece a las personas en exclusión y que es un elemento diferencial respecto a otro tipo de empresa ordinaria; estas vienen determinadas en los itinerarios de inserción sociolaboral en función de los criterios que establezcan los Servicios Sociales Públicos competentes y los Servicios Públicos de Empleo, de acuerdo con las propias empresas de inserción y requieren de la aceptación por parte de la persona en situación de exclusión social contratada, con el objetivo de promover su integración en el mercado laboral ordinario, definiendo las medidas de intervención y acompañamiento que consistirán en el conjunto de servicios, prestaciones, acciones de orientación, tutoría y procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado, formación en el puesto de trabajo, habituación laboral y social encaminados a satisfacer o resolver problemáticas específicas derivadas de la situación de exclusión que dificultan a la persona un normal desarrollo de su itinerario en la empresa de inserción.

Con todo, el acompañamiento es precisamente el eje metodológico en torno al cual gira la labor social empresarial; esta labor ya se llevaba a cabo antes de la regulación de las empresas de inserción por entidades sociales que llevaban a cabo formaciones para el empleo y acciones complementarias con el objetivo de lograr una posterior incorporación en el mundo laboral, entendiendo que era la mejor manera de asegurar una completa integración social y paralelamente fueron asumiendo un modelo de acompañamiento como un modelo de intervención social. Este enfoque implica una intensa labor de revisión y dedicación a las personas, seguir su proceso y prestar apoyo cuando se precisa en un contexto en el cual las personas constituyen el centro de su propia intervención[38].

Pese al escaso conocimiento de este tipo de entidades por el conjunto de la sociedad, las Cofradías de Pescadores se integran en la Economía Social como corporaciones de derecho público sectoriales, sin ánimo de lucro que ostentan la función de representar los intereses económicos de armadores de buques de pesca y de trabajadores del sector extractivo y actúan como órganos de consulta y colaboración de las administraciones competentes en materia de pesca marítima y de ordenación del sector pesquero, cuya gestión se desarrolla con el fin de satisfacer las necesidades e intereses de sus socios, con el compromiso de contribuir al desarrollo local, la cohesión social y la sostenibilidad. Su anclaje en la Economía Social ha sido objeto de debate si bien la inclusión como tales efectuada por la Ley de Economía Social resolvió en sentido positivo la cuestión. Llevada a examen la concurrencia de los prin-

personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizados por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

38 Quecuty Esteban, A.: «Empresas de Inserción Social», *Mediterráneo Económico*, núm. 37, 2023, pág. 233.

cipios enunciados en el art. 4 de la Ley de Economía Social —primacía de las personas y del fin social sobre el capital, promoción de la solidaridad interna y con la sociedad, aplicación de los resultados, e independencia respecto de los poderes públicos— con aquellos que caracterizan a las Cofradías de Pescadores parece en efecto que el balance es positivo[39].

Por último, entre el elenco contenido en la norma cabría citar las Sociedades Agrarias de Transformación; su actividad —desarrollada en el primer sector— es un factor que contribuye a su poca visibilización en tanto sus actividades económicas —agrarias y pesqueras— son poco reconocidas si bien su importancia cualitativa es innegable por la estrecha relación que guarda con la naturaleza, el medio ambiente y la soberanía alimentaria, como por la existencia de cooperativas agrarias que pese a tratarse de figuras jurídicas distintas constituyen fórmulas de asociacionismo rural[40].

Por último, la norma reguladora de la Economía Social deja abierta la posibilidad a otro tipo de entidades que, cumpliendo con los principios básicos que rigen este modelo de empresarial sean capaces de prestar bienes y o servicios. Entre ellas, es posible referirse a las asociaciones y fundaciones que ofrecen servicios de interés general desde la premisa de su constitución sin ánimo de lucro.

De lo expuesto lo cierto es que cualquiera que sea la forma que la entidad adopte en el marco de la Economía Social, la finalidad se concreta en esos aspectos comunes que tienden a conseguir centrados en el empleo de calidad como vía de salida de la exclusión, con fuerte arraigo en el territorio y en la economía local y que prioricen el bienestar de las personas sobre los aspectos puramente económicos. Cabe así plantear la necesidad de impulsar esta «otra economía» social cuya función no sea sólo producir bienes y servicios materiales sino generar un conjunto de relaciones que se extienda al ámbito social, al medioambiental y rompa con el individualismo y la falta de solidaridad.

3.- El cooperativismo en el marco del Anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social: especial referencia a las cooperativas de trabajo asociado

El cooperativismo y las sociedades cooperativas podrían identificarse con un modelo empresarial humano y personalista configurado en torno al valor

39 En extenso, Botana Agra, M. J. y Millán Calenti, R. A.: «Cofradías de Pescadores», *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, núm. 29, 2016, pág.3 a 29.

40 Soto Gorrotxategi, A.: «Sociedades agrarias de transformación en Euskadi: su relato», en AA.VV.: *Relato sobre la economía social en el País Vasco*, Madrid (Dykinson), 2015, pág. 205 a 211.

básico de la soberanía de la persona sobre el resto de los factores productivos[41]. Se impregnan de los llamados «principios cooperativos» formulados ya en 1985 por la representación que ostentan a nivel internacional a través de la Alianza Cooperativa Internacional que desde su fundación ha mantenido el objetivo de difundir y enseñar el cooperativismo mediante los valores y principios básicos del movimiento cooperativo, constituyendo la base que define a la Economía social. Entre ellos, se define a estas entidades como «asociación autónoma de personas que se unen voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta gestionada democráticamente»[42].

Como ocurre con otras entidades de las descritas *supra*, goza de una normativa propia si bien en el marco diseñado por la CE permite la transferencia de competencias no solo de ejecución sino legislativas de esta materia a las CCAA, por lo que convive una legislación nacional —Ley de Cooperativas Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas— con otras de carácter autonómico.

En cualquier caso, cabe extraer de las definiciones de las distintas normas reguladoras unas características que comparten como es concitar a personas en una asociación, la autonomía de gestión, la libre adhesión, el funcionamiento democrático o la satisfacción de necesidades.

El destacado papel del cooperativismo en la economía social ha llevado a que el Anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía Social incluya ciertos aspectos novedosos respecto a las entidades de Economía Social que afectarían precisamente a la regulación nacional llevada a cabo en la Ley de Cooperativas.

Descendiendo en lo aquí importa, la nueva norma redefiniría el concepto de movimiento cooperativo para que sea más acorde con los principios de las cooperativas a nivel internacional y consiga una mayor adecuación de la legislación cooperativa a los nuevos requerimientos de organización interna en lo referente a las distintas formas de participación y el ejercicio de derechos digitales o telemáticos que aparece indisolublemente unido a las nuevas formas de comunicación y a la constante implantación de nuevas tecnologías. Esta redefinición supone la modificación del art. 1.1 de la Ley 27/1999 que añadiría algunos aspectos al tenor actual como es el de ampliar el concepto de actividad empresarial hacia otro más omnicomprensivo como es el de actividad económica; añadiendo la importancia de la satisfacción del aspecto cultural además del social; insistiendo en la necesidad de la existencia de una empresa de propiedad conjunta en la que la gestión democrá-

41 Vargas Sánchez, A.: «El cooperativismo como fórmula empresarial de futuro para canalizar el espíritu emprendedor colectivo», *Revista Galega de Economía*, vol. 10, núm. 1, 2001, pág. 6.

42 Definición aportada en el art. 5 del Reglamento de la Alianza Cooperativa Internacional, adoptado por la Asamblea General el 11 de abril de 2013.

tica esté garantizada mediante la participación económica de las personas socias, autonomía e independencia, educación, formación e información; y, abogando por la necesaria imbricación de manera eficaz las cooperativas y el interés por la comunidad, tomando para ello como marco de referencia los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional. Como cuestión añadida, propone llevar a cabo adaptaciones de esta norma primigenia —Ley 27/1999, de 16 de julio— con el objetivo de conseguir la igualdad efectiva mediante la creación de la creación un nuevo órgano social —Comisión de Igualdad— encargado de garantizar la conformación y ejecución de los Planes de Igualdad Cooperativos.

Otro aspecto reseñable es el cambio de normativa propuesta para las Cooperativas de Trabajo Asociado, como una variedad de cooperativa en la que están presentes los rasgos definitorios de esta con el objeto de proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros pudiendo contar también con socios colaboradores[43], en la cual la relación entre los socios trabajadores y la cooperativa es societaria y cuya singularidad deviene de ofrecer trabajo remunerado a sus socios no existiendo en cuanto a su objeto diferencia alguna con otras sociedades de carácter mercantil que concurren en el mercado para ofrecer bienes y servicios. El Anteproyecto de Ley presenta como novedad la inclusión de un párrafo en el art. 80.1. de la Ley de Cooperativas que no hace sino reiterar los valores enunciados por la Alianza Cooperativa y que rigen cualquier entidad de Economía social —trabajo voluntario, propiedad conjunta, y gestión democrática y en el ámbito de organización y dirección de la cooperativa— además de un apartado 9 según el cual las personas trabajadoras socias trabajadoras de las cooperativas de trabajo asociado, con independencia del régimen de la seguridad social en el que se encuentren adscritas podrán beneficiarse de las bonificaciones o reducciones en las cuotas de la cotización a la Seguridad Social establecidas para los trabajadores por cuenta ajena o, en su caso, para los trabajadores por cuenta propia que las normativas sobre incentivos y bonificaciones relativas a la creación y consolidación de empleo se promulguen, tanto referidas a la Seguridad Social como a las diferentes modalidades de contratación; gozarán de la asimilación a trabajadores por cuenta ajena, para evitar su discriminación, cuando se tratare de justificar o acreditar número de empleos, número de trabajadores en plantilla, bien sea en proyectos de organismos públicos o a efectos de contratación del sector público y/o subvenciones extendiendo tal asimilación a supuestos en los que la persona socia trabajadora haya de acreditar, ante terceros, su experiencia laboral como integrante de una cooperativa de trabajo asociado. La ampliación de este supuesto parece avanzar hacia la solución de la discusión mantenida sobre la naturaleza jurídica de la relación entre

43 Como recoge el literal de art. 2 de la Ley de Cooperativas.

el socio trabajador y la cooperativa de trabajo asociado y que encontraba solución posiciones distintas que han finalmente encontrado solución en la laboralidad[44] y a ello parece apuntar también el nuevo tenor propuesto que ofrece la tutela necesaria para garantizar un estándar de protección laboral al socio trabajador. La cuestión no está exenta de perplejidad por cuanto la propia norma reguladora de la jurisdicción social recogía dentro de su ámbito de aplicación conocer de los conflictos originados entre las cooperativas de trabajo asociado y sus socios trabajadores, si bien, con la expresa mención a aquello o referido exclusivamente a la prestación de sus servicios[45].

La cuestión de la igualdad es otra de las preocupaciones objeto de modificación que encuentra en la inclusión de un art. 12 bis un reconocimiento genérico dirigido a garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre las personas socias en su actividad societaria y empresarial y que cobra especial relevancia cuando se trata de cooperativas de trabajo asociado con la introducción de un art. 83 bis sobre los Planes de Igualdad de las cooperativas de trabajo asociado para las personas socias trabajadoras y que se encuentra indisolublemente unido al nuevo art. 44 bis que regula la constitución de una Comisión de Igualdad.

Cabe partir de la escasa referencia concreta a la igualdad tanto en la mentada Ley 27/1999 de Cooperativas como en la Ley de Economía Social que tan sólo recogen el término cuando enuncian los valores éticos que rigen los principios cooperativos formulados por la Alianza Internacional o los principios orientadores de las entidades de la economía social. Sin embargo, con el tenor de estos nuevos dos artículos se conjugan aspectos fundamentales en materia de igualdad en los que cabe descender.

Por un lado, los cambios incorporados en la en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en materia de planes de igualdad por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, supusieron la obligatoriedad de que todas las empresas con cincuenta o más personas trabajadoras elaboraran y aplicaran un plan de igualdad lo que amplió de manera significativa el número de empresas afectadas por esta obligación[46]. En el supuesto de las Cooperativas de Trabajo Asociado, la dificultad reseñada a la hora de establecer con claridad el régimen jurídico aplicable a los socios trabajadores complicaba en muchos casos la situación de tasar el número

44 García Jiménez, M.: «El desamparo del trabajo asociado por la legislación laboral o el limbo del trabajo cooperativizado», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37, 2014, pág. 115.

45 Art. 2.c) Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

46 Art. 45.2, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

exacto de aquellos que tenían tal condición de trabajador por cuenta ajena en la cooperativa. Ante esta situación, el art. 44 bis del Anteproyecto de Ley aquí referido establece la responsabilidad de la Comisión de Igualdad en la elaboración y seguimiento del Plan de Igualdad de las cooperativas de trabajo asociado —incluido el diagnóstico de situación y el informe de resultados del mismo previsto en el art. 83.bis.3—, pudiendo contar para ello con apoyo y asesoramiento externo especializado y prevé la posibilidad de que un Consejo Rector asuma las competencias atribuidas a la Comisión de Igualdad cuando el número de personas socias fuera menor a 50 y por razón de esta circunstancia no fuera posible la constitución de la Comisión de Igualdad. A ello añade la necesidad de que la sociedad cooperativa pondrá los medios necesarios para favorecer la presencia equilibrada de mujeres y hombres en la mentada Comisión de Igualdad promoviendo que sus integrantes tengan formación o experiencia en materia de igualdad en el ámbito cooperativo.

Por cuanto hace a la introducción del nuevo art. 83.bis, el Anteproyecto desciende de manera detallada en los Planes de igualdad —a diferencia del texto predecesor y aún vigente— mediante el establecimiento de un concreto sistema de elaboración y control de los mismos. Según su tenor, podrán elaborar e implantar de un Plan de Igualdad cooperativo, de aplicación exclusiva a sus socios y socias trabajadores, cuyo registro le dotará de los mismos efectos que aquellos elaborados en el marco de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en relación con los planes de igualdad en el ámbito laboral.

Define el Plan de Igualdad de las cooperativas de trabajo asociado como el «conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la cooperativa de trabajo asociado la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo para personas socias trabajadoras»[47] estableciendo la necesidad de incluir como elemento cualitativo un diagnóstico de la situación y un contenido mínimo.

En cuanto al primer aspecto reseñado, el diagnóstico deberá extenderse a todos los puestos y centros de trabajo de la cooperativa o del grupo cooperativo, identificando en qué medida la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres está integrada en su sistema general de gestión. Ello implica el análisis de los efectos que las actividades de los procesos técnicos y productivos, la organización del trabajo y las condiciones en que este se presta tienen para las mujeres y los hombres, incluyendo las condiciones profesionales y de prevención de riesgos laborales; además, deberá referirse al menos a las materias detalladas a continuación:

a) Análisis de la situación retributiva en la cooperativa obteniendo la información necesaria para constatar que el sistema retributivo cum-

47 Art. 83.bis. 2, Anteproyecto de Ley Integral de Impulso de la Economía social.

ple con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de retribución

b) Acceso a la condición de persona socia trabajadora.

c) Carrera profesional de la persona socia trabajadora.

d) Formación.

e) Condiciones de trabajo, incluido el mentado análisis de la situación retributiva, que vendrá referida al anticipo cooperativo.

f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y profesional.

g) Infrarrepresentación femenina, en los puestos en que se organice la actividad de la cooperativa y en los cargos societarios y de representación.

h) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

A ello cabe añadir el detalle que aporta sobre el contenido mínimo que los Planes de igualdad de la cooperativa deben recoger como el ámbito personal, territorial y temporal; el informe de resultados del diagnóstico de situación de la cooperativa; la definición de objetivos cualitativos y cuantitativos del plan de igualdad; la descripción de medidas concretas, el plazo de ejecución previsto y priorización de las mismas; el diseño de indicadores que permitan determinar la evolución y el cumplimiento de cada medida; la identificación de los medios y recursos, tanto materiales como humanos, necesarios para la implantación, seguimiento y evaluación de cada una de las medidas y objetivos; el calendario previsto de actuaciones para la implantación, seguimiento y evaluación de las medidas del Plan de Igualdad Cooperativo, así como vigencia o duración del plan, que no podrá ser superior a cuatro años; y, el sistema de seguimiento, evaluación y revisión periódica, incluidas las acciones de información y sensibilización a las personas socias trabajadoras.

Como medidas correctoras prevé la inclusión de medidas destinadas a eliminar la segregación ocupacional, horizontal o vertical si fuera detectada una infrarrepresentación femenina en determinados puestos o niveles jerárquicos o la elaboración de planes de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas que pudieran existir.

Además de lo reseñado, lo cierto es que el Anteproyecto de Ley contiene numerosas referencias a la materia de igualdad ausentes en las normas precedentes lo que le concede un valor añadido.

Con todo, parece que la nueva norma apuntaría a una mejora cualitativa de las cooperativas como medio de producción solidario y con fuerte arraigo a los valores enunciados por la economía social lo que sin duda parece una dirección correcta cuando se trata de conseguir la igualdad y establecer salidas a las situaciones de exclusión social. Es un hecho que tanto las cooperativas como el resto de las entidades de economía social llevan a cabo actividades económicas, pero precisamente su componente social hace que

formen parte de un modelo que debería extenderse hacia otros ámbitos de la economía. Las distintas formas de asociacionismo y cooperativismo han resultado ser grandes generadoras de empleo tanto autónomo como por cuenta ajena, por lo que la llegada de una nueva norma que actualice su regulación no debería distorsionar el buen funcionamiento de los mercados.

Por último, resulta interesante reflejar las apreciaciones que sobre las novedades propuestas por el Anteproyecto de la Ley de Ley Integral de Impulso de la Economía Social mencionadas ha llevado a cabo el Consejo Económico y Social (CES); en cuanto a la introducción de medidas de igualdad en la Ley de Cooperativas el CES muestra una valoración positiva sin dejar por ello de mostrar su sorpresa ante la cuestión de que la Memoria de impacto normativo que acompaña al Anteproyecto justifique la elaboración e inscripción de planes de igualdad en cooperativas de trabajo asociado para las personas socias trabajadoras como vía para permitir su participación en licitaciones y concursos públicos, lo que para el CES parece relegar a un segundo plano el fin principal de las medidas de igualdad que no es otro que garantizar la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres en el ámbito laboral.

Concluyendo el análisis por cuanto aquí importa en lo relativo a la elaboración de planes de igualdad, analiza la cuestión de la obligatoriedad de elaborar planes de igualdad en empresas de 50 o más trabajadores por cuanto el texto del Anteproyecto no establece obligación a las cooperativas de 50 o más personas socias trabajadoras que podrán elaborar un plan de igualdad cooperativo de aplicación exclusiva a sus personas socias trabajadoras; en este sentido considera que el plan debería extender su obligatoriedad a las cooperativas con 50 o más personas socias trabajadoras; precisa aún más señalando que en el caso que exista la obligatoriedad de que la cooperativa de trabajo asociado elabore un plan de igualdad —por tener 50 o más personas trabajadoras por cuenta ajena—y decida implantar de manera voluntaria otro plan de igualdad para las personas socias trabajadoras la norma debería garantizar una coherencia de ambos planes. Así, aún falta que vea la luz este Anteproyecto y habrá que esperar a su posible futura puesta en marcha para poder valorar sus resultados.

4.- Bibliografía

Arrillaga Márquez, P.: «La propuesta del Desarrollo Local Transformador. Aportaciones desde la Economía Social y Solidaria», *Cuadernos de trabajo Hegoa*, núm. 88, 2021.

Botana Agra, M. J. y **Millán Calenti, R. A**.: «Cofradías de Pescadores», *CIRIEC-España. Revista Jurídica*, núm. 29, 2016.

Bengoetxea Alkorta, A.: «La contribución de las cooperativas de trabajo asociado a la creación y mantenimiento de empleo», en AA.VV.: *Coo-*

perativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.

Comos Tovar, C.: «La Ley de Economía Social 5/2011, de España», *Mediterráneo económico*, núm. 32, 2019.

De Nieves Nieto, N.: «las entidades de economía social en los programas comunes de activación para el empleo», *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 41, 2022.

Domínguez Cabrera, M.ª P.: «Los principios de la economía social en la Ley de Sociedades Laborales y participadas», *CIRIEC ESPAÑA Revista Jurídica*, núm. 29, 2016.

Fernández-Costalez Muñiz, J. y **González Méndez, A**.: «El contrato laboral de personas con discapacidad en centros especiales de empleo», en AA.VV. (Yzquierdo Tolsada, M., Almudí Cid, J.M., y Martínez Lago, M.A., Coords): *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, vol. 15, (Los contratos de trabajo), Aranzadi (Cizur Menor), 2014.

Gala Durán, C.: «La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo», *Temas Laborales*, núm. 55, 2000.

García Jiménez, M.: «El desamparo del trabajo asociado por la legislación laboral o el limbo del trabajo cooperativizado», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 37, 2014.

Guindo Morales, S.: «Configuración y régimen jurídico del despido objetivo de los trabajadores con discapacidad. referencia a la relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que trabajen en los Centros Especiales de Empleo», *Anales de Derecho y Discapacidad*, núm.5, 2020.

Gómez-Álvarez Díaz, M.R.: «La Economía Social y Solidaria y la Economía del Bien Común», *Mediterráneo Económico*, núm. 37, 2023.

Gómez García, J.M. y **Román Ortega, A**.: «La economía social y su contribución a la promoción del desarrollo local y regional», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm.6, 2005.

Larrazabal Basañez, S.: «Integración europea y cooperativismo: una reflexión sobre la sociedad cooperativa europea con motivo del año internacional del cooperativismo», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, 2012.

López Cumbre, L.: «Estrategia Española para la Economía Social», *Gómez-Acebo&Pombo Análisis*, 2018.

Monzón, J. L. y **Chaves, R**. Informe «La Economía Social en la Unión Europea», elaborado para el Comité Económico y Social Europeo por el Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa (CIRIEC).

Moratalla Santamaría, P.: «Centros Especiales de Empleo», *CIRIEC España. Revista Jurídica*, núm. 29, 2016.

Pérez-Mendiguren, J.C. y **Etxezarreta Etxarri, E.:** «Los debates entorno a la Economía Social y Solidaria», *Centro de Documentación Hegoa*, núm.42, 2015.

Quecuty Esteban, A.: «Empresas de Inserción Social», *Mediterráneo Económico*, núm. 37, 2023.

Soto Gorrotxategi, A.: «Sociedades agrarias de transformación en Euskadi: su relato», en AA.VV.: *Relato sobre la economía social en el País Vasco*, Madrid (Dykinson), 2015.

Vargas Sánchez, A.: «El cooperativismo como fórmula empresarial de futuro para canalizar el espíritu emprendedor colectivo», *Revista Galega de Economía*, vol. 10, núm. 1, 2001.

CAPÍTULO VII

TRABAJADORAS DE EDAD Y DISCRIMINACIÓN: LA INEQUIDAD DE GÉNERO EN EL MERCADO DE TRABAJO COMO FUENTE DE BRECHA EN LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN

M.ª de los Reyes Martínez Barroso
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Sumario: 1.- Consideraciones previas: la igualdad de género en pensiones como *desiderátum;* 2.- La reforma de la protección por jubilación y su impacto de género; 3.- El impacto de género motivado por el retraso de la edad de jubilación y el alargamiento de las carreras de cotización; 4.- El impacto de género motivado por los mecanismos de cobertura de lagunas: previsiones *ad futurum;* 5.- Algunas tímidas medidas de corrección de la brecha de género ligadas a los cuidados y otras cuestiones pendientes en los negocios familiares; 6.- Del complemento de maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género; 6.1.- La finalidad del originario complemento de maternidad; 6.2.- La exclusión de los varones del beneficio del complemento de maternidad; 6.3.- La desnaturalización jurídica del complemento como medida de acción positiva; 7.- El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género; 8.- Abandono prematuro del mercado de trabajo e invisibilidad femenina en la regulación de la jubilación a edades inferiores a la ordinaria; 9.- La desproporcionada omisión de las actividades penosas feminizadas; 10.- La exclusión de las personas trabajadoras a tiempo parcial de la jubilación parcial anticipada. ¿Una discriminación indirecta por razón de género?; 11.- Epílogo; 12.- Bibliografía.

1.- Consideraciones previas: la igualdad de género en pensiones como *desideratum*

La lucha por la igualdad entre mujeres y hombres se erige desde hace décadas en «valor sobre el que se fundamenta la Unión Europea» y como uno de los principios rectores que deben guiar toda la actividad desplegada por las instituciones que la conforman[1]. Previsión reforzada por el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prescribe que «la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos», inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. Dentro de este marco normativo, que lógicamente proyecta sus efectos sobre el ordenamiento jurídico español, se vienen desarrollando desde hace años iniciativas más o menos ambiciosas, como el «*Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019*»[2], que contiene un amplio elenco de actuaciones dirigidas a paliar la fuerte «disparidad entre sexos en el mundo laboral», reflejada en una insuficiente participación de la mujer en el mercado de trabajo y en marcadas diferencias en materia de retribución y de protección social. Incidiendo en la misma idea, en el *Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales*[3] se prescribe que al ejecutar la *Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*[4] se seguirá trabajando **«**para cerrar las brechas de género en el mercado laboral, las retribuciones y las pensiones**»**. Y en el posterior *Libro Verde de la Unión Europea sobre el envejecimiento* (2021) se insiste en la conveniencia de adecuar las edades al aumento de la esperanza de vida, para garantizar unos sistemas de pensiones «adecuados, asequibles y sostenibles», de tal modo que las personas tendrán que trabajar durante más tiempo en el futuro, corriendo en otro caso el riesgo de sufrir pobreza en la vejez.

El sistema español de protección social garantiza los mismos derechos entre sexos desde el punto de vista técnico, es decir, no establece diferenciaciones de género en el acceso a la protección. Las únicas medidas de protección especial son las que tratan de proteger la función reproductora de la mujer. No obstante, aunque las normas de Seguridad Social son relativamente neutras en cuanto al género, el papel desempeñado por la mujer en el mercado laboral tiene importantes repercusiones en materia de protec-

1 Vid. arts. 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea, así como el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

2 COMISIÓN EUROPEA, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/files/strategic_engagement_en.pdf.

3 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones [COM (2021) 102 final, 4 de marzo de 2021].

4 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, que lleva por título «*Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*» [COM (2020) 152 final, 3 de marzo de 2020].

ción social. Y ello no es genuino de nuestro sistema público, sino que, con carácter general, las mujeres tienen que afrontar un periodo más largo de vida, en muchas ocasiones, con menos recursos que los hombres para hacer frente a las contingencias de la vida, debido, entre otros motivos, a la menor participación absoluta en el mercado de trabajo, a la mayor intermitencia de la misma y a las diferencias en remuneraciones entre géneros. El resultado de esta situación es que, en el momento de cobrar las pensiones, en todos los países de la Unión Europea, la mujeres cobran menos que los hombres (*gender gap*), debido a la desigual relación de ambos géneros con el mercado de trabajo. No hay que olvidar que el sistema público fue diseñado bajo un modelo social en el cual las funciones familiares y laborales de hombres y mujeres respondían a patrones culturales significativamente distintos de los actuales. Además, al ser un modelo eminentemente contributivo y estar financiado con cotizaciones que dependen del salario percibido, de algún modo viene a perpetuar las desigualdades salariales del mercado laboral[5].

La dificultad para conciliar trabajo, familia y vida personal, unida a la desigual distribución de las responsabilidades domésticas y familiares tiene un impacto negativo para las mujeres en el marco de la protección social, y se hace especialmente visible en el caso de pensiones vitalicias, como es la jubilación, que requiere largos períodos de cotización. Las carreras profesionales femeninas, a menudo fraccionadas y degradadas por la mayor rotación laboral que afecta al colectivo de mujeres, por su mayor participación en el trabajo a tiempo parcial, así como por la segregación horizontal y vertical que se refleja fundamentalmente en las cifras de brecha salarial, tiene un indudable impacto en la esfera prestacional a nivel global, fundamentalmente en lo que ha dado en llamarse «p*erijubilación*» (situación laboral y de Seguridad Social en la que se encuentran las personas trabajadoras en los momentos anteriores a la jubilación, durante la transición desde la vida activa, y en el tiempo posterior a la jubilación)[6]. Trabajar menos horas fuera de casa y durante menos años acaba por tener un impacto negativo en las prestaciones contributivas. En comparación con los varones, las mujeres acumulan un menor número de años cotizados y registran mayoritariamente trayectorias laborales con interrupciones largas de cotización a la Seguridad Social. En consecuencia, protagonizan menos trayectorias lineales, perciben salarios más bajos y el porcentaje de las que a la edad ordinaria acreditan suficientes años cotizados para jubilarse es muy inferior que el de los hombres.

---

5 Grau Pineda, C. y Rodríguez González, S.: *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, págs. 14-15.

6 En terminología utilizada por Fernández Artiach, P. y Simó-Noguera, C.: «Presentación» en AA.VV. (Simó-Noguera, C.; Fernández Artiach, P. y Romero-Crespo, J.A.): *Brechas de género y pensiones,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, pág. 18, llegando a la conclusión de que el carácter androcéntrico del mercado de trabajo no se da únicamente en nuestro país, sino que es compartido en diferentes sociedades, aunque con diferentes intensidades.

Ante tal realidad, de forma progresiva se han ido incorporando al ordenamiento jurídico tímidas medidas tendentes a minimizar los efectos negativos que de cara al acceso a las futuras prestaciones de Seguridad Social provoca la interrupción laboral, mayoritariamente por parte de mujeres. Y aunque dichas medidas vienen a paliar, en parte, los efectos adversos, no son suficientes, debiendo tener como destinatarios al conjunto de los sujetos implicados en términos de corresponsabilidad[7]. Pese a los avances registrados, queda todavía un gran camino por recorrer, pues, sin lugar a duda, la discriminación que sufren las mujeres en el mercado de trabajo (sobrerrepresentación femenina en el trabajo precario, a tiempo parcial[8] y en puestos vinculados a roles tradicionalmente femeninos —sector servicios—, trabajo no remunerado —tareas domésticas y cuidados familiares— o brecha salarial) es uno de los factores que explican su peor posición dentro del sistema de Seguridad Social[9]. Por tanto, las medidas tendentes a la creación de un sistema de conciliación entre trabajo y vida personal y familiar verdaderamente corresponsable (RD-Ley 6/2019) tratando de evitar que la labor de cuidados se configure como un elemento que limita las posibilidades de las mujeres en el mercado de trabajo y las penalice salarialmente, en la medida en que frena la promoción en el empleo y dificulta el acceso a puestos directivos o de toma de decisiones acabará surtiendo efecto, pero, de momento, lo cierto es que estos obstáculos o limitaciones encuentran un claro reflejo en la retribución de las mujeres y, por ende, en la base reguladora de su pensión contributiva de jubilación[10].

2.- La reforma de la protección por jubilación y su impacto de género

Tras la reforma llevada a cabo a nivel interno en la edad ordinaria de jubilación por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, el primer mandato del art. 205.1.a) del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba

7 Dicha corresponsabilidad exige una transformación jurídica y social en profundidad que lleve aparejados un cambio cultural y de roles sociales. Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: «La renovada tutela de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación», *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 43, 2016, págs. 25 y ss.

8 El 75 % del total del trabajo a tiempo parcial lo desempeñan mujeres, configurándose *de facto* esta modalidad contractual como un instrumento de conciliación familiar y laboral feminizado, a resultas de la asunción por aquéllas del rol de cuidados.

9 Suárez Corujo, B. y Hurtado Jarandilla, A.: «La dimensión de género de la (des)protección por desempleo», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14, 2018, pág. 132.

10 Fernández Artiach, P. y Simó-Noguera, C.: «Presentación» en AA.VV. (Simó-Noguera, C.; Fernández Artiach, P. y Romero-Crespo, J.A.): *Brechas de género y pensiones,* cit., pág. 19.

el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS), es el de modificar al alza la edad ordinaria de jubilación, que sustituye la referencia a los 65 años por el cumplimiento de la edad que corresponda (entre 65 y 67) en función del tiempo de cotización acreditado y de su aplicación transitoria. Constituye, ciertamente, una previsión que sólo será plenamente real en al año 2027, al haberse establecido un amplio período transitorio (que, sin ser una excepción en las normas de Seguridad Social, sí supera la media de demora en la aplicación de ciertas novedades normativas), de modo que, paulatinamente, la edad ordinaria va incrementándose a un cierto ritmo establecido en la disposición transitoria 7.ª TRLGSS[11], configurando, durante un plazo de 15 años, edades ordinarias de jubilación que, partiendo de los 65 años, resultan cada vez más altas. Es pues el esfuerzo contributivo el que determina la edad de jubilación, premiando a las próximas generaciones que acrediten largas carreras de seguro[12], para después ir generalizando el tránsito a los 67 años, en la medida en que las vidas laborales sean más cortas[13], haciendo coincidir la exigencia de los 67 años con la llegada a la edad de jubilación de las generaciones más numerosas del *baby boom*, esto es, las nacidas a partir de mediados de los años 60. De esta manera, la jubilación a la edad de 65 años se mantiene para quienes han tenido una carrera profesional más dilatada y estable, quedando la de 67 años para quienes hayan tenido una carrera inestable, discontinua o irregular como consecuencia de la precariedad laboral, circunstancias éstas que confluyen en mayor medida en el empleo femenino por las circunstancias apuntadas.

---

11 En su ordenación se combinan dos factores: cotizaciones acreditadas y edad, de modo que se van fijando progresivamente los períodos de cotización que dan acceso a la jubilación por tiempo de cotización, esto es, a los 65 años, así como la escala ascendente que ordena la edad de acceso a la jubilación ordinaria y que oscila entre los 65 años y 1 mes en el año 2013 hasta los 67 años a partir del año 2027. El ritmo de crecimiento de las cotizaciones exigidas y de la edad es diferente. Así, las cotizaciones exigidas para acceder de forma permanente a la jubilación a los 65 años o a la edad en que se acrediten, se fijan para el año 2013 en 35 años y 3 meses y se elevan progresivamente de 3 en 3 meses hasta alcanzar los 38 años y 6 meses a partir del año 2027. Por lo que se refiere a la edad exigida para quienes acrediten cotizaciones inferiores a las previstas en cada momento, se inicia su elevación en los 65 años y 1 mes para el año 2013, incrementándose en 1 mes por año hasta el 2018 y en dos meses por año desde 2019 al 2027, donde se alcanza la edad de 67 años.

12 Entre los estudios que alertan sobre el envejecimiento de la población y su impacto en el sistema de pensiones, Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A.: «El modelo de garantía constitucional de la vejez como condicionante necesario de las políticas legislativas», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Dirs. y Coords.): *La edad de jubilación*, Granada (Comares), 2011, págs. 121 y ss.

13 La idea básica es que la edad de jubilación se generalice a los 67 años, según vayan transitando las generaciones con carreras laborales más cortas e irregulares. Tortuero Plaza, J.L.: *La reforma de la jubilación. (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson Reuters), 2012, pág. 82.

La generación que actualmente accede a la jubilación ha disfrutado de los años de bonanza económica y de mayor estabilidad laboral, lo cual ha permitido completar largas carreras de seguro. Por el contrario, es plausible que cada vez resulte más difícil mantener una carrera profesional estable y prolongada, y ello debido a factores como la generalización de la contratación temporal como forma de vinculación a la empresa, el desempleo masivo o el hecho evidente de que las actuales generaciones de jóvenes se incorporan al mundo laboral a una edad sensiblemente superior a la de generaciones anteriores, como consecuencia, entre otras razones, de la prolongación cada vez mayor del período formativo[14].

Las reflexiones anteriores obligan a analizar si dicho retraso en la edad de jubilación o las modificaciones habidas en las reglas de cálculo de la base reguladora de la pensión contributiva (incluyendo la reforma del modo de proceder a la integración de las lagunas de cotización) influyen de la misma manera en los trabajadores de ambos sexos o si, por el contrario, dichas reformas legislativas adquieren algún sesgo de género.

3.- El impacto de género motivado por el retraso de la edad de jubilación y el alargamiento de las carreras de cotización

La revisión del modelo interno supone, por tanto, que la edad de jubilación será, como regla general, la de 67 años, desplazando a la que hasta el momento era la normal u ordinaria de 65 años[15], si bien tal parámetro no queda congelado en el tiempo, sino que se convierte en algo contingente[16]. Tras la reforma comentada, para conseguir los 38 años y 6 meses de cotización exigidos por el legislador para poder seguir jubilándose a los 65 años (una vez finalice el período transitorio), sólo podrán computarse los días y meses naturales efectivamente cotizados —o asimilados—, como es el caso de la cotización imputada a los períodos iniciales de excedencia por cuidado de hijos o familiares, lo cual tiene un efecto claramente negativo para el colectivo de mujeres. En otros términos, la eliminación de los días-cuota (conside-

14 García Ortega, J.: «Las nuevas edades de jubilación y sus efectos en la cotización y en la cobertura», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núms. 29-30, 2012, pág. 11.

15 Monereo Pérez, J.L.: «La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: La fase actual de la construcción de un 'nuevo' sistema de pensiones», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Dir. y Coord.): *La edad de jubilación,* cit., pág. 64.

16 Maldonado Molina, J.A.: «La edad de jubilación, retiro y vejez», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Dirs. y Coords.): *La edad de jubilación,* cit., pág. 108 o Fernández Orrico, F.J.: «Sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social y edad de jubilación en el Acuerdo Social y Económico 2011», *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2011, págs. 383 y ss.

ración como período de cotización de un tiempo adicional en atención a las pagas extraordinarias recibidas) para la determinación de la concurrencia del período mínimo de carencia para acceder a la pensión de jubilación, repercute en mayor medida en el colectivo femenino, en la medida en que las mujeres constituyen un colectivo con mayores problemas para llegar al período mínimo de cotización, dada su mayor inestabilidad laboral.

Si se tiene en cuenta que las carreras femeninas presentan niveles de inactividad y de rotación más elevados en los períodos fértiles, en parte por la existencia efectiva de hijos y también por la discriminación generada contra las propias mujeres que se encuentran en momentos biológicos en que la maternidad es potencialmente posible, el impacto de género de tal previsión es más que evidente. Ya en el *Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones* (ASE), firmado el 2 de febrero de 2011, se reconocía expresamente el impacto desigual entre hombres y mujeres del alargamiento de la carrera de cotización. Las medidas sugeridas para corregir este impacto estuvieron relacionadas exclusivamente con las actividades de conciliación por cuidado de hijos: a) adelantamiento de la edad de jubilación ordinaria antes de los 67 años a las mujeres, consistente en 9 meses por cada hijo, con un máximo de 2 años, siempre que con ese período dispusieran de la carrera de cotización suficiente para la jubilación plena entre los 65 y los 67 años; b) ampliación a 3 años del período de cotización ficticia por excedencia para cuidado de hijos. Esto es, ambos mecanismos implican, con diferente alcance, optar por una corrección del impacto de género fundamentalmente asentado en el mecanismo de las cotizaciones ficticias. Tales cotizaciones ficticias se añaden a otras que ya existen en el sistema de Seguridad Social español. Cuando esta previsión del ASE se trasladó al Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y, más adelante, a la Ley 27/2011, se produjo una alteración en la denominación del bloque de medidas, que dejó de llamarse «*Mujeres*» para pasar a denominarse «*Beneficios por cuidado de hijos*». Alteración que resulta fundamental, puesto que una conexión exclusiva entre mujeres y conciliación provoca el efecto de justificar al mantenimiento de los roles tradicionales[17].

4.- El impacto de género motivado por los mecanismos de cobertura de lagunas: previsiones *ad futurum*

En la medida en que las lagunas de cotización más remotas en el tiempo se rellenan con la mitad de la base mínima, si se tiene en cuenta que el pará-

17 De hecho, parte de la doctrina reinterpretó la feminizada referencia al beneficio de conciliación previsto en el ASE para referirlo también a los hombres. Entre otros, Panizo Robles, J.A.: «Dos décadas de reformas de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo de 1995 al Acuerdo Social y Económico de 2011», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 336, 2011, pág. 77.

metro de referencia para la determinación de la base reguladora se amplía, y que las mujeres tienen defectos de cotización predominantemente en los períodos de tiempo coincidentes con etapas fértiles, debe concluirse que una penalización en el mecanismo de relleno de las bases distantes en el tiempo, relevantes a efectos de la determinación de la base reguladora, es susceptible de tener efectos perjudiciales en la pensión resultante aplicable al colectivo de mujeres[18].

A tal efecto, con carácter de urgencia, dentro del paquete de medidas aprobadas por el Gobierno a través del RD-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones[19], se ha aprobado una reforma de los arts. 209.1, 248.2, 322 y la disposición transitoria 41.ª TRLGSS[20]. Pese al carácter urgente de la norma, debe aclararse que dichas disposiciones entrarán en vigor el 1 de enero de 2026. Llegada tal fecha, se ha previsto en dicha disposición transitoria 41.ª TRLGSS una fórmula específica para la integración de períodos sin obligación de cotizar para el cálculo de las pensiones de jubilación en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5 por ciento[21].

Así, para el cálculo de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena a las que sea de aplicación la integración de períodos sin obligación de cotizar según lo dispuesto en el art. 209.1 TRLGSS, «los meses en los que no haya existido obligación de cotizar, desde la cuadragésima novena mensualidad hasta la sexagésima, se integrarán con el 100 por ciento de la base mínima de cotización del Régimen General que corresponda al mes respectivo. Este porcentaje será del 80 por ciento de la misma base desde la mensualidad sexagésima primera a la octagésima cuarta».

A su vez, para el cálculo de la pensión de jubilación de los hombres a los que sea de aplicación el art. 209.1.b), se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior respecto a las mismas mensualidades y con igual importe, siempre que en relación con alguno de los hijos acrediten los requisitos establecidos

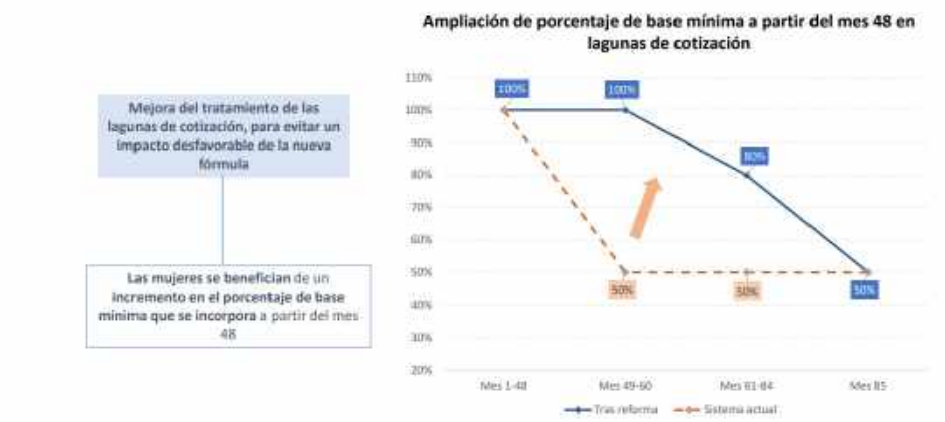
18 Sobre el particular, Ballester Pastor, M.ª A.: «Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico», *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 112, 2011, págs. 61-62 o Escalante Zabala, R.: «La gran injusticia de las lagunas de cotización en las bases reguladoras de las pensiones», *Diario La Ley*, núm. 9133, 2018.

19 El RD-ley 2/2023, de 16 de marzo, ha sido convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, publicado por Resolución de 30 de marzo de 2023.

20 Redactados respectivamente por los apartados veintitrés, veintisiete, veintiocho y cuarenta y uno del artículo único de dicho RD-ley.

21 En los términos de la disposición adicional 37.ª

en las reglas 1.ª[22] o 2.ª[23] del artículo 60.1.b) —haber interrumpido o haber visto afectada su carrera art. con ocasión del nacimiento o adopción, con arreglo a ciertas condiciones— si bien no se exigirá que la pensión del hombre sea superior a la del otro progenitor ni que este deba tener derecho al complemento para la reducción de la brecha de género. En definitiva, la reforma mejora el tratamiento de las lagunas de cotización para evitar un impacto desfavorable de la nueva regla de cómputo de la base reguladora de la pensión y las mujeres se benefician de un incremento en el porcentaje de base mínima que se incorpora a partir del mes 48[24].



5.- Algunas tímidas medidas de corrección de la brecha de género ligadas a los cuidados y otras cuestiones en los negocios familiares

Dentro de un sistema de protección social eminentemente contributivo, el desarrollo de tareas invisibles (atención del hogar familiar o cuidado de hijos

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

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

24 Escrivá, J.L.: Informe de «*Situación de las recomendaciones del Pacto de Toledo*», marzo, 2023, pág. 9. https://www.inclusion.gob.es/documents/20121/0/20230315_PactodeToledo+presentaci %C3 %B3n+ %281 %29.pdf/13722ba3-5989-205d-f26f-2d5dad9d3d9d?t=1678901327297

y personas dependientes) sitúa a muchas mujeres en una posición de evidente vulnerabilidad que, en cierta manera, se ha intentado solventar mediante prestaciones familiares de naturaleza contributiva que, en cierto modo, vienen a paliar las insuficiencias de cotización a través del reconocimiento del tiempo dedicado a tareas de cuidado como período cotizado[25].

A dicha finalidad responden los denominados «períodos de cotización asimilados por parto» del art. 235 TRLGSS. Una medida de acción positiva que atribuye cotizaciones ficticias a la mujer por el hecho del parto, cuando en tal momento no existiera relación laboral o profesional determinante de su inclusión en el sistema de la Seguridad Social, y por tal motivo no pudiera disfrutar del descanso de maternidad[26]. En concreto, el literal de la norma establece que a efectos de las pensiones contributivas de jubilación (también de incapacidad permanente), «se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple». Esto es, no constituye una medida compensatoria del defecto de cotización por cuidado de hijos, sino una medida compensatoria por el «hecho físico» de la maternidad. De hecho, ni siquiera se aplica al supuesto de madre adoptiva.

En la misma línea se contemplan beneficios por cuidado de hijos o menores que se articulan como períodos cotizados (hasta un máximo de 270 días por hijo, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización)[27] para dar cobertura a situaciones de interrupción de la cotización a causa

25 En la doctrina, ampliamente, Grau Pineda, C. y Rodríguez González, S.: *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones,* cit., págs. 40 y ss.

26 En concreto, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente se computan a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las 16 semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple. Dicho precepto recoge las previsiones de la disposición adicional 44.ª TRLGSS94, introducida por la LO 3/2007. La parquedad legal ha generado ciertos pronunciamientos judiciales que han ido solucionando aspectos no tratados específicamente en el precepto, como los relacionados con su aplicación a las pensiones del SOVI, SSTS 12 diciembre 2011 (Rec. 589/2011) o 18 noviembre 2013 (Rec. 792/2013). En la doctrina, Esteve Segarra, A.: «Pensión de jubilación SOVI y reconocimiento de días de cotización por parto», *Aranzadi Social,* núm. 17, 2009, págs. 105 y ss. Sobre su repercusión en la jubilación anticipada, STSJ Galicia 28 enero 2013 (Rec. 2664/2010).

27 Cada hijo o menor acogido dará lugar al cómputo de un nuevo período cotizado y en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, los días señalados se reconocerán independientemente por cada uno de ellos, si bien los períodos computables por cuidado de hijos o menores acogidos no podrán superar los 5 años por beneficiario, cualquiera que

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 (art. 236 TRLGSS). Esta medida va dirigida indistintamente a los progenitores, adoptantes o acogedores, y solo podrá ser reconocida a favor de uno de ellos, determinado de común acuerdo, aunque en caso de controversia se reconocerá el derecho a la madre, por lo que denota una cierta feminización[28].

La cotización ficticia del art. 235 TRLGSS sirve para compensar la cotización perdida por la mujer por el hecho físico del parto mientras que el art. 236 sirve para compensar los defectos de cotización surgidos en torno al nacimiento, adopción o acogimiento de un menor, presumiblemente como consecuencia del cuidado que requiere y que puede haber repercutido en el mantenimiento del empleo, aunque el beneficiario quede liberado de la prueba de esta finalidad y ni siquiera puede ser privado del beneficio en caso de que se probara su no dedicación efectiva al mismo[29]. Por lo demás, se trata de un beneficio que no se concede por el hecho del nacimiento o adopción/acogimiento del menor, sino que requiere que efectivamente existan lagunas de cotización provocadas por la interrupción de la vida laboral y estas estén comprendidas en un período temporal predeterminado. La fórmula no responde a la filosofía de otros países de conceder períodos de cotización por el hecho de tener hijos, trabaje o no la madre (como ocurre en Alemania, por ejemplo). Sin embargo, y «sin entrar en el debate sobre los posibles efectos desincentivadores de este reconocimiento para las madres que no trabajan…, en el sistema español, el legislador podría haber previsto opciones más generosas de manera que se reconociesen estas cotizaciones a las madres trabajadoras con independencia de que hubiesen interrumpido su actividad laboral»[30]. En cualquier caso, y al margen de estas medidas aisladas, lo cierto es que los tiempos de transición fijados por el legislador para aplicar la reforma de las

sea el número de hijos nacidos o adoptados o menores acogidos. Arts. 6.1. 3.ª, 2 y 3 RD 1716/2012, de 28 de diciembre. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurran con los asimilados por parto y con los períodos de cotización efectiva derivados de las situaciones de excedencia por cuidado de hijos o menores acogidos.

28 Grau Pineda, C. y 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», *Documentación Laboral*, núm. 103, 2015, pág. 158.

29 Ballester Pastor, M.ª 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 Ninet*, Barcelona (Atelier), 2017, pág. 543.

30 Siguiendo a Pumar Beltrán, N.: «Reforma de pensiones en España, carreras profesionales irregulares e impacto de género», *Revista de Derecho Social*, núm. 55, 2011, págs. 244-245.

pensiones, aunque amplios, no tienen en cuenta en ningún momento la perspectiva de género y perjudican en mayor medida a las mujeres puesto que las medidas más restrictivas no «esperan» a un mayor equilibrio en las trayectorias de cotización entre mujeres y hombres. Y, de hecho, las diferencias más notables se dan entre los cotizantes mayores de 45 años[31].

Con todo, la más relevante es la prestación familiar contributiva prevista en el art. 237 TRLGSS, en virtud del cual se otorga la consideración de período de cotización efectiva a los períodos de hasta tres años de excedencia que las personas trabajadoras disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción[32] (apartado 1) y también ahora de los tres primeros años en «razón del cuidado de otros familiares», hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, con ciertos requisitos de incapacidad o dependencia económica (apartado 2), susceptibles de ampliación en la negociación colectiva, a cargo del empleador[33]. Debe tenerse en cuenta que en España las excedencias son disfrutadas en un porcentaje elevadísimo por mujeres y suponen un importante sacrificio económico, por lo cual con esta medida se trata de paliar el impacto negativo que tendrían estas lagunas de cotización en futuros derechos de pensión.

El mismo precepto extiende esta fórmula de cobertura a los períodos de reducción de jornada para el cuidado de menores y de familiares al amparo del art. 37.6 ET, de modo que las cotizaciones abonadas durante este tiempo se verán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido durante un mayor o menor período según se trate de menores de 12 años o de otros familiares (apartado 3). A este respecto, conviene destacar que la reducción de jornada se convierte en una institución especialmente conveniente puesto que, lejos de promover el abandono del trabajo para asumir tareas de cuidado en exclusiva, permite el mantenimiento de los vínculos laborales y fomenta el reparto de responsabilidades, si bien el alcance de la medida es limitado, en cuanto a duración

31 De hecho, una opción posible hubiese consistido en congelar la aplicación de la reforma para el colectivo de mujeres de determinada franja de edad que partieron de un contexto histórico y social que les situó en clara desventaja frente a los hombres en cuanto a su participación en el mercado de trabajo. Pumar Beltrán, N.: «Reforma de pensiones en España, carreras profesionales irregulares e impacto de género», cit., pág. 247.

32 Lo que implica que la excedencia no produce efecto negativo para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, salvo para la incapacidad temporal. Muñoz Molina, J.: «La mujer en el ordenamiento de la Seguridad Social», en AA.VV. (Sáez Lara, C., Coord.): *Igualdad de género en el trabajo: Estrategias y propuestas,* Murcia (Laborum), 2016, pág. 173.

33 Los apartados 2 y 3 del art. 237 TRLGSS han sido modificados por el art. único.25 del RD-ley 2/2023, de 16 de marzo, que tiene por objeto, precisamente, adoptar medidas, con carácter «urgente» para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE 17 marzo 2023). Para un análisis más detenido de esta protección contributiva vid. Fernández Domínguez, J.J y Martínez Barroso, M.ª R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social,* Albacete (Bomarzo), 2007, pág. 22.

se refiere (habiéndose aumentado los supuestos en que el beneficio se extiende a los tres años). Cuando las situaciones de excedencia mencionadas hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el art. 37.6 ET, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán también incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

En definitiva, las personas trabajadoras por cuenta ajena en sentido amplio, cuando suspendan su relación de trabajo (según el art. 46.3 ET) para dedicarse al cuidado de hijos (hasta un máximo de tres años), o de cónyuge o pareja de hecho, o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad de ambos (por tiempo no superior a tres años); o reduzcan su jornada por razón del cuidado del menor (con un máximo referido a los tres primeros años de reducción, de conformidad con el art. 37.6 ET), no experimentarán lagunas o minoraciones en su cotización, considerándose, pues, que dichos períodos han sido cotizados plenamente o al 100 por cien, ofreciendo cobertura al «hecho familiar» entendido en sentido amplio[34].

En las tres previsiones mencionadas, el reconocimiento de los períodos de cotización ficticia se aplica al grueso de las contingencias protegidas (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor; junto a riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal, en el supuesto de reducción de jornada y de beneficios por cuidados) excluyendo la protección por desempleo[35].

Como se desprende del análisis previo, estas tímidas medidas de corrección del impacto de género motivado por el alargamiento de las carreras de cotización se han limitado a los aspectos vinculados al cuidado, por lo cual no tiene mucho sentido que el legislador remita a un futuro estudio este aspecto, a menos que asumiera claramente la escasa relevancia de las medidas en cuestión[36]. Sin embargo, lo realmente criticable es que no se mencionara ya en el año 2011,

34 González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2023, pág. 304.

35 En relación con esta contingencia, el período de excedencia por cuidado de hijo tiene la consideración de situación asimilada al alta. Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de este cómputo se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar establecido en los arts. 266 y 269 TRLGSS, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en excedencia.

36 La disposición adicional 5.ª Ley 27/2011, encomendaba al Gobierno que, en el plazo de un año, presentara en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo un estudio sobre las medidas a adoptar para impulsar los mecanismos que incorporen los períodos de atención y cuidado de los hijos, de las personas con discapacidad o personas en situación de dependencia, como elementos a considerar en las carreas de cotización de las mujeres.

como contenido de este estudio futuro, el impacto de género referido a otros aspectos de la Recomendación 17.ª del Pacto de Toledo (tanto en su versión inicial como en las posteriores) diferentes de la cuestión del cuidado de hijos o familiares, como la igualdad efectiva, el establecimiento de incentivos fiscales para la generación de pensiones a favor de los cónyuges no incorporados al mercado de trabajo y la configuración de mecanismos para que adquiera relevancia, en el plano de las carreras de cotización femeninas, el trabajo desempeñado en negocios familiares.

Siguiendo la línea del *Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020)*, la Recomendación 17.ª del Pacto de Toledo, bajo el rótulo «Mujer y protección social», entiende que el sistema debe valorar la dimensión de género en materia de pensiones, una vez constatada la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores períodos de interrupción por cuidados de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en el ejercicio de derechos de conciliación[37]. Tras la última renovación del Pacto de Toledo (2020) dicha Recomendación reconoce que las medidas puntuales correctoras adoptadas durante los últimos años no han logrado una equiparación efectiva en la cobertura de mujeres y hombres, evidenciándose la necesidad de introducir medidas estructurales referidas a la propia configuración del sistema y a la forma de acceso a las prestaciones.

La valoración del trabajo doméstico a efectos de pensiones o la protección por desempleo y afloramiento del trabajo sumergido por parte de las mujeres en los negocios familiares implican planteamientos de notable complejidad que el legislador, por el momento, ha preferido no abordar, en parte por cierta falta de convencimiento en torno a su adecuación y en parte, también, porque implica un coste, mediante la atribución de derechos a sujetos hasta ahora no declarados que, en momentos de recorte, el legislador claramente no está dispuesto a asumir. A este respecto, la Ley 27/2011 ha llevado a cabo una regulación muy peculiar en la disposición adicional 52.ª, limitada a establecer que, en caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, si el juez advirtiera que se ha producido una prestación de servicios no declarada de un cónyuge para el negocio familiar, comunicará tales hechos a la Inspección de Trabajo a efectos de que se realicen las acciones correspondientes. Referencia que, como con acierto ha manifestado la mejor doctrina, parece estar legitimando el trabajo sumergido en tanto en cuanto el matrimonio perviva[38].

---

37 A la vista de las anteriores constataciones, la Comisión está convencida de que ha llegado el momento de que el sistema evolucione y adopte medidas que reconozcan el esfuerzo asociado a esas circunstancias, reclamando el impulso de los mecanismos que incorporen los períodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización. Un estudio detallado en Muñoz Molina, J.: «La mujer en el ordenamiento de la Seguridad Social», en AA.VV. (Sáez Lara, C., Coord.): *Igualdad de género en el trabajo: Estrategias y propuestas,* cit., págs. 163 y ss.

38 Rotunda en tal sentido, Ballester Pastor, M.ª A.: «Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico», cit., págs. 71 y 78.

En fin, la tímida configuración de los mecanismos compensatorios frente al impacto de género motivados por el alargamiento de las carreras de cotización exigidas por la Ley 27/2011 no dejan de ser un reflejo más del reforzamiento del carácter contributivo del sistema a costa del sacrificio de buena parte de sus rasgos solidarios. Sin embargo, una cosa es que la solidaridad intergeneracional, en que se habían basado buena parte de los sistemas públicos de pensiones, no permita garantizar en el futuro pensiones adecuadas y sostenibles y otra cosa que se abandone del todo esa idea y se considere el derecho a la pensión desde la perspectiva individualista del ahorro del interesado a lo largo de su carrera productiva[39]. Aun aceptando que esta haya sido la opción del legislador, resulta inasumible que no se hayan aplicado correcciones efectivas para minorar los efectos perversos de género que indudablemente tiene la reforma comentada, no sólo porque así lo exige el concepto de transversalidad, sino también porque el marco actual de relaciones laborales y de Seguridad Social obliga a tener en cuenta peculiaridades de grupo[40].

6.- Del complemento de maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género

Junto a las tímidas medidas de protección familiar reseñadas, el legislador reguló en el año 2015 un polémico complemento por maternidad en las pensiones contributivas, reconocido «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 pensiones contributivas de jubilación, viudedad[41] o incapacidad permanente, independientemente de la

39 Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «Pensiones adecuadas, sostenibles y seguras», *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2010, pág. 9. En la misma línea, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: «La conformación de la acción protectora del sistema de Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pág. 6, quienes consideran que la obligación de mantener el sistema no puede ser contraria al necesario carácter dinámico y perfectible de la Seguridad Social para lograr sus objetivos fundamentales de liberación del individuo frente a situaciones de necesidad, que también son variables en el devenir histórico. Particularmente interesante resulta la argumentación crítica de algunos economistas frente a las reclamaciones de endurecimiento contributivo del sistema. Al respecto, Torres López, J. y Navarro, V.: «La propuesta de los 100 economistas sobre las pensiones. Errores, medias verdades y silencios al servicio de la banca», *Documentos para el debate ATTAC*, núm. 1, 2011.

40 Postulando la exigencia al legislador de un «acentuado activismo normativo, destinado, en lo esencial, a regular nuevos supuestos de hecho nacidos al compás de esa quiebra», Valdés Dal-Ré, F.: «Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social: ¿hacia nuevas relaciones?», *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2010, pág. 5.

41 Que no está vinculada al trabajo efectivo de la beneficiaria sino al de su cónyuge o compañero, con lo cual una mujer que nunca haya trabajado y que se haya dedicado exclusivamente al cuidado de sus hijos accedería a este complemento de maternidad, que servirá para aumentar la cuantía de la pensión de viudedad, justificada en muchas oca-

contingencia causante de la pensión (en el caso de las de incapacidad permanente) y del lugar del nacimiento o adopción de los hijos computables. Dicho complemento ha sido considerado contrario al principio de no discriminación por razón de sexo, al estar reservado a las mujeres, aunque su justificación era la aportación a la natalidad, algo que realizan tanto madres como padres[42].

6.1.- La finalidad del originario complemento de maternidad

Dicho complemento, de naturaleza contributiva, consiste (y se utiliza el presente, dado que el Tribunal Supremo ha declarado que es imprescriptible)[43] en un importe equivalente al resultado de aplicar a las referidas pensiones (importe final, incluido en su caso el complemento por mínimos) un porcentaje determinado, en función del número de hijos: 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 %, computando únicamente los nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente. De este modo, si se tuvieran nuevos hijos tras la obtención de las pensiones correspondientes, el derecho al complemento no llegaría ni siquiera a nacer, por lo cual nunca se producirá un «recálculo» de la pensión inicialmente fijada[44]. Dicha exigencia excluye las adopciones en trámite y a los propios *nasciturus*, pues el fundamento último de la prestación es el perjuicio causado sobre la carrera laboral por el hecho de la maternidad, aunque tal exclusión no guarde similar coherencia con la finalidad de compensar la contribución a la natalidad[45].

---

siones, aunque sin duda existen instrumentos más apropiados para lograr dicha finalidad. Ballester Pastor, M.ª 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 Ninet*, cit., pág. 539.

42 Cuestión sobre la que me ocupé detenidamente en Martínez Barroso, M.ª 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)», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6, 2020, págs. 49 y ss. Sobre el particular, vid. la excelente monografía de Vivero Serrano, J.B.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada (Comares), 2021.

43 En STS 21 febrero 2024 (Rec. 862/2023). Sobre el particular vid. Palomino Saurina, P.: «¿Puede prescribir el complemento de maternidad por aportación demográfica?: Comentario a la sentencia del TS de 21 de febrero de 2024, rec. 862/2023», *Diario la Ley,* núm. 10513, 2024.

44 Ramos Quintana, M.I.: «El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica», *Trabajo y Derecho,* núm. 61, 2020, pág. 11.

45 Rivas Vallejo, P.: «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad», *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 1, 2020 (recurso electrónico).

La fórmula de cálculo de tal complemento, conforme a porcentajes, genera una clara situación de desequilibrio entre las pensiones de las propias mujeres, dado que da lugar a un mayor incremento efectivo para aquellas con mayor pensión[46]. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 60 TRLGSS (en la versión anterior a la modificación operada por el RD-ley 3/2021), solo se aplica a las pensiones reconocidas a partir de 1 de enero de 2016 (llamando poderosamente la atención la urgencia del legislador en su implantación, sin haber tenido en cuenta ningún período transitorio de aplicación de la norma, que permitiese una cierta retroactividad) y no resulta de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada[47] (esto es, a quienes pudiendo haber cotizado más, se acogen voluntariamente a la jubilación anticipada)[48] ni en los

46 Poniendo de manifesto esta brecha entre las propias beneficiarias, Gallego Losada, R.: «El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 403, 2016, pág. 43.

47 Moreno Pueyo, M.J.: «Días de cotización por parto y derecho a la jubilación anticipada. Interpretación de la DA 44 TRLGSS», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4, 2013, págs. 227 y ss.

48 Lo cual se considera proporcional, a la vista de la limitada importancia del complemento en términos porcentuales y del amplio margen con que cuenta el legislador para regular las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. Auto del Pleno del TCo, núm. 114/2018, de 16 de octubre (Cuestión de inconstitucionalidad 3307/2018), indicando que la diferencia introducida entre quien se jubila anticipadamente de forma voluntaria y quien intenta agotar su período de cotización «obedece a un criterio objetivo y razonable». La exclusión del complemento en los supuestos de acceso a la pensión de jubilación anticipada voluntaria ha sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona y rechazada por el pleno del Tribunal Constitucional en Auto 114/2018, de 16 de octubre, que inadmite a trámite la cuestión por considerarla «notoriamente infundada» a partir de tres argumentos básicos. Primero: Porque desde el prisma de un complemento de pensión que pretende compensar a las madres que de forma involuntaria y por las causas recogidas en el art. 207 TRLGSS ven reducida su carrera de seguro, la diferencia introducida por el legislador en el art. 60.4 TRLGSS «tiene una justificación objetiva y razonable». En segundo lugar, porque «la medida cuestionada se explica también desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de pensiones, ya que la jubilación anticipada acorta el período de contribución al sistema y amplía el de disfrute de la pensión, por lo que es lógico que el legislador introduzca normas para desincentivarla». Y, en tercer lugar, porque a la vista de la limitada importancia del complemento en términos porcentuales y del amplio margen con que cuenta el legislador para regular las prestaciones del sistema (atendiendo a las necesidades existentes con los medios disponibles), la diferencia de trato debe entenderse proporcionada, sin que produzca «resultados especialmente gravosos o desmedidos». El Auto cuenta, no obstante, con sendos Votos Particulares, que abogan, respectivamente, por una interpretación de los confines de la Seguridad social compatible con la lógica constitucional de la cobertura del contenido esencial de los derechos fundamentales (formulado por el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré.), a partir de la ausencia de fundamentos que justifiquen privar a una madre trabajadora de los beneficios de su contribución al sostenimiento demográfico del sistema de la Seguridad social y, en segundo término, el Voto Particular suscrito por la Magistrada Dña. María Luisa Balaguer Callejón, profundiza en la dimensión de género en materia de pensiones, que es justamente la *ratio legis* de un complemento que pretende compensar el mayor esfuerzo que ha supuesto a las mujeres compatibilizar su actividad laboral, y, por tanto, su condición de cotizantes al sistema de Seguridad Social, con la maternidad y la consiguiente aportación de nuevos posibles cotizantes a dicho sistema. Según reconoce el Voto Particular, a través de este complemento

de jubilación parcial[49], aunque se reconocerá cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda.

No hace la norma referencia específica a familias monoparentales ni a familias homosexuales masculinas, que quedarán, por tanto, privadas del complemento, al igual que los padres adoptivos o las madres de hijos únicos. Esto es, se priva del complemento a los padres, aunque hubieran sido ellos los encargados del cuidado de sus hijos. También resulta controvertido que la medida quede limitada exclusivamente a las madres (requisito subjetivo), tanto por maternidad biológica como por adopción (queda excluido el acogimiento), que cumplan los requisitos mínimos exigidos para el acceso a la correspondiente pensión contributiva (requisito material), dejando fuera a las madres trabajadoras que se encuentran en las situaciones de necesidad más gravosas, esto es, las que simplemente accedan a una pensión no contributiva[50] y sufran un mayor riesgo de exclusión social, que pueden haber contribuido demográficamente a la sociedad, pero que no alcanzan los períodos mínimos de cotización exigidos. Por último, al no haber terminado en norma positiva el desarrollo reglamentario inicialmente pergeñado, algunas de sus previsiones no refrendadas continúan dejando en la oscuridad situaciones, como su aplicabilidad la prevista en su art. 2.3, respecto de su aplicabilidad a las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, cuya falta de regulación expresa conduce a auténticos vacíos normativos que intentan ser colmados por la jurisprudencia[51].

Este controvertido complemento perseguía, cuando se diseñó[52], cuatro objetivos principales[53]: a) Reconocer, mediante una prestación social pública,

se intenta moderar la reconocida discriminación histórica que han sufrido las mujeres trabajadoras y madres a la vez que se intenta reducir una evidente brecha, que no sólo se manifiesta en el ámbito salarial sino también en el de las pensiones. Por último, constituye un mecanismo para establecer una medida concreta de apoyo a las familias.

49 Ampliamente sobre el tema Rodríguez Cardo, I.A.: «El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos (I)», *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016, págs. 106 y ss.

50 Escenario de protección social que cuenta cada vez con más mujeres. Sobre las reformas operadas en el sistema de pensiones que tienen incidencia en las carreas profesionales más precarias, Miñarro Yanini, M.: «Algunas reflexiones en torno a la incidencia de las últimas reformas laborales y medidas de contención económica sobre el trabajo de la mujer», *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2013, págs. 10 y ss.

51 Como el que colma la STS 22 enero 2020 (Rec. 3097/2017), sobre la idoneidad de pensionistas del extinto SOVI para causar pensiones por muerte y supervivencia, que la sentencia aludida resuelve en sentido positivo.

52 También se reconoció en la misma Ley el complemento para Clases Pasivas del Estado (disposición adicional 18, RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril).

53 Según la justificación de la enmienda núm. 4242 del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, a través de la cual se introdujo este complemento en el Proyecto de Ley de Presupuestos.

la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad; b) Valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión parlamentaria del Pacto de Toledo, suavizando las consecuencias de las discriminaciones históricas que han gravado más intensamente a las mujeres que a los hombres; c) Eliminar, o al menos disminuir, la brecha de género en materia de pensiones, cumpliendo las Recomendaciones de la Unión Europea; y d) Dar a conocer los objetivos generales que atienden al entorno en que se desarrolla la vida familiar, en cumplimiento del *Plan de Apoyo a la Familia 2015-1017*, aprobado por el Gobierno[54].

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. No obstante, conviene no desconocer que si bien el complemento de maternidad se reconoce a las madres por su aportación demográfica, también su carrera de seguro se ve acortada «por las dificultades para la conciliación laboral derivadas de la maternidad», de ahí que el propio Tribunal Constitucional[55] haya reconocido que «el objetivo del complemento de maternidad es compensar a aquellas madres que, por su dedicación al cuidado de los hijos, y pese a su intención de tener una carrera laboral lo más larga posible, no hayan podido cotizar durante tantos años como el resto de trabajadores», razón por la cual se aplica el criterio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía, por referencia al número de hijos nacidos.

El fundamento de la norma es el reconocimiento de la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad. Sobre este propósito buscado por la norma, el preámbulo del proyecto de Real Decreto para la aplicación y desarrollo del complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social determina que comparte su fundamento con el objetivo derivado de las recomendaciones de la Comisión Parlamentaria de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, es decir, el de «reducir las consecuencias de la discriminación sufrida históricamente por las mujeres y colaborar en la disminución de la brecha

54 García Romero, M.ª B.: «Las responsabilidades familiares ante el sistema de Protección Social: desafíos y respuestas», en AA.VV. (Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E., Dirs.), *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Murcia (Laborum), 2015, págs. 93 y ss.

55 Auto TCo 114/2018, de 16 de octubre.

de género que desde el *ámbito* laboral se traslada al de las pensiones de la Seguridad Social»[56].

Argumento en el que abunda el Criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, 1/2018, de 1 de febrero[57], a tenor del cual el complemento «es una medida de acción positiva que persigue, en último término, la igualdad material entre mujeres y 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».

Pese a que la finalidad de la norma parece estar clara, el hecho de que el precepto legal, en lugar de determinar medidas que verdaderamente contribuyan a compatibilizar la maternidad con el desempeño y desarrollo profesional de la mujer, se limite a cuantificar económicamente con un porcentaje la mera tenencia de hijos, desdibuja el bien jurídico protegido[58]. Por ello, en un análisis hermenéutico de la norma conviene no olvidar los mayores niveles de pobreza de las mujeres (aun de las que están insertas en el marco del trabajo productivo y remunerado), debido a menores carreras de cotización, frecuentemente vinculadas a embarazos[59], partos y pospartos y al cuidado de sus hijos, lo que da lugar a subsidios y pensiones de escasa cuantía.

---

56 Sobre el particular, Grau Pineda, C. y Rodríguez González, S.: *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones,* cit., págs. 14-15; Aragón Gómez, C., «El impacto de la brecha salarial en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social», *Documentación Laboral*, núm. 115, 2018, págs. 53 y ss.; Casas Baamonde, M.ª E.: «Igualdad de género y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: una integración inaplazable», *Femeris,* núm. 2, 2019, pág. 6 o Benito Benítez, M.ª A.: *El impacto de género en el sistema de pensiones,* Albacete (Bomarzo), 2019.

57 Disponible en http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/5e49aed5-444c-4c92-a180-3bf83295ba54/CRITERIO+DE+GESTION+1-2018.pdf?MOD=AJPERES&CVID=.

58 Marbán Pinilla, M.ª T.: «El complemento por maternidad en la pensión 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, Murcia (Laborum), 2019, pág. 668.

59 Las conductas discriminatorias por causa del embarazo son de naturaleza múltiple y susceptibles de ser detectadas en al menos tres fases diferenciadas: en el acceso al empleo, durante la relación de trabajo y con un impacto especialmente negativo en la promoción profesional y en el acceso a puestos de liderazgo y especial responsabilidad (generalmente los mejor retribuidos). Un caso muy evidente ha sido el analizado por STJUE 20 junio 2019, asunto *Hakelbracht*, C-404/18, ECLI:EU:C:2019:523, sobre el embarazo como obstáculo para ocupar una oferta de trabajo o vacante.

Esta situación de desventaja produce injustificadas diferencias en el valor económico de las pensiones de las mujeres y es, con seguridad, la situación que trata de atender el complemento, con una finalidad claramente compensadora[60]. El embarazo, el parto y el postparto (las tres circunstancias específicamente abordadas en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992) constituyen situaciones en las que convergen múltiples formas y manifestaciones de la discriminación que las mujeres han registrado históricamente desde los orígenes de las relaciones de trabajo asalariado.

En una sociedad igualitaria, las medidas de acción positiva no tienen razón de ser, por lo cual los tratos deberían ser uniformes y, en tal contexto, las aportaciones a la demografía de un país y a sus sistemas de protección social deberían ser objeto de igual valoración y ponderación tanto por lo que se refiere a mujeres como a hombres. Sin embargo, lamentablemente, en España, las desigualdades por sexo y por género subsisten tanto en el acceso a la ocupación, en las condiciones de trabajo y en la promoción profesional a lo largo de la vida, lo que conlleva proyecciones de signo negativo en la protección social de las primeras.

Todo lo anterior convierte al complemento en una medida concebida como específica en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres (utilizando la dicción del art. 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres). Por tanto, desde esta perspectiva genealógica y social que no puede ser desconocida, la medida trata de compensar la discriminación laboral que sufren las mujeres trabajadoras, en especial las que a la vez han sido madres, y más en especial las que han tenido más de un hijo, con la finalidad de reducir una brecha, que no solo es salarial, sino también, y derivadamente, pensional. Y justamente sobre la brecha pensional es sobre la que incide la medida específica, que no debería ser objeto de interpretaciones restrictivas e impeditivas de la consecución del fin para el que ha sido creada, pues lo contrario implicaría una especie de vuelta al pasado, o a una realidad que parecía ya superada, al pretender una ordenación jurídica uniforme para realidades desiguales[61].

La norma está pensada para el perfil que constituye hoy buena parte de la cohorte de beneficiarias del mismo: titulares de la pensión de viudedad que dedicaron su vida fértil a la procreación y cuidado de hijos, quedando apartadas de la vida productiva para limitarse a la reproductiva, supuesto «no parangonable con la de esos ficticios padres sacrificados» a los que ha venido a dar cobertura el TJUE, ignorando la verdadera esencia del principio de transversalidad de género

60 Ramos Quintana, M.I.: «El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica», cit., pág. 12.

61 Rotunda, abogando por que las exigencias y el clamor sociales de implantar medidas de superación de la discriminación de las mujeres por causa del sexo y del género de forma eficaz y efectiva aumentan cada día, Ramos Quintana, M.I.: «El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica», cit., pág. 15.

o perspectiva de género que debe guiar la interpretación jurídica (art. 9 TFUE) e inspirador de un complemento que ha resultado ser muy litigioso[62].

Dado que la norma comentada está literalmente referida a «mujeres», su interpretación debe realizarse en clave de igualdad y en perspectiva de género, destacando que su anclaje como norma excluyente del varón solamente se puede encontrar, atendiendo al art. 4 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en la protección de la maternidad entendida en un sentido biológico o como medida de acción positiva. Sin embargo, tampoco cabe obviar la histórica desventaja femenina en el mercado de trabajo como consecuencia de su rol de cuidadora. El complemento de maternidad se reconoce con la finalidad de compensar a las madres pensionistas de jubilación, viudedad e incapacidad permanente por la aportación demográfica a la Seguridad Social, lo que conlleva (parece que ineludiblemente) la crianza de los hijos (aunque no siempre es así), pero no trata de compensar el embarazo o el parto como en otras prestaciones. No obstante, el diseño otorgado a la medida por el legislador provoca un resultado final en cierta medida cuestionable, pues lejos de promover la igualdad y la corresponsabilidad entre ambos sexos, en la línea marcada por la normativa interna, internacional y de la Unión Europea, no faltan voces que consideran que supone un retroceso al asignar a las mujeres el rol de cuidadoras[63], premiándolas solo a ellas por razón del nacimiento y el cuidado de menores, con exclusión de los padres. De hecho, la previsión podría entrar en contradicción con el nuevo permiso por nacimiento y cuidado de menor (art. 48.4 ET), que reconoce permisos iguales (16 semanas) e intransferibles a ambos progenitores, con la finalidad de impulsar la corresponsabilidad y superar el rol de género de cuidados. Por tanto, la delimitación de la verdadera finalidad de la figura no es baladí, pues si lo que premia el complemento es la aportación de densidad poblacional, resulta controvertido si el parto de un feto muerto colma[64] o no[65] esta finalidad.

---

62 Rivas Vallejo, P.: «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad», cit..

63 Un análisis crítico de la medida puede verse en Flor Fernández, M.ª L.: «Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad», *Revista de Derecho Social,* núm. 76, 2016, págs. 124 y ss.

64 Ciertos pronunciamientos han considerado que si el legislador, en aras a superar la brecha pensional derivada de esa brecha salarial histórica, ha tomado en consideración el nacimiento de un hijo para generar el complemento, esa expresión se debe entender en el sentido amplio de incluir todo desprendimiento del seno materno transcurridos los 180 días de gestación. SSTSJ Galicia 7 diciembre 2018 (Rec. 2819/2018) o Aragón 20 marzo 2019 (Rec. 116/2019), que también reconoce el derecho al complemento como consecuencia del juego de la norma aplicable en la fecha del hecho causante (art. 30 del Código Civil, antes de su modificación por la Ley 20/2011, de 21 de julio), a tenor de la cual «la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida una vez producido el entero desprendimiento del seno materno».

65 Entre otras, STSJ Madrid 10 abril 2019 (Rec. 104/2019) en el supuesto de una perceptora de una pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común para ejercer su profesión de comercio autónomo, que ya viene recibiendo un complemento de 5 % por

6.2.- La exclusión de los varones del beneficio

La rotunda exclusión del complemento de maternidad para el cálculo de las pensiones contributivas de aquellos padres que puedan probar haber asumido el cuidado de sus hijos, por haber fallecido la madre o por cualesquiera otras razones, pone sobre la mesa el interrogante de si constituye una discriminación por razón de sexo que en la práctica pueda potenciar que sean las madres quienes se dediquen al cuidado de los hijos. El TRLGSS prevé el complemento citado, no vinculado a la maternidad biológica, el embarazo o el parto sino a la crianza de hijos, por la «aportación demográfica» de las mujeres a la Seguridad Social, que han debido compatibilizar su carrera laboral con la maternidad, lo cual redunda negativamente en sus ingresos y cotizaciones. Ahora bien, olvida la norma que la práctica de cuidar de «facto» a los hijos también puede ser desempeñada por el padre, presumiendo en todos los casos, que tal crianza recae exclusivamente en las madres trabajadoras. Como ha reconocido el TSJ de Canarias, en cuestión prejudicial planteada ante el TJUE[66], «aunque estadísticamente los cuidados recaigan mayoritaria-

tener dos hijos. A raíz de un tercer embarazo, solicita se le incremente tal porcentaje y pasar a cobrar el 10 % adicional, pero el INSS se lo deniega porque en este último embarazo el feto nació muerto. «La normativa puede ser dura, pero es rotundamente clara», porque el mencionado precepto de la TRLGSS establece que: «A efectos de determinar el derecho al complemento, así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente». Tuvo tres embarazos, pero no tiene 3 hijos. Es más, en el Registro Civil se la inscribió como fallecida antes de nacer. Por ello, «es compatible con nuestro Código Civil, cuyo art. 30 dispone que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno». En el caso en cuestión, no se ha acreditado que el feto naciera con vida ni, por supuesto, que viviera 24 horas enteramente desprendido del seno materno. El hecho de que en el libro de enterramientos diario se encuentre la inscripción de «feto hembra», no supone que naciera viva. En el mismo sentido, la STSJ Canarias /Las Palmas de Gran Canaria 11 septiembre 2019 (Rec. 1311/2018) —con Voto particular— reconoce el derecho a un complemento del 10 % por haber tenido 3 hijos, computándose el hijo que vivió unas horas tras nacer y no el feto que nació muerto. Los hechos de la sentencia referenciada consisten sucintamente en el reconocimiento de pensión de jubilación a una mujer con el complemento de maternidad en porcentaje del 5 % por tener 2 hijos que solicita un complemento del 15 % ya que, además de los hijos que constan en el Libro de Familia, tuvo un hijo que murió a las pocas horas de nacer y, además, dio a luz con 6 meses de gestación, a un feto que nació muerto. El INSS lo rechaza porque los hijos fallecidos no llegaron a tener personalidad conforme a la redacción del art. 30 del Código Civil, vigente en la fecha del parto, que exigía que el feto tuviera forma humana y que viviera 24 horas enteramente desprendido del seno materno. La sentencia impugnada computa el nacimiento del hijo fallecido, pero no al feto alumbrado tras un embarazo de 6 meses. En idéntico sentido se pronuncia el órgano de suplicación.

66 Auto TSJ Canarias 7 diciembre 2018. A propósito de un caso en que se había producido la muerte de una mujer en el año 2003, madre de cuatro hijos. El padre, en el momento de solicitar la pensión de jubilación pidió el pago del complemento por maternidad, manifestando que, al morir la madre, había venido ocupándose del cuidado de sus hijos, por lo que reclamó su reconocimiento ante el INSS, cuya resolución fue denegatoria. Sobre el particular, Poyatos Matas, G.: «De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado

mente sobre las mujeres», no por ello cabe excluir a los padres de forma tan absoluta y radical, porque tal exclusión, sin cláusula de salvaguarda alguna, impide el acceso al complemento a aquellos hombres que cuidan y atienden en exclusiva a los menores. Pero, además, se podría trasladar a situaciones similares que se ven excluidas, por ejemplo, familias monoparentales de hombres, parejas homosexuales, adopciones de hijos realizadas por varones o casos en los que, por otras razones, pudiera demostrarse que los cuidados y crianza de descendientes biológicos o adoptivos ha recaído de forma exclusiva en los padres.

Como ha destacado el TJUE, los conceptos correspondientes a la protección discriminatoria se aplican también en el sistema de Seguridad Social[67], y este complemento de pensiones, tal y como está configurado, parece que está desvinculado de la maternidad como hecho físico, pareciéndose más a un mecanismo de compensación del tiempo dedicado al cuidado de los hijos[68].

El art. 7 de la Directiva 79/7 legitima que la legislación de un Estado miembro otorgue beneficios a las madres frente a los padres, cuando hubieran «educado hijos»; sin embargo, esta circunstancia no aparece en el complemento de pensiones español, que se atribuye automáticamente a las madres por el hecho de serlo, independientemente de que hubiera sido el padre el encargado del cuidado. En otros términos, el art. 7 de la Directiva 79/7 permite una vía de excepción para los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación determinadas materias, como en el apartado b) del mismo, consistente en las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las

humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al 'complemento por maternidad'», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 431, 2019, págs. 137 y ss.

67 Los beneficios atribuidos exclusiva o preferentemente a las mujeres para el cuidado de los hijos son discriminatorios contra las propias mujeres por perpetuar roles de cuidado. STJUE 30 septiembre 2010, asunto *Roca Álvarez,* C-104/09, ECLI:EU:C:2010:561. En relación a su regulación en Francia SSTJUE 29 noviembre 2001, asunto *Griesmar*, C-366/99, ECLI:EU:C:2001:648, considerando que tenía carácter discriminatorio contra los hombres el establecimiento de una cotización ficticia atribuida a las funcionarias que hubieran sido madres, en el momento en que accedieran a la pensión de la jubilación y 17 julio 2014, asunto *Leone*, C-173/13, ECLI:EU:2014:2090, estimando inadmisibles las compensaciones genéricas y de cuantía predeterminada aplicables por los perjuicios abstractos que sufrieran las mujeres derivados del tiempo dedicado al cuidado de los hijos.

68 El art. 7 de la Directiva 79/7 establece la posibilidad de que se atribuyan en exclusiva beneficios de Seguridad Social a las mujeres en atención al cuidado de los hijos, pero advierte de que estos beneficios deben ser revisados a efectos de que se vayan eliminando progresivamente. La tendencia a la neutralidad de género de los beneficios otorgados a los progenitores se advierte claramente ya en la Directiva 2010/18, sobre permisos parentales, apostando por el reparto de responsabilidades y por permisos intransferibles; o en el documento de la OIT: *Trabajo decente y cuidado compartido. Hacia una propuesta de parentalidad,* Ginebra, 2013.

personas que han educado hijos; o a la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos. Esto es, tales excepciones son posibles si tienen como finalidad el cuidado de los hijos, guardando absoluto silencio sobre la aportación o no de hijos al sistema de Seguridad Social. No pretende el precepto comunitario la eliminación progresiva de las medidas dirigidas a compensar el tiempo dedicado al cuidado familiar por parte de quien se hubiera dedicado a ello, sino que lo que pretende es que se eliminen progresivamente los beneficios para la compensación del cuidado familiar, establecidos exclusivamente para las mujeres. Si un Estado miembro no revisa la legislación al respecto para eliminarla, sino que incorpora nuevas medidas diferenciales entre hombres y mujeres estaría incumpliendo lo establecido en el art. 7.2 de la Directiva 79/7[69].

La judicialización de este asunto ha llevado a explorar un aspecto relativo a las situaciones jurídicas protegidas por el complemento de maternidad: si esta medida, configurada como acción positiva en favor de las mujeres, podría ser extendida a aquellos hombres que se encuentren en una situación vital y profesional de equivalente naturaleza y bajo similares circunstancias (pues nunca podrán ser las mismas, evidentemente, en caso de hijos biológicos). Ello exige de nuevo la delimitación de la o las situaciones protegidas por el complemento de maternidad. Si se tratara de la maternidad propiamente dicha lo que el complemento compensa (embarazo, parto y postparto en el caso de la maternidad biológica) no parece que la exclusión del padre pudiera comportar un trato manifiestamente discriminatorio, por cuanto la acción positiva resulta justificada y necesaria debido a las brechas y sesgos por razón de sexo existentes en el sistema de Seguridad Social ya indicados, y que se encuentran directamente relacionados con la tenencia de hijos por parte de las mujeres. Si, por el contrario, el complemento por aportación demográfica a la Seguridad Social incluye como situación protegida el cuidado de los hijos, especialmente mientras son menores de edad, en suma, la asunción de los deberes y responsabilidades de su cuidado, en tal caso pudiera encontrar fundamento la apertura de la acción positiva a varones en las circunstancias descritas[70].

El 12 de diciembre de 2019, el TJUE (Asunto C-450/2018), a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado núm. 3 de Gerona[71], reprocha que el art. 60.1 TRLGSS reconozca el derecho al complemento de pensión a

69 Ballester Pastor, M.ª A.: «El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea», *Lex Social,* núm. 1, 2016, pág. 84.

70 Ramos Quintana, M.I.: «El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica», cit., pág.14.

71 Mediante Auto de 21 de junio de 2018, si bien con respecto a una prestación referida específicamente a la contingencia de incapacidad permanente. En este caso, se trata de

las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente, entre otras, y no se conceda, por el contrario, a los hombres en idéntica situación; sin que exista un vínculo entre el complemento y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas de las mujeres en su carrera por la interrupción de su actividad tras el parto[72].

Los hechos que fundan la decisión del TJUE se sintetizan en el reconocimiento al demandante de la pensión por incapacidad permanente en grado de absoluta, en resolución impugnada por este por considerar que le correspondía, como padre de dos hijos, el complemento por contribución demográfica, siendo tal reclamación objeto de desestimación por resolución del INSS, por tratarse de una prestación prevista únicamente para mujeres beneficiarias de una prestación contributiva. Contra dicha resolución, el interesado presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número 3 de Girona, aunque durante la sustanciación del proceso se produjo el deceso del demandante, sucediéndole en el litigio su viuda. Por parte del juzgado remitente, la duda planteada se deriva de la «doble naturaleza del complemento controvertido»[73], pues una de sus finalidades, que justifica su propia denominación, es recompensar la contribución demográfica al deficitario sistema de Seguridad Social mediante la procreación, atribuible indudablemente a ambos progenitores.

El padre de familia, aspirante al complemento, considera que el principio de igualdad y no discriminación no justifica la diferencia de trato, pues si el complemento de pensión encuentra su fundamento en la contribución demográfica del beneficiario de una prestación contributiva al sistema, también los varones han participado en tal aportación demográfica.

La entidad gestora española (INSS) esgrime el argumento de la acción positiva, en tanto el objetivo último buscado por el legislador (que no es otro que compensar a las mujeres por las interrupciones en sus carreras profesionales, que repercute negativamente en la cuantía de sus pensiones, como consecuencia del nacimiento o adopción de hijos y su dedicación a los cuidados) afecta mayoritariamente a las mujeres y no a los hombres. Razones de política social y la corrección de la brecha de género en las pensiones, justifican su establecimiento, avalado por el argumento estadístico relativo

---

la solicitud de un padre de dos hijos del pago del complemento por maternidad en su pensión económica derivada del reconocimiento de una incapacidad permanente.

72 La cuestión prejudicial abordada por la sentencia analizada ya había sido objeto de anteriores cuestiones planteadas por el TSJ de Canarias (Las Palmas), en Auto de 7 diciembre 2018 o por el Juzgado de lo social número 6 de Murcia, en sendas ocasiones, inadmitida la primera por Auto 61/2018, de 5 de junio, y la segunda por Auto del Tribunal Constitucional 106/2018, de 2 de octubre, en ambos casos por falta de fundamentación de la vulneración constitucional alegada.

73 Rivas Vallejo, P.: «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad», cit.

a los respectivos importes de las pensiones para hombres y mujeres y entre mujeres con y sin hijos. Sin embargo, las consideraciones relativas a la justificación por parte del Gobierno de España y del INSS acerca del carácter de medida social que comporta el complemento de maternidad, aportando al efecto numerosos datos estadísticos, reciben en la sentencia del TJUE una valoración «que resulta completamente ajena al entendimiento de la igualdad en sentido sustancial, quedándose en un reducto de interpretación absolutamente plano y formal»[74].

Por último, para el Abogado General, la existencia de datos estadísticos que muestran diferencias estructurales entre los importes de las pensiones de las mujeres y los hombres resulta insuficiente para llegar a la conclusión de que unas y otros no se encuentren en una situación comparable en su condición de progenitores a los efectos de lucrar el complemento en cuestión; ni tampoco considera la medida como una acción positiva sustentada en la protección biológica a la maternidad, en tanto su regulación no se vincula al efectivo abandono de la carrera profesional para el cuidado de los hijos ni tampoco al permiso de maternidad.

Considera el Tribunal que el precepto resulta contrario a la Directiva 79/7 y a la premisa general prevista en el art. 157.4 TFUE, al reconocerse a las mujeres sin equivalente alguno para los hombres, presumiendo que estos no pueden encontrarse ningún problema a lo largo de su carrera profesional por haber atendido al cuidado de sus hijos. El TRLGSS 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 que se refiere sin más a las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva. Y en igual sentido, tampoco exige la norma que las mujeres hayan dejado efectivamente de trabajar en el momento en que tuvieron a sus hijos, por lo que la automática exclusión de los hombres resulta discriminatoria. Concluye el TJUE que en la medida en que la «aportación demográfica a la Seguridad Social» es predicable tanto de mujeres como de hombres (porque tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado, atención, alimentación y educación de los hijos son predicables de toda persona que pueda tener la condición de madre o de padre), no puede sin más negarse el complemento de pensión a los hombres que se encuentren en igual situación. En definitiva, el TJUE admite la aplicación de medidas de acción positiva para favorecer la posición desventajosa de las mujeres en el ámbito laboral, pero no concede el carácter de acción positiva válida a la medida arbitrada en el art. 60.1 TRLGSS porque dicho precepto no supedita la concesión del complemento

74 Ramos Quintana, M.I.: «El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica», cit., pág.14.

de pensión a la educación de los hijos o a la existencia de períodos de interrupción de empleo debidos a dicha causa.

6.3.- La desnaturalización jurídica del complemento como medida de acción positiva

El análisis de proporcionalidad del objetivo perseguido por el complemento litigioso, la reducción de la brecha de género en las pensiones, no justifica, a juicio del TJUE, la diferencia de trato, puesto que la situación es comparable con la de los hombres que vean truncada o afectada su carrera de cotización como consecuencia de la asunción de las tareas de cuidado de los hijos, ya que no existe razón para rechazar que los hombres también puedan sufrir las mismas desventajas en su carrera. Y si bien la aplicación de medidas de acción positiva (permitidas como excepción a la prohibición de toda discriminación directa por razón de sexo, establecida en el art. 4.1 de la Directiva 79/7, como *numerus clausus*), entre las que se incluyen las relativas a la protección por maternidad (protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo)[75] es compatible con el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones directas por razón de sexo, el complemento analizado no guarda relación alguna con dicha tutela por maternidad y, por consiguiente, no se puede entender comprendido dentro de la excepción justificada que ampara la acción positiva, aunque sí lo podría estar en la regulación de ventajas en el ámbito de la pensión de jubilación. Cuando el texto de la sentencia comentada indica que «las situaciones de un padre y una madre pueden ser comparables en cuanto al cuidado de los hijos» hace una declaración no a título excepcional y específico, propio de situaciones determinadas, sino al modo de afirmación no controvertida de carácter general que parece desconocer que los datos revelan que la realidad social es muy distinta y que hay brecha efectiva en las pensiones de hombres y mujeres por las distintas trayectorias en las carreras de cotización, en las que ser mujer supone, por regla general, una desventaja evidente.

En otros términos, no se aprecia en la sentencia la más mínima consideración y valoración relativa a la segregación social y económica de las mujeres por causa de la maternidad tanto en el trabajo como en el sistema de pensiones, lo cual «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» [76]. La

75 SSTJUE 12 julio 1984, asunto *Hofmann/Barmer Ersatzkasse*, C-184/83, ECLI:EU:C:1984:273 y 19 septiembre 2013, asunto *Betriu Montull*, C5/12, ECLI:EU:C:2013:571.

76 Ramos Quintana, M.I.: «El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica», cit., pág.15.

doctrina sentada en la sentencia comentada supone invalidar como política de género, en su modalidad de acción positiva, el complemento de pensión introducido en el año 2015 en el art. 60 TRLGSS.

Llama poderosamente la atención que la sentencia no haga una valoración de roles o de estereotipos sociales que justifiquen que cuando se está en situación «equivalente o similar» el complemento pueda ser extendido a un padre que ha cuidado a sus hijos, ni recurra a las cláusulas de salvaguarda que garantizan un trato igual en situaciones similares contrastadas. 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. La lectura de la sentencia provoca la impresión de que los varones también sufren, de una forma generalizada en el mercado de trabajo y en el sistema de protección social, los efectos negativos derivados de la paternidad y del cuidado de los descendientes, por lo cual excluirlos del efecto compensador que el complemento representa constituye una discriminación directa del sexo masculino. Sin embargo, conviene recordar que lo que prohíbe el principio de igualdad, tal y como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional español, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, por lo que, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción deben ser proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos[77].

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 cierto 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 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 con-

77 Entre muchas, SSTCo 295/2006, de 11 octubre; 83/2014, de 29 mayo o 149/2017, de 18 diciembre.

dición 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, que, pese al sustancial cambio social operado por el paso del tiempo y la acción de la democracia post constitucional, proyecta aún su alargada sombra sobre las carreras profesionales consideradas en buena parte de los casos pensionados a día de hoy. Y, por ende, se sitúa aún en un marco social muy lejano a la corresponsabilidad en los cuidados familiares que fundamentaría la tacha de discriminación de la medida, pero escasamente realista en la aun cambiante sociedad española actual[78].

De alguna manera, el fallo europeo viene a corregir el mal diseño legislativo de una medida de acción positiva, conforme al ordenamiento de la UE, que no declara la nulidad de todo el precepto, sino de la exclusión que se hace de los hombres (nulidad parcial). Por tanto, las mujeres seguirán disfrutando de este derecho, al que deben tener también acceso los hombres con un nuevo (y distinto) régimen jurídico para unos y otros a partir del año 2021. Por otra parte, incluye un mandato claro y cristalino al legislador español para que vincule cualquier medida dirigida a compensar los perjuicios sufridos en las carreras profesionales de las mujeres a los periodos de embarazo y lactancia regulados en la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, y a perfilar su regulación de manera inequívoca hacia ámbitos exclusivos de las mujeres, como es el caso del embarazo y los periodos ligados al mismo, o, en su caso, la adopción, cuando el derecho o licencia fuera disfrutada únicamente por una mujer.

De igual modo, implica la necesaria redefinición del complemento cuestionado para coordinar la situación prevista (ser mujer y haber dado a luz a más de un hijo), con criterios más específicos que huyan de una realidad social constatada, especialmente considerando que su ámbito de aplicación son las pensiones, que requieren largos periodos de cotización, y que excluyan la posibilidad de que un hombre pueda encontrarse en la misma situación comparable. Asumida la dificultad de esta última condición, por no ser razonable considerar que no existan carreras profesionales masculinas expuestas a las desventajas propias del cuidado de los hijos (v.g. padres solteros o viudos, o parejas del mismo sexo), el mandato lanzado al legislador español por parte del TJUE es la incorporación de la teoría o criterio del sexo infrarrepresentado en la regulación de la prestación. En otros términos, que si la finalidad perseguida es reequilibrar la posición desventajosa en materia de pensiones que sufren sistemáticamente las mujeres, especialmente relacionadas

78 Rivas Vallejo, P.: «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad», cit.

con su maternidad y rol de cuidadoras, se admita la excepción de que esta situación acontezca también en varones y que, en tal situación (justificada y debidamente probada), justifique la extensión del beneficio también a ellos.

Los primeros comentaristas ya consideraron que la sentencia debería tener carácter retroactivo[79] y que la anulación de la cláusula de sexo en el ámbito de las pensiones de incapacidad por parte del TJUE debería extenderse a todas y cada una de las pensiones que reconocen este complemento únicamente a las mujeres (jubilación, viudedad e incapacidad permanente). Evidentemente, para las pensiones de viudedad la medida tendría efectos muy limitados, por la gran prevalencia de mujeres, pero en relación con las pensiones de jubilación, el coste económico resulta más significativo. Además, valorando el impacto real de esta prestación, su reconocimiento sin distinción de sexo podría generar una suerte de nueva discriminación indirecta, motivada por la brecha de género en la cuantía de las pensiones, que se vería aún más favorecida por la aplicación del complemento, en cuanto este se cuantifica por referencia porcentual a la base reguladora, estadística e incontestablemente más alta en los beneficiarios de sexo masculino, salvo la proyección ventajosa de las pensiones de viudedad en el caso de las mujeres (en términos de acceso y de cuantía). Ciertamente, la norma podrá ser reformulada en términos de «neutralidad de género», pero en tal caso el complemento será otro muy distinto al inicialmente diseñado y habrá de guardar la necesaria coherencia con el objetivo principal pretendido, que no es realmente el que, de manera equívoca, da título a la prestación (aportación demográfica), sino la compensación por las desventajas sufridas como consecuencia de la crianza de los hijos[80]. En definitiva, el pronunciamiento judicial invita al legislador a tomarse más en serio el problema de la brecha de género y a adoptar medidas realmente eficaces para su corrección (tanto en el sistema de pensiones como en el mercado de trabajo) a través de medidas que deberían consensuarse en la mesa de diálogo social, pues no es posible desconocer la situación «real» del mercado laboral español, donde hombres y mujeres con hijos «no se encuentran en una situación comparable», pues estos, aun teniendo hijos, en modo alguno sufren las desventajas que padecen las mujeres.

---

79 Considerando que el fallo no desautoriza las políticas de corrección de la brecha de género, sino que las alienta, siempre que estén bien establecidas. UGT https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAysDSwNDdVK0stKs7Mz7M1MjC0NDQyNAMJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIAmkfVizUAAAA=WKE

80 En tal caso deberían acreditarse los altibajos padecidos a partir de la maternidad en la carrera de cotización, excluyendo los anteriores a esta fecha, pero dicho criterio «seguirá siendo presuntivo». Rivas Vallejo, P.: «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad», cit.

7.- El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género

Como consecuencia del pronunciamiento comunitario analizado, el art. 60 TRLGSS fue modificado por el RD-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras medidas en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, reafirmando el reconocimiento incondicionado del derecho de forma prioritaria y «casi exclusiva» a las mujeres que hayan tenido hijos y que sean causantes de las pensiones contributivas[81] de jubilación, incapacidad permanente o beneficiarias de la pensión de viudedad, de modo que solo en casos muy excepcionales, el derecho a dicho complemento podrá ser reconocido a los varones. En concreto, 1) cuando sean titulares de una pensión de viudedad causada por el otro progenitor y, a su vez, existan hijos en común con derecho a la pensión de orfandad (un reconocimiento por sustitución que, como entiende la doctrina, es razonable en la medida en que existen menores a cargo y el progenitor sobreviviente es el hombre); 2) si, existente la madre, el padre causa una pensión contributiva de jubilación (o de incapacidad permanente) que ha visto afectada su carrera profesional y de cotización (afectación que el precepto mide en cuanto al impacto del cuidado de hijos en los tiempos y en la cuantía de las cotizaciones del solicitante en torno a las edades de los hijos que requieren cuidados). Pero, en todo caso, siempre que la suma de las pensiones reconocidas al hombre sea inferior a la de las que le corresponderían a la mujer. Esto es, se otorga prioridad al progenitor que tiene recursos más bajos, justificando su asignación por criterios de asistencialidad[82] y ya no tanto de contribuir a cerrar la brecha de género.

En definitiva, aunque padres y madres pueden optar al complemento regulado actualmente en el art. 60 TRLGSS, el mismo se configura como un beneficio de titularidad preferentemente femenina, toda vez que de las mujeres se presume su dedicación al cuidado de los hijos, mientras que los progenitores varones deben acreditar el perjuicio que han sufrido en su carrera de seguro por tal motivo. Los requisitos que se exigen a los padres para cobrar el complemento son mucho más estrictos, hasta el punto de que en la gran mayoría de los casos no podrán cumplirlos[83].

---

81 Nuevamente se ha dejado fuera a las mujeres que han contribuido a la natalidad del país con uno o más hijos y son beneficiarias de pensiones no contributivas de jubilación o invalidez, pues quizás la causa de ello haya sido la interrupción de su carrera profesional para el cuidado de la familia. Abogando por la posibilidad de distinguir por tramos/períodos de cotización, a los efectos de lucrar dicho complemento, Marbán Pinilla, M.ª T.: *Sustentabilidad de la Seguridad Social a la luz de la equidad entre mujeres y hombres,* Madrid (Civitas), 2023, pág. 131.

82 González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social,* cit., pág. 248.

83 Cavas Martínez, F.: «La pensión de jubilación desde la perspectiva de género», en AA.VV. (López Aniorte, M.ª C. y García Romero, M.ª B., Dirs. y Coords.): *La protección social de*

Al ser diseñado como instrumento de lucha contra la brecha de género en las pensiones, y pese a que suscita dudas sobre si tal como ha quedado regulado se adapta a la Directiva 79/7/CEE y a la doctrina del TJUE[84], su razón de ser es precisamente la pervivencia de dicha brecha, careciendo de sentido si la misma desaparece. Por tal motivo, la disposición adicional 37.ª TRLGSS condiciona su mantenimiento a la consecución del objetivo de reducir dicha brecha en las pensiones a la cifra máxima del 5 por ciento de diferencia entre el importe medio de las pensiones contributivas de jubilación causadas en un año por hombres y mujeres. Alcanzado el objetivo (tras una evaluación periódica de sus efectos cada 5 años) se prevé su derogación, previa consulta a los interlocutores sociales.

En cuanto hace a su cuantía, a diferencia del anterior complemento, que consistía en un porcentaje adicional dependiendo del número de hijos a partir del segundo (razonable en la lógica primitiva de un complemento ligado a la contribución a la natalidad), el vigente desde febrero de 2021 consiste en una cuantía fija por hijo establecida en la correspondiente LPGE anual. Para el año 2024 esa cuantía es de 33,20 €/mes por hijo o hija hasta un máximo de cuatro (en catorce pagas). Transitoriamente, el RD-ley 2/2023 establece una mejora cuantitativa del complemento de brecha de género, limitada temporalmente, fijando un incremento adicional del 10 por ciento en total sobre la revalorización establecida en el art. 58.2 TRLGSS (referenciada a la evolución del IPC anual) durante el bienio 2024/2025; porcentaje que se distribuirá entre los dos años en la forma que establezcan las correspondientes leyes de presupuestos.

8.- Abandono prematuro del mercado de trabajo e invisibilidad femenina en la regulación de la jubilación a edades inferiores a la ordinaria

La desigual posición de los géneros en el mercado de trabajo provoca que las mujeres maduras pueden sufrir una doble discriminación laboral, por

las personas mayores, menores y dependientes: Estudios con perspectiva de género, Cizur Menor (Aranzadi), 2023, pág. 113.

84 Gala Durán, C.: «El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿Lo que mal empieza, mal acaba?», *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social,* núm. 158, 2021, págs. 156-157. Considerando que el nuevo complemento podría ser contrario a la normativa comunitaria antidiscriminatoria, Aragón Gómez, C.: «El complemento de pensiones para reducir la brecha de género», *Foro de Seguridad Social,* núm. 30, 2022, pág. 47 o Fernández Orrico, F.J.: *Las pensiones de Seguridad Social. Un panorama incierto que urge despejar,* Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2022, pág. 311. En contra, Cavas Martínez, F.: «La pensión de jubilación desde la perspectiva de género», en AA.VV. (López Aniorte, M.ª C. y García Romero, M.ª B., Dirs. y Coords.): *La protección social de las personas mayores, menores y dependientes: Estudios con perspectiva de género,* cit., págs. 113-114, para quien la diferencia de trato expuesta, en lo que a la prueba del perjuicio se refiere, posee una justificación suficientemente objetiva y proporcionada, toda vez que estadísticamente resulta discutible la dedicación abrumadoramente mayoritaria de las mujeres al cuidado de los descendientes y el impacto adverso que esa dedicación a los cuidados intrafamiliares provoca en sus futuras pensiones. «Mientras que esa situación no cambie, reviste toda la lógica que solo para ellas despliegue sus efectos el instituto de la presunción».

mujeres y por maduras, lo cual facilita que la salida de la mujer madura del mercado de trabajo se produzca con anterioridad y mayor intensidad de promedio que la de los hombres. Este fenómeno se produce tanto en sectores feminizados, como el de cuidados, como por la falta de posibilidades reales para las mujeres de romper el techo de cristal y alcanzar puestos de responsabilidad en sus lugares de trabajo. Son precisamente los puestos de responsabilidad los que presentan mejores perspectivas laborales y menor impacto de la prejubilación, con lo que la desigualdad en el acceso a dichos puestos, finalmente, incide en la mayor propensión de las mujeres al abandono prematuro del mercado laboral[85].

Pese a lo anterior, y paradójicamente, la situación de desigualdad real para las féminas todavía se agrava más cuando se trata de causar la pensión de jubilación contributiva a edades inferiores a las ordinarias dado que existen ciertos obstáculos que frenan el acceso de las mujeres a aquellas jubilaciones anticipadas que se regulan de forma neutra pero que en la práctica las discriminan. Pero, además, a la hora de regular jubilaciones a edades inferiores a las ordinarias por la penosidad o insalubridad de las actividades desarrolladas, las mujeres resultan ignoradas.

El impacto desproporcionado sobre las mujeres de los exigentes requisitos de las modalidades de jubilación anticipada pone de manifiesto que esta realidad no fue lo suficientemente considerada ni en el «A*cuerdo Social en materia de pensiones*» de 2021, que continuó apostando por reglas diferentes para quienes acreditan carreras de cotización más largas o menos largas, ni en la subsiguiente Ley 21/2021, cuando modificó las reglas sobre la jubilación a edades más tempranas. Por el contrario, dejaba entrever un claro olvido de la perspectiva de género[86], pese a que tras la última renovación del Pacto de Toledo (2020) su 17.ª Recomendación haya insistido expresamente en que «el impacto de género» sea objeto de un análisis específico y destacado en la elaboración de la normativa.

Así, aunque la Ley 21/2021 ha modificado algunos preceptos destinados a regular fórmulas que permiten causar la pensión de jubilación a edades inferiores a las que se han indicado como ordinarias, no cabe olvidar que ni estas edades ordinarias, ni, por tanto, las correlativas edades más tempranas, devienen aplicables en aquellos supuestos en los que, por concurrir determinadas condiciones y no ser más perjudicial para las personas afectadas, éstas pueden seguir acogiéndose a las reglas que ordenaban la jubi-

85 Dueñas Cid, D.: «Trabajadores/as maduros/as: elementos de reflexión acerca de la descronologización de la vida laboral», en AA.VV. (Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A., Coords.): *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2018, págs. 84-85.

86 Rotunda en tal sentido Villar Cañada, I.M.: «La reforma del sistema de pensiones: ¿Dónde queda —una vez más— la dimensión de género?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF),* núm. 468, 2022, págs. 115 y 117.

lación con carácter previo a las reformas introducidas sobre la misma por la Ley 27/2011 (disposición transitoria 4ª.5 TRLGSS). Previsión que inicialmente contó con una fecha máxima de vigencia, que fue ampliándose anualmente, hasta que definitivamente se ha suprimido la limitación temporal (art. 1.19 Ley 21/2021). Así, se ha seguido aplicando la regulación para la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011 (esto es, conforme a criterios menos gravosos), a pensiones causadas antes del 1 de enero de 2023, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de requisitos propios de profesiones fuertemente masculinizadas, en concreto «Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial realice directamente funciones que requieran esfuerzo físico o alto grado de atención en tareas de fabricación, elaboración o transformación, así como en las de montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento y reparación especializados de maquinaria y equipo industrial en empresas clasificadas como industria manufacturera» (disposición transitoria 4ª.6 TRLGSS). Obviamente debe acreditarse un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. Y a estos exclusivos efectos, no solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, sino también el servicio social femenino obligatorio[87], con el límite máximo de un año. En todo caso, dicha transitoriedad no puede considerarse culminada en tanto la disposición adicional 1.ª RD-ley 2/2023 da un mandato al Gobierno para que, previa negociación en el marco del diálogo social, presente ante el Pacto de Toledo una propuesta de modificación de la regulación de la jubilación parcial en el sistema de Seguridad Social que garantice un régimen de compatibilidad efectiva de trabajo y pensión, preserve la calidad del empleo de los relevistas y equilibre el coste que esta modalidad de pensión tiene para el sistema con especial atención al sector de la industria manufacturera.

Desde otro punto de vista, también a las mujeres les resulta más difícil acceder a la jubilación anticipada voluntaria porque el importe de la pensión a percibir, una vez aplicados los coeficientes penalizadores por adelantar la edad, «*ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad*» [art. 208.1.c) TRLGSS]. Esto es, que su pensión inicial debe exceder de la mínima garantizada a esa edad sin requerir de complementos a míni-

87 Sobre el particular, Cavas Martínez, F.: «La pensión de jubilación desde la perspectiva de género», en AA.VV. (López Aniorte, M.ª C. y García Romero, M.ª B., Dirs. y Coords.): *La protección social de las personas mayores, menores y dependientes: Estudios con perspectiva de género,* cit., págs. 116 y ss. o Dans Álvarez De Sotomayor, L.: «Equiparación entre el servicio social de la mujer y el servicio militar obligatorio a efectos de la pensión de jubilación», *Temas laborales: Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 170, 2023, págs. 85 y ss.

mos, lo cual ha sido percibido por la doctrina como un jarro de agua fría en la lucha contra la brecha de género en pensiones[88]. Interpretación decepcionante desde una perspectiva de género que se aúna a aquella otra igualmente objetable[89] por la que se estimó que no resulta discriminatorio que las lagunas o vacíos de cotización se integren con una base mínima de cotización proporcional al «número *de horas contratadas en* último *término*» para determinar la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común de quien trabaja a tiempo parcial[90]. Regla que también se aplica para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación hasta el 1 de enero de 2026 en que entrará en vigor la nueva redacción del art. 248.2 TRLGSS (*ex* disposición final 10.ª RD-ley 2/2023, ya mencionado). En fin, esta solución, junto a las disposiciones sobre la integración de lagunas en el cálculo de las bases reguladoras de las pensiones de los trabajadores a tiempo parcial de forma proporcional al último tiempo cotizado a tiempo parcial, indudablemente abocan a que el importe de numerosas pensiones de jubilación causadas por empleadas de hogar (al menos transitoriamente hasta el 1 de enero de 2026) se halle por debajo de las cuantías mínimas, incluso después del cumplimiento de la edad ordinaria para jubilarse. En otros términos, hasta que tales mejoras programadas no sean efectivas, las mujeres y, en particular, las trabajadoras a tiempo parcial o incluidas en el sistema especial de empleadas de hogar, seguirán encontrando fuertes obstáculos para acceder a la jubilación anticipada voluntaria.

Probablemente, si el análisis del impacto de género se hubiera realizado con mayor detenimiento podrían haberse incorporado, al menos transitoriamente, medidas de discriminación positiva para equilibrar la desigualdad en que se hallan las mujeres a la hora de acceder a las jubilaciones anticipadas en España. Medidas dirigidas a obtener una igualdad material y capaces de evitar que la neutralidad jurídica provoque la inequidad.

---

88 Molina Navarrete, C.: «Jubilación anticipada y no discriminación contra las mujeres: Un jarro de agua fría del TJUE en la lucha contra la brecha de género en pensiones». *Apuntes. Servicio de Estudios de la Confederación UGT.* 2021.Disponible en https://jmcasero.com/wp-content/uploads/2021/02/20210204-informe-sec-jubilacion-anticipada-y-no-discriminacion-mujeres.pdf., acceso 6 de abril de 2024, a propósito de la STJUE de 21 de enero de 2021 (asunto C-843/19) que al hilo de una empleada de hogar a la que se le denegó la pensión de jubilación anticipada por ser la cuantía de la misma inferior a la indicada, consideró que dicho requisito no era contrario al art. 4.1 Directiva 79/7/CEE, por no haberse constatado que afecte fundamentalmente a mujeres.

89 Calificativo utilizado por Tatay Puchades, C.: «Invisibilidad de la mujer en la regulación de la jubilación a edades inferiores a las ordinarias», en AA.VV. (Simó-Noguera, C.; Fernández Artiach, P. y Romero-Crespo, J.A.): *Brechas de género y pensiones,* cit., págs. 79 y ss., al considerar que ambas resoluciones se distancian de otras del mismo Tribunal que han condenado a España por la discriminación indirecta en que incurría la normativa interna sobre el trabajo a tiempo parcial por afectar peyorativa y mayoritariamente a mujeres.

90 STJUE de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13.

9.- La desproporcionada omisión de las actividades penosas feminizadas

El establecimiento de nuevos coeficientes reductores de la edad de jubilación o, en su caso, la modificación de los existentes, se lleva cabo, según establece el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, a través de un procedimiento reglado que deberá tener en cuenta, entre otros factores, los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad de que se trate, que necesariamente ha de hallarse comprendida en cualquiera de las siguientes: 1) Actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuyo ejercicio implique el sometimiento a un excepcional índice de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad y en las que se hayan comprobado unos elevados índices de morbilidad o mortalidad o la incidencia de enfermedades profesionales. 2) Actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuya realización, en función de los requerimientos físicos o psíquicos exigidos para su desempeño, resulten de excepcional penosidad y experimenten un incremento notable del índice de siniestralidad a partir de una determinada edad, conformado por el índice de accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales[91].

No obstante, la perspectiva de género no aparece mencionada a la hora de determinar los indicadores que acrediten la concurrencia de circunstancias objetivas que justifiquen la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación. En este sentido, interesa enfatizar la ausencia de actividades comúnmente desarrolladas por mujeres, cuya penosidad, insalubridad o siniestralidad continúan siendo en España «invisibles»[92] a efectos de rebajar para ellas la edad de acceso a la pensión de jubilación. Esto es, la ventaja afecta mayoritariamente a colectivos con una «amplia composición masculina», sin que el privilegio alcance a actividades mayormente feminizadas. Así, cabe llamar la atención sobre el hecho de que una actividad altamente feminizada y particularmente rigurosa respecto a las habilidades físicas que requiere, como es la del personal de limpieza o del especializado en cuidados a la dependencia, no tenga hasta la fecha establecida la jubilación anticipada por penosidad, que se ha centrado en sectores típicamente masculinizados (trabajadores incluidos en el Estatuto del minero, personal de vuelo de traba-

91 Además, se tendrán en cuenta la morbilidad y mortalidad por enfermedad y su relación directa con el trabajo, y la incapacidad permanente derivada de enfermedad en los términos indicados en el art. 156.2 e) TRLGSS, que se produzcan en grado superior a la media. Una sistematización del procedimiento en Martínez Barroso, M.ª R.: *Influencia de la edad en las relaciones laborales. Acceso al empleo y protección social*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson Reuters), 2018, págs. 255 y ss.

92 Tatay Puchades, C.: «Invisibilidad de la mujer en la regulación de la jubilación a edades inferiores a las ordinarias», en AA.VV. (Simó-Noguera, C.; Fernández Artiach, P. y Romero-Crespo, J.A.): *Brechas de género y pensiones,* cit., págs. 101-102.

jos aéreos, trabajadores ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, bomberos, miembros del Cuerpo de la Ertzaintza, de los cuerpos de Policía Local al servicio de las Administraciones Locales, del Cuerpo de Mossos d'Esquadra y los miembros de la Policía Foral de Navarra).

A la vista del enunciado es posible advertir la clara degradación en la que se encuentran las actividades de atención doméstica y familiar que llevan a cabo fundamentalmente las mujeres, lo que tiene un efecto perpetuador de desigualdades por género particularmente peligroso en el ámbito de la protección social[93]. La ausencia de fuerza sindical de sectores fuertemente feminizados y las trabas que las organizaciones empresariales probablemente alegarán para subir las cotizaciones, permiten presagiar que el marco regulador seguirá beneficiando prioritariamente a los varones, si bien cabe esperar que los grupos parlamentarios puedan actuar a propósito de «colectivos con baja presencia sindical o patronal», como «las personas cuidadoras de dependientes» o «las empleadas de hogar»[94], pues son colectivos que sufren importantes pérdidas de salud por la mayor precariedad y falta de medidas preventivas (ergonómicas, psicosociales, higiénicas, etc.)[95]. Junto a ellas podrían mencionarse otros colectivos que han sido destacados por la doctrina, como el de «encajadoras fijas discontinuas» de sistemas especiales de frutas y hortalizas o las vendedoras que pasan demasiadas horas en bipedestación; las limitaciones músculo esqueléticas que pueden afectar a las limpiadoras, camareras de pisos (*Kellys*) y auxiliares domiciliarias; la exposición a agentes químicos de personal femenino empleado en la confección textil o la fabricación de calzado, que precisamente por prestar frecuentemente su actividad en el ámbito de la economía informal o sumergida[96], ni siquiera sus bajas computan a efectos de siniestralidad; las actividades agrícolas y ganaderas en condiciones adversas prestadas en las explotaciones de los cónyuges varones; entorno informal que también afecta a las mariscadoras; las patologías ligadas a posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo (manguito de los rotadores) que afecta a peluqueras, limpiadoras o auxiliares administrativas[97] o, en fin, trastornos psíquicos sufridos por la

93 Ballester Pastor, M.ª A.: «Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico», cit., pág. 74.

94 Maldonado Molina, J.A.: «Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 467, 2022, págs. 181-182.

95 Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: *Una reinvención sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género,* Albacete (Bomarzo), 2023, pág. 186.

96 Benito Benítez, M.ª A.: *El impacto de género en el sistema de pensiones,* Albacete (Bomarzo), 2019, pág. 48.

97 Fernández Collados, B.: «Etiología laboral y perspectiva de género en las prestaciones por incapacidad», en AA.VV. (López Aniorte, M.ª C. y García Romero, M.ª B., Dirs. y Coords.): *La protección social de las personas mayores, menores y dependientes: Estudios*

presión sufrida en actividades feminizadas como la sanidad[98], o por la doble jornada o somatizadas en forma de fibromialgia.

La ausencia de fórmulas que brinden a las mujeres la viabilidad de jubilarse dignamente a edades inferiores atendiendo a la penosidad o insalubridad de sus tareas, puede abocarles, a la postre, a soluciones que las empobrezcan (extinción contractual derivada de costosos procesos de incapacidad temporal sujetos a cláusulas de mejora voluntaria; incapacidad permanente total derivada de enfermedad común —por la infradeclaración de enfermedades profesionales[99]—; desempleo o ingreso mínimo vital)[100]. De ahí la oportunidad de la previsión de constituir una Comisión para la integración de la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales a fin de elaborar una propuesta de reforma del RD 1299/2006 (cuadro de enfermedades profesionales) a fin de integrar en el mismo la perspectiva de género[101], pues la falta casi absoluta de integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales ha afectado y afecta, aún, a la vida, la integridad y la salud de las mujeres, constituyendo una anomalía democrática intolerable y de inaplazable solución[102].

---

con perspectiva de género, cit., pág. 83, considerando que la redacción actual del RD 1299/2006 obliga a las trabajadoras a litigar para el reconocimiento de sus derechos, cuando precisamente el sistema de lista de enfermedades profesionales, en el que se relaciona enfermedad, profesión y agente desencadenante, conlleva una presunción *iuris et de iure* destinada a evitar las dificultades que entraña la prueba de la relación de causalidad entre enfermedad, profesión y agente desencadenante. Sólo aquéllas que asuman el coste —no solo económico— que supone pleitear verán —o no— reconocido un derecho que sí tienen quienes desarrollan otras profesiones no feminizadas, conculcándose claramente el derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

98 Lousada Arochena, J.F.: *Las enfermedades profesionales en perspectiva de género,* Albacete (Bomarzo), 2021, pág. 33.

99 Que ha forzado una interpretación con perspectiva de género a propósito de patologías y de riesgos de carácter físico padecidos por mujeres que están siendo silenciados e invisibilizados por el ordenamiento. Entre otras, SSTS 6 de julio de 2022 (Rec. 2531/2021), a propósito de una auxiliar de ayuda a domicilio 20 de septiembre 2022 (Rec. 335372019), a propósito de una limpiadora. Tal jurisprudencia ha desempeñado una labor muy relevante a la hora de apreciar su correcta valoración y calificación. Ramos Quintana, M.I.: «La salud de las mujeres en las relaciones de trabajo», *Revista de Derecho Social,* núm. 100, 2023, págs. 131-132.

100 Como apunta certeramente Tatay Puchades, C.: «Invisibilidad de la mujer en la regulación de la jubilación a edades inferiores a las ordinarias», en AA.VV. (Simó-Noguera, C.; Fernández Artiach, P. y Romero-Crespo, J.A.): *Brechas de género y pensiones,* cit., págs. 103-104, reparando en que las patologías derivadas del teletrabajo, que afectarán a más mujeres que a hombres en el corto plazo, legitima la perspectiva de género a la hora de revisar, cada diez años, los coeficientes reductores para la anticipación de la edad de jubilación con sujeción al procedimiento que se determine reglamentariamente, aunque sin afectar a quienes ya disfruten del beneficio.

101 Disposición adicional 4.ª RD-ley 16/2022.

102 Garrigues Giménez, A.: «Condiciones de trabajo que enferman a las mujeres: Evidencias de la discriminación invisible e instrumentos para la igualdad», *In- mujeres. Salud y*

10.- La exclusión de las personas trabajadoras a tiempo parcial de la jubilación parcial anticipada. ¿Una discriminación indirecta por razón de género?

Respecto de la situación contractual de los trabajadores que pretenden acceder a la jubilación parcial anticipada, el legislador exige, de un lado, el carácter a tiempo completo de su contrato; y, de otro, una vinculación mínima con la empresa de 6 años, con lo cual pretende garantizar que la figura se utilice dentro de los objetivos a que debe responder, evitando supuestos de fraude detectados en la práctica[103]. La trascendencia de esta exigencia no se debe pasar por alto, aunque hasta la fecha la doctrina científica le haya prestado una atención residual[104]. La interpretación *a sensu contrario* de esta exigencia parece impedir a los trabajadores a tiempo parcial el acceso a la jubilación parcial anticipada, prohibición que a la luz de la jurispruden-

Género, núm. 1, 2022, págs. 37 y 39, donde analiza la prevalencia de las distintas enfermedades profesionales según los agentes causantes en los distintos sectores de actividad, advirtiendo que las provocadas por agentes biológicos se concentran masivamente (90 %) en la sanidad, un sector en el que las mujeres representan más del 75 % del personal empleado. Si se atiende a las causadas por agentes químicos, el mayor porcentaje se registra en el ámbito de los servicios, un sector ya en sí mismo feminizado (62 % de mujeres). Por último, en el caso de las originadas por agentes físicos —las ocasionadas por inhalación de sustancias, las que afectan a la piel y las producidas por agentes cancerígenos—, los casos se aglutinan en la industria manufacturera, un sector amplio y con una mano de obra predominantemente masculina (73 % varones) salvo por lo que se refiere a la actividad de confección de prendas de vestir (73 % mujeres). https://www.inmujeres.gob.es/CentroDoc/InMujer_es_Numero1_web.pdf (Recuperado el 6 de abril de 2024).

103 Alfonso Mellado, C.L.: *La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: aspectos laborales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, pág. 50 o Del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C.: *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, pág. 100.

104 Sobre el particular, Fernández Prieto, M.: «La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género», *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 98, 2009, págs. 115 y ss. o Fernández Docampo, B.: «La jubilación parcial anticipada tras la Ley 40/2007: la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial», en AA.VV. (Cabeza Pereiro, J.; Ballester Pastor, M.ª A. y Fernández Prieto, M., Dir.): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Pamplona (Thomson-Aranzadi), 2009, págs. 248 y ss. Otros lo han hecho para evidenciar que a partir de la Ley 40/2007, «queda más claro aún que a esta jubilación parcial no se puede acceder desde el contrato a tiempo parcial». En este sentido, Fernández Orrico, F.J.: «La jubilación parcial: contratos a tiempo parcial y contrato de relevo», en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V., Dir.): *La reforma de la Seguridad Social de 2007-2008*, Cizur Menor (Aranzadi), 2008, pág. 181.

cia comunitaria podría suponer una manifiesta discriminación indirecta por razón de género[105].

Tampoco conviene olvidar que esta exigencia de jornada a tiempo completo ya se había previsto en el art. 9 del derogado RD 144/1999, de 29 de enero, por el que se desarrollaba, en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el RD-ley 15/1998, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad[106]. El tema ya provocó entonces cierta polémica doctrinal, cuestionando la exigencia de que el trabajador que accediese a la jubilación anticipada lo fuese por tiempo indefinido y a jornada completa[107]. Dicho requisito fue suprimido por el RD 1131/2002 y, con ello, la cuestión quedó temporalmente resuelta hasta la reforma de la Ley 40/2007. Incluso la propia doctrina de suplicación posibilitó el acceso a la jubilación parcial de los trabajadores a tiempo parcial[108], aunque su jornada en la práctica debía ser superior al 40 %, porque en caso contrario no era posible cumplir con los márgenes legales mínimo y máximo de reducción de la jornada[109].

La frontera entre los trabajadores a tiempo completo y quienes lo son a tiempo parcial «puede ser muy tenue dada la definición del trabajo a tiempo parcial contenida en el art. 12 del ET»[110]. Dicho precepto delimita conceptualmente el contrato de trabajo a tiempo parcial como aquel en el que se ha acordado una 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, por lo que pueden existir trabajadores a tiempo parcial con una jornada muy próxima a la de un trabajador a tiempo completo, y sólo ligeramente inferior a la de este. Incluso mayores dudas interpretativas podrían plantearse en el supuesto de trabajadores pluriempleados que trabajaran a tiempo parcial para dos o más empresas, sumando en total una jornada igual o incluso superior a la máxima legal.

---

105 Fernández Prieto, M.: «La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género», cit., págs. 115 y ss.

106 RD-ley 15/1998, vigente hasta el 28 de noviembre de 2002, en el que también expresamente se reservaba el acceso a la jubilación parcial a los trabajadores contratados a jornada completa.

107 Entre otros, Calvo Gallego, F.J.: *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Sevilla (Mergablum), 2002, pág. 65.

108 SSTSJ País Vasco 29 diciembre 2006 (Rec. 2290/2006) o 20 febrero 2007 (Rec. 2624/2006), que enjuicia el caso de una trabajadora a tiempo parcial que solicita la reducción de jornada y salario y la pensión de jubilación parcial, que es denegada por el INSS. En términos similares, STSJ Asturias 7 septiembre 2012 (Rec. 1832/2012).

109 Fernández Orrico, F.J.: «La jubilación parcial: contratos a tiempo parcial y contrato de relevo», cit., pág. 184.

110 López Gandía, J.: «La reforma de la jubilación en la Ley de Medidas de Seguridad Social de 2007», *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007, pág. 222.

Los conceptos de discriminación directa e indirecta se introducen en el acervo comunitario con la Directiva 1976/207, relativa al 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 (art. 2) y se perfilan por vía jurisprudencial, sobre todo en lo referido a las discriminaciones indirectas. Con posterioridad, esta elaboración jurisprudencial se recoge normativamente en las Directivas generales de no discriminación (2000/43 y 2000/78) para cristalizar los desarrollos de este marco normativo general y la propia evolución jurisprudencial en torno a este «*acquis* comunitario antidiscriminatorio»[111] en la Directiva 2006/54. La igualdad entre mujeres y hombres ha ocupado y ocupa un papel central en la labor del TJUE, elevándose hasta la categoría de derecho humano fundamental, ligado al respeto de la dignidad de las personas, y considerándose como un principio fundamental del Derecho comunitario[112]. En esa línea de actuación, el Tribunal ha ido analizando, con el paso del tiempo, cuestiones relativas a discriminaciones directas e indirectas, en el empleo privado y en el público, a propósito del trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial, unas veces pronunciándose sobre el cuerpo normativo de las Directivas en la materia, otras centrándose en el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, hasta el punto de que su art. 157[113] constituye el precepto cuya aplicación directa ha generado más jurisprudencia en el ámbito social.

La discriminación indirecta se construye sobre el criterio de la «comparación», dado que se traduce en una posición de desventaja de personas de un sexo con respecto a las del otro. No obstante, está sufriendo una evolución constante, más allá del concepto clásico basado en una comparación directa entre hombres y mujeres, como ocurre en el caso de la transexualidad, o en el de la discriminación por el ejercicio de permisos parentales, donde la comparación lo es hipotéticamente por relación a personas que no ejercen tales derechos[114]. Incluso en determinados casos no se requiere elemento comparativo alguno, como ocurre con el concepto de acoso discriminatorio. A partir de tales premisas, el Derecho de la Unión Europea se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres,

111 En expresión de Navarro Nieto, F.: «El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria», *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 130, 2015, pág. 88.

112 Entre muchos, Sáez Lara, C.: «Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho social comunitario», en AA.VV. (De la Villa Gil, L.E., Dir.): *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Madrid (MTAS), 2005, pág. 330.

113 Antiguo art. 141 TCE y numerado como art. 119 antes del Tratado de Ámsterdam.

114 Lousada Arochena, J.F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014, pág. 159, considera que estamos más ante un test de sustitución que de comparación.

a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

A nivel interno, el derecho a no ser discriminados (directa o indirectamente) en el acceso al empleo o una vez empleados, entre otros motivos por razón de género, se recoge expresamente en los arts. 4.2.c) y 17.1 ET. El propio Tribunal Constitucional, acogiendo la reiterada jurisprudencia del TJUE, ha señalado que la prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio, comprende no solo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo[115].

A su vez, la recepción de la definición comunitaria del principio de igualdad de trato se ha realizado por el art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que reproduce de forma prácticamente literal la definición comunitaria y considera discriminación indirecta por razón de género «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 un finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados»[116].

No está de más recordar que el concepto de discriminación indirecta por razón de género ha sido elaborado por el TJUE al hilo del enjuiciamiento de supuestos referidos a contratos de trabajo a tiempo parcial[117], y que también

115 Entre otras, STCo 240/1999, de 20 de diciembre.

116 Previamente, las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, habían traspuesto las Directivas 2000/43 y 2000/78.

117 Llama poderosamente la atención esta exigencia cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un supuesto muy similar en el asunto *Steinicke* (STJCE 11 septiembre 2003), que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de Justicia alemán en relación con el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de edad, que abarca el período previo a la jubilación, previsto en la legislación federal aplicable a la función pública. La respuesta del Tribunal es contundente, al considerar el requisito contrario a la Directiva 1976/207, a menos que esté justificado «por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo», apreciación que corresponde al órgano jurisdiccional nacional. Y aunque los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para alcanzar los objetivos que persiguen en materia de política social y de empleo, dicho margen no puede inducir a que se vacíe de contenido un principio fundamental del Derecho comunitario, como es el de igualdad de trato entre

en la jurisprudencia constitucional se encuentran ejemplos relevantes[118]. Así, cuando se afirma que un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se quiere decir que en la misma situación laboral se otorgue un trato más favorable a los varones que a las mujeres, sino simplemente que la aplicación de la medida produce efectos desfavorables para un grupo formado mayoritaria, pero no exclusivamente, por trabajadoras. Para que el tratamiento sea considerado discriminatorio se requiere, además, que no exista una justificación objetiva y razonable suficiente, aunque este requisito se interpreta de forma muy restrictiva para no vaciar de contenido el principio de igualdad de trato, que la propia jurisprudencia eleva a la categoría de principio fundamental[119]. Es más, dicha prohibición resulta lo suficientemente precisa para ser invocada por un particular contra el Estado miembro y debe ser considerada por el juez nacional para, en caso de necesidad, inaplicar cualquier disposición nacional que no sea conforme a ella, sin que haya de solicitar o esperar la supresión previa de esta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional[120].

Análogas consideraciones se imponen en el caso de que se entienda que la disposición resulta también contraria al Derecho de la Unión en relación con la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los regímenes profesionales de Seguridad Social[121], contenida en los arts. 5 y ss. de la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que prohíbe, en concreto [art. 5.a)] la discriminación en las condiciones de acceso

trabajadores y trabajadoras. Y, además, estima que consideraciones de índole presupuestaria pueden ser el motivo de opciones de política social de un Estado miembro, pero no pueden constituir por sí solas un objetivo perseguido por esta política ni, por tanto, justificar una discriminación en detrimento de uno de los sexos. STJCE de 20 de marzo de 2003, asunto *Helga Kutz-Bauer*, también sobre el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, si bien en este caso en relación con la discriminación indirecta contenida en una cláusula convencional.

118 Pionera en tal sentido fue la STCo 253/2004, de 22 de diciembre, en relación con la determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social y el diferente trato legislativo que provoca una discriminación indirecta por razón de sexo entre los trabajadores a tiempo parcial (por el cómputo exclusivo de las horas trabajadas) y los trabajadores a tiempo completo, para quienes el cómputo se realizaba por días trabajados. Sobre los cambios legislativos suscitados a raíz de la STCo 61/2013, de 14 de marzo (y otros pronunciamientos posteriores) ya me pronuncié exhaustivamente en Martínez Barroso, M.ª R.: «Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial. A propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto Elbal Moreno)», *Revista General de Derecho Europeo (Iustel),* núm. 31, 2013.

119 Fernández Prieto, M.: «La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género», cit., pág. 132.

120 A partir de las aseveraciones de la ya clásica STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmenthal*.

121 Rotunda en tales términos Fernández Prieto, M.: «La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género», cit., pág. 136.

a los mismos y considera contrarias al principio de igualdad de trato las disposiciones que se basen en el sexo, directa o indirectamente, para reservar prestaciones a los trabajadores de uno de los sexos [art. 9.1 e)] (como ocurre con la prestación de jubilación parcial, si se reserva a los trabajadores a tiempo completo, que son mayoritariamente hombres) o para imponer edades diferentes de jubilación [art. 9.1 f)] (como ocurre con la prestación de jubilación parcial si se reserva a los trabajadores a tiempo completo), pues podrán acceder a la jubilación parcial anticipada mayoritariamente hombres, mientras que las personas trabajadoras a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres, habrán de esperar a los 65 o más para poder jubilarse parcialmente.

La trascendencia de la exigencia interna del carácter «a tiempo completo» del vínculo contractual para poder acceder a la jubilación parcial no se debe pasar por alto, dado que perjudica claramente al colectivo femenino en sectores ampliamente feminizados, como puede ser el de la limpieza o la educación. Se trata además de una exclusión radical y sin matices: cualquiera que sea el coeficiente de parcialidad, incluso aunque se trabajara en régimen de pluriempleo una jornada ordinaria completa[122]. No obstante, dado que ni el art. 12.6 ET ni el 215 TRLGSS contemplan un período mínimo de permanencia en esta situación, parece viable la jubilación parcial de una persona trabajadora que durante largo tiempo ha estado contratado a tiempo parcial (o como fija discontinua)[123], pero en una época próxima a la jubilación parcial acuerda con la empresa la ampliación de la jornada con el fin principal de disfrutar de esa pensión. Aunque en estos supuestos podría llegar a invocarse el art. 6.4 del Código Civil, la doctrina judicial no es unánime, y mientras un sector convalida estas prácticas no expresamente prohibidas[124], otro se decanta por aplicar las consecuencias del fraude de ley[125].

En los supuestos en que se denuncia una discriminación indirecta, para acreditar la presencia del trato discriminatorio no resulta necesario aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, pues lo que se compara no son los individuos sino grupos sociales en los que los individuos que los componen se ponderan estadísticamente y están formados mayoritariamente, aun-

122 Considerando que los trabajadores a tiempo parcial deberían ser incluidos como colectivo protegido, siempre que cumplieran unos requisitos generales de edad y carencia y, en su caso, cuantía mínima de la pensión resultante, García Ortega, J.: «La jubilación parcial: una institución necesitada de revalorización y reorientación», en AA.VV. (Simó-Noguera, C.; Fernández Artiach, P. y Romero-Crespo, J.A.): *Brechas de género y pensiones,* cit., pág. 140.

123 Así lo considera la STSJ Baleares 31 mayo 2012 (Rec. 83/2012) en relación con el trabajador fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas.

124 SSTSJ Cataluña 16 noviembre 2007 (Rec. 7966/2006) o Navarra 22 septiembre 2008 (Rec. 211/2008).

125 STSJ País Vasco 8 septiembre 2006 (Rec. 1123/2006).

que no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadores de un mismo sexo, como ocurre significativamente con los trabajadores con menos fuerza física o con los trabajadores a tiempo parcial. De hecho, en España, en atención a las estadísticas oficiales, el jubilado parcial es, por lo general, un varón mayor de 60 años, que ha culminado estudios secundarios de educación general y que presta servicios principalmente en actividades manuales, o cuando menos no intelectuales (peones de industrias manufactureras, conductores de vehículos, limpieza, operadores de máquinas o de instalaciones, etc.) del sector industrial y de servicios (siendo más reducida su incidencia en la construcción y en las actividades agrícolas y pesqueras, sin que el tamaño de la empresa resulte determinante). También es una figura muy utilizada en la educación o en profesiones técnicas relacionadas con la física, la química o la ingeniería. En cambio, es prácticamente inexistente en relación con la actividad de gerencia de empresas[126].

Llama poderosamente la atención que el párrafo primero del art. 215.2 TRLGSS, de forma expresa, pero, quizás hasta cierto punto veladamente, reserve la posibilidad de acceder a la misma a los trabajadores «a tiempo completo» que reúnan los requisitos enumerados en el propio artículo. No ocurre lo mismo con la jubilación parcial postergada o autónoma (art. 215.1 TRLGSS), cuya única limitación es que la reducción de la jornada de trabajo esté comprendida entre los límites legales. Dicha matización invita a presuponer que también un trabajador a tiempo parcial puede jubilarse parcialmente después de la edad ordinaria de jubilación, si bien debe reducir su jornada de trabajo entre un 25 y un 50 % (o el 75 % para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida), no de la jornada reducida que realiza sino de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Es interesante destacar, igualmente, que idéntica apreciación realiza la letra c) del art. 215.2 TRLGSS, tras establecer los límites de la reducción de la jornada del trabajador que se pretende jubilar parcialmente de forma anticipada, al remitirse también a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable[127].

126 Rodríguez Cardo, I.: *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, Valladolid (Lex Nova), 2010, pág. 102, a partir de datos extraídos del SEPE.

127 No obstante, la puntualización resulta, en este último caso, «además de superflua, sumamente equívoca», pues en la medida en que se exige que la persona trabajadora que pretende acceder a la jubilación parcial anticipada sea un trabajador a tiempo completo, su jornada es ya a tiempo completo y no habrá ningún trabajador más idóneo que él mismo con quien realizar la comparación para fijar los límites de reducción de la jornada. Incluso es probable que esta precisión haga pasar más desapercibido el requisito de ser trabajador a tiempo competo para acceder a la jubilación parcial anticipada. Fernández Prieto, M.: «La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género», cit., pág. 133 o Poquét Catalá, R.: «El contrato de relevo y la jubilación anticipada: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núm. 7-8, 2013, pág. 938. Considerando que la restricción casa mal «con la finalidad de redistribución del empleo que la anima», STSJ País Vasco 20 febrero 2007 (Rec. 2624/ 2006).

En definitiva, en tanto el legislador español no suprima del primer párrafo del art. 215.2 TRLGSS la expresión «a tiempo completo», que cualifica a los trabajadores para poder acceder a la jubilación parcial anticipada, los órganos jurisdiccionales nacionales deberían inaplicar dicha exigencia[128] para hacer efectiva la prohibición de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo tanto en las condiciones de trabajo como en los regímenes profesionales de Seguridad Social. Desde el punto de vista procedimental concreto, podrán, en su caso, suspender el procedimiento y plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE o plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por vulneración del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación indirecta por razón de género contenida en el art. 14 CE. No se olvide que la tutela antidiscriminatoria constituye uno de los ámbitos que sigue deparando importantes intervenciones por parte del Tribunal europeo, constituyendo uno de los ámbitos de mayor incidencia en la actualidad, sobre una concepción de dignificación del trabajo en la empresa, como instrumento decisivo de garantía y efectividad de los derechos fundamentales en la misma[129].

11.- Epílogo

Las reflexiones anteriores llevan a postular la necesidad de efectuar un replanteamiento global del sistema de Seguridad Social que integre en el análisis y en el diseño normativo la perspectiva de género, y que sea capaz de superar los tratamientos parciales y restrictivos de las reformas parciales operadas durante la última década, pues las mismas han estado dirigidas fundamentalmente a reducir el gasto público en lugar de orientarse a mejorar los ingresos, centrándose en tres frentes. El primero, el período de carencia para acceder a la pensión contributiva de jubilación, las reglas de cálculo de su cuantía (en las que influye la edad, años trabajados, base reguladora —implementando un nuevo sistema dual que permite elegir el período de cómputo y mejora del tratamiento de lagunas y porcentajes[130], ofreciendo una mejor protección para los nuevos entrantes en el mercado de trabajo, al permitir excluir del cálculo de la base reguladora los peores meses de la carrera

128 Reflexión que comparte, entre otros, Fernández Prieto, M.: «La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género», cit., pág. 138.

129 Parafraseando a Cruz Villalón, J.: «Últimas tendencias en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 130, 2015, pág. 33.

130 Y que el Informe de «*Situación de las recomendaciones del Pacto de Toledo*», elaborado por José Luis Escrivá (Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones) en marzo de 2023 vincula, entre otras, a la Recomendación núm. 17 del Pacto de Toledo. https://www.inclusion.gob.es/documents/20121/0/20230315_PactodeToledo+presentaci%C3%B3n+%281%29.pdf/13722ba3-5989-205d-f26f-2d5dad9d3d9d?t=1678901327297

laboral. Dicho método resulta más favorable para las pensiones medias y bajas y para las carreras irregulares, cuya proporción ha ido creciendo en el tiempo. La reforma facilita combatir la brecha de género en pensiones, excluyendo los peores años y mejorando el tratamiento de lagunas—) así como su revalorización. El segundo, los límites al complemento de mínimos. Y el tercero, el retraso de la edad de jubilación y el fomento del envejecimiento activo, con incentivos al trabajo más allá de la edad legal u ordinaria de jubilación. El tratamiento que se ha hecho de estas cuestiones, sin embargo, ha venido perjudicando de manera especial a las mujeres trabajadoras, lo que pone de manifiesto la tradicional y escasa sensibilidad de las normas al respecto, en particular en torno a la repercusión del género en las transiciones laborales entre vida activa, jubilación y envejecimiento activo[131].

En este contexto, emergen dos debates centrales y de igual urgencia, paralelos y sin conexión aparente. De un lado, los debates centrados en la necesidad de combatir las desigualdades de género y, de otro, aquellos que se focalizan en la obligación de emprender reformas que garanticen la sostenibilidad del sistema de pensiones. El documento elaborado por el Gobierno en el año 2021, para informar sobre el «E*stado de situación de la implementación de las Recomendaciones del Pacto de Toledo*»[132] aclara que la reforma y modernización del sistema de pensiones, enmarcada en el Pacto de Toledo, e integrada en el Plan de Recuperación, parte de proyecciones que reflejan un sistema sostenible si se adoptan los instrumentos adecuados. El primer bloque de reformas se concentra en cuatro aspectos. 1) Un mecanismo sencillo, transparente y revisable cada 5 años de revaloración de pensiones que garantice el poder adquisitivo. 2) Un mecanismo que acerque la edad ordinaria y la edad efectiva de jubilación, modificando los coeficientes reductores de la jubilación anticipada, incentivando la jubilación demorada, flexibilizando la jubilación parcial y modificando las cláusulas de jubilación forzosa. 3) La asunción de los gastos impropios, capaz de eliminar el déficit de la Seguridad Social en 2023. 4) El desarrollo del nuevo modelo de cotización para trabajadores autónomos, más gradual y flexible, adaptado a la capacidad de pago individual.

En otros términos, la sostenibilidad del sistema se ha considerado más urgente e importante que el combate contra las desigualdades de género y dado que las mujeres permanecen más perjudicadas en el mercado de trabajo en comparación con los varones, las brechas de género en las transiciones del trabajo a la jubilación permanecen, lo cual exige repensar el sistema de protección social con perspectiva de género, sobre todo en lo

131 Fernández Artiach, P. y Simó-Noguera, C.: «Presentación» en AA.VV. (Simó-Noguera, C.; Fernández Artiach, P. y Romero-Crespo, J.A.): *Brechas de género y pensiones,* cit., págs. 17 y 422.

132 https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Documents/2021/120421-Comparecencia %20PdT.pdf

concerniente a la pensión contributiva de jubilación, porque algunas de sus premisas perjudican claramente a las mujeres.

Así, hasta que la igualdad a efectos de acceder a las pensiones de jubilación (y en particular a las anticipadas) sea una realidad en España, podría pensarse en recurrir temporalmente a ciertos factores correctores que han sido esgrimidos por la doctrina, como fijar para las mujeres una edad de jubilación inferior a la prevista para los hombres[133]; o exigir a las primeras menos períodos cotizados a efectos de jubilarse anticipadamente o, en fin, eximirles del requisito por el que su pensión inicial debe superar la mínima establecida[134]. No obstante, las medidas programadas por el RD-ley 2/2023 (reforma del art. 248.2 TRLGSS e introducción de la disposición transitoria 41.ª), cuando entren en vigor el 1 de enero de 2026 podrán mitigar, en su caso, los obstáculos para el acceso de las mujeres a la jubilación anticipada voluntaria. En otros supuestos, el procedimiento a seguir junto con el incremento de la cotización, obstaculizan el acceso a la jubilación a edades inferiores por razón de la penosidad o siniestralidad del trabajo femenino, cuya reversión exige reformas normativas que tengan en cuenta la perspectiva de género para superar la discriminación que sufren las féminas a la hora de causar la pensión de jubilación a edades más tempranas, disfrutando de similares posibilidades teóricas que sus homólogos masculinos.

12.- Bibliografía

AA.VV. (**Simó-Noguera, C**.; **Fernández Artiach, P**. y **Romero-Crespo, J.A**.): *Brechas de género y pensiones,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2023.

Alfonso Mellado, C.L.: *La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: aspectos laborales,* Valencia (Tirant lo Blanch), 1999.

Álvarez Cuesta, H.: *Protección social frente a la pobreza,* Albacete (Bomarzo), 2023.

133 Pese a que el Libro Blanco de la UE (2012) considerase que al elevar las edades de jubilación de las mujeres se podía contribuir a incrementar sus ingresos, evitando las desigualdades de género en materia de pensiones. Realmente, en el posterior Libro Verde de la UE sobre el envejecimiento (2021) se insiste en la conveniencia de adecuar las edades al aumento de la esperanza de vida, para garantizar unos sistemas de pensiones «adecuados, asequibles y sostenibles», de tal modo que la gente tendrá que trabajar durante más tiempo en el futuro, corriendo en otro caso el riesgo de sufrir pobreza en la vejez. Sobre los diferentes mecanismos ofrecidos por el ordenamiento español para hacer frente a la misma a través del complemento a mínimos vid. el excelente estudio de Álvarez Cuesta, H.: *Protección social frente a la pobreza,* Albacete (Bomarzo), 2023, págs. 244 y ss.

134 En tal sentido, Tatay Puchades, C.: «Invisibilidad de la mujer en la regulación de la jubilación a edades inferiores a las ordinarias», en AA.VV. (Simó-Noguera, C.; Fernández Artiach, P. y Romero-Crespo, J.A.): *Brechas de género y pensiones,* cit., págs. 85-86.

Aragón Gómez, C.: «El impacto de la brecha salarial en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social», *Documentación Laboral*, núm. 115, 2018.

«El complemento de pensiones para reducir la brecha de género», *Foro de Seguridad Social,* núm. 30, 2022

Ballester Pastor, M.ª A.: «Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico», *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 112, 2011.

«El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea», *Lex Social,* núm. 1, 2016.

«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*, Barcelona (Atelier), 2017.

Benito Benítez, M.ª A.: *El impacto de género en el sistema de pensiones,* Albacete (Bomarzo), 2019.

Calvo Gallego, F.J.: *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Sevilla (Mergablum), 2002.

Casas Baamonde, M.ª E.: «Igualdad de género y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: una integración inaplazable», *Femeris,* núm. 2, 2019.

Cavas Martínez, F.: «La pensión de jubilación desde la perspectiva de género», en AA.VV. (López Aniorte, M.ª C. y García Romero, M.ª B., Dirs. y Coords.): *La protección social de las personas mayores, menores y dependientes: Estudios con perspectiva de género,* Cizur Menor (Aranzadi), 2023.

Cruz Villalón, J.: «Últimas tendencias en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 130, 2015.

Dans Álvarez De Sotomayor, L.: «Equiparación entre el servicio social de la mujer y el servicio militar obligatorio a efectos de la pensión de jubilación», *Temas laborales: Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 170, 2023.

Del Rey Guanter, S. y **Gala Durán, C**.: *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.

Dueñas Cid, D.: «Trabajadores/as maduros/as: elementos de reflexión acerca de la descronologización de de la vida laboral», en AA.VV. (Moreno

GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A., Coords.): *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.

ESCALANTE ZABALA, R.: «La gran injusticia de las lagunas de cotización en las bases reguladoras de las pensiones», *Diario La Ley*, núm. 9133, 2018.

ESCRIVÁ, J.L.: Informe de «S*ituación de las recomendaciones del Pacto de Toledo*», marzo, 2023.

ESTEVE SEGARRA, A.: «Pensión de jubilación SOVI y reconocimiento de días de cotización por parto», *Aranzadi Social,* núm. 17, 2009.

FERNÁNDEZ ARTIACH, P. y **SIMÓ-NOGUERA, C**.: «Presentación» en AA.VV. (SIMÓ-NOGUERA, C.; FERNÁNDEZ ARTIACH, P. y ROMERO-CRESPO, J.A.): *Brechas de género y pensiones,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2023.

FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: «Etiología laboral y perspectiva de género en las prestaciones por incapacidad», en AA.VV. (LÓPEZ ANIORTE, M.ª C. y GARCÍA ROMERO, M.ª B., Dirs. y Coords.): *La protección social de las personas mayores, menores y dependientes: Estudios con perspectiva de género,* Cizur Menor (Aranzadi), 2023.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: «La jubilación parcial anticipada tras la Ley 40/2007: la discriminación de los trabajadores a tiempo parcial», en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J.; BALLESTER PASTOR, M.ª A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M., Dir.): *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Pamplona (Thomson-Aranzadi), 2009.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J y **MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R**.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social,* Albacete (Bomarzo), 2007.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «La jubilación parcial: contratos a tiempo parcial y contrato de relevo», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.): *La reforma de la Seguridad Social de 2007-2008*, Cizur Menor (Aranzadi), 2008.

«Sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social y edad de jubilación en el Acuerdo Social y Económico 2011», *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2011.

Las pensiones de Seguridad Social. Un panorama incierto que urge despejar, Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), 2022.

FERNÁNDEZ PRIETO, M.: «La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género», *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 98, 2009.

FLOR FERNÁNDEZ, M.ª L.: «Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad», *Revista de Derecho Social,* núm. 76, 2016.

Gala Durán, C.: «El nuevo complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género: ¿Lo que mal empieza, mal acaba?», *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social,* núm. 158, 2021.

Gallego Losada, R.: «El complemento de maternidad: una medida discutible para cerrar la brecha de género de las pensiones», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 403, 2016.

García Ortega, J.: «La jubilación parcial: una institución necesitada de revalorización y reorientación», en AA.VV. (Simó-Noguera, C.; Fernández Artiach, P. y Romero-Crespo, J.A.): *Brechas de género y pensiones,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2023.

«Las nuevas edades de jubilación y sus efectos en la cotización y en la cobertura», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núms. 29-30, 2012.

García Romero, M.ª B.: «Las responsabilidades familiares ante el sistema de Protección Social: desafíos y respuestas», en AA.VV. (Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E., Dirs.), *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Murcia (Laborum), 2015.

Garrigues Giménez, A.: «Condiciones de trabajo que enferman a las mujeres: Evidencias de la discriminación invisible e instrumentos para la igualdad», *In-mujeres. Salud y Género,* núm. 1, 2022.

González Ortega, S. y **Barcelón Cobedo, S**.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2023.

Grau Pineda, C. y **Rodríguez González, S**.: *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

«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», *Documentación Laboral*, núm. 103, 2015.

López Gandía, J.: «La reforma de la jubilación en la Ley de Medidas de Seguridad Social de 2007», *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007.

Lousada Arochena, J.F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2014.

Las enfermedades profesionales en perspectiva de género, Albacete (Bomarzo), 2021.

Maldonado Molina, J.A.: «La edad de jubilación, retiro y vejez», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Dirs. y Coords.): *La edad de jubilación,* Granada (Comares), 2011.

«Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 467, 2022.

Marbán Pinilla, M.ª T.: «El complemento por maternidad en la pensión 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, Murcia (Laborum), 2019.

Sustentabilidad de la Seguridad Social a la luz de la equidad entre mujeres y hombres, Madrid (Civitas), 2023.

Martínez Barroso, M.ª R.: **«**Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial. A propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto Elbal Moreno)**»**, *Revista General de Derecho Europeo (Iustel),* núm. 31, 2013.

Influencia de la edad en las relaciones laborales. Acceso al empleo y protección social, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson Reuters), 2018.

«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)», *Revista Aranzadi Unión Europea,* núm. 6, 2020.

Miñarro Yanini, M.: «Algunas reflexiones en torno a la incidencia de las últimas reformas laborales y medidas de contención económica sobre el trabajo de la mujer», *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2013.

Miñarro Yanini, M. y **Molina Navarrete, C**.: *Una reinvención sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género,* Albacete (Bomarzo), 2023.

Molina Navarrete, C.: «Jubilación anticipada y no discriminación contra las mujeres: Un jarro de agua fría del TJUE en la lucha contra la brecha de género en pensiones». *Apuntes. Servicio de Estudios de la Confederación UGT.* 2021.

Monereo Pérez, J.L.: «La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: La fase actual de la construcción de un 'nuevo' sistema de pensiones», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Dir. y Coord.): *La edad de jubilación,* Granada (Comares), 2011.

Monereo Pérez, J.L. y **Fernández Avilés, J.A**.: «La conformación de la acción protectora del sistema de Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010.

Monereo Pérez, J.L. y **López Insua, B.M**.: «La renovada tutela de la maternidad en el marco de los derechos de conciliación», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016.

Monereo Pérez, J.L. y **Maldonado Molina, J.A**.: «El modelo de garantía constitucional de la vejez como condicionante necesario de las políticas legislativas», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Dirs. y Coords.): *La edad de jubilación*, Granada (Comares), 2011.

Moreno Pueyo, M.J.: «Días de cotización por parto y derecho a la jubilación anticipada. Interpretación de la DA 44 TRLGSS», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4, 2013.

Muñoz Molina, J.: «La mujer en el ordenamiento de la Seguridad Social», en AA.VV. (SÁEZ LARA, C., Coord.): *Igualdad de género en el trabajo: Estrategias y propuestas,* Murcia (Laborum), 2016.

Navarro Nieto, F.: «El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria», *Temas Laborales. Revista andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 130, 2015.

Palomino Saurina, P.: «¿Puede prescribir el complemento de maternidad por aportación demográfica?: Comentario a la sentencia del TS de 21 de febrero de 2024, rec. 862/2023», *Diario la Ley,* núm. 10513, 2024.

Panizo Robles, J.A.: «Dos décadas de reformas de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo de 1995 al Acuerdo Social y Económico de 2011», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 336, 2011.

Poquét Catalá, R.: «El contrato de relevo y la jubilación anticipada: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núms. 7-8, 2013.

Poyatos Matas, G.: «De la ética del cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizada. A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto al 'complemento por maternidad'», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 431, 2019.

Pumar Beltrán, N.: «Reforma de pensiones en España, carreras profesionales irregulares e impacto de género», *Revista de Derecho Social*, núm. 55, 2011.

Ramos Quintana, M.I.: «El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica», *Trabajo y Derecho,* núm. 61, 2020.

«La salud de las mujeres en las relaciones de trabajo», *Revista de Derecho Social,* núm. 100, 2023.

Rivas Vallejo, P.: «La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad», *Revista de Jurisprudencia Laboral,* núm. 1, 2020.

Rodríguez Cardo, I.: *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, Valladolid (Lex Nova), 2010.

«El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos (I)», *Trabajo y Derecho*, núm. 16, 2016.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «Pensiones adecuadas, sostenibles y seguras», *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2010.

Sáez Lara, C.: «Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho social comunitario», en AA.VV. (De La Villa Gil, L.E., Dir.): *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Madrid (MTAS), 2005.

Suárez Corujo, B. y **Hurtado Jarandilla, A**.: «La dimensión de género de la (des)protección por desempleo», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14, 2018.

Tatay Puchades, C.: «Invisibilidad de la mujer en la regulación de la jubilación a edades inferiores a las ordinarias», en AA.VV. (Simó-Noguera, C.; Fernández Artiach, P. y Romero-Crespo, J.A.): *Brechas de género y pensiones,* Valencia (Tirant lo Blanch), 2023.

Torres López, J. y **Navarro, V**.: «La propuesta de los 100 economistas sobre las pensiones. Errores, medias verdades y silencios al servicio de la banca», *Documentos para el debate ATTAC*, núm. 1, 2011.

Tortuero Plaza, J.L.: *La reforma de la jubilación. (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, Cizur Menor (Aranzadi/ Thomson Reuters), 2012.

Valdés Dal-Ré, F.: «Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social: ¿hacia nuevas relaciones?», *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2010.

Villar Cañada, I.M.: «La reforma del sistema de pensiones: ¿Dónde queda —una vez más— la dimensión de género?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF),* núm. 468, 2022.

Vivero Serrano, J.B.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género,* Granada (Comares), 2021.

CAPÍTULO VIII

DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO, RELIGIÓN Y ETNIA

Diego Megino Fernández
Universidad de Burgos

Sumario: 1.- La discriminación interseccional de la mujer en clave sociolaboral: unos apuntes. 2.- Mujer y religión: reflexiones a colación del uso del velo islámico en el trabajo. 3.- Mujer y etnia: sobre el rito gitano y la pensión de viudedad. 4.- Bibliografía.

1.- La discriminación interseccional de la mujer en clave sociolaboral: unos apuntes

Todavía hoy, el mercado de trabajo presenta una serie de disfunciones que evidencian por sí mismas la peor condición del colectivo femenino (si comparado con el masculino). Por lo común, las mujeres muestran unas menores tasas de actividad, unos mayores índices de desempleo, unos elevados niveles de parcialidad y de eventualidad, una superior incidencia de las «dobles jornadas» (responsabilidades dentro y fuera del ámbito productivo) o, sin ánimo de exhaustividad, un considerable grado de sobrecualificación y subutilización de sus capacidades.

En una combinación dispar de ingredientes, dependiente de las peculiares circunstancias en presencia, lo anterior puede derivar tanto de hipotéticas y censurables distinciones (manifiestas o latentes), como de agentes exógenos de muy variada morfología. Entre estos últimos, han de ser puestos de relieve la difícil y tardía incorporación de la mujer al mundo laboral, quedando muchas veces relegada a ocupaciones de naturaleza temporal o con jornadas inferiores; las recurrentes segregaciones vertical (escasa participa-

ción en los puestos directivos) y horizontal (concentración en cometidos con remuneraciones limitadas, de baja productividad y feminizados en la hostelería, la administración pública, la educación, la sanidad, los servicios sociales, los cuidados, etc.); o las interrupciones en la carrera profesional por motivos relacionados con la maternidad o las decisiones a favor de la familia[1].

La correlativa mayor precariedad en y para el empleo trae consigo resultas de un formidable calado, por encima incluso de una simple desigualdad material en el mundo laboral. Ahí está, por ejemplo, su condición de simiente para unos peores niveles de protección social (en contenido y rango prestacional) e, inclusive, para la pobreza extendida entre ciertos colectivos de mujeres (mayores, madres solteras, víctimas de violencia de género, con discapacidad, inmigrantes, refugiadas, solicitantes de asilo o, sin que necesariamente estén todas las que son, pertenecientes a minorías)[2]. A este respecto, no cae en saco roto recordar que «la discriminación se caracteriza por que el factor de diferenciación toma en consideración condiciones (como la raza, el sexo, el nacimiento, las convicciones ideológicas o religiosas) que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas»[3].

Por consiguiente, si a la propia posición de mujer se suman otras eventualidades (origen, etnia, culto, edad, discapacidad, sexualidad…), las probabilidades de vulnerabilidad, exclusión o pobreza se incrementarán de forma no lineal, sino exponencial, llegándose a experimentar, al menos en los casos más extremos, serias dificultades para disfrutar de ciertos derechos en condiciones de igualdad[4].

Para dar nombre y apellidos a esta contingencia, el término central de la discriminación ha sido acompañado de variopintos calificativos, como los de múltiple, multiseccional, multidimensional, aditiva, superpuesta, solapada, pluricausal, sucesiva o, por no seguir, cruzada. De entre todos los epítetos propuestos, el que se juzga más apropiado es el de «interseccional»[5], en

---

1 Censurando esta tesitura, Otaegui Jáuregui, A.: «La igualdad de género en las nuevas formas de organización empresarial», en VV. AA. (López Ahumada, J. E. y Menéndez Calvo, R., Dir.), *Poder de dirección y estructuras empresariales complejas*, Madrid (Cinca), 2018, p. 293.

2 European Parliament: *Report on equality between women and men in the European Union in 2014-2015 [2016/2249(INI)]*, 2017, pp. 13 y 21.

3 Aragón Gómez, C.: «El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable, a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo. Comentario a las SSTS 10-1-2017, R.º 283/2015, y 24-1-2017, R.º 1902/2015», *Información Laboral*, núm. 6, 2017, pp. 1 y 2 (formato electrónico).

4 Blázquez Agudo, E. M.ª: «La interseccionalidad en las políticas de empleo. La discriminación por ser mujer agravada por la interacción de otra circunstancia personal», *Femeris*, Vol. 9, núm. 1, 2024, p. 4.

5 Haciendo acopio de buena parte de estas denominaciones, Serra Cristóbal, R.: «La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada»,

virtud del cual el del género se fusiona e interacciona con «otros ejes de vulnerabilidad»[6] no excluyentes entre sí. En resumidas cuentas, se trata de un tipo específico, distinto de otros modelos acuñados a lo largo del tiempo y cuyo alcance cualitativo rebasa el mero sumatorio de efectos individuales[7].

Y toda vez que respecto de esa mixtura sinérgica de elementos «los mecanismos tradicionales de tutela no ofrecen una respuesta eficaz ni suficiente […] pues están anclados en la prohibición de la discriminación por causas o atributos […] considerados aisladamente»[8], devienen precisas soluciones distintas a las hasta ahora habituales. Esto aun cuando el esfuerzo de conjugar propiedades, dinámicas y «elementos identitarios»[9] dispares resulte arduo y se vea perjudicado por el hecho de que «nuestras instituciones están segmentadas por colectivos y la interseccionalidad no […] [entienda] de este tipo de formaciones»[10].

Al hilo de lo expuesto, un somero repaso a la labor desplegada desde hace años tanto por el Tribunal Constitucional (TC) como por los órganos de la jurisdicción ordinaria confirma que han tendido a abordar las controversias situando las diversas variables a considerar en planos independientes y no conectados, pasando por alto que el tratamiento a dispensar no ha de ser el mismo cuando la persona se enfrenta a una o a múltiples causas de potencial segregación.

---

en VV. AA. (Serra Cristóbal, R., Coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, p. 15.

6 La Barbera, M.ª C.: «La vulnerabilidad estructural de género desde la perspectiva de la interseccionalidad: el régimen español de igualdad de género como caso ilustrativo», en VV. AA., *Desigualdades complejas e interseccionalidad: una revisión crítica*, Madrid (Dykinson), 2021, s. p. (formato electrónico).

7 Registrando que «dentro del concepto común de discriminación múltiple es preciso distinguir, a su vez, la discriminación aditiva o acumulativa y la interseccional: en el primer caso, una persona puede ser discriminada por diversos motivos simultáneamente y padecer las consecuencias de forma agregada; [mientras que] en la discriminación interseccional la interacción de las causas de discriminación se produce de tal manera que son inseparables […] lo que genera un efecto cualitativamente diferente […] que permanece invisible de considerarse separadamente los distintos factores de discriminación que convergen en la víctima», Ferrando García, F. M.ª: «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral», *CEF. RTSS*, núm. 428, 2018, p. 23.

8 Ferrando García, F. M.ª: «Capítulo 5. La discriminación múltiple e interseccional por razón de género y otras causas: especial referencia a sus implicaciones en los ámbitos laboral y procesal», en VV. AA. (López Aniorte, M.ª del C. y Rubio Fernández, E. M.ª, Dir.), *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre hombres y mujeres*, Murcia (Laborum), 2019, p. 104.

9 Serra Cristóbal, R.: «La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada», cit., p. 41.

10 López Sánchez, C.; Vilaseca García, C. y Serrano Japa, J. M.: «Interseccionalidad: la discriminación múltiple desde una perspectiva de género», *Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, Vol. 14, 2022, p. 79.

Al contrario, la discriminación interseccional demanda un análisis y un tratamiento diametralmente opuestos[11], que se alejen de una óptica unidimensional. Y es que determinadas cuestiones recurrentes en ámbitos como los de la violencia, la inclusión y la participación social, el empleo o, sin agotar el listado, la salud solo podrán ser convenientemente resueltas a partir de una perspectiva compuesta e interconectada, alejada de «generalizaciones que pueden invisibilizar a muchas mujeres que enfrentan numerosas formas de opresión y subordinación de manera simultánea»[12], y capaz de brindar «una aproximación más rigurosa e integral a la forma compleja, y muchas veces sutil, en que opera la discriminación en la sociedad»[13].

Sabedores de este imperativo, los más modernos planteamientos en materia de igualdad ofrecidos por los organismos, instituciones y poderes públicos (sobre todo internacionales y europeos) parecen progresar, aunque todavía no con pasos firmes y decididos, en la buena dirección, reflejando así, de manera particular, «una creciente preocupación por los estereotipos de género y la integración de la interseccionalidad»[14]. Sin embargo, las reticencias continúan siendo más que notables tanto en «las normativas internas […] [como en] las resoluciones judiciales»[15].

---

11 Opuesta a «seguir protegiendo a la mujer en el mercado laboral por el simple hecho de ser mujer, sino que es importante que se atienda a las mujeres […] [que] presentan algún otro factor o factores que generalmente dan lugar a discriminaciones interseccionales […] superando [así] el análisis desde la discriminación por sexo más generalista, y reconduciéndose a una segunda generación de medidas que se encarguen de evitar discriminaciones más complejas», Blázquez Agudo, E. M.ª: «La interseccionalidad en las políticas de empleo. La discriminación por ser mujer agravada por la interacción de otra circunstancia personal», cit., p. 7.

12 Vigano, N. E.: «La interseccionalidad de la discriminación por razones de género, raza y etnia de las mujeres solicitantes de asilo víctimas de violencia de género en la UE. Especial referencia a la situación italiana», *Revista Deusto de Derechos Humanos*, núm. 11, 2023, pp. 231 y 232.

13 Salomé Resurrección, L. M.ª: «La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural», *Pensamiento Constitucional*, núm. 22, 2017, pp. 285 y 286.

14 Resaltando que «varios postulados de la corriente de pensamiento feminista de la mencionada "tercera ola", como la atención a la interseccionalidad, están siendo incorporados a las legislaciones y políticas modernas en materia de igualdad», Irigoien Domínguez, A.: «Estereotipos de género e interseccionalidad: una referencia a la normativa y jurisprudencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco», *RVAP*, núm. 119, 2021, pp. 109 y 112.

15 Contra el argumento, con frecuencia esgrimido por el TJUE, de que acoger la interseccionalidad supondría consagrar en sede judicial «una nueva causa de discriminación prohibida», Lousada Arochena, J. F.: «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones», *AequAlitaS*, núm. 41, 2017, pp. 39 y 40.
En paralelo, subrayando que «el incremento de la actividad del TEDH en materia discriminatoria en la década de 2000 muestra también un desarrollo que difiere del derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea en varios aspectos», Morondo Taramundi, D.: «Desigualdad compleja e interseccionalidad: "reventando las costuras" del derecho anti-

Ahora bien, el modelo o marco finalmente articulado no puede quedar reducido a «la mera incorporación de más "subgrupos" dentro de las políticas»[16] o a remendar «el derecho antidiscriminatorio con nuevas categorías para responder a situaciones que se percibían como injustas pero que no se consideraban protegidas»[17]. En realidad, es menester «avanzar hacia marcos normativos integrados […] que protejan explícitamente […] y que contemplen situaciones interseccionales de discriminación»[18]. Mimbres no faltan para ello, al menos en relación con las coordenadas dentro de las que se mueve este estudio.

Así, tomando inicialmente como referencia el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en él constan una serie de previsiones, globales a la par que contundentes, de indudable trascendencia. Por un lado, la garantía de toda persona a «la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; [que, entre más] […] implica la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos […] [y la cual] no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, […] [constituyan] medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás» (art. 9). Por otro, que el disfrute de las prerrogativas reconocidas en el texto queda asegurado «sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación» (art. 14).

discriminatorio», en VV. AA., *Desigualdades complejas e interseccionalidad: una revisión crítica*, Madrid (Dykinson), 2021, s. p. (formato electrónico).

16 En cambio, deviene precisa «la transversalización de una serie de principios o claves interseccionales en las diferentes etapas que atraviesan las políticas», según proclama Jiménez Rodrigo, M.ª L.: «Políticas de igualdad de género e interseccionalidad: estrategias y claves de articulación», *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 29, 2022, p. 3.

17 Morondo Taramundi, D.: «Desigualdad compleja e interseccionalidad: "reventando las costuras" del derecho antidiscriminatorio», cit., s. p. (formato electrónico).
Abiertamente a favor de que los poderes públicos se aproximen al «problema de […] [los] colectivos de mujeres doble o múltiplemente discriminadas de modo sistémico», Serra Cristóbal, R.: «La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada», cit., p. 42.

18 Identificando la de las relaciones laborales como una de las áreas de manifiesto interés a tales efectos, Jiménez Rodrigo, M.ª L.: «El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: Revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 3, 2018, p. 222.

Pasando ahora al entorno de la Unión Europea, corresponde comenzar la exposición con su *Carta de los derechos fundamentales*[19], donde figuran garantías tan básicas como las de libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 10.1)[20]; no discriminación, en particular, por mor del sexo, la raza, el color, los orígenes étnicos o sociales, la religión, la pertenencia a una minoría, el nacimiento, etc. (art. 21.1)[21]; o igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, incluidos el empleo, el trabajo y la retribución (art. 23)[22].

A partir de aquí, aunque todavía desde posicionamientos un tanto generalistas (sin perjuicio de la meritoria distinción efectuada entre las discriminaciones directa e indirecta), cabe sacar a relucir materializaciones de Derecho derivado como las Directivas 2000/43/CE, de 29 de junio (principio de igualdad de trato de las personas con independencia de su origen racial o étnico)[23]; 2000/78/CE, de 27 de noviembre (marco general para la igual-

19 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010).

20 «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos».

21 «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

22 «La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

23 Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE núm. 180, de 19 de julio).
En términos análogos a otros posteriores, en este texto el «principio de igualdad de trato» es descrito como «la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada [aquí] en el origen racial o étnico» (art. 2.1).
El primer tipo de discriminación (la directa) acontecerá cuando, por el pertinente motivo, «una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable» [art. 2.2.a)], en tanto que el segundo (la indirecta) se materializará «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas […] en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que 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» [art. 2.2.b)].
Garantía que, dicho sea de paso, «se aplicará a todas las personas […] en relación con: *a*) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional;

dad de trato en el empleo y la ocupación)[24]; 2006/54/CE, de 5 de julio (principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el marco del empleo y la ocupación)[25]; o, por poner el punto y final en algún momento, 2010/41/UE, de 7 de julio (principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma)[26].

Antes de abandonar este ámbito, a pesar de su condición de documentos programáticos y de *soft law*, atesoran méritos suficientes como para ser destacados otros dos textos próximos en el tiempo.

En primer lugar, la *Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2022, sobre la discriminación interseccional en la Unión Europea: situación socioeconómica de las mujeres de origen africano, de Oriente Próximo, latinoamericano y asiático [2021/2243(INI)]*[27]. En él, tras reflejar entre sus considerandos no pocos aspectos sustanciales (como el reconocimiento expreso de que, con demasiada frecuencia y dentro de las fronteras de los Estados miembros, muchas mujeres padecen desigualdades interseccionales, al interactuar entre sí el género y otros motivos de discriminación —la raza, el color de piel, la situación étnica o socioeconómica, la religión, la condición de inmigrante, etc.—; la concepción del femenino como un colectivo no homogéneo, respecto del cual deviene esencial comprender su diversidad «para garantizar que la elaboración de políticas no siga discriminando o haciendo invisibles de manera directa o indirecta a determinados grupos de mujeres», vulnerables a «la discriminación, la pobreza, la explotación económica, la exclusión social […] la violencia de género […] el acoso sexual y los malos tratos», germen de «importantes consecuencias económicas y sociales perjudiciales», entre ellas, el difícil acceso a «los recursos y […] los servicios sociales básicos, como la asistencia sanitaria, la vivienda, la seguridad social, así como […] al mercado de trabajo, la educación, la formación y la promoción en el trabajo»; la especial afectación que caracteriza a las mujeres gitanas, que no puede «explicarse por un único factor, como la discriminación por motivos de origen étnico, género o situación socioeconómica, ya que estos motivos se refuerzan mutuamente»; o «los

[…] *c*) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; […] [o] *e*) la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria» (art. 3.1).

24 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE núm. 303, de 2 de diciembre).

25 Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DOCE núm. 204, de 26 de julio).

26 Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

27 Recuperado de: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0289_ES.html (fecha de la consulta: 7 de junio de 2024).

altos niveles de prejuicios […] [en relación con] la exhibición de vestimenta o símbolos religiosos [que] generan un trato desigual adicional y multiplican las barreras relacionadas, lo que tiene una repercusión particularmente negativa para las mujeres musulmanas»), se proyectan como líneas preferentes de intervención la elaboración de políticas a nivel de la Unión Europea centradas en las formas interseccionales de discriminación y la puesta en marcha de instrumentos de integración que propicien el intercambio de buenas prácticas, la cooperación y la coordinación.

En segundo término, la *Comunicación de la Comisión Europea: Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*[28]. En concreto, dicho plan de actuación se diseñará y aplicará «utilizando la interseccionalidad (la combinación del género con otras identidades o características personales y la forma en que estas intersecciones originan situaciones de discriminación singulares) como principio transversal», por cuanto los estereotipos relativos a la condición femenina «a menudo se combinan con otros […] como los basados en el origen racial o étnico, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, y ello puede reforzar […] [sus respectivos] efectos negativos». Consecuentemente, «la interseccionalidad del género con otros motivos de discriminación se […] [reflejará] en todas las políticas de la Unión Europea […] [las cuales] deben responder […] a las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres y las niñas de distintos grupos».

Dirigiendo ahora la mirada hacia el marco nacional, la línea de salida tiene que situarse en la Constitución Española (CE)[29], en donde, con cier-

---

28 Recuperado de: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_es (fecha de la consulta: 7 de junio de 2024).
Asimismo, en la *Comunicación de la Comisión Europea: Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2021-2027*, explícitamente se insta a adoptar acciones más enérgicas para promover la integración de las mujeres y las niñas migrantes, quienes se encuentran con más trabas a tales efectos. Recuperado de: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2178 (fecha de la consulta: 7 de junio de 2024).

29 Constitución Española de 1978 (BOE núm. 311, de 19 de diciembre).
Como se desprende, la Carta Magna «no se limita a recoger una sola vertiente o faceta de la igualdad y la no discriminación, dándole carta de naturaleza en diversos preceptos, cada uno de ellos provisto de su propia significación, virtualidad y protección jurídica, dotándola así de una eficacia pluridimensional: como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1), como principio de igualdad formal, en la ley y ante la ley (art. 14.1), como derecho a no ser discriminado por determinadas circunstancias personales o sociales, entre las que se cita expresamente el sexo (art. 14.2), y, finalmente, como principio de igualdad material o de oportunidades, entendido como un mandato de optimización dirigido a los poderes públicos, en orden a la remoción de los obstáculos que impiden la igualdad efectiva de los colectivos y grupos afectados por dichas circunstancias (art. 9.2)». En profundidad, García Lombardía, S.: «El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia», *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 927 y 928.

tas dosis de indeterminación no necesariamente negativas, son elevados al máximo rango derechos como los de la dignidad personal (art. 10.1)[30]; la igualdad y la no discriminación por factores como el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión o cualquier otra condición o circunstancia individual o social (art. 14)[31]; o las libertades ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1)[32].

A renglón seguido, en el plano sustantivo, una tibia plasmación de los principios rectores de la igualdad y la no discriminación se aprecia en, *verbi gratia*, los Estatutos inherentes a los desempeños profesionales por cuenta ajena[33], propia[34] y en el ámbito público[35], así como en otros textos comple-

30 «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

31 «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».
Previamente (art. 9.2), se establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

32 «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

33 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre).
En especial, cabe citar los artículos 4.2.c) (derecho laboral a la no discriminación para o en el empleo por razón del origen racial o étnico, la condición social, la religión, el sexo, etc.), 17 (relativo a la nulidad de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones empresariales que incurran en dichos motivos prohibidos, así como a la protección frente al acoso basado en esas mismas circunstancias) y 54.2.g) (que, como incumplimiento contractual susceptible de justificar un despido disciplinario, alberga el hostigamiento profesional fundado en los factores antes indicados).

34 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE núm. 166, de 12 de julio).
Específicamente, su precepto 4.3.a) establece para este contexto el derecho a la igualdad y la no discriminación por causa del nacimiento, el origen, la raza, el sexo, la religión, etc.

35 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (BOE núm. 261, de 31 de octubre).
Donde es menester mencionar el derecho de este personal a la no discriminación por cualquiera de los motivos cualificados tantas veces referidos [art. 14.i)] o el principio ético de conducta consistente en no incurrir a su vez en ese trato desigualitario durante el desempeño profesional (art. 53.4), so pena de cometer una falta merecedora de castigo disciplinario [art. 95.2.b)].

mentarios, como las Leyes de infracciones y sanciones en el orden social[36], reguladora de la jurisdicción laboral[37] o de empleo[38].

Desde un enfoque más específico, sobresale la Ley orgánica de igualdad (LOI)[39], cuyo preámbulo comienza reflejando la necesidad de considerar de forma especial los supuestos de discriminación múltiple (que no interseccional, si bien aquella era la terminología usual cuando la norma vio la luz), que con frecuencia afectan al colectivo femenino y pueden determinar la necesidad de medidas de acción positiva acordes con las peculiares condiciones de los grupos en situación de singular vulnerabilidad. Ambos aspectos serán tenidos en cuenta por los poderes públicos a la hora de diseñar sus actuaciones (art. 14.6); introducir indicadores y mecanismos que permitan conocer el peso de otras variables, distintas al género, en la discriminación [art. 20.c)]; o definir las destinatarias prioritarias de los programas de mejora de la empleabilidad (art. 42.2).

No obstante, de nuevo ha resultado necesario esperar a la aprobación de textos normativos más recientes para empezar a vislumbrar en el plano normativo tímidos avances en materia de discriminación interseccional, que quizás puedan impulsar un cambio de orientación en el foro judicial.

---

36 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (BOE núm. 189, de 8 de agosto).
A modo de muestra, esta norma prevé como contravenciones específicas en el marco de las relaciones laborales las decisiones unilaterales de las empresas constitutivas de discriminación (directa o indirecta) o acoso por razón del sexo, el origen, la raza, la condición social, la religión, etc., de la persona trabajadora afectada (art. 8.12).

37 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 de octubre).
Entre el conjunto de sus disposiciones sobresalen la exigencia impuesta a la parte demandada de aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente fundada, de la adecuación, idoneidad y proporcionalidad de cualquier medida susceptible de presentar indicios racionales de discriminación (arts. 96.1); la posibilidad de abrir de oficio un proceso judicial ante situaciones como las comentadas [art. 148.c)]; o la existencia de una modalidad procesal específica para la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas (arts. 177 a 184).

38 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo (BOE núm. 51, de 1 de marzo).
En este caso, procede remitir a los preceptos 5 (la plasmación de la igualdad y la no discriminación en y para el empleo como principios rectores de la política en la materia), 39 (la proyección de dichas garantías sobre la planificación, la organización y la ejecución de las acciones de empleabilidad), 43.3 (la responsabilidad que, en este asunto, atañe a las agencias de colocación) o 45.2 (las condiciones de equidad o neutralidad bajo las cuales se han de llevar a cabo las actividades de selección de personal); así como a las disposiciones adicionales 6.ª y 7.ª (acerca del tratamiento igualitario en favor de, respectivamente, las personas jóvenes y las mujeres, con independencia de sus singulares condiciones o características individuales o sociales).

39 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo).

Así, la Ley 15/2022, de 12 de julio[40], tras insistir en que la igualdad de trato debe ser respetada sin importar la nacionalidad, el origen racial o étnico, el sexo, la religión, la situación socioeconómica, etc., de la persona (art. 2), identifica como manifestación en contra de dicha prerrogativa la de la discriminación interseccional (art. 4), la cual cristaliza cuando concurren o interactúan entre sí diversas causas potenciales de desigualdad (art. 6.3)[41] y habrá de plasmarse dentro de la *Estrategia Estatal para la igualdad de trato y la no discriminación* [art. 34.4.c)]. O, de manera semejante (como mínimo en cuanto a los términos en que se recoge la noción analizada), la Ley 4/2023, de 28 de febrero[42].

Sea como fuere, conviene insistir en que, al menos por el momento, el fenómeno de la discriminación interseccional no se refleja de manera convincente ni en los textos normativos ni en las decisiones de las instancias judiciales, conformándose normalmente ambas con tratar de «erradicar un solo tipo de discriminación»[43], persistiendo en «un enfoque "monocausal" del hecho discriminatorio en el que se ignoran las experiencias de las personas con múltiples identidades»[44]. Se estima que las dos cuestiones concretas a examen en los posteriores apartados de esta contribución encajan con tal parecer.

---

40 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE núm. 167, de 13 de julio).

41 «*a*) Se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley. *b*) Se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación. *c*) En supuestos de discriminación múltiple e interseccional la motivación de la diferencia de trato […] debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación. *d*) Igualmente, en supuestos de discriminación múltiple e interseccional las medidas de acción positiva […] deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación».

42 Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (BOE núm. 51, de 1 de marzo).
Según el mencionado artículo 3.c) de la norma, se produce una discriminación interseccional «cuando concurren o interactúan diversas causas […] [previstas] generando una forma específica de discriminación».

43 Reivindicando que «la discriminación interseccional se regule en una norma transversal que incluya un protocolo único para el reconocimiento y tratamiento conjunto de todas las discriminaciones padecidas», Zoco Zabala, C.: «Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 253.

44 Sin duda, «en la medida en que exista un adecuado conocimiento del problema y se adopte un enfoque interseccional […] se podrán brindar soluciones satisfactorias en las que se reconozca la existencia de grupos sociales en riesgo que pueden calificarse como minorías dentro de otras minorías». La precisión, en Carrasquero Cepeda, M.: «La mujer doblemente discriminada: una aproximación desde el derecho comunitario», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 43, 2017, p. 19; y «La discriminación múltiple en Europa», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 75, 2020, p. 54.

Aunque probablemente suponga una simplificación demasiado radical de una regla dotada de una enorme complejidad aplicativa, toda vez que el de las mujeres está lejos de constituir un colectivo homogéneo o uniforme, pues alberga en su seno «distintos subgrupos […] con distintos intereses»[45], necesidades y demandas, se juzga razonable que, aquí como en otros supuestos, la premisa de partida sea la de admitir que «los casos iguales deben ser tratados de igual modo, mientras que los casos desiguales deben serlo de modo desigual»[46].

2.- Mujer y religión: reflexiones a colación del uso del velo islámico en el trabajo

En las sociedades contemporáneas, el culto profesado, indiscutible componente cultural, sentimental e identitario, no siempre representa un factor neutro para la persona practicante. En cambio, puede ocasionarle ciertos sinsabores en relación con, por ejemplo, el acceso y la permanencia en el empleo, la promoción profesional, las condiciones laborales, etc.

Ciertamente, se trata de una eventualidad capaz de adquirir una más notoria repercusión en el actual contexto de constantes e intensos flujos migratorios, fenómeno que está generando una marcada «diversificación del hecho religioso […] [lo cual] desemboca inevitablemente en el surgimiento de dificultades culturales y nuevas desigualdades […] que van en muchos casos unidas a prejuicios raciales o étnicos»[47]. Sobre todo cuando determinadas mujeres se encuentran implicadas, pues para ellas el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de culto[48] «se proyecta sensiblemente» sobre sus

45 Garrido Gómez, M.ª I.: «Vulnerabilidad, grupos vulnerables e interseccionalidad», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol. 17, 2022, p. 318.

46 Subsecuentemente, «cuando nos encontramos ante una situación de discriminación múltiple […] [cabría] acudir a la misma esencia del principio de igualdad: no podemos tratar de igual modo aquellas situaciones en las que una persona se enfrenta a una sola razón discriminatoria que a las personas en las que confluyen dos o más causas de discriminación». La certera observación, en Serra Cristóbal, R.: «La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada», cit., pp. 39 y 40.

47 López Ahumada, J. E.: «Discriminación y prohibición del uso del velo en el trabajo: asuntos C-157/15 y C-188/15 del TJUE», *Derecho y Economía de la Integración*, núm. 2, 2017, p. 135.

48 Sin olvidar lo contemplado en algunos de los principales referentes a nivel supranacional, como la *Declaración Universal de los Derecho Humanos* —de 1948— (arts. 2 y 18), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* —de 1966— (arts. 2, 18 y 26) o la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión* —de 1981— (art. 1), todos ellos de las Naciones Unidas, amén de en la *Convención Europea de Derechos Humanos* —de 1950— (art. 9) o la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* —de 2000— (art. 10), recuérdese que, a tenor del precepto 16.1 de la CE, «se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comuni-

esferas social y profesional[49]. Para confirmar este extremo, basta con reparar en la, en ocasiones, complicada convivencia entre las reglas de uniformidad o neutralidad existentes en algunas empresas[50] y la simbología religiosa de ciertos cultos[51], como el velo islámico o hiyab propio de la fe musulmana, potencial caldo de cultivo para sesgos, recelos, ideas preconcebidas, reacciones injustificables o, por cuanto al objeto de este capítulo atañe, discriminaciones interseccionales[52].

Al hilo de la problemática que acaba de ser perfilada, en la práctica jurídica surge un interrogante esencial, a saber, hasta dónde alcanza la libertad de la persona trabajadora (en este caso, mujer) a la hora de exteriorizar su credo y cuál puede ser la capacidad real de la empresa de cara a condicionar o limitar un derecho no exclusivo del círculo privado o íntimo del individuo[53].

En principio, por aplicación de los clásicos parámetros de la buena fe contractual y el «acomodo razonable»[54], parece evidente que, salvedad hecha

---

dades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».
Complementariamente, esta postrera prerrogativa fue objeto de una mayor concreción a través de la Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa (BOE núm. 177, de 24 de julio), donde, entre más, se reconoce el derecho de todo individuo a «profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas» [art. 2.a)]. Cuanto precede sin otras restricciones o condicionantes que los inherentes a «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública» (art. 3.1).

49 López Ahumada, J. E.: «Discriminación y prohibición del uso del velo en el trabajo: asuntos C-157/15 y C-188/15 del TJUE», cit., p. 133.

50 Durán Bernardino, M.: «La frecuente colisión entre el derecho a la libertad religiosa y los intereses empresariales en una sociedad multicultural», *Modulema*, Vol. 1, 2017, p. 146.

51 Leal-Adorna, M.: «El velo islámico como causa de despido en empresas privadas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, núm. 2, 2023, p. 711.

52 A este respecto, «el velo se ha utilizado para dibujar fronteras simbólicas entre la minoría musulmana y el resto de la sociedad […] [erigiéndose asimismo en] un marcador étnico-cultural o religioso que ha desencadenado conductas discriminatorias o xenófobas hacia las mujeres que lo portan». Con superior detalle, Álvarez del Cuvillo, A.: «Regulación del uso del velo islámico en el trabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 7, 2018, pp. 2 y 3.

53 Sin embargo, al igual que «no se puede exigir a un trabajador que se despoje de sus ideas religiosas mientras desarrolla su relación laboral, […] [tampoco él está en disposición de] imponer sus ideas religiosas y sobreponerlas al legítimo poder de dirección del empresario, especialmente cuando […] pudiera redundar negativamente en la productividad de su empresa». La precisión, en González del Río, J. M.ª: «La prohibición del uso de símbolos religiosos en los centros de trabajo. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2022», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262, 2023, p. 6 (formato electrónico).

54 A pesar de su falta de reconocimiento legal, «el denominado "derecho de acomodo" […] [puede ser entendido] como las modificaciones y adaptaciones necesarias, que no supon-

de los cualificados supuestos de imposibilidad material o de serio perjuicio para la empleadora, esta debe intentar adaptar los requerimientos profesionales a los dogmas del personal a su servicio, el cual, de todos modos, no puede pretender que sus confesiones sirvan para excusar efectivos incumplimientos laborales[55]. En síntesis, dentro de las organizaciones productivas se han de respetar «todas las religiones y creencias [aunque] en sus justos límites»[56].

Sobre este particular, tal y como el TC expresara en una ya longeva elaboración[57], la suscripción de un contrato laboral no implica que la persona trabajadora se vea privada o desposeída de las garantías que, como ciudadana, la Carta Magna le reconoce[58]. A lo sumo, la inserción en la círculo organicista y rector de su empleadora podrá servir para modularlas, pero hasta «la medida estrictamente imprescindible para […] el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva», a efectos de lo cual «no solo se tendrá que valorar el fin legítimo que la medida empresarial persi-

gan una carga desproporcionada para […] [la empleadora]». Se sigue en este punto a Leal-Adorna, M.: «El velo islámico como causa de despido en empresas privadas», cit., p. 719.

55 Paradigmático resulta el supuesto tratado en la STC núm. 19/1985, de 13 de febrero, sobre negación del amparo a una trabajadora practicante del culto propio de la Iglesia adventista del séptimo día. Dicha empleada fue despedida por ausentarse los sábados tras haber desestimado su empresa medidas como el cambio de turno o una licencia con pérdida de retribución a fin de facilitarle la práctica de los actos religiosos y la conmemoración de las festividades en las fechas establecidas por su credo, el cual, señaladamente, impone a los fieles la prohibición de actividad laboral entre las puestas del sol del viernes y el sábado siguiente. Según el intérprete de la Carta Magna, aun cuando «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y […] en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas». En este supuesto, lo que desde la entidad productiva se ha hecho es no posibilitar «el cumplimiento de […] deberes religiosos, […] algo sustancialmente […] distinto de una actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa».

56 Ojeda Avilés, A.: «Libertad religiosa versus libertad de empresa: las técnicas de ajuste», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019, p. 15 (formato electrónico).

57 La STC núm. 88/1985, de 19 de julio, proclamó en su momento que «ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa, que establece el artículo 38 del texto constitucional, legitima el que quienes prestan servicios en aquellas 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».

58 Sempere Navarro, A. V.: «El TJUE ante el uso del velo islámico y la discriminación indirecta», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 4, 2021, p. 18.

gue, sino también el carácter proporcional en relación con la restricción del [correspondiente] derecho»[59].

Centrando la atención en el uso dentro del entorno laboral del velo islámico (o elemento similar), exclusiva muestra de identidad cultural y religiosa para las mujeres musulmanas (sobre quienes, dicho sea de paso, con frecuencia recae una «sobrecarga del trabajo estético» inhabitual para los varones[60]), buena parte de las reflexiones y valoraciones efectuadas por las doctrinas judicial y científica se han dirigido a tratar de dirimir si cabe hablar (y, en su caso, bajo qué parámetros) de una discriminación directa, indirecta o, señaladamente, interseccional (por razón del sexo, la religión e, inclusive, el origen)[61] cuando la empresa adopta medidas limitativas (normas de uniformidad), obstativas (políticas de neutralidad) o reactivas (sanciones) frente a su utilización en el ámbito productivo.

Este tipo de controversias han abonado un fructífero campo para el debate en sede judicial[62], cuyas diferentes instancias, con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a la vanguarda, han acabado pronunciándose, en un sentido u otro, sobre «la permisibilidad o prohibición del uso de la simbología religiosa en el lugar de trabajo»[63]. Ahora bien, se debe reparar en que «los interrogantes acerca de estas cuestiones son tan fre-

59 A la luz de esta consideración, «cabe deducir que el empresario está obligado a salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador, pero siempre que no le suponga un sacrificio personal o económico apreciable, recogido en una norma interna […] En cambio, si la actividad empresarial no se ve perjudicada, ni existen criterios objetivos que permitan demostrar los eventuales perjuicios que la conducta de la trabajadora pueda provocar, no será justificable la limitación del derecho a la libertad religiosa de los empleados». Confirmándolo, Durán Bernardino, M.: «La frecuente colisión entre el derecho a la libertad religiosa y los intereses empresariales en una sociedad multicultural», cit., p. 160.

60 Añadiendo que «este fenómeno a menudo implica que las mujeres se enfrenten a situaciones paradójicas, porque corren el riesgo de sufrir perjuicios tanto si acatan la pauta de género como si no lo hacen […] [por cuanto] pueden encontrarse con presiones en el seno de su comunidad religiosa para cubrirse con el "velo" y, por otra parte, en caso de que asuman esta indumentaria, pueden terminar padeciendo el estigma de ser identificadas como personas culturalmente disociadas de las pautas dominantes», Álvarez del Cuvillo, A.: «Regulación del uso del velo islámico en el trabajo», cit., p. 3.

61 Ferrando García, F. M.ª: «Capítulo 5. La discriminación múltiple e interseccional por razón de género y otras causas: especial referencia a sus implicaciones en los ámbitos laboral y procesal», cit., pp. 113 y 114.

62 Aproximándose a múltiples pronunciamientos del TEDH relativos al uso y la prohibición en distintos contextos (profesionales, educativos…) de diversas prendas de simbología religiosa, como el hiyab, el burka o el nicab, Gutiérrez del Moral, M.ª J.: «Libertad religiosa e igualdad de género en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66, 2023, pp. 210 y ss.

63 González del Río, J. M.ª: «La prohibición del uso de símbolos religiosos en los centros de trabajo. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2022», cit., p. 1 (formato electrónico).

cuentes en el terreno de las relaciones laborales como las respuestas matizadas alejadas de extremismos»[64].

Lógicamente, plasmar todas las resoluciones existentes en una contribución de estas características, fracción dentro de una obra de índole colectiva, se antoja irrealizable. Por eso, en su lugar se intentará ofrecer una muestra sumaria e ilustrativa en torno a algunos de los pronunciamientos más relevantes o interesantes de los últimos años, tanto a nivel europeo como nacional, extrayendo de ellos los aspectos y pasajes que atesoren una superior significación.

Empezando por el TJUE, merece la pena arrancar este inventario con una de sus emblemáticas sentencias de 14 de marzo de 2017 (asunto C-157/15)[65]. Según consta en este documento, «la prohibición de llevar en el lugar de trabajo cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que deriva de una norma interna de una empresa privada no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones para el personal que, por mandamientos religiosos de cubrimiento, utiliza determinadas reglas indumentarias». De hecho, las circunstancias en presencia pueden justificar que dicha restricción alcance única y exclusivamente a aquellos elementos distintivos o expresivos «ostensibles y de gran tamaño».

No obstante, cualquier actuación de corte limitativo o coercitivo de tal naturaleza «debe aplicarse de forma congruente y sistemática», correspondiendo siempre a la empresa «emplear los medios adecuados y necesarios, […] [a evaluar] conforme a la legislación interna»[66]. Así, a modo de ejemplo, «desde el punto de vista formal, la norma interna de la empresa […] [ha de

64 Explicando que «no es lo mismo manifestar convicciones religiosas mientras se realizan labores de albañilería que cuando se imparte una lección al alumnado; tampoco es indiferente la materia que se enseñe (matemáticas o filosofía) o el centro académico (público o privado, con o sin ideario, etc.), y así sucesivamente», Sempere Navarro, A. V.: «El TJUE ante el uso del velo islámico y la discriminación indirecta», cit., p. 18.

65 STJUE, Gran Sala, de 14 de marzo de 2017 (asunto C-157/15).
En el supuesto de hecho, una trabajadora, de confesión musulmana, estaba empleada como recepcionista de su empresa, la cual inicialmente contaba con una norma no escrita (a posteriori, tras el acuerdo alcanzado con la representación unitaria de la plantilla, reflejada en un texto formal) que prohibía al personal llevar, en el lugar de trabajo y durante el tiempo de prestación de servicios, signos visibles y expresivos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas. En un determinado momento, la asalariada manifestó su deseo de portar el pañuelo islámico en el entorno laboral, algo a lo que la entidad se opuso frontalmente por ir en contra de la política de neutralidad que se había impuesto observar en las relaciones con sus clientes. Ante el reiterado incumplimiento de esta directriz por la trabajadora, que comenzó a hacer uso de la prenda a pesar de lo indicado, la empleadora procedió a su despido disciplinario, impugnado por la interesada ante las instancias judiciales belgas.

66 Con este último inciso, se «deja en manos de los jueces de cada país la interpretación de cuándo se considera discriminatoria dicha prohibición y cuándo no […] [lo cual] abre la puerta a que la utilización de símbolos religiosos sea legal en unas ocasiones e ilegal en

tratar] por igual a todos los trabajadores […] imponiéndoles de forma general e indiferenciada una neutralidad en la indumentaria», evitando incurrir en el error de instaurar «diferencias de trato basadas directamente en la religión o en las convicciones y creencias personales».

Consecuentemente, si bien bajo determinadas condiciones la prohibición de portar un velo islámico «no supone, *per se*, una discriminación directa por motivos religiosos», sí puede conllevar un ilícito trato desigual de carácter indirecto. Para confirmar esta última valoración, en sintonía con la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, debe quedar acreditado que «la obligación aparentemente neutra implica una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión concreta».

Desde luego, la conclusión alcanzada podría haber sido más ambiciosa y, sobre todo, garantista. Por ejemplo, priorizando la responsabilidad empresarial de intentar adaptar el trabajo de la persona afectada, procurando la consecución de una adecuada compatibilidad entre su derecho a la libertad de credo y la interdicción interna de portar símbolos religiosos[67]. Y es que, aun cuando formalmente la argumentación del TJUE «resulta impecable […] no se puede decir lo mismo desde una [panorámica de] igualdad material, toda vez que sitúa […] ante la disyuntiva de elegir entre […] trabajo o […] religión, olvidando que las creencias o las convicciones acompañan siempre a las personas y que, por tanto, no son elementos de quita y pon»[68].

Precisamente en la misma fecha, el 14 de marzo de 2017, fue publicada la sentencia del TJUE relativa al asunto C-188/15[69]. Entre el contenido específico más remarcable de este segundo pronunciamiento procede aludir a la

otras». La valoración, en Durán Bernardino, M.: «La frecuente colisión entre el derecho a la libertad religiosa y los intereses empresariales en una sociedad multicultural», cit., p. 147.

67 López Ahumada, J. E.: «Discriminación y prohibición del uso del velo en el trabajo: asuntos C-157/15 y C-188/15 del TJUE», cit., p. 130.

68 Agregando que «debería resaltarse […] la diversidad, la diferencia y la multiplicidad de las personas, porque son diferentes: todas iguales, pero diferentes», Contreras Mazarío, J. M.: «El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico. Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos c-157/15 y c-188/15», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 57, 2017, pp. 610 y 611.

69 STJUE, Gran Sala, de 14 de marzo de 2017 (asunto C-188/15).
En ella se analiza la situación de una mujer que, tras un período de prácticas de fin de carrera en una empresa (durante el que su atuendo incluyó, primero, un pañuelo bandana anudado y, después, un hiyab), fue contratada de manera indefinida como ingeniera de proyectos, sin que ninguna objeción o indicación se realizara sobre su indumentaria. Sin embargo, en una fecha posterior y en base a la queja trasladada por un cliente, la empleadora le instó a dejar de usar el pañuelo islámico a fin de respetar la política de neutralidad de la entidad, según los términos expresados en una norma interna legítima. Solicitud rehusada por la empleada, lo cual, en última instancia, provocó su despido disciplinario. A la vista del desenlace, la trabajadora impugnó judicialmente la medida extintiva reclamando su nulidad ante la justicia francesa.

confirmación de que «los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato […] no tendrá carácter discriminatorio cuando […] [no sin matices] dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado». Ahora bien, tal presupuesto no ampara las consideraciones simple y llanamente subjetivas, como cabría calificar la mera voluntad de la empresa de, sin otros fundamentos, anteponer los deseos de un cliente (por ejemplo, que los servicios de ingeniería de proyectos prestados no sigan siendo ejecutados por una trabajadora ataviada con el velo islámico), pues no representaría «un criterio objetivo ligado a la naturaleza de la actividad profesional […] o […] del contexto de desarrollo de la relación laboral»[70].

La siguiente resolución del TJUE respecto de la cual proporcionar un breve apunte viene dada por su decisión de 15 de julio de 2021, dictada en los asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19[71]. Tras reiterar que «una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones […] siempre que esta norma se aplique de forma general e indiferenciada», el órgano judicial ofrece una serie de criterios de confrontación para poder admitir la actuación de la empleadora desde la perspectiva de la diferencia de trato indirecta.

Así, una medida patronal restrictiva, derivada en el caso concreto de una normativa interna de neutralidad política, filosófica o religiosa, puede resultar válida de superar un cuádruple test de idoneidad: *1*) Responder «a una verdadera necesidad […] [del] empresario, […] que incumbirá a este acreditar tomando en consideración especialmente las expectativas legítimas de […] [los] clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin tal régimen, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades o del contexto en el que estas se inscriben». *2*) Confirmarse apta «para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad, lo que implica que […] [este] sea seguido de forma congruente y sistemática». *3*) Limitarse «a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal

70 López Ahumada, J. E.: «Discriminación y prohibición del uso del velo en el trabajo: asuntos C-157/15 y C-188/15 del TJUE», cit., p. 132.

71 STJUE, Gran Sala, de 15 de julio de 2021 (asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19).
En el caso C-804/18, planteado por el Tribunal de Hamburgo, una trabajadora que prestaba sus servicios en una guardería fue suspendida de empleo y sueldo por contravenir la prohibición de «llevar cualquier signo visible de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo cuando […] [se esté] en contacto con los padres o los hijos de estos». En el otro (C-341/19), remitido por el Tribunal Supremo alemán, una empresa del sector de las droguerías conminó a una empleada para que «se abstuviera de llevar, en el lugar de trabajo, signos de naturaleza política, filosófica o religiosa que fueran vistosos y de gran tamaño».

prohibición». *4*) Abarcar «toda forma visible de expresión de las convicciones políticas, filosóficas o religiosas […] [pues] una prohibición limitada al uso de signos […] vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación directa»[72].

Acabando ya con este órgano jurisdiccional, en su decisión de 13 de octubre de 2022 (asunto C-344/20)[73] el TJUE añade a buena parte de lo hasta ahora expuesto una serie de novedosas precisiones de moderado calado: *1*) Señalar que «la protección contra la discriminación garantizada en la Directiva 2000/78 solo abarca los motivos que se mencionan exhaustivamente en […] [su] artículo 1 […] de modo que esta no cubre ni las convicciones políticas o sindicales ni las convicciones o preferencias artísticas, deportivas, estéticas u otras»[74]. *2*) Dilucidar que las expresiones «religión o con-

72 Consideraciones que se separan en cierta medida de las efectuadas por el Abogado General, Athanasios Rantos, para quien «una política de neutralidad política, filosófica o religiosa aplicada por un empresario en las relaciones con sus clientes no es incompatible con el uso, por sus empleados, de símbolos, visibles o no, pero de pequeño tamaño o, dicho de otra manera, discretos y que no se adviertan a primera vista». Ahora bien, no corresponde al TJUE ofrecer una definición precisa de la expresión «pequeño tamaño», ya que «el contexto en el que se usa el signo puede resultar trascendente», de manera que «incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales examinar la situación caso por caso». Por consiguiente, «aunque es admisible que se prohíba el uso en el lugar de trabajo de cualquier símbolo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas, el empresario también es libre, en el contexto de la libertad de empresa, de prohibir únicamente el uso de símbolos ostensibles y de gran tamaño», siempre y cuando, qué duda cabe, tal restricción se aplique «de forma congruente y sistemática».

73 STJUE, Sala Segunda, de 13 de octubre de 2022 (asunto C-344/20).
En el marco de su formación profesional reglada en ofimática, la demandante, de confesión musulmana, presentó una candidatura espontánea para realizar unas prácticas académicas no remuneradas en una empresa. Tras la entrevista realizada con los responsables de la entidad (al término de la cual le indicaron tener una opinión positiva en relación con su candidatura), se le trasladó si aceptaría atenerse a la regla de neutralidad vigente en la compañía (el personal no manifestará «en modo alguno, ya sea verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean»), lo que implicaría no portar en el centro de trabajo el pañuelo que le cubría el pelo. Ante la negativa de la interesada, no se dio curso a su solicitud, la cual, pese a todo, fue reiterada tiempo después, en esta ocasión proponiendo la mujer a la empresa tapar la cabeza con otro tipo de tocado. Tampoco la respuesta fue favorable, alegándose ahora que en las instalaciones de la compañía no se permitía portar ninguna prenda susceptible de tal efecto, como gorras, gorros o pañuelos. Ante este nuevo rechazo y tras haber denunciado la presunta discriminación de la que había sido víctima ante el organismo público competente, la afectada planteó una demanda judicial contra la no celebración de las prácticas pretendidas, fundándose para ello en el desigual trato padecido a raíz de sus convicciones religiosas.

74 Poniendo el foco en que el TJUE acaba realzando «la diferencia con otro tipo de prendas […] [representativas de simples] preferencias "estéticas" […] [de modo que] prendas para cubrir la cabeza con una clara simbología religiosa, como por ejemplo pudiera ser un hiyab, una Kipá o un turbante sikh, no pueden equiparse a una gorra o a otro tipo de tocado que el trabajador pudiera utilizar por motivos meramente estéticos», González

vicciones» previstas en el primer precepto de la norma «constituyen un solo y único motivo de discriminación». *3*) Indicar que una política empresarial que impida al personal expresar su fe o pensamientos filosóficos no solo mediante la manera de vestir, sino también «verbalmente [o] a través de […] cualquier otra forma […] no constituye […] una discriminación directa "por motivos de religión o convicciones" […] siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada».

Descendiendo ahora al plano nacional, a pesar de una relativa carestía de pronunciamientos, el primer supuesto de cierto renombre a tratar viene dado por las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de La Rioja números 131, 132 y 133/2017. Todas ellas de 22 junio y referidas a idéntica controversia surgida en el seno de la misma organización productiva[75].

Según empieza rememorando el órgano judicial, «partiendo de la especial dificultad de probar la lesión de derechos fundamentales que normalmente se materializa en conductas enmascaradas y ocultas bajo una apariencia de legitimidad, y de la situación de especial privilegio de los derechos fundamentales y libertades públicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para garantizar su adecuada protección se establece una modulación o flexibilización de la carga de la prueba que normalmente recae sobre el demandante, exigiéndosele solo la aportación de indicios de que se ha producido una lesión del derecho fundamental, y una agravación de la que pesa sobre el

---

DEL RÍO, J. M.ª: «La prohibición del uso de símbolos religiosos en los centros de trabajo. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2022», cit., p. 4 (formato electrónico).

75 SSTSJ de La Rioja, Sala de lo Social, 131, 132 y 133/2017, de 22 de junio (recs. de supl. núms. 178, 179 y 181/2017).
La mercantil, dedicada a la comercialización de champiñones, tenía instaurada como norma que, durante la ejecución de las labores de recolección y corte del producto, la plantilla no podía llevar esmalte de uñas o cualquier tipo de joya (pendientes, anillos, relojes, etc.), al tiempo que debía utilizar una bata que tapara íntegramente su ropa de calle, un gorro que hiciera lo propio con todo el cabello y, llegado el caso, un «cubrebarbas». A tales efectos, con antelación al propio inicio de la prestación de servicios, el personal recibía una formación específica y un manual de acogida con la oportuna información.
Sin embargo, en una auditoría de calidad, la entidad certificadora advirtió sobre la contravención de la reglamentación interna en materia de higiene, pues llegó a constatar que la vestimenta de algunas personas sobresalía por fuera de la bata. En concreto, se trataba de una serie de trabajadoras que portaban velo islámico, el cual les cubría también sus cuellos. Ante esta situación, desde la compañía se trasladó al conjunto del personal la obligación de cumplir escrupulosamente con las pautas de uniformidad, precisando asimismo que las trabajadoras que lo desearan podrían seguir llevando el velo, si bien recogiéndolo por completo dentro del gorro.
Al final, algunas de las implicadas no aceptaron tales directrices y reincidieron varias veces en el comportamiento prohibido, razón por la cual fueron sancionadas con un despido disciplinario. Castigo frente al que reaccionaron en sede judicial alegando la vulneración de su derecho fundamental a la libertad religiosa.

demandado, al que, una vez cumplido el anterior presupuesto, corresponde la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Sin embargo, el postulado anterior no queda reducido a «la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión, admitiéndose diversos grados de intensidad en tal prueba indiciaria, de modo que al efecto tienen aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la agresión del derecho fundamental, como aquellos otros que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar más fácilmente neutralizables, sean de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de que la vulneración se ha producido».

Aclarado cuanto precede, el Tribunal evoca la doctrina constitucional en materia de libertad de credo para recalcar que este, «en cuanto derecho subjetivo, […] tiene una dimensión interna que garantiza un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual […] [pero también] una faceta externa que faculta a los ciudadanos para obrar de acuerdo con sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros […] [lo que] se traduce en la posibilidad de ejercicio inmune a toda coacción […] de aquellas actividades que constituyen manifestaciones del fenómeno religioso».

Sea como fuere y sobre argumentos ya conocidos, no cabrá apreciar la existencia de una discriminación directa si «una reglamentación interna de empresa privada impone a todos sus empleados de manera general e indiferenciada una neutralidad indumentaria, impidiendo el uso de signos visibles de cualquier convicción religiosa, afectando de forma indistinta a cualquier manifestación de dichas creencias, en la medida en que se trata por igual a todos los trabajadores de la empresa». *A fortiori*, tan solo correspondería hablar de una ilícita desigualdad de trato indirecta «si la indicada prohibición aparentemente neutra ocasiona una desventaja particular a aquellas personas que profesan una determinada religión, lo que [de todas maneras] no sucederá cuando, debido a la naturaleza de la concreta actividad profesional de que se trate o el contexto en que se lleve a cabo, tal proscripción se refiera a un requisito profesional esencial y determinante y el objetivo perseguido sea legítimo y proporcionado».

Al trasladar su exégesis al concreto supuesto de hecho, ninguna objeción admite que la norma de vestuario cuestionada «no se dirige exclusivamente a las trabajadoras que usen el velo islámico o utilicen signos visibles de profesar cualquier otra creencia religiosa […] [ni] impide el uso del hiyab, sino que la prohibición alcanza a cualquier tipo de prenda de vestir que sobresalga de la bata de trabajo, tenga o no connotación religiosa». Por consiguiente, las pautas en relación con la indumentaria profesional exigida suponen «un medio idóneo, proporcionado y necesario para la satisfacción de una finalidad absolutamente legítima: cumplir los protocolos en materia de higiene ali-

mentaria impuestos por la empresa certificadora de calidad, estando directamente vinculado con el tipo de actividad que desarrolla la empresa, en tanto en cuanto lo que a través de esa medida se persigue es […] reducir el riesgo de contaminación alimentaria con partículas, elementos o sustancias adheridos a la ropa del trabajador, al ser el champiñón, por su carácter poroso, un elemento especialmente sensible, sin que se nos ocurra solución alternativa a la ofrecida por la empresa (recoger el velo dentro del gorro) que permita compaginar las exigencias de salubridad en la manipulación de alimentos conforme a la norma de calidad y el derecho de la trabajadora a la utilización plena de ese signo externo de la religión musulmana como manifestación de la vertiente externa de su libertad religiosa»[76].

A una solución diferente se llegó en el dispar asunto tratado en la sentencia número 31/2017, de 6 de febrero, del Juzgado de lo Social (JS) de Palma de Mallorca[77]. Aquí, el disímil contexto de referencia lleva al juzgador a aseverar que la exigencia empresarial de no utilizar durante el tiempo de prestación de servicios el hiyab, «parte de la dimensión externa de la libertad religiosa de la trabajadora», estaba basada en motivos puramente estéticos, no en una hipotética neutralidad de culto. Algo reforzado por el hecho de que la empleadora no lograra acreditar perjuicio alguno en su imagen como consecuencia de ese uso, así como tampoco la existencia de una norma interna donde constara una prohibición general de simbología confesional en el lugar de prestación de servicios.

Al final, aun cuando «un conflicto de las características aquí examinadas no admite una solución única […] [sino que dependerá] de las circunstancias que concurran en cada situación concreta» (por ejemplo, «hasta qué punto el comportamiento […] [de la persona empleada] a que le obligan sus con-

76 Los ulteriores recursos de casación para la unificación de doctrina planteados por dos de las trabajadoras no fueron admitidos a trámite por carecer de los requisitos de contradicción exigidos [AATS, Sala de lo Social, de 20 de marzo y 29 de mayo de 2018 (RRCUD núms. 3140 y 2965/2017)].

77 SJS de Palma de Mallorca núm. 31/2017, de 6 de febrero (proc. núm. 478/2016).
La demandante prestaba servicios de cara al público en el departamento de atención al pasajero del aeropuerto de la localidad. En un determinado momento, solicitó hacer uso del velo islámico como expresión de su sentimiento religioso, lo que inicialmente le fue autorizado de modo provisional, en tanto en cuanto la central de la compañía emitía una contestación formal. Al final, el sentido de la respuesta fue negativo, a partir del argumento de que las exigencias de uniformidad y la imagen corporativa de la empresa impedían la utilización de dicha prenda durante el desarrollo de la actividad laboral. Esto a pesar de la inexistencia de una norma interna donde constara la prohibición de símbolos religiosos y de que algunos compañeros sí exhibían cruces y vírgenes colgadas y visibles (sin ser reprendidos o castigados por tal circunstancia) o no hacían un uso riguroso de las pautas de vestimenta (portando bolsos y zapatos no reglamentarios o mostrando un aspecto descuidado, con *piercings* o tatuajes). Aun así, la empleada continuó acudiendo a su puesto portando el hiyab, lo que le acarreó la imposición de sucesivas sanciones por faltas leves, graves y muy graves, contra las que dirige su acción procesal.

vicciones religiosas resulta inocuo para los intereses de la empresa o, por el contrario, incompatible con ellos»), el órgano judicial no puede sino llegar a la convicción de que esa decisión de sustrato exclusivamente estético ha producido «la discriminación invocada [por la demandante] y la consiguiente lesión de su derecho a la libertad religiosa».

A modo de reflexión final con la que cerrar este apartado, se cree pertinente poner en valor esa corriente de opinión que llama a «superar el tratamiento de la libertad religiosa como un asunto estrictamente personal, propio de la esfera privada de las personas y reducido a la libertad de conciencia […] [y] remover los obstáculos que impiden la libertad de culto en el empleo e imposibilitan la tolerancia hacia personas de determinadas religiones»[78]. O, con otras palabras, siempre y cuando resulte factible y no conlleve una carga desproporcionada para la empresa, esta debe comenzar por poner en práctica el «derecho de acomodo»[79], efectuando las modificaciones y las adaptaciones precisas para procurar un adecuado ejercicio de la garantía en el ámbito laboral. Solución que, se estima, contribuirá a abordar de manera apropiada el fenómeno de discriminación interseccional por, *verbi gratia*, el género y la fe de las trabajadoras.

3.- Mujer y etnia: sobre el rito gitano y la pensión de viudedad

La combinación del sexo femenino y la raza (o etnia), en múltiples ocasiones ligada a la inmigración y a la clase social, también está en disposición de colocar a no pocas mujeres al borde de una situación límite de discriminación interseccional. Es lo que ocurre, como cualificado ejemplo, dentro de la pueblo gitano (o romaní) y su convulsa relación con la pensión contributiva de viudedad.

Una prestación de la que, además, existe un sentir generalizado acerca de «la necesidad de reformar y actualizar […] [su] regulación […] por no responder en la actualidad, en muchos casos, a la finalidad con la que surgió, que no era otra que actuar como renta sustitutiva que permitía el sostenimiento económico de la familia cuando se producía el fallecimiento del cónyuge

78 Haciendo notar que ello incluso puede comportar «la necesidad de contemplar nuevos márgenes de adaptación de las obligaciones laborales», López Ahumada, J. E.: «Discriminación y prohibición del uso del velo en el trabajo: asuntos C-157/15 y C-188/15 del TJUE», cit., p. 136.

79 Aunque «esto puede ser considerado por el empleador como un obstáculo a la "neutralidad" que de su empresa pretende mostrar a sus clientes […] se ha de tener en cuenta que aquella no debe suponer una exclusión de las creencias religiosas, ya que, si nos acercamos a ella desde una perspectiva positiva, puede ser entendida como una política de inclusión justa de personas de diversas religiones». Subrayándolo, Leal-Adorna, M.: «El velo islámico como causa de despido en empresas privadas», cit., pp. 719 y 735.

(históricamente el marido)»[80]. No en vano, las situaciones de necesidad se presentan como «conceptos históricos, no dogmáticos, porque su delimitación esencial resulta variable con el tiempo y también resulta variable su intensidad»[81].

Con mayor precisión, la problemática mencionada suele surgir del particular tratamiento otorgado, en cuanto a su validez para lucrar el referido beneficio asistencial, al matrimonio contraído por el rito gitano cuando tal unión no haya sido objeto de una paralela o posterior oficialización en los términos previstos para las parejas de hecho en el artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)[82]. En gruesos trazos, la ausencia de tal requisito trae como consecuencia la imposibilidad de acceder a la prestación comentada, lo cual, con carácter general, no es considerado por las instancias competentes como una discriminación directa o indirecta. Circunstancia esta que entra en clara disonancia con la llamativa permisividad de la que, por respeto a las costumbres, hacen gala los poderes públicos en relación con ciertas tradiciones como las de que las mujeres gitanas se casen y tengan hijos a edades ciertamente tempranas, momento a partir del cual pasan a monopolizar las tareas de cuidado y atención al hogar y la familia, y a experimentar

80 Manifestando que «en la sociedad actual, donde la mujer está integrada en el mercado laboral y no depende del cónyuge para su sostenimiento, la finalidad de la pensión ya no es la misma, siendo más una prestación complementaria o indemnizatoria de los perjuicios económicos causados por la muerte de un miembro que sustitutiva de la renta», Poquet Catalá, R.: «Pensión de viudedad y matrimonio contraído por el rito gitano», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243, 2021, p. 2 (formato electrónico).
Añadiendo al debate que ese esquema clásico «se ha superado debido a la emergencia de las nuevas formas de convivencia familiar, a la pérdida de la estabilidad del vínculo conyugal y, muy especialmente, a la incorporación de la mujer al mercado de trabajo», Desdentado Daroca, E.: «Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, p. 123. En esta misma línea, Escobar Jiménez, J.: «Un análisis sobre la polémica sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 8 de diciembre de 2009 sobre la pensión de viudedad de un matrimonio celebrado con el rito de la etnia gitana», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 51, 2012, p. 33.
Por su parte, preguntándose si «tiene sentido seguir presumiendo una situación de necesidad que respondía a unas condiciones sociológicas y demográficas que han evolucionado […] [en lugar de valorar] cuál es exactamente el bien jurídico protegido y actuar en consecuencia para evolucionar hacia una protección moderna, socialmente eficiente y, sobre todo, justa», San Martín Mazzucconi, C.: «Parejas de hecho y acceso a la pensión de viudedad: elementos de un modelo que convendría generalizar», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, p. 63.

81 Rabanal Carbajo, P. F.: «La pensión de viudedad en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, p. 161.

82 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 (BOE núm. 261, de 31 de octubre).

serios perjuicios en sus esferas educativa, formativa, laboral o, inclusive, de protección social[83].

Con arreglo a ello, no es de extrañar que desde la *Comunicación de la Comisión Europea: Un marco europeo de estrategias nacionales de inclusión de los gitanos hasta 2020*[84] se urgiera a abordar la discriminación múltiple experimentada por las mujeres romaníes, así como, prioritariamente, la brecha de género que experimentan en materia de empleo. Inconvenientes estos que son recalcados en la ulterior *Comunicación de la Comisión Europea: Revisión intermedia del Marco europeo de estrategias nacionales de integración de los gitanos*[85]. Siguiendo su estela, la *Estrategia Nacional para la Igualdad, Inclusión y Participación del Pueblo Gitano 2021-2030*[86] proclama la intención de mejorar las condiciones de vida de las mujeres romaníes, con una singular atención a la lucha contra los estereotipos, los prejuicios y las múltiples manifestaciones de desigualdad que han de afrontar, a efectos de lo cual se «aplicará un enfoque de género interseccional de manera transversal» en ámbitos como las acciones de sensibilización dirigidas a las empresas, los programas de capacitación que incentiven el acceso a una ocupación en sectores profesionales con futuro (digital y verde), etcétera.

Volviendo al cauce de la pensión contributiva de viudedad, procede preguntarse si cabría lograr un resultado diferente en supuestos tan específicos desde la óptica de la discriminación interseccional por razón del género y la etnia. No parece un planteamiento ni descabellado ni injustificado una vez se valora como merece el hecho de que este pueblo y, todavía con mayor intensidad, sus mujeres siempre han ido acompañados de «prejuicios y marginación»[87].

---

83 Catalá Pellón, A.: «Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica», *AequAlitaS*, núm. 26, 2010, p. 15; Ferrando García, F. M.ª: «Capítulo 5. La discriminación múltiple e interseccional por razón de género y otras causas: especial referencia a sus implicaciones en los ámbitos laboral y procesal», cit., p. 109; Parejo Guzmán, M.ª J.: «¿Mujer, pluralismo religioso e igualdad de género? Desafío jurídico en el siglo XXI en España», *Revista de Derecho UNED*, núm. 23, 2018, p. 188; o Zoco Zabala, C.: «Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española», cit., p. 218.

84 Recuperado de: https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/national-roma-integration-strategies-common-european-framework.html (fecha de la consulta: 7 de junio de 2024).

85 Recuperado de: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX %3A52017DC0458 (fecha de la consulta: 7 de junio de 2024).

86 Recuperado de: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/poblacion-gitana/estrategia-nacional/futura-estrategia.htm (fecha de la consulta: 7 de junio de 2024).

87 Realzando que «el rito matrimonial gitano constituye una muestra del respeto que dicha cultura tiene hacia la institución del matrimonio […] [y que] goza de un rigor y seriedad considerable, pues es uno de los acontecimientos más importantes en la vida de los gitanos», Poquet Catalá, R.: «Pensión de viudedad y matrimonio contraído por el rito gitano», cit., p. 7 (formato electrónico). De la misma opinión, Torrente Gari, S.: "La «pareja de hecho" por el rito gitano y la pensión de viudedad: ¿Discriminación por indiferenciación?», en VV. AA., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social: El*

Es verdad que existen otras alternativas menos radicales, como las de suscribir un acuerdo con los representantes institucionales de la etnia gitana para dotar de validez civil a las uniones efectuadas con arreglo a sus tradiciones[88], de manera análoga a lo ya hecho con ciertas confesiones religiosas[89], o equiparar de *lege ferenda* las uniones a través del rito gitano con las de las parejas de hecho[90], si bien esta última opción conllevaría tener que cumplir una serie requisitos adicionales y más exigentes a los dispuestos para el caso del matrimonio[91]. Y es que, junto con las condiciones comunes propias

nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia (Laborum), Vol. II, 2022, p. 1300.

Desde otra perspectiva, y sin que ello suponga un cliché o estereotipo arbitrario, «el matrimonio ocupa un papel fundamental en la cultura gitana en cuanto a la asignación de roles de género: tras celebrarse la boda, será muy frecuente que el varón se constituya como la única fuente de ingresos, siendo quien tomará las decisiones fundamentales; a su vez, la mujer se limitará en términos generales a asumir el trabajo reproductivo, careciendo de voz […] [y] voto en su entorno social». Poniéndolo de relieve, Folgoso Olmo, A.: «Discriminación indirecta por pertenencia a minoría nacional: denegación de prestación de viudedad en el caso de matrimonio celebrado según el rito gitano (comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de España 1/2021, de 25 de enero)», *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 32, 2021, p. 1044.

88 Escobar Jiménez, J.: «Un análisis sobre la polémica sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 8 de diciembre de 2009 sobre la pensión de viudedad de un matrimonio celebrado con el rito de la etnia gitana», cit., p. 40.

89 Ahí están, por ejemplo, los acuerdos con la Santa Sede (Concordato de 1979), la Federación de Entidades Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas y la Comisión Islámica [estos últimos, mediante las Leyes 24, 25 y 26/1992, todas ellas de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre)].

Objetando que, a pesar de haber adquirido esos compromisos con representaciones de distintos cultos religiosos, una medida similar no se haya planteado respecto de las uniones forjadas según la tradición romaní, Folgoso Olmo, A.: «Discriminación indirecta por pertenencia a minoría nacional: denegación de prestación de viudedad en el caso de matrimonio celebrado según el rito gitano (comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de España 1/2021, de 25 de enero)», cit., p. 1046.

90 Martín Hernández-Carrillo, M.: «Pensión de viudedad, matrimonio gitano y parejas de hecho», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021, p. 293. Procede anotar que, inicialmente, para causar derecho a la pensión contributiva de viudedad solo resultaba admisible el matrimonio (canónico o civil). Hubo que esperar hasta la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE núm. 291, de 5 de diciembre), para que aquella se hiciera también extensible, bajo sus propias condiciones, a las parejas de hecho.

91 Algo, al tiempo, «difícilmente concebible para quien se considera a sí mismo cónyuge, al haber contraído matrimonio según su propia cultura y tradiciones». Advirtiéndolo, Blázquez Agudo, E. M.ª: «La denegación del matrimonio por el rito gitano como elemento de acceso a la pensión de viudedad: ni como matrimonio, ni como pareja de hecho Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 58/2018, de 25 de enero», *CEF. RTSS*, núm. 422, 2018, p. 159.

de este último (art. 219 de la LGSS)[92], devendrían exigibles un conjunto de requerimientos extra para nada desdeñables. Señaladamente, la acreditación mediante un certificado de empadronamiento de una convivencia estable, notoria, ininterrumpida, no inferior a cinco años e inmediatamente anterior al fallecimiento del sujeto causante[93], así como la constitución de la pareja de hecho con una antelación mínima de veinticuatro meses a la fecha del deceso, a justificar con un documento público de formalización o una certificación de inscripción en alguno de los registros oficiales existentes en el lugar de residencia (art. 221 de la LGSS).

Mientras tanto, de no cambiar los actuales planteamientos en torno a una hipotética discriminación (en principio, indirecta o, por qué no, interseccional) la respuesta dada a las viudas (también viudos) solicitantes que no cumplan con lo dispuesto en cualquiera de los preceptos que acaban de ser citados continuará siendo negativa en vía administrativa, judicial y constitucional, ya en la instancia ya en fase de recurso.

Hubo un cierto atisbo para la esperanza tras la llamada al orden efectuada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) a la vista de la sentencia del TC núm. 69/2007, de 16 de abril[94]. En esta última resolución

92 «1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1, siempre que si el sujeto causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que esta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.
También tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.
2. En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el artículo 221.2, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años».

93 Salvo de existir hijos en común, bastando entonces con acreditar la constitución de la pareja de hecho en los términos que a continuación dispone el texto legal.

94 STC núm. 69/2007, de 16 de abril.
Existe un voto particular en este pronunciamiento, contrario a la tesis mayoritaria y formulado por el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien a través de su argumentación incide en aspectos tan elocuentes como que «el reconocimiento de derechos de las mino-

se denegó el reconocimiento de una pensión contributiva de viudedad a una mujer romaní, que tuvo seis hijos con el sujeto causante (cónyuge por el rito gitano desde 1971 y fallecido en el año 2000 tras más de diecinueve años cotizados a la Seguridad Social), todos ellos inscritos en el libro de familia entregado a la pareja en el Registro Civil en agosto de 1983, reconocidos, junto con sus progenitores, como familia numerosa de primera categoría en aplicación de la Ley 25/1971, de 19 de junio[95], y beneficiarios, al igual que la madre (quien en los oportunos documentos oficiales figuraba con esta cualidad o con la de esposa), de la cartilla sanitaria de la que era titular el padre.

Según el parecer del TC, el rechazo a la pretensión de la demandante en amparo, inicialmente manifestada por la entidad gestora competente y después confirmada en vía judicial, no vulneraba el derecho a la igualdad ante la ley ni conllevaba incurrir en un trato desigual ilícito por haber contraído matrimonio conforme a los usos y costumbre del pueblo romaní. Y es que, a pesar de los amplios márgenes aplicativos del artículo 14 de la CE, «no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia […] [ya que aquel] dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales».

En adición, aun cuando, a diferencia de otras hipótesis, «la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio, no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación a la recurrente por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente». Al igual que «tampoco se puede apreciar la existencia de un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente

rías es una de las prioridades del Consejo de Europa» (del que forma parte España); «en toda sociedad pluralista y genuinamente democrática no solo se debe respetar la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de cada persona perteneciente a una minoría, sino también crear las condiciones apropiadas que permitan expresar, preservar y desarrollar esa identidad, con el único límite (obligado) del "orden público constitucional"»; la doctrina constitucional «no se ha ocupado hasta ahora de la protección de los usos, prácticas o costumbres de una etnia o colectividad» como la romaní; o «no basta […] con la «escrupulosa neutralidad» de una norma cuando la realidad que se enfrenta ante ella es la de una persona que […] pertenece a una minoría étnica que se queja de la injusta igualación de su situación matrimonial gitana, nacida en la buena fe, conforme a las normas ancestrales de su raza y a la conducta correspondiente a los miembros de su etnia, con la […] de una pareja de hecho o de una convivencia *more uxorio*».

95 Ley 25/1971, de 19 de junio, de protección a las familias numerosas (BOE núm. 150, de 24 de junio).

[…] con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación y de que se les haya aplicado el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*».

Una interpretación diferente, prosigue el TC, podría entrañar una «discriminación por indiferenciación»[96], eventualidad ajena «al núcleo de protección del artículo 14 de la CE […] [por cuanto este precepto no consagra] el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual». Algo que, dicho sea de paso, difiere de la potestad contenida en el artículo 9.2 de la Carta Magna, en virtud de la cual los poderes públicos cuentan con la facultad de «adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos».

Significativamente, no se estimó que la exigencia de unión matrimonial (en aquellos momentos, único título válido para causar derecho a la pensión) determinara ningún tipo de efecto negativo, ya que se está ante «una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del [citado] vínculo […] conforme a las previsiones legales, las cuales, ni en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente, están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras».

Sin solución de continuidad, «el reconocimiento de efectos civiles al vínculo matrimonial contraído conforme a los ritos de determinadas confesiones religiosas, pero no a los celebrados de acuerdo con los usos y costumbre gitanos, y la negativa del órgano judicial a hacer una aplicación analógica de los mismos, […] [no acarrea] directa o indirectamente, la aducida discriminación étnica […] [al resultar] evidente que las formas confesionales reconocidas legalmente […] tienen como fundamento exclusivo consideraciones religiosas, […] [lo cual] impide conceptualmente establecer un término válido de comparación con las uniones que […] tienen su fundamento en consideraciones étnicas».

Disconforme con la solución alcanzada en amparo, la recurrente elevó la cuestión al TEDH. Este, en su sentencia de 8 de diciembre de 2009[97], termina dándole la razón, confirmando la existencia del alegado trato discriminatorio por pertenencia a una minoría étnica. Ya que la interesada «se casó en 1971

96 A favor de su operatividad y sorprendida por el hecho de que «se admita la conculcación del art. 14 CE por una norma que no recoge ninguna diferencia y cuya aplicación manifiesta un trato desfavorable a un grupo por discriminación [indirecta] y, sin embargo, […] una norma que produce resultados discriminatorios por no poder ser aplicada de forma diferente sea constitucional», Torrente Gari, S.: «La "pareja de hecho" por el rito gitano y la pensión de viudedad: ¿Discriminación por indiferenciación?», cit., pp. 1304 a 1306.

97 STEDH de 8 de diciembre de 2009 (dem. núm. 49151/07).

conforme a los usos y costumbres gitanos, […] [y que entonces solo] era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse conforme al rito del derecho canónico de la Iglesia católica […] no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico». Consideración no desvirtuada por el hecho de que, tras la entrada en vigor de la CE y de la Ley 30/1981, de 7 de julio[98], cupiera la posibilidad de haber formalizado una unión civil, pues, como señala la viuda, «ella estaba convencida de buena fe de que el matrimonio celebrado conforme a los usos y costumbres gitanos implicaba todos los efectos propios de esta institución»[99], a efectos de lo cual se tiene particularmente en cuenta «su pertenencia a una comunidad en la que la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres no ha sido nunca cuestionado y que nunca ha sido considerado contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades internas, que incluso han reconocido en ciertos aspectos la calidad de esposa de la demandante».

De todas maneras, la tónica general en España con el paso del tiempo ha sido otra bien distinta. Abundan en número las resoluciones judiciales que han acabado por llegar a una conclusión diferente a la del TEDH, aduciendo a tal fin que las condiciones valoradas por este último en un caso tan específico no tienen traslación a los concretos supuestos de hecho examinados.

Valga como ejemplo la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) núm. 524/2020, de 24 de junio[100]. Aquí, la principal razón para desestimar el derecho a la pensión contributiva de viudedad esgrimido por la recurrente radica en los claros y tajantes términos en los que se expresa la LGSS. Sobre este particular, «una cosa es que en nuestro actual ordenamiento jurídico no se discuta ni cuestione el legítimo derecho de la comunidad gitana a celebrar ese rito tradicional, como no puede ser de otra forma dentro del más absoluto respecto a la libertad individual, pero otra distinta es que eso suponga actualmente su aceptación como matrimonio por parte de las autoridades nacionales».

Además, matizando con ello la doctrina del TEDH en torno a la noción de la buena fe, el TS también precisa en este pronunciamiento que «en la actual realidad jurídica, cultural y social española no cabe en modo alguno una aseveración tan categórica que permita equiparar al matrimonio la entrega por las autoridades públicas, estatales, autonómicas o locales, de ciertos

98 Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio).

99 Destacando que, en virtud de esta apreciación del TEDH, los órganos judiciales nacionales están obligados a «valorar la "buena fe" del contrayente supérstite en función del contenido de una variada índole de documentos administrativos», Desdentado Daroca, E.: «Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial», cit., p. 129.

100 STS, Sala de lo Social, núm. 524/2020, de 24 de junio (RCUD núm. 716/2018).

documentos con los que se igualan a muchos efectos las diferentes modalidades de las unidades de convivencia que se presentan en la realidad social, para ofrecer a todos sus integrantes los mismos derechos en determinados ámbitos de atención y protección familiar, económica, sanitaria, educativa, de acceso a la vivienda, a los servicios sociales, etc., con independencia de la efectiva constitución de un vínculo matrimonial». Por el contrario, «la frecuencia, extensión y generalización de esta clase de ayudas, derechos y beneficios ha puesto justamente de manifiesto que su reconocimiento se extiende igualmente a las parejas de hecho que no se encuentran unidas en matrimonio, desterrando cualquier duda sobre la subjetiva convicción de buena fe de un hipotético reconocimiento del vínculo matrimonial».

El hecho de que la comunidad gitana disponga de «total libertad para contraer matrimonio civil o religioso, o registrar esa situación como pareja de hecho, sin que ello suponga la más mínima renuncia a mantener su forma de vida, sus ritos y tradiciones, ni pueda valorarse como un atentado a las legítimas y respetables expresiones de una cultura con tanta raigambre histórica», sirve de colofón a su razonamiento.

Adicionalmente, también puede ser sacada a escena la sentencia del TC 1/2021, de 25 de enero[101], donde se insiste en que «no supone una discrimi-

101 STC 1/2021, de 25 de enero.
Esta resolución cuenta como antecedente inmediato con la STS, Sala de lo Social, 58/2018, de 25 de enero (RCUD núm. 2401/2016), impugnada en amparo por la interesada una vez dentro de la jurisdicción ordinaria se le acabó denegando el reconocimiento de una pensión contributiva de viudedad. A tales efectos, este último pronunciamiento concluye que la norma no establece dicha prestación de Seguridad Social «en favor de todas las parejas "de hecho" con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de […] [aquellas] "registradas" cuando menos dos años antes (o que han formalizado su relación ante notario en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial, lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho […] únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho"».
Acto seguido, también apunta que el libro de familia, sin perjuicio de su condición de «documento público que certifica el "matrimonio", y la filiación (tanto matrimonial, como "no matrimonial", como adoptiva), […] no acredita la existencia de pareja de hecho, función "totalmente ajena" a la "finalidad" del Registro Civil».
Asimismo, tampoco estima aplicable lo postulado en la sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2019, pues esta última «tiene como presupuesto la buena fe de la demandante y su comprensible confianza en los plenos efectos del "matrimonio gitano"», siendo por completo diferente la situación ahora examinada, ya que «en la documentación oficial (libro de familia e inscripciones de nacimiento [de los 5 vástagos con el sujeto causante]) se hace constar expresamente su cualidad de "solteros" e hijos "extramatrimoniales"». Por consiguiente, en este asunto no se solicita «aplicar la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, sino variar cualitativamente su contenido y alcance, al equiparar, en definitiva, la unión por el rito gitano a la inscripción registral o documentación pública de la "pareja de hecho" […] [algo que no resulta] factible porque […] tal requisito […] es de naturaleza constitutiva».
Ítem más, «la regulación contenida en […] [la] LGSS "es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica" […]; el principio de igualdad del artículo 14 de la CE no consagra un derecho subjetivo al trato normativo

nación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia matrimonial, excluyendo otras uniones o formas de convivencia». Esto aun cuando, al mismo tiempo y en una declaración con una notoria carga de profundidad, acabe afirmándose que el artículo 14 de la Carta Magna no impide «extender la prestación […] otras uniones diferentes, ni encuentra obstáculos en […] [otros preceptos del texto], ya que la opción de requerir la existencia de un previo vínculo matrimonial para

desigual […]; admitir la solución pretendida en el presente caso comportaría hacer de peor condición a quienes, por razones ideológicas (tan respetables como las culturales) no se han constituido como pareja de hecho en la forma legalmente prescrita […]; [y] en último término, no cabe olvidar las múltiples minorías étnicas y culturales existentes en nuestro país, cuya posible vulnerabilidad (similar a la del colectivo gitano, en mayor o menor grado) ciertamente puede obligar a alguna interpretación normativa tendente a su protección conforme a los criterios del TEDH, pero no puede llegar al extremo de excepcionar la aplicación de la ley en los múltiples aspectos en que pudiera reflejarse su diversidad étnico-cultural».

No obstante, esta decisión tampoco se alcanzó por unanimidad, según evidencia el voto particular discordante de las magistradas María Lourdes Arastey Sahún y María Luisa Segoviano Astaburuaga, para quienes, en hipótesis como la examinada, se ha de considerar y ponderar especialmente el significado y repercusión de «la falta de la inscripción de la pareja en alguno de los registros establecidos al efecto o la constancia de su constitución en documento público», por si acaso tal circunstancia implicara, de acuerdo con su punto de vista, «un trato peyorativo […] como integrante de un concreto grupo étnico».

Tras confirmar que no se está ante un supuesto de discriminación directa, «puesto que lo que se predica respecto de la oficialización de la pareja de hecho no exige requisitos que expliciten una traba para las personas de cultura gitana», sí llegan a apreciar la concurrencia de una desigualdad injustificada de naturaleza indirecta, porque, pese a la aparente «neutralidad de la regla [legal], […] [el] colectivo [gitano] puede verse particularmente afectado debido a las características de sus tradiciones».

Tal es así que, «partiendo del fuerte arraigo de […]][aquellas] y de la sólida estructuración de la comunidad gitana, intensamente ligada a la familia y al parentesco, cabe afirmar que, a partir de la unión de la pareja mediante el rito propio de su cultura (y acreditada indubitadamente la convivencia permanente desde ese momento hasta el fallecimiento del causante), ninguna duda cabe de que los convivientes gitanos sostienen la convicción de que su relación de pareja se desarrolla como si de un matrimonio se tratara, con independencia de la ineficacia jurídica de aquel rito». Al hilo de lo expresado, «exigir en estos casos que la existencia de la pareja de hecho se acredite por la inscripción del registro de parejas se torna claramente redundante y, por ende, innecesaria, en la medida en que para la pareja gitana la aceptación de la llamada "ley gitana" les convierte, a su entender y al del resto de la comunidad en la que desarrollan su vida, en una unidad matrimonial no cuestionada como tal y, si cabe, con más fuerza».

En definitiva, «si la finalidad de la norma está claramente cubierta, carece de justificación mantener su exigibilidad respecto de un colectivo en el que concurren las particularidades expuestas, cuando de tal formalismo puede derivarse un perjuicio que ahonde en la vulnerabilidad en la que históricamente se ha situado al grupo». Y si bien «no cabe afirmar (ni generalizar) la inaplicabilidad de la norma a los ciudadanos gitanos, […] la interpretación conforme al respeto a las minorías étnicas sí permite flexibilizar su interpretación cuando, como aquí sucede, se den las circunstancias que permitan afirmar que el mantenimiento de la convivencia ha sido real, efectivo y con indiscutible carácter de pareja unida maritalmente».

tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible».

Pero, toda vez que «la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio con efectos de validez civil, no será posible afirmar que suponga una discriminación directa basada en motivos sociales o étnicos el hecho de que no se reconozca dicha prestación si no consta vínculo matrimonial con el causante en alguna de las formas reconocidas legalmente». De hecho, la consecuencia experimentada no es sino el resultado de «la propia decisión personal, libre y voluntaria, de no acceder a alguna de aquellas fórmulas de constitución en Derecho del vínculo, las cuales ni en sus formas civiles ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras».

Ni siquiera se llega a observar la concurrencia de una discriminación indirecta, ya que «en la neutralidad de la aplicación de la regla de formalización de la pareja de hecho [no] puede verse afectado singularmente el colectivo gitano, debido a las características de sus tradiciones». En esencia, de la correcta aplicación de la norma no se desprende «un perjuicio reflejo, mediato o indirecto, que revele que las disposiciones controvertidas produzcan particulares efectos desfavorables para los miembros de la etnia gitana respecto de otros colectivos que, por las razones que en cada caso concurran (por ejemplo, ideológicas), opten por la no formalización de su vínculo». Asimismo, «cuando se ha optado por dotar de efectos en materia de prestaciones de seguridad social a otras formas de convivencia, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna o prejuicios particularmente relevantes y característicos, cualitativos o cuantitativos, que diferencien y generen un mayor impacto o un impacto adverso singularizado, a los miembros de la etnia gitana».

Y, desde luego, se rechaza de plano la posibilidad de aplicar una, no consagrada por el artículo 14 de la CE, discriminación por indiferenciación, al no existir un «derecho subjetivo al trato normativo desigual».

Sea como fuere, el TC no es ajeno a la realidad del colectivo romaní. Así se quiere entender el guante lanzado a los poderes públicos cuando reitera que quizás «el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana[102], desarrollar una regulación legal en la que, preservando

102 De donde «se deduce, sin duda, […] su reconocimiento de la etnia gitana como necesitada de una particular tutela», según la apreciación de Cervilla Garzón, M.ª J.: «Poligamia, matrimonio por el rito gitano y derecho a la pensión de viudedad: la reciente postura del Tribunal Constitucional frente al criterio del Tribunal Supremo y su contradictorio impacto en la aplicación del derecho a la no discriminación», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, 2021, p. 314.

los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles»[103]. Algo que seguro merecería una favorable acogida toda vez que, se quiera ver o no, en términos generales este colectivo no conforma una minoría diferente, sino «desfavorecida y vulnerable, lo que justifica una protección especial»[104].

---

103 Frente al criterio mayoritario se sitúa el voto particular presentado por el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. Diversos argumentos y conclusiones brillan con luz propia en su cuidada elaboración.
En primer término, a su juicio «existe una discriminación indirecta por razones de pertenencia a una minoría nacional en el trato normativo, administrativo y judicial dispensado a las uniones de vida celebradas conforme a las tradiciones culturales del pueblo romaní», todavía más flagrante de reparar en la «tan alta incidencia del desempleo y de muy larga duración en […] [dicha] comunidad […] que a su vez se convierte en una seria dificultad para el cumplimiento de los requisitos temporales de cotización para lucrar esta prestación de viudedad […] [y] un perjuicio cualitativo relevante en relación con la población general».
Además, el supuesto presenta una clara identidad con el tratado en la sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009, pues el enlace de la demandante se oficializó por el rito gitano en el año 1974, momento en el cual en España, salvo previa declaración de apostasía, tan solo cabía el matrimonio canónico por la Iglesia católica. Factor que no queda desvirtuado por el hecho de que, a posteriori, «existiera la posibilidad de formalizar la unión como un matrimonio civil registrado o conforme a cualquiera de las celebraciones religiosas con validez estatal o incluso mediante la formalidad de la mera inscripción en un registro específico de uniones de vida [parejas de hecho]».
Entenderlo de otro modo genera «una desventaja particular estadísticamente significativa tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa para los miembros de la comunidad romaní que, de conformidad con ancestrales tradiciones culturales, acceden a la conformación de uniones de vida al margen de formalidades legales en un porcentaje importante, con una especial afectación a las mujeres, en tanto que son las mayoritariamente potenciales beneficiarias de esta prestación de viudedad». Es más, «la exigencia controvertida de la inscripción de la unión de vida en un registro específico o mediante la formalización de un documento público, que es por completo ajena a su tradición cultural, cumple una finalidad de garantía que, aun siendo legítima, queda satisfecha, incluso en mayor medida, por los elementos que comporta la solidez de […] [su] tradición cultural».
O, por no seguir, el magistrado discrepante acaba expresando que procede apreciar un «cierto sesgo de discriminación indirecta por motivos de género, el cual suscitaría la duda sobre si la situación creada envuelve una dimensión de discriminación interseccional […] [por cuanto] el sustentador principal de la familia nuclear compuesta por un matrimonio con o sin hijos es el varón en […] [la inmensa mayoría] de los casos».

104 Folgoso Olmo, A.: «Análisis sobre la existencia de discriminación (directa e indirecta) en la denegación de la prestación de viudedad tras matrimonio gitano. Comentario de la STC 1/2021, de 25 de enero», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 242, 2021, p. 7 (formato electrónico); y «Discriminación indirecta por pertenencia a minoría nacional: denegación de prestación de viudedad en el caso de matrimonio celebrado según el rito gitano (comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de España 1/2021, de 25 de enero)», cit., pp. 1044 y 1045.
Coincidentes en la forma y el fondo, Lalaguna Holzwarth, E.: «Diferencia de trato en el reconocimiento de la pensión de viudedad por razones de origen étnico. Comentario a la STSJ Islas Baleares 13 de mayo 2010», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 54, 2010,

En tanto en cuanto eso tiene lugar, si es que finalmente se lleva a cabo, apremia encontrar otro tipo de soluciones. Una alternativa sólida podría venir representada por avanzar desde las discriminaciones directa e indirecta a la interseccional, combinando, en este tipo de supuestos, las variables étnica y de género[105]. Opción factible en la práctica desde el momento en el que la propia doctrina del TC corrobora que «la virtualidad del artículo 14 de la CE no se agota […] en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto […] se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación […] [no establecidos a modo] de una lista cerrada de supuestos […] [sino de] explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino [también] contrarias a la dignidad de la persona»[106].

4.- Bibliografía

Álvarez Del Cuvillo, A.: «Regulación del uso del velo islámico en el trabajo», *Trabajo y Derecho*, núm. 7, 2018, pp. 1-24.

Aragón Gómez, C.: «El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable, a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo. Comentario a las SSTS 10-1-2017, R.º 283/2015, y 24-1-2017, R.º 1902/2015», *Información Laboral*, núm. 6, 2017, pp. 119-157.

Blázquez Agudo, E. M.ª: «La denegación del matrimonio por el rito gitano como elemento de acceso a la pensión de viudedad: ni como matrimonio, ni como pareja de hecho Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 58/2018, de 25 de enero», *CEF. RTSS*, núm. 422, 2018, pp. 158-163.

pp. 1-7 (formato electrónico); y Martín Hernández-Carrillo, M.: «Pensión de viudedad, matrimonio gitano y parejas de hecho», cit., p. 297.

105 Subrayando también que «si la población gitana sufre discriminación en el acceso al empleo, más aún si es mujer; […] [de manera que para ella] la pensión de viudedad sí va unida a la, antaño, situación de necesidad de falta de recursos propios», Torrente Gari, S.: «La "pareja de hecho" por el rito gitano y la pensión de viudedad: ¿Discriminación por indiferenciación?», cit., p. 1308.

106 Ver, por ejemplo, la STC núm. 182/2005, de 4 de julio.
Defendiendo con firmeza que la garantía relativa a la no discriminación «implica la ilegitimidad de tratamientos diferenciados respecto de lo que operan como factores determinantes los enunciados por el artículo 14 de la CE u otros, que pueden ser excepcionalmente utilizados como criterio de diferenciación jurídica», Cervilla Garzón, M.ª J.: «Poligamia, matrimonio por el rito gitano y derecho a la pensión de viudedad: la reciente postura del Tribunal Constitucional frente al criterio del Tribunal Supremo y su contradictorio impacto en la aplicación del derecho a la no discriminación», cit., pp. 310 y 311.

Blázquez Agudo, E. M.ª: «La interseccionalidad en las políticas de empleo. La discriminación por ser mujer agravada por la interacción de otra circunstancia personal», *Femeris*, Vol. 9, núm. 1, 2024, pp. 4-7.

Carrasquero Cepeda, M.: «La mujer doblemente discriminada: una aproximación desde el derecho comunitario», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 43, 2017, pp. 5-19.

Carrasquero Cepeda, M.: «La discriminación múltiple en Europa», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 75, 2020, pp. 41-55.

Catalá Pellón, A.: «Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica», *AequAlitaS*, núm. 26, 2010, pp. 6-15.

Cervilla Garzón, M.ª J.: «Poligamia, matrimonio por el rito gitano y derecho a la pensión de viudedad: la reciente postura del Tribunal Constitucional frente al criterio del Tribunal Supremo y su contradictorio impacto en la aplicación del derecho a la no discriminación», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, 2021, pp. 309-318.

Contreras Mazarío, J. M.: «El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico. Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos c-157/15 y c-188/15», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 57, 2017, pp. 577-613.

Desdentado Daroca, E.: «Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, pp. 123-154.

Durán Bernardino, M.: «La frecuente colisión entre el derecho a la libertad religiosa y los intereses empresariales en una sociedad multicultural», *Modulema*, Vol. 1, 2017, pp. 144-163.

Escobar Jiménez, J.: «Un análisis sobre la polémica sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 8 de diciembre de 2009 sobre la pensión de viudedad de un matrimonio celebrado con el rito de la etnia gitana», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 51, 2012, pp. 29-40.

European Parliament: *Report on equality between women and men in the European Union in 2014-2015 [2016/2249(INI)]*, 2017.

Ferrando García, F. M.ª: «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral», *CEF. RTSS*, núm. 428, 2018, pp. 19-54.

Ferrando García, F. M.ª: «Capítulo 5. La discriminación múltiple e interseccional por razón de género y otras causas: especial referencia a sus implicaciones en los ámbitos laboral y procesal», en VV. AA. (López Aniorte, M.ª del C. y Rubio Fernández, E. M.ª, Dir.), *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre hombres y mujeres*, Murcia (Laborum), 2019, pp. 103-124.

Folgoso Olmo, A.: «Análisis sobre la existencia de discriminación (directa e indirecta) en la denegación de la prestación de viudedad tras matrimonio gitano. Comentario de la STC 1/2021, de 25 de enero», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 242, 2021, pp. 1-9 (formato electrónico).

Folgoso Olmo, A.: «Discriminación indirecta por pertenencia a minoría nacional: denegación de prestación de viudedad en el caso de matrimonio celebrado según el rito gitano (comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de España 1/2021, de 25 de enero)», *Rev. Boliv. de Derecho*, núm. 32, 2021, pp. 1032-1051.

García Lombardía, S.: «El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia», *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 925-961.

Garrido Gómez, M.ª I.: «Vulnerabilidad, grupos vulnerables e interseccionalidad», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol. 17, 2022, pp. 307-322.

González Del Río, J. M.ª: «La prohibición del uso de símbolos religiosos en los centros de trabajo. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2022», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 262, 2023, pp. 1-7 (formato electrónico).

Gutiérrez del Moral, M.ª J.: «Libertad religiosa e igualdad de género en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 66, 2023, pp. 204-222.

Irigoien Domínguez, A.: «Estereotipos de género e interseccionalidad: una referencia a la normativa y jurisprudencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco», *RVAP*, núm. 119, 2021, pp. 101-126.

Jiménez Rodrigo, M.ª L.: «El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: Revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 3, 2018, pp. 196-228.

Jiménez Rodrigo, M.ª L.: «Políticas de igualdad de género e interseccionalidad: estrategias y claves de articulación», *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, Vol. 29, 2022, pp. 1-24.

La Barbera, M.ª C.: «La vulnerabilidad estructural de género desde la perspectiva de la interseccionalidad: el régimen español de igualdad de género como caso ilustrativo», en VV. AA., *Desigualdades complejas e interseccionalidad: una revisión crítica*, Madrid (Dykinson), 2021, pp. 69-88.

Lalaguna Holzwarth, E.: «Diferencia de trato en el reconocimiento de la pensión de viudedad por razones de origen étnico. Comentario a la STSJ Islas Baleares 13 de mayo 2010», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 54, 2010, pp. 1-7 (formato electrónico).

Leal-Adorna, M.: «El velo islámico como causa de despido en empresas privadas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15, núm. 2, 2023, pp. 709-735.

López Ahumada, J. E.: «Discriminación y prohibición del uso del velo en el trabajo: asuntos C-157/15 y C-188/15 del TJUE», *Derecho y Economía de la Integración*, núm. 2, 2017, pp. 125-136.

López Sánchez, C.; Vilaseca García, C. y **Serrano Japa, J. M**.: «Interseccionalidad: la discriminación múltiple desde una perspectiva de género», *Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, Vol. 14, 2022, pp. 71-81.

Lousada Arochena, J. F.: «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones», *AequAlitaS*, núm. 41, 2017, pp. 29-40.

Martín Hernández-Carrillo, M.: «Pensión de viudedad, matrimonio gitano y parejas de hecho», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 3, 2021, pp. 291-297.

Morondo Taramundi, D.: «Desigualdad compleja e interseccionalidad: "reventando las costuras" del derecho antidiscriminatorio», en VV. AA., *Desigualdades complejas e interseccionalidad: una revisión crítica*, Madrid (Dykinson), 2021, pp. 97-132.

Ojeda Avilés, A.: «Libertad religiosa versus libertad de empresa: las técnicas de ajuste», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019, pp. 1-25 (formato electrónico).

Otaegui Jáuregui, A.: «La igualdad de género en las nuevas formas de organización empresarial», en VV. AA. (López Ahumada, J. E. y Menéndez Calvo, R., Dir.), *Poder de dirección y estructuras empresariales complejas*, Madrid (Cinca), 2018, pp. 291-308.

Parejo Guzmán, M.ª J.: «¿Mujer, pluralismo religioso e igualdad de género? Desafío jurídico en el siglo XXI en España», *Revista de Derecho UNED*, núm. 23, 2018, pp. 143-191.

Poquet Catalá, R.: «Pensión de viudedad y matrimonio contraído por el rito gitano», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243, 2021, pp. 1-27 (formato electrónico).

Rabanal Carbajo, P. F.: «La pensión de viudedad en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, pp. 155-176.

Salomé Resurrección, L. M.ª: «La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural», *Pensamiento Constitucional*, núm. 22, 2017, pp. 255-290.

San Martín Mazzucconi, C.: «Parejas de hecho y acceso a la pensión de viudedad: elementos de un modelo que convendría generalizar», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, pp. 47-68.

Sempere Navarro, A. V.: «El TJUE ante el uso del velo islámico y la discriminación indirecta», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 4, 2021, pp. 15-18.

Serra Cristóbal, R.: «La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada», en VV. AA. (Serra Cristóbal, R., Coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2013, pp. 15-44.

Torrente Gari, S.: «La "pareja de hecho" por el rito gitano y la pensión de viudedad: ¿Discriminación por indiferenciación?», en VV. AA., *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social: El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia (Laborum), Vol. II, 2022, pp. 1295-1313.

Vigano, N. E.: «La interseccionalidad de la discriminación por razones de género, raza y etnia de las mujeres solicitantes de asilo víctimas de violencia de género en la UE. Especial referencia a la situación italiana», *Revista Deusto de Derechos Humanos*, núm. 11, 2023, pp. 229-255.

Zoco Zabala, C.: «Igualdad entre mujeres y hombres tras 40 años de Constitución Española», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 211-256.

CAPÍTULO IX

IMPLICACIONES DEL ECOFEMINISMO EN EL MUNDO DEL TRABAJO

Henar Álvarez Cuesta
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Sumario: 1.- Introducción; 2.- Primera amenaza: el cambio climático; 3.- El impacto de la regulación de las medidas de lucha contra el cambio climático; 4.- Los ecoempleos como solución; 5.- La aplicación de las teorías ecofeministas al mundo del trabajo; 6.- La apuesta por una negociación colectiva protectora de humanos y no humanos; 7.- Bibliografía

1.- Introducción

Dentro de las diferentes corrientes feministas, el ecofeminismo, en sus múltiples variantes, trata de responder de forma conjunta a los desafíos que plantea el deterioro medioambiental, el cambio climático y la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres. La portación de la perspectiva de género a un modelo más sostenible es una cuestión crucial con múltiples conexiones que se centran en las diferentes formas de dominación y de poder que subyace en la sociedades sometidas por el poder patriarcal y androcéntrico[1].

El abordaje de los problemas reseñados, con profunda implicación en el ámbito laboral, da lugar a soluciones holísticas que hunden sus raíces en

1 Zbyszewska, A.: «Regulation work with people and 'nature' in mind: What does a feminist perspective offer?», 40 *Comp. Lab. L. & Pol'y J*. 2019.

las distintas causas (muchas veces entrelazadas) que los provocan, permite ahondar en las mismas de forma conjunta y no provocar nuevas roturas o puntos de fricción[2].

Este término, entendido como «una corriente de pensamiento y un movimiento social que explora los encuentros y posibles sinergias entre ecologismo y feminismo»[3], fue introducido en 1974 por la socióloga feminista François D'Eubone. En cuanto a su concepto, si se considera que feminismo y ecologismo son redefiniciones de la realidad, el ecofeminismo es el punto en el que se unen ambas: «por un lado, considera que la calidad de vida no consiste en una continua ansiedad por consumir. Por otro, el eje es la idea de igualdad entre mujeres y hombres, entre etnias, entre opciones sexuales y con otras especies»[4].

Como se apuntaba *supra*, dentro de este movimiento conviven múltiples tendencias, las cuales no pueden resumirse en una sola idea o restringirse a un único concepto, pues este término ha de acoger una multiplicidad de significados: «los ecofeminismos son diversos por proceder de distintos contextos vitales y de diferentes fuentes de inspiración feministas como la anarquista, radical, socialista, espiritualista, anticolonialista… En todos los casos se trata de un pensamiento y una praxis comprometidos con la transformación social. Las principales denuncias se inspiran en la alienación consumista y devastadora de la Tierra y busca construir un nuevo modelo de desarrollo humano sostenible»[5].

En todo caso, forma parte nuclear de las luchas feministas, que aceptaron «desde hace más de tres décadas, el desafío de reflexionar sobre la crisis ecológica desde sus propias claves, teniendo como elementos centrales a considerar el patriarcado, el androcentrismo, el sexismo, el cuidado y el género, los que son de utilidad para desvelar la exclusión que sufren las mujeres y la depredación a la que se ve sometida la naturaleza en la sociedad patriarcal»[6].

En su aplicación, esta filosofía cuestiona el modelo económico y cultural occidental, al considerar que los cimientos sobre los que se asienta dan la espalda a las bases materiales y relacionales que sostienen la vida. Es más,

---

2 Siguiendo a Álvarez Cuesta, H.: «Ecofeminismo y corresponsabilidad en el ámbito del trabajo», en AA.VV: *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona (Bosch), 2021, pp. 353. y ss.

3 Herrero, Y.: «Apuntes introductorios sobre el Ecofeminismo», *Centro de Documentación Hegoa, Boletín de recursos de información*, núm. 43, 2015, p. 1.

4 Puleo, A.H.: «Mujeres por un mundo sostenible», *Dossiers Feministes*, núm. 14, 2010, p. 11.

5 Solís Espallargas, C.: «Ecofeminismo ante la crisis global», en *Investigación y género. Inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*, Sevilla, 2012, p. 1981.

6 Puleo, A.H.: *Ecofeminismo para otro mundo posible*, Madrid (Ediciones Cátedra), 2011.

considera que «se constituyó, se ha constituido y se mantiene por medio de la colonización de las mujeres, de los pueblos 'extranjeros' y de sus tierras, y de la naturaleza»[7].

Como consecuencia de la afirmación anterior, no duda en calificar el sistema de producción y consumo actual como «ecocida», porque destruye naturaleza; «patriarcal», porque utiliza el trabajo hecho en los hogares invisibilizándolo y sustrayéndole la plusvalía que genera en forma de tiempo de cuidado, y «colonial» porque utiliza recursos que necesita procedentes de otros territorios[8].

El mismo poder patriarcal que somete a las mujeres es el poder de dominación que intenta hacer servir la naturaleza para consolidar un modelo capitalista que no abordan y las necesidades de los más vulnerables y las que necesita el planeta a nivel medioambiental. El reconocimiento de la igualdad real y efectiva pasa también por el reconocimiento de los parámetros de solidaridad intergeneracional y justicia que requiere un tratamiento serio de la sostenibilidad medioambiental[9].

Aun cuando no cabe examinar todas las variantes que acoge el término, sí procede siquiera apuntar la relación que establece entre la desigualdad por razón de género, el daño ambiental que se sigue causando al planeta por los sistemas extractivos y la soberanía alimentaria («el concepto de soberanía alimentaria alude al derecho de los pueblos a una alimentación y producción sanas, sin pesticidas, con semillas autóctonas y con salarios dignos»). Así, en la Declaración del año 2007, en Mali, se recuerda que las mujeres son «creadoras históricas de conocimientos en agricultura y en alimentación y que en los países más pobres producen el 80 % de los alimentos»[10]. Según el Fondo de las Naciones Unidas para las Mujeres (UNIFEM) el 70 % de las personas que viven con menos de un dólar al día son mujeres, por lo que la pobreza tiene rostro de mujer… Aunque las tres cuartas partes de quienes producen alimentos en el planeta son mujeres, sólo el 1 % han logrado ser titulares de la propiedad de la tierra»[11].

---

7 Mies, M. y Shiva, V.: *Ecofeminismo*, Icaria, 1997 y Herrero, Y.: «Apuntes introductorios sobre el Ecofeminismo», cit., p. 1.

8 Herrero, Y.: «Ecologismo: una cuestión de límites», Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales, 2016 y Álamo Bolaños, A. y Valdivielso Gómez, S.: «Aportaciones del ecofeminismo a los Objetivos de Desarrollo Sostenible», *XXXVII Seminario Interuniversitario de Teoría de la Educación Educación en la Sociedad de Conocimiento y el Desarrollo Sostenible*, 2018.

9 Chacartegui Jávega, C.: «Ecofeminismo y corresponsabilidad: una mirada desde Cataluña», en AA.VV.: *Derechos@género*, Albacete (Bomarzo), 2019, p. 250.

10 Puleo, A.H.: «¿Qué es el ecofeminismo?», *Quaderns de la Mediterrània*, núm. 25, 2017, p. 214.

11 Solís Espallargas, C.: «Ecofeminismo ante la crisis global», cit., p. 1971.

Frente a las múltiples amenazas constatadas, el ecofeminismo afirma la necesidad «de afrontar la crisis ecológica» y, al mismo tiempo, «reconocer que existe una relación entre la dominación y explotación de la naturaleza y la opresión ejercida sobre las mujeres, que tiene su origen en las premisas epistemológicas de una ciencia reduccionista y en un modelo de dominación masculino»[12].

Sus fundamentos «han contribuido a un replanteamiento en el pensamiento teórico-práctico y a un giro metodológico y técnico en los análisis teóricos», en particular, y por cuanto aquí importa, respecto al «vínculo entre el empobrecimiento del medio ambiente y el aumento de la pobreza de las mujeres en el mundo»[13], la cual acaba conduciendo (y produciendo) desigualdad.

Retorna pues, desde otra perspectiva y cargada de otras connotaciones y derivaciones uno de los términos nucleares en el contexto de la lucha contra el cambio climático: la sostenibilidad. El ecofeminismo fomenta la búsqueda de la sostenibilidad social y ambiental que implica, desde su teoría, «prestarle atención al uso racional de los recursos naturales y a la construcción de sociedades que sean capaces de eliminar toda forma de opresión que esté presente o pueda surgir entre hombres y mujeres»[14].

A este concepto suma el feminismo: el diálogo que establece entre ecología e igualdad obliga a construir un modelo comprometido con los problemas ambientales y sociales[15] que haga frente a la globalización neoliberal; por ello, el ecofeminismo crítico reivindica «ecojusticia y sonoridad»[16]: «la vida de las personas tiene dos insoslayables dependencias: la que cada persona tienen de la naturaleza y la de otras personas»[17]. Tierra y trabajo no son comportamientos estancos el trabajo forma parte de la vida la tierra forma parte de la naturaleza y vida y naturaleza forman un todo indisoluble[18].

Esta línea es seguida también por el Informe de Desarrollo Humano, publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el cual «plantea que las actuales tendencias ambientales y de inequidad están amenazando el desarrollo humano. Dicho informe señala que para conseguir

12 Vicente Giménez, T.: «Propuestas integracionistas desde la idea de solidaridad humana e integridad ecológica: el movimiento ecofeminista», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 26, 2008, p. 481 y Mies, M. y Shiva, V.: *Ecofeminismo*, cit., pp. 42 y ss.

13 Vicente Giménez, T.: «Propuestas integracionistas desde la idea de solidaridad humana e integridad ecológica: el movimiento ecofeminista», cit., p. 482.

14 Cabrera Duarte, M.A.: «El ecofeminismo en el desarrollo rural sostenible», *Raudem, Revista de Estudios de las Mujeres*, vol. 2, 2014, p. 14.

15 Solís Espallargas, C.: «Ecofeminismo ante la crisis global», cit., p. 1983.

16 Puleo, A.H.: «¿Qué es el ecofeminismo?», cit., p. 213.

17 Herrero, Y.: «Apuntes introductorios sobre el Ecofeminismo», cit.

18 Polany, K.: *The great transformation*, Boston (Beacon Press), 1944, p. 187.

la sostenibilidad ambiental de manera más justa y eficaz es necesario abordar las desigualdades en el acceso a salud, educación, ingresos, especialmente originadas por razón de género, en conjunto con las medidas que se aplican en todo el mundo para impulsar la producción de energía y la protección de los ecosistemas»[19].

A modo de conclusión y recopilación (reduccionista), el reconocimiento de la posición ecológica y feminista «viene a señalar como fundamento último de los derechos humanos unos contenidos éticos mínimos formulados como preservación de la naturaleza, emancipación de la mujer y desarrollo sostenible»[20]. El siguiente paso consistirá en integrar y transformar esas bases de pensamiento en normas laborales aplicables como herramientas para llevar a cabo el cambio de modelo propugnado desde una perspectiva ecofeminista.

2.- Primera amenaza: el cambio climático

Frente al objetivo planteado, la primera amenaza viene dada por los efectos que sobre la vida en la tierra plantea el cambio climático[21], el deterioro de los ecosistemas y la pérdida de la biodiversidad. Estos retos a los que se enfrenta el mundo en la actualidad no tienen precedentes.

La crisis climática conlleva una pérdida catastrófica de biodiversidad y una continua contaminación del aire, del agua y del suelo. Sus repercusiones representan una amenaza apremiante tanto para la salud humana como para la viabilidad de nuestro sistema productivo. En palabras del Comité Económico y Social Europeo, en un planeta degradado, no habrá vida, ni empleo, ni empresas[22].

Los informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) llevan advirtiendo desde los años 90 del siglo pasado de la existencia de una emergencia climática y de sus consecuencias, hasta el punto de que ya ha producido mutaciones irreversibles cuyos efectos se

19 Informe de Desarrollo Humano publicado el 2 de Noviembre de 2011.

20 Vicente Giménez, T.: «Propuestas integracionistas desde la idea de solidaridad humana e integridad ecológica: el movimiento ecofeminista», cit., p. 481.

21 La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático entiende por cambio climático un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables; y por sus efectos adversos, los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos (art. 1).

22 comité económico y social europeo: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La economía sostenible que necesitamos» (2020/C 106/01).

prolongarán durante milenios debido a la acción humana[23]. Es más, el último informe del IPCC de evaluación (6.º) publicado en 2023 afirma con rotundidad cómo las actividades humanas, principalmente a través de las emisiones de gases de efecto invernadero, han causado inequívocamente el calentamiento global, y dichas emisiones han seguido aumentando, derivadas del uso insostenible de la energía y de la contaminación atmosférica, del uso de la tierra, de los estilos de vida y de las pautas de consumo y producción en las distintas regiones. Afirma cómo se han producido transformaciones rápidas y generalizadas en la atmósfera, los océanos, la criosfera y la biosfera y que el cambio climático de origen humano está causando muchos fenómenos meteorológicos y climáticos extremos en todas las regiones del planeta y provocando pérdidas y daños relacionados para la naturaleza y las personas[24]. El Informe no es optimista y, aunque pone en valor los pasos dados, estima que no son suficientes y que los impactos previstos a largo plazo son hasta varias veces superiores a los observados actualmente. Considera que los riesgos y los impactos adversos previstos, así como las pérdidas y los daños relacionados con el cambio climático, aumentan con cada incremento del calentamiento global[25].

El Informe apuesta (y exige) una mitigación profunda, rápida y sostenida y una aplicación acelerada de las medidas de adaptación en esta década, que reduciría las pérdidas y los daños previstos para las personas y los ecosistemas y aportaría muchos beneficios colaterales, especialmente para la calidad del aire y la salud. Sin embargo, un retraso en las medidas de mitigación y adaptación aumentaría las pérdidas y los daños y reduciría la viabilidad[26]. A la luz de sus conclusiones, resulta de extrema urgencia la adopción de medidas que eviten el empeoramiento de las condiciones climáticas mediante la búsqueda de vías de mitigación y métodos para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, para lograr su eliminación de la atmósfera y, al tiempo, consensuar y seguir opciones de adaptación a las condiciones climáticas ya causadas[27].

Frente al panorama descrito, es necesario elaborar estrategias destinadas a luchar contra la crisis climática descrita y paliar sus perniciosos efectos. Y las soluciones elaboradas apuntan a la mitigación en las emisiones de gases de efecto invernadero; a la previsión de tácticas de adaptación al cambio en

23 Lara Ortiz, M.ª L.: Instrumentos jurídicos en la lucha contra el cambio climático, En *Cambio climático y Derecho social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Jaén (Uja editorial, 2021), p. 16.

24 IPCC: Global warming 0f 1.50 C, 2019; The Ocean and Cryosphere in Changing Climate, 2019 y Climate Change and Land, 2020 y AR6 Climate Change 2021: The Physical Science Basis.

25 IPCC: Synthesis report of the IPCC sixth assessment report (AR6), 19 de marzo de 2023.

26 IPCC: Synthesis report of the IPCC sixth assessment report (AR6), 19 de marzo de 2023.

27 IPCC: *AR6 Climate Change 2021: The Physical Science Basis*, 2021.

las zonas más vulnerables a los impactos del cambio climático; y a la prevención/adaptación[28].

Tanto las consecuencias del cambio climático como las medidas de mitigación diseñadas van a acarrear consecuencias en el ámbito laboral en todos los sectores[29], en tanto estas opciones en presencia conducen a un cambio hacia una economía con menor emisión de carbono, que provocará nuevos desafíos a los modelos legales existentes; se ejercerán nuevas presiones sobre la ocupación, el ajuste y las estrategias de capacitación; y los lugares de trabajo industriales de alta producción de carbono pueden verse afectados de manera impredecible. La repercusión es aún mayor en los países o colectivos (entre ellos las mujeres) más pobres, pues «la vulnerabilidad al cambio climático es una consecuencia directa de la pobreza»[30].

Todos los sectores de actividad van a sufrir (están padeciendo ya) sus efectos[31] y no es posible permanecer ajeno ni ausente[32], al contrario, se ha de proporcionar mecanismos destinados a actuar como red de protección, pues no cabe duda de que habrá ganadores y perdedores en los mercados laborales nacionales e internacionales[33] y quienes han perdido anteriormente, si no se toman medidas, volverán a perder en esta lucha.

3.- El impacto de la regulación de las medidas de lucha contra el cambio climático

Ante el reto inaplazable, la Unión Europea, a través del Pacto Verde europeo, trata de diseñar una nueva estrategia de crecimiento con el objetivo de transformar la Unión Europea en una «sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos»[34].

---

28 Álvarez Cuesta, H.: «El contenido social en las leyes contra el cambio climático», en AA.VV.: *La Gouvernance et l'enjeu de concilier l'èthique et la performance*, Pamplona (Eunsa), 2018.

29 OIT: *Empleos verdes. Hechos y cifras*, Ginebra (OIT), 2008, p. 1.

30 Rosemberg, A.: «Llevar a cabo una transición justa. Las conexiones entre el cambio climático y el empleo, y propuestas para futuras investigaciones», *Boletín Internacional de Investigación Sindical,* núm. 2, vol. 2, 2010, p. 147.

31 Álvarez Cuesta, H.: «El contenido social en las leyes contra el cambio climático», cit. Un análisis en mckinsey global institute: Climate risk and response, 2020.

32 No lo ha hecho, baste destacar el magnífico estudio en Chacartegui Jávega, C.: *Negociación colectiva y sostenibilidad medioambiental: un compromiso social y ecológico*, Albacete (Bomarzo), 2018.

33 Doorey, D.: «Just Transitions Law: Putting Labour Law to Work on Climate Change», *Journal of Environmental Law and Practice*, núm. 30, 2017, p. 3.

34 comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones: El Pacto Verde Euro-

Este Pacto Verde utiliza como pilar la idea de sostenibilidad y economía circular unidas a la transición justa e integradora (la necesidad de una transición justa, cuyos costes y beneficios se distribuyan equitativamente entre los distintos grupos sociales, las industrias y las regiones y entre las generaciones presentes y futuras[35]). A este respecto, prevé dar «prioridad a la dimensión humana y prestar atención a las regiones, los sectores y los trabajadores expuestos a los mayores desafíos»[36].

El objetivo de la política industrial verde consiste en desencadenar y facilitar los cambios estructurales que conllevan o requieren, tanto para responder a las condiciones o situaciones ambientales, como para desarrollar una economía verde y circular[37], definida la primera como una economía que mejora el bienestar humano y la equidad social, al tiempo que reduce significativamente los riesgos ambientales y la escasez ecológica[38], y la circular como aquella no lineal basada en el trinomio extraer-usar-y-tirar, sino en la que desaparece el concepto de residuos y aparece el concepto de recursos, que pueden ser utilizados de nuevo por el sistema de producción[39].

Como objetivos del Pacto y del Reglamento 2021/1119/UE, de 30 de junio, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n.º 401/2009 y (UE) 2018/1999)m por cuanto aquí interesa, procede destacar los siguientes: de un lado, en la industria, la meta señalada pasa por lograr la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de aquí a 2030 al 50 %, como mínimo, y hacia el 55 % con respecto a los niveles de 1990 de manera responsable; de otro, da prioridad a la eficiencia energética mediante el desarrollo de un sector eléctrico basado en gran medida en fuentes renovables, completado con un rápido proceso de eliminación del carbón y con la descarbonización de gas[40].

peo, Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

35 COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Un planeta limpio para todos» (DO C 282 de 20.8.2019) y Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Justicia climática» (2018/C 081/04).

36 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES: El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

37 Sobre las fases y metodología para llevarla a cabo, UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION: *Practitioner´s Guide to Strategic Green Industrial Policy*, 2016, p. 18.

38 UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION: *Practitioner´s Guide to Strategic Green Industrial Policy*, cit., p. 18.

39 AA.VV.: *Informe sobre sostenibilidad en España 2017: cambio de rumbo, tiempo de acción*, Fundación Alternativas, 2017, p. 37.

40 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

Alcanzar estos porcentajes y el cambio del modelo productivo creará empleo pero también destruirá (ya ha destruido y creado) puestos de trabajo (la OIT ha estimado que, en el marco de la transición hacia la sostenibilidad energética, «hasta 2030, se crearán casi 25 millones de empleos y se perderán 7 millones de empleos en todo el mundo»[41] y «el desarrollo de una economía circular permitirían crear para 2030 un total neto entre 7 y 8 millones de nuevos empleos, con respecto a una situación en la que todo siguiera igual»[42]).

Estas cifras, con todo, no pueden ocultar que un número alto de personas trabajadoras perderán su empleo y tendrán serias dificultades para conseguir otra ocupación. Dicha situación se verá exacerbada dependiendo de la edad, formación, género y territorio en el que residan[43].

En España, se promulgó la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que trata, de un lado, de avanzar en la lucha contra la crisis climática y de otra, de anticiparse y «ofrecer respuestas solidarias e inclusivas a los colectivos más afectados por el cambio climático y la transformación de la economía» (Preámbulo). El objeto de esta Ley, de conformidad con su art. 1, se articula en cuatro pilares: asegurar el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París, firmado por España el 22 de abril de 2016; facilitar la descarbonización de la economía española; promover la adaptación a los impactos del cambio climático; y, por último, implantar un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente. Precisamente entre sus principios rectores recogidos en el art. 2, vuelve a aparecer el desarrollo sostenible (que ha de contener en el significado el concepto de trabajo decente[44]), unido (por cuanto aquí importa) a la cohesión social y territorial, la protección de colectivos vulnerables y la igualdad entre mujeres y hombres[45].

La articulación de estos cuatro pilares se lleva a cabo a través del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC). Más claramente aparece desarrollada la perspectiva sociolaboral en la Estrategia de Transición Justa, la cual constituye el «instrumento de ámbito estatal dirigido a la optimización de las oportunidades en la actividad y el empleo de la transición

41 OIT: *Competencias profesionales para un futuro más ecológico: Conclusiones principales*, Ginebra (OIT), 2019, p. 9.

42 OIT: *Competencias profesionales para un futuro más ecológico: Conclusiones principales*, cit., p. 10.

43 Álvarez Cuesta, H.: «Transición justa y lucha contra el cambio climático en el Pacto Verde europeo y en el Proyecto de Ley de Cambio Climático en España», *Iuslabor*, núm. 2, 2020.

44 Chacartegui Jávega, C.: «Eco-labour law intersectionalities: from the green transition to legal certainty for workers», en AA.VV.: *Labour Law and Ecology*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2022, p. 66

45 Analizando dicha norma desde la perspectiva de los empleos verdes, Álvarez Cuesta, H.: «La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa?», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022.

hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero y a la identificación y adopción de medidas que garanticen un tratamiento equitativo y solidario a las personas trabajadoras y territorios en dicha transición» (art. 27). La Estrategia ha de identificar los colectivos, sectores, empresas y territorios potencialmente vulnerables al proceso de transición a una economía baja en emisiones de carbono; analizar las oportunidades de creación de actividad económica y empleo vinculadas a la transición energética y constituye el marco de elaboración de los convenios de Transición Justa. En el año 2020 se publicó la primera Estrategia, dirigida a la optimización de las oportunidades en actividad y empleo de la transición ecológica hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero[46] y que propone varios objetivos estratégicos relacionados con la transición energética y su impacto en el trabajo, en determinados sectores productivos y en ciertos territorios. En el marco de esta Estrategia, se han de elaborar convenios de transición justa con el fin de fomentar la actividad económica y su modernización, así como la empleabilidad de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono, en particular, en casos de cierre o reconversión de instalaciones (art. 28.1).

4.- Los ecoempleos como solución

Tanto la normativa europea como española suponen una transformación del modelo productivo que afecta (desigualmente) a todos los sectores productivos y a todas las personas trabajadoras y que plantean como objetivo la generación de procesos neutros climáticamente y la creación asociada de empleos verdes. La propia Estrategia de Transición Justa propone, como uno de los ejes de actuación, las políticas activas de empleo verde y protección social y como contenido de numerosas acciones, el impulso del empleo verde.

Como punto de partida, y frente a iniciativas de *greenwashing*[47], conviene acotar el concepto de ecoempleo (desde una perspectiva evolutiva y dinámica[48]), habida cuenta no existe un concepto formal y unificado, lo cual permite que cada cual formule la noción a su antojo en función de su parecer y sus intereses[49].

---

46 https://www.transicionjusta.gob.es/destacados/common/Estatregia_Transicion_Justa-Def.PDF [consultado el 4 de noviembre de 2022].

47 Chacartegui Jávega, C.: *Negociación colectiva y sostenibilidad medioambiental: un compromiso social y ecológico*, Albacete (Bomarzo), 2018, pp. 36 y ss.

48 Miñarro Yanini, M.: «Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde», en AA.VV.: *Cambio climático y Derecho Social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Jaén (Uja Editorial), 2022, p. 46.

49 Miñarro Yanini, M.: «Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde», cit., p. 46.

Para la OIT, en particular, pero no exclusivamente, este concepto incluye «empleos que ayudan a proteger los ecosistemas y la biodiversidad, a reducir el consumo de energía, materiales y agua a través de estrategias altamente eficaces, reducir la dependencia del carbono en la economía y minimizar o evitar por completo la producción de todas las formas de desechos o contaminación»[50].

Y distingue los siguientes sectores vinculados al empleo verde[51] y a la transición energética, por cuanto aquí interesa:

- Suministro de energía: gasificación integrada/retención del carbono; cogeneración (producción combinada de calor y electricidad); energías renovables (eólica, solar, biocombustibles, geotérmica, hidroeléctrica; en pequeña escala); y pilas de combustible.
- Transporte de personas y mercancías: vehículos con menos consumo de combustible; híbridos-eléctricos, eléctricos y con pilas de combustible; compartidos; transporte público; transporte no motorizado (utilizar la bicicleta, caminar) y cambios en las políticas de utilización de la tierra y pautas de asentamiento (para reducir la distancia y la dependencia del transporte motorizado)[52].
- Manufacturas: control de la contaminación (torres de lavado de gases y otras tecnologías de exhaustadores); eficiencia de la energía y los materiales; técnicas de producción limpia (evitar las sustancias tóxicas); y sistemas de ciclo cerrado.
- Edificios: iluminación, aparatos y equipo de oficina con uso eficiente de energía; calefacción/refrigeración solar, paneles solares; reconversión y rehabilitación; edificios verdes (ventanas, aislamiento, materiales de construcción, sistemas de calefacción, ventilación y aire acondicionado con uso eficiente de energía); casas solares pasivas, edificios sin emisiones[53].
- Agricultura: conservación de suelos; eficiencia de los recursos hídricos; métodos de cultivo orgánicos; reducción de la distancia entre la explotación agrícola y el mercado; silvicultura; proyectos de reforestación y forestación; agrosilvicultura; planes de ordenación sostenible de los bosques y certificación; y freno a la deforestación.

50 OIT: *Empleos verdes. Hechos y cifras*, cit., p. 2.

51 Siguiendo el cuadro elaborado en OIT: *Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*, Ginebra (OIT), 2008.

52 Sobre el impacto en el empleo del transporte sostenible, AA.VV.: *La generación de empleo en el transporte terrestre sostenible de mercancías*, ISTAS, 2012.

53 OFICINA DE POLÍTICA EUROPEA WWF: *Empleo verde en Europa. Oportunidades y perspectivas futuras: resumen ejecutivo*, 2009, p. 7.

La Fundación Biodiversidad, por su parte, atribuye dicho término en función de la finalidad de la actividad productiva o del proceso que desarrolla, e incluye «aquéllas que tienen por cometido corregir, minimizar o regenerar los efectos adversos de las actividades humanas en el medioambiente, es decir, se trata de un sector transversal a todos los demás sectores económicos, en el que están presentes tanto actividades de servicios específicamente ambientales, como por ejemplo, la gestión de residuos, la depuración de aguas residuales o regeneración de suelos, como las que dependen de ellas vía relaciones interindustriales; las que producen bienes y servicios de forma ambientalmente respetuosa, como la agricultura ecológica y el turismo ecológico y rural, las que generan energía y materia de forma sostenible, como las energías renovables o la producción forestal sostenible, y las orientadas a la conservación/regeneración de ecosistemas, como la gestión de parques o recuperación de espacios de valor ecológico; los servicios con finalidad preventiva y de control, como los que prestan las actividades y empresas privadas cuya misión y función es la prevención, minimización en origen de la contaminación, ecodiseño, educación y sensibilización ambiental, o las funciones que cumplen los departamentos de la administración con responsabilidades ambientales; las que realizan empresas de los sectores tradicionales que están avanzando en el proceso de modernización ambiental de sus productos y procesos, individual o colectivamente, así como las actividades de investigación y desarrollo tecnológico orientadas al incremento de la ecoeficiencia y ecoeficacia del sistema productivo»[54].

Otras clasificaciones atienden a la finalidad del trabajo desarrollado y lo dividen entre empleo verde defensivo (respuesta a los efectos ambientales), genuino (avance hacia ecoeficiencia) o generativo (contribuyen a la regeneración)[55]. También cabe incorporar a este concepto aquellas actividades productivas sin impacto en el medioambiente debido al consumo de energías renovables y procesos productivos donde se prime el menor consumo y el reciclaje[56].

Además de exigir una coherencia interna entre la actividad desarrollada, su finalidad y el proceso de producción[57], es necesario unir como requisito para su calificación como verde, que las condiciones laborales de las personas trabajadoras que ocupan dichos empleos sean dignas o decentes, de conformidad con lo requerido por la OIT y los Objetivos de Desarrollo Soste-

54 OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA Y FUNDACIÓN BIODIVERSIDAD: *Informe de Empleo verde en una economía sostenible*, 2009, p. 21.

55 TOMÁS CARPI, J.A.: «El empleo verde en Espala: evolución y perspectivas», en AA.VV.: *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales*, Murcia (Laborum), 2013, p. 307.

56 ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Empleos verdes. Una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2016, pp. 95 y ss.

57 MIÑARRO YANINI, M.: «Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde», cit., p. 56.

nible. En la práctica, los trabajos pueden ser verdes y decentes; verdes, pero no decentes; decentes, pero no verdes y ni verdes ni decentes[58]. Pero para que los empleos verdes representen un puente para un futuro verdaderamente sostenible, el empleo verde debe abarcar el trabajo decente. En consecuencia, sólo habrían de ser empleos verdes aquellos que conjuguen el trabajo decente con, o bien una actividad económica respetuosa con el medio ambiente o bien aquéllos que proporcionen productos o servicios «verdes»[59] y tal es el concepto a promocionar para estos territorios y personas que han sufrido o sufren la transición energética u otros procesos de lucha contra el cambio climático.

Además de exigir una coherencia interna entre la actividad desarrollada, su finalidad y el proceso de producción[60], la OIT exige unir como requisito para su calificación como verde que las condiciones laborales de las personas trabajadoras que ocupan dichos empleos sean dignas o decentes, de conformidad con la definición de trabajo decente formulada por la propia OIT y con los Objetivos de Desarrollo Sostenible («trabajo productivo para los hombres y mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana»[61]).

En la práctica, los trabajos pueden ser verdes y decentes; verdes, pero no decentes; decentes, pero no verdes y ni verdes ni decentes[62]. Es decir, hay, todavía, distintas «tonalidades» de verde[63] en un amplio espectro del color. Pero para que los ecoempleos representen un puente para un futuro verdaderamente sostenible, el empleo verde debe abarcar el trabajo decente. Y sólo habrían de ser empleos verdes aquellos que conjuguen el trabajo decente tanto con una actividad económica respetuosa con el medio ambiente como aquéllos que proporcionen productos o servicios destinados directamente a la protección del mismo[64] y tal es el concepto a promocionar.

---

58 OIT: *Estrategias territoriales innovadoras para empleos más verdes. Iniciativas latinoamericanas y europeas en busca de una mayor cohesión social*, ITC, Centro Internacional de Formación, 2010, p. 6.

59 OIT: *What is a Green job?*, Ginebra (OIT), 2013.

60 Miñarro Yanini, M.: «Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde», cit., p. 56.

61 Rojo Torrecilla, E.: «El trabajo decente en normas y documentos de la OIT», en *Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social/OIT), 2020, p. 97.

62 OIT: *Estrategias territoriales innovadoras para empleos más verdes. Iniciativas latinoamericanas y europeas en busca de una mayor cohesión social*, ITC, Centro Internacional de Formación, 2010, p. 6.

63 OIT: *Empleos verdes. Hechos y cifras*, Ginebra (OIT), 2008, p. 2.

64 OIT, *What is a Green job?*, Ginebra (OIT), 2013.

El nexo de unión de este concepto con el movimiento ecofeminista es doble: de un lado, enlaza con la protección del medioambiente y por otro, con uno de los principios integradores del concepto de trabajo decente, con la igualdad de trato por razón de género, habida cuenta en un contexto de cambios, la perspectiva de género no debe permanecer ajena a las transformaciones ecosociales, sino que debe intensificarse[65].

5.- La aplicación de las teorías ecofeministas al mundo del trabajo

Como se ha advertido, el ecofeminismo une la lucha contra el cambio climático y en favor de la igualdad entre mujeres y hombres desde unas perspectivas diferentes y omnicomprensivas. Por ello, la aplicación de esta corriente de pensamiento al ámbito laboral en el marco de la lucha contra el cambio climático conduce a apostar por una producción sostenible, un trabajo verde y decente con las coordenadas *supra* analizadas, un adecuado reparto entre el tiempo de trabajo y el dedicado al cuidado (sin importar el género)[66], donde no se externalicen ni los costes ambientales ni los sociales[67] y una visión integral de la protección medioambiental y de la biodiversidad, prestando especial atención no solo a los seres humanos sino también a los no humanos.

En primer lugar, la apuesta por la sostenibilidad por parte del movimiento ecofeminista engarza con el concepto de «transiciones justas»[68] de la Agenda de Trabajo Decente de la OIT. Este término propugna un cambio hacia economías inclusivas y con bajas emisiones de carbono, que, al tiempo, maximice las oportunidades de prosperidad económica, justicia social, derechos y protección social para todos, sin dejar a nadie atrás, esto es, que incidan en una

65 Ramos Quintana, M.: «Transformaciones del trabajo y derechos de las mujeres», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 18, 2016, pp. 12-17.

66 «En este sentido, el ascenso del capitalismo no se puede entender completamente sin contextualizar el plano económico, vinculado fundamentalmente a la explotación laboral, con el medioambiental, unido a la expoliación de recursos», Chacartegui Jávega, C., «Tiempo de trabajo, género y sostenibilidad medioambiental: un win to win a través de la negociación colectiva», en AA.VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social), 2020, p. 643 y en «El avance de la negociación colectiva hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)», en *Congreso interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo*, Madrid (OIT/Ministerio de Trabajo y Economía Social), 2020, pp. 37-49.

67 AA.VV.: *Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono. Mensajes normativos y principales conclusiones para los responsables de la toma de decisiones*, UNEP, 2008, p. 12.

68 OIT: *Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all*, Ginebra (ILO Publications), 2015.

mayor cota de solidaridad[69] y no acabe recayendo el peso, los perjuicios y el esfuerzo en los más vulnerables, una gran parte de los cuales son mujeres.

En segundo término, la urgencia de la lucha en aras a una transición justa radica en diseñar un proceso de transformación a otro modelo productivo en el que se aúnen ecología y empleo decente[70]. Y este cambio ha de llevarse a cabo modificando normas, pero respetando los derechos sociales, es decir, la hipótesis de trabajo radica en que «las transformaciones en las decisiones y medidas de orden económico, social, tecnológico y político pueden posibilitar las trayectorias resilientes al clima»[71] y conseguir empleos verdes y decentes[72].

Sin embargo, como se constató desde el principio del análisis, los impactos distributivos de la crisis climática se distribuyen de forma desigual e inciden especialmente en los grupos más vulnerables. Según el Plan Estratégico de Salud y Medio Ambiente 2022-2026 del Gobierno de España, los ejes de desigualdad son: territorio, etnia, edad, clase social y género. En particular, las desigualdades de género se manifiestan en cómo las mujeres y las niñas se ven más afectadas por los desplazamientos y movimientos migratorios provocados por los fenómenos relacionados con eventos meteorológicos y climáticos, debido a una situación previa de desigualdad estructural[73].

Por cuanto hace a los efectos laborales, es preciso resaltar la repercusión negativa en el empleo femenino, tanto en el corto como en el medio plazo y de forma directa o indirecta por las medidas de mitigación. Por ejemplo, «uno de los sectores productivos especialmente afectado en España por el cambio climático es el turismo, que abarca de forma directa o indirecta a actividades con una proporción significativa de empleo femenino como la hostelería, el comercio y la limpieza».

A ello se suma la baja contratación de las mujeres en los sectores productivos relacionados con la transición y el empleo verde: la participación media femenina en el sector de las energías renovables es del 32 %; en puestos STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas), del 28 %; en puestos

69 Chacartegui Jávega, C.: «Tiempo de trabajo, género y sostenibilidad medioambiental: un win to win a través de la negociación colectiva», cit., p. 641.

70 OIT: *The social and decent work dimensions of a new Agreement on Climate Change*, Ginebra (OIT), 2009, pp. 9-10.

71 AA.VV.: *Cambio climático 2014 Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, 2014, p. 28.

72 López Rodríguez, J.: «The promotion of both decent and Green jobs through cooperatives», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 54, 2019, pp. 115 y ss.

73 Merino Martos, A.: «Una visión de género ante los retos laborales del cambio climático», *Trabajadora*, núm. 80, 2023.

no STEM, del 35 %; y en puestos administrativos, del 45 %. Estos datos reflejan que las mujeres están infrarrepresentadas en los puestos técnicos, aunque en puestos administrativos su participación pueda considerarse equilibrada. Un informe más reciente sigue remarcando cómo el empleo en el sector de las energías renovables sigue desigualmente repartido entre hombres y mujeres[74].

La situación descrita se explica tanto por la persistencia de la brecha de género causada por la desigual corresponsabilización en los cuidados, como por otros más específicos que dificultan el acceso a los potenciales nuevos empleos verdes (como la menor participación en estudios STEM y la segregación horizontal y vertical[75]. «En este sentido, es necesario superar la brecha de género en los empleos verdes y eliminar las barreras que dificultan a las mujeres a acceder a las nuevas ocupaciones»[76] y para ello es necesario incorporar la dimensión de género en todas las políticas de transición justa y «la aplicación de algunas de las líneas de las bases del pensamiento ecofeminista —por ejemplo en el tiempo no remunerado dedicado a los cuidados y en la necesidad de corresponsabilizar el trabajo— constituye en este escenario un elemento imprescindible y que debería cobrar una renovada atención para impulsar una transición justa a un modelo económico más sostenible y con mayor justicia social»[77].

De seguir y aplicar las bases del pensamiento ecofeminista, tal y como se ha apuntado *supra*, se ha de prestar renovada atención al tiempo no remunerado (sí productivo) dedicado a los cuidados por parte de las personas trabajadoras, teniendo además en cuenta cómo dicho tiempo no solo influye en la vida de quienes invierten tiempo y reciben cuidados, sino como estrategia de sostenibilidad ecológica: «a los objetivos de bienestar de los trabajadores y mejora de la calidad de vida y salud, así como a la consideración de la reducción de la jornada máxima como forma de reducir el desempleo mediante la redistribución del tiempo de trabajo, se une, como tercer elemento, la estrategia ecológica como un argumento aliado»[78].

De un lado, y a efectos de salud ambiental y humana y un reparto más equitativo del escaso trabajo existente, es necesario reflexionar sobre una

74 El empleo de las mujeres en la transición energética justa en España (2023). Según recoge la International Renewable Energy Agency (IRENA) en un estudio de 2019 y posterior de 2023.

75 Merino Martos, A.: «Una visión de género ante los retos laborales del cambio climático», *Trabajadora*, núm. 80, 2023.

76 Merino Martos, A.: «Por una transición justa con igualdad de género», *Revista C8M*, núm. 10, 2021, pp. 13-15

77 Merino Martos, A.: «Una visión de género ante los retos laborales del cambio climático», *Trabajadora*, núm. 80, 2023.

78 Zbyszewska, A.: «Regulation work with people and 'nature' in mind: What does a feminist perspective offer?», 40 *Comp. Lab. L. & Pol'y J*. 2019.

eventual disminución del tiempo de trabajo[79]; de otro, apostar por un reequilibrio entre trabajo y vida personal y familiar, el cual se «erige como factor clave en los esfuerzos por ir más allá en los impactos ambientales (huella ecológica), a la vez que brinda potenciales beneficios a las personas en términos de un mayor bienestar. La reducción del tiempo de trabajo debe, así, formar parte del sistema de gestión medioambiental en la empresa»[80]. Como mero ejemplo, «se ha logrado acreditar una significativa relación entre la disminución de las horas de trabajo y la correlativa bajada de consumo energético, además de los positivos efectos que ello tiene en relación con el calentamiento global y a la calidad de vida de las personas trabajadoras»[81].

En esta búsqueda de contrapesos en la utilización del tiempo de vida y la reestructuración entre trabajo y cuidados es preciso corresponsabilizar a los hombres y al conjunto de la sociedad de esos trabajos que han realizado a lo largo de la historia las mujeres y, a la par, poner en valor los mismos. Esta doble tarea lleva a la teoría feminista a acuñar la idea de «sostenibilidad de la vida humana»[82] (y de toda la vida en su extensión, pues «la universalización de una ética del cuidado ecológica y posgenérica es una tarea pendiente en la vida cotidiana»[83]).

Para ello, como ya se ha apuntado y conviene insistir, han de formularse criterios que cumplan el doble objetivo de reducir el tiempo de trabajo y ordenar de forma más flexible el mismo, adecuándolos a la empresa y actividad en presencia para que, desde un punto de vista más amplio, se elaboren «modelos sostenibles y adecuados a la emergencia climática y social en la que la sociedad española se encuentra inmersa, desde una perspectiva jurídica multinivel»[84].

---

79 «Respecto a esto, aporta una seria advertencia del uso del tiempo y su disposición de forma libre. La redistribución del uso del tiempo nos lleva a reflexionar sobre la calidad de nuestro tiempo; es decir, a qué y quienes dedicamos los momentos de más calidad de nuestra vida. Entendiendo como calidad momentos de lucidez mental, de buen humor, de descanso y optimismo. Esta propuesta plantea una redistribución del tiempo de forma que se priorice el tiempo que necesitan las relaciones humanas, la construcción de ciudadanía y la democracia ambiental, haciendo especial hincapié en una redistribución del espacio temporal desde la corresponsabilidad», Olís Espallargas, C.: «Ecofeminismo ante la crisis global», cit., p. 1984.

80 Chacartegui Jávega, C.: «Tiempo de trabajo, género y sostenibilidad medioambiental: un win to win a través de la negociación colectiva», cit., p. 642.

81 Rosnick, D. y Weisbrot, M.: «Are shorter hours good for the environment? A comparison of U.S. and European energy consumption», *Washington, Center for Economic and Policy Research*, 2006.

82 Carrasco, C.: «La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres?», *Mientras Tanto*, núm. 82, 2001.

83 Puleo, A.H.: «¿Qué es el ecofeminismo?», cit., p. 215.

84 Chacartegui Jávega, C.: «Tiempo de trabajo, género y sostenibilidad medioambiental: un win to win a través de la negociación colectiva», cit., p. 653.

En España, «existen ya prácticas convencionales sostenibles que muestran los beneficios que, tanto para las empresas como para las personas trabajadoras (especialmente las mujeres), comportan la inclusión de cláusulas de tiempo de trabajo. Al mismo tiempo, la ventaja que ello supone a la hora de reducir la huella ecológica, redunda asimismo en un impacto positivo en el ámbito del trabajo en condiciones de dignidad»[85].

En esta línea parece avanzar la propuesta dirigida a reducir la jornada laboral máxima legal sin reducción salarial para fijarla en 37 horas y media semanales de forma progresiva, reduciéndose hasta las 38,5 horas en 2024 y culminándose en 2025.

Incluso se ha presentado una Proposición no de ley en el Congreso de los Diputados para insta al Gobierno a[86]:

«a) Llevar a cabo la modificación necesaria del artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como de todas aquellas disposiciones pertinentes, para el establecimiento, durante el año 2024, de una jornada ordinaria de trabajo efectivo con una duración máxima de 37 horas y media semanales, sin que ello conlleve en su aplicación reducción alguna del salario de las personas trabajadoras.

b) Abrir, simultáneamente, un proceso de diálogo social con el objetivo de continuar reduciendo la jornada ordinaria de trabajo efectivo máxima legal hasta alcanzar las 32 horas semanales de promedio en el cómputo anual».

En resumen, no basta solo con reducir la jornada ordinaria, en España una reformulación de los tiempos de trabajo desde la sostenibilidad tendría que pasar por evaluar las instituciones laborales relacionadas con el cuidado desde la óptica de la corresponsabilidad[87]. a partir de estos planteamientos el debate sobre la reducción del tiempo de trabajo en favor de un mejor reparto del empleo sigue abierto y se manifiesta con una de las soluciones más efectivas a los nuevos retos de sostenibilidad económica ecológica social y de género se trata con ello en definitiva de romper el ciclo de las desventajas que promueva un crecimiento sostenible e integrador[88].

---

85 Pérez Amorós, F.: «Derecho del trabajo y medio ambiente: unas notas introductorias», *Revista Técnico Laboral*, núm. 124, 2010 y Chacartegui Jávega, C.: «Tiempo de trabajo, género y sostenibilidad medioambiental: un win to win a través de la negociación colectiva», cit., p. 643.

86 Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 63 de 12 de enero de 2024

87 Novitz, T.: «The paradigm of sustainability in a European Social context: collective participation in protection of future interests?», *International Journal of Comparative Labour Law*, núm. 31, 2015, pp. 243 y ss.

88 Chacartegui Jávega, C.: «Ecofeminismo y corresponsabilidad: una mirada desde Cataluña», cit., p. 259 y López López, J.: «los principios rectores de la ley orgánica tres/2007

6.- La apuesta por una negociación colectiva protectora de humanos y no humanos

La negociación colectiva constituye uno de los instrumentos imprescindibles para conseguir los objetivos del movimiento ecofeminista en cada empresa o sector productivo desde varios puntos de vista: de un lado, a través de la configuración de un proceso productivo respetuoso con el medioambiente en aras a lograr la neutralidad climática; de otro, mediante la incorporación de cláusulas destinadas a garantizar la protección de los animales no humanos que convivan con las personas trabajadoras con mecanismos de conciliación o incentivos a su cuidado y, por último, garantizando el respeto al tiempo de no trabajo y promoviendo la reducción de la jornada laboral.

Desde el Comité Económico y Social Europeo se defiende que las cláusulas convencionales podrían cubrir, entre otras cosas[89]:

a) el impacto de la actividad de las empresas en el medio ambiente;

b) la protección de las personas trabajadoras frente a los efectos del medio ambiente y del cambio climático;

c) el impacto de la transformación ecológica en la actividad de una empresa por lo que respecta a la organización del trabajo, los cambios en los perfiles profesionales y las competencias de las personas trabajadoras;

d) la supervisión interna de la aplicación de las condiciones anteriores.

A nivel interno, en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva firmado en 2023 se aborda de forma específica la transición ecológica, la descarbonización energética y la economía circular, en tanto pueden alterar los procesos productivos afectando a los puestos de trabajo, las tareas y competencias que desempeñan las personas trabajadoras. Reconoce que estos fenómenos harán que surjan nuevas ocupaciones, pero también que otras desaparezcan o se transformen. Por tales razones pretende que estas transiciones sean «afrontadas de manera temprana y efectiva desde la negociación colectiva, en el marco de procesos participativos con la representación de las personas trabajadoras, para poder así sensibilizar e identificar soluciones que puedan adaptarse a las especificidades de los diferentes sectores y plantear cuestiones esenciales».

El V AENC propone «identificar nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, rediseño de los puestos de trabajo, organiza-

sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de gendermainstreaming y Empowerment», *Revista del Ministerio de Trabajo*, núm. 2, 2007, p. 53.

89 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: Negociación colectiva verde: buenas prácticas y perspectivas de futuro, 2023.

ción de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo. Para la consecución de dicho objetivo, resulta prioritario impulsar líneas de formación e información a las personas trabajadoras para asegurar su implicación ante la adopción de medidas que reclama el cambio climático». A este respecto, se necesitarán competencias más específicas relacionadas con la economía verde, como el conocimiento de los materiales sostenibles, las capacidades para medir la «impresión de huella de carbono» y las habilidades de evaluación del impacto ambiental (flora y fauna).

Así, los convenios pueden (y lo están haciendo) incorporar contenido dirigido a la lucha contra el cambio climático con cláusulas destinadas al uso eficiente de recursos, al reciclaje y a la economía circular, a la reducción de consumo energético y de materias primas, a la apuesta por las renovables, a la disminución de los residuos o a la utilización de recursos menos contaminantes, siempre teniendo en cuenta las propias peculiaridades de su actividad productiva:

— Varios son los acuerdos que apuestan (de modo genérico) por la economía circular y para ello regulan la recogida selectiva y fomento del reciclaje de los residuos generados[90], como el impulso del reciclaje de equipos eléctricos y electrónicos»[91]; la recogida selectiva[92] y el fomento del reciclaje de los residuos generados[93], con el objeto de facilitar el aprovechamiento de aquellos que sean potencialmente reciclables[94]. O bien diseñan un proyecto economía circular con el objetivo de crear empleo y explorar nuevas formas de negocio vinculadas a la movilidad sostenible[95].

90 Art. 37 Convenio colectivo del grupo Bebidas Naturales (BOE núm. 187, 05/08/2022); art. 68 Convenio colectivo del Grupo Importaco Frutos Secos (BOE núm. 213, 06/09/2021); art. 40 VIII Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípode, SA (BOE núm. 114, 13/05/2021); art. 64 VII Convenio colectivo de Supermercados Grupo Eroski (BOE núm. 101, 28/04/2022).

91 Art. 39 Convenio colectivo de Fundación Telefónica (BOE núm. 181 de 31 de julio de 2023)

92 Disposición adicional 7.ª Convenio colectivo del Organismo Autónomo de Parques, Jardines y Biodiversidad Urbana del Ayuntamiento de València para los años 2022-2024 (BO Valencia, núm. 88, de 9 de mayo de 2023); disposición adicional 2.ª Convenio colectivo de la empresa Sociedad Anónima Municipal Actuaciones Urbanas de València (AUMSA) (BO Valencia, núm. 101, de 26 de mayo de 2023).

93 Disposición adicional 5 Conveni col·lectiu de treball del sector del comerç tèxtil de la província de Barcelona per als anys 2022-2024 (BO Barcelona 31 de enero de 2023)

94 Art. 27 VI Acuerdo marco del Grupo ArcelorMittal en España (BOE núm. 97, 24/04/2017).

95 Cláusula final 1.ª XX Convenio colectivo de SEAT (BOE núm. 234, de 29 de septiembre de 2022).

— Abogan por un uso eficiente de los recursos y un menor consumo energético[96] mediante la reducción del consumo de agua[97], de papel y de otros bienes consumibles[98]; a través de un Sistema de Gestión Energética que cumple con los requisitos de la norma UNE-EN ISO 50.001:2018[99]; o mediante la utilización de energías renovables[100], como las placas fotovoltaicas[101]. O apuestan por reducir las emisiones de gases invernadero[102].

— Promueven la utilización de materias primas o recursos menos contaminantes mediante la sustitución de aquellos materiales que en su producción y utilización provocan un deterioro medioambiental[103].

— Se comprometen al fomento de la distribución y utilización de productos más respetuosos con el medio ambiente[104].

---

96 Art. 64 VII Convenio colectivo de Supermercados Grupo Eroski (BOE núm. 101, 28/04/2022); Disposición adicional 5 Conveni col·lectiu de treball del sector del comerç tèxtil de la província de Barcelona per als anys 2022-2024 (BO Barcelona 31 de enero de 2023); Art. 58 Convenio colectivo estatal del sector de Agencias de Viajes (BOE núm. 210, de 2 de septiembre de 2023); Disposición adicional 7.ª Convenio colectivo del Organismo Autónomo de Parques, Jardines y Biodiversidad Urbana del Ayuntamiento de València para los años 2022-2024 (BO Valencia, núm. 88, de 9 de mayo de 2023); disposición adicional 2.ª Convenio colectivo de la empresa Sociedad Anónima Municipal Actuaciones Urbanas de València (AUMSA) (BO Valencia, núm. 101, de 26 de mayo de 2023).

97 Art. 39 convenio colectivo de la empresa Roquette Laisa España (BO Valencia, núm. 95, de 18 de mayo de 2023).

98 Disposición adicional 5 Conveni col·lectiu de treball del sector del comerç tèxtil de la província de Barcelona per als anys 2022-2024 (BO Barcelona 31 de enero de 2023)

99 Art. 50 Convenio Colectivo de la empresa Siderúrgica Sevillana, S.A. (BO Sevilla núm. 50, de 3 de marzo de 2022). Vinculando cambio climático y cumplimiento de la norma ISO, convenio colectivo de la empresa Roquette Laisa España, BO Extremadura núm. 15 de 24 de enero de 2022).

100 Disposición adicional 7.ª Convenio colectivo del Organismo Autónomo de Parques, Jardines y Biodiversidad Urbana del Ayuntamiento de València para los años 2022-2024 (BO Valencia, núm. 88, de 9 de mayo de 2023); disposición adicional 2.ª Convenio colectivo de la empresa Sociedad Anónima Municipal Actuaciones Urbanas de València (AUMSA) (BO Valencia, núm. 101, de 26 de mayo de 2023).

101 Art. 64 VII Convenio colectivo de Supermercados Grupo Eroski (BOE núm. 101, 28/04/2022); art. 58 VI Convenio colectivo de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE núm. 118, 18/05/2021).

102 Art. 39 convenio colectivo de la empresa Roquette Laisa España (BO Valencia, núm. 95, de 18 de mayo de 2023).

103 Art. 37 Convenio colectivo del grupo Bebidas Naturales (BOE núm. 187, 05/08/2022); art. 68 Convenio colectivo del Grupo Importaco Frutos Secos (BOE núm. 213, 06/09/2021); art. 40 VIII Convenio colectivo de Unión de Detallistas Españoles, Sociedad Cooperativa, y Trípode, SA (BOE núm. 114, 13/05/2021); Disposición adicional 5 Conveni col·lectiu de treball del sector del comerç tèxtil de la província de Barcelona per als anys 2022-2024 (BO Barcelona 31 de enero de 2023).

104 Disposición adicional 7.ª Convenio colectivo del Organismo Autónomo de Parques, Jardines y Biodiversidad Urbana del Ayuntamiento de València para los años 2022-2024 (BO Valencia,

— Impulsan planes de gestión medioambiental[105] y ahorro energético[106] siguiendo los requisitos de la norma UNE-EN ISO 14.001:2015[107]; se propone la adhesión voluntaria al Sistema Comunitario de Gestión y Auditoría Ambientales (Reglamento EMAS)[108]; o la realización de ecoauditorías[109]. Algún pacto incorpora en su sistema de clasificación profesional precisamente el grupo de técnico de medioambiente, entre cuyas funciones le adjudica la reducción de la huella de carbono[110]. Otros dan los primeros pasos comprometiéndose a realizar estudios de impacto ambiental, informando de los resultados a los representantes especializados[111]; o prevén establecer planes para la prevención y reducción de todos los tipos de contaminación y los impactos medioambientales[112].

— No falta aquél que financia proyectos encaminados al ahorro y sustitución con el objeto de mejorar la eficiencia energética en los procesos de producción; proyectos de combustible con menor relación carbono hidrógeno; proyectos de energías renovables; proyectos de aprovechamiento energético y material de residuos; proyectos de captura, usos y almacenamiento de dióxido de carbono; o proyectos de reducción de emisiones de combustión por uso de hidrógeno verde[113].

---

núm. 88, de 9 de mayo de 2023); disposición adicional 2.ª Convenio colectivo de la empresa Sociedad Anónima Municipal Actuaciones Urbanas de València (AUMSA) (BO Valencia, núm. 101, de 26 de mayo de 2023).
Vinculado con su actividad productiva, alguna cláusula prevé «evitar la pérdida de la biodiversidad y de la masa forestal, introduciendo prácticas de agricultura sostenible en los productos frescos y productos de madera procedente de bosques gestionados de manera sostenible», Art. 64 VII Convenio colectivo de Supermercados Grupo Eroski (BOE núm. 101, 28/04/2022).

105 Disposición adicional 5 Conveni col·lectiu de treball del sector del comerç tèxtil de la província de Barcelona per als anys 2022-2024 (BO Barcelona 31 de enero de 2023)

106 Art. 36 Convenio colectivo del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2023).

107 Art. 50 Convenio Colectivo de la empresa Siderúrgica Sevillana, S.A. (BO Sevilla núm. 50, de 3 de marzo de 2022). Vinculando cambio climático y cumplimiento de la norma ISO, convenio colectivo de la empresa Roquette Laisa España, BO Extremadura núm. 15 de 24 de enero de 2022).

108 Art. 58 Convenio colectivo estatal del sector de Agencias de Viajes (BOE núm. 210, de 2 de septiembre de 2023).

109 Art. 32 x Art. 32 Convenio colectivo SEDA OUTSPAN IBERIA, S.L., (BO Palencia, núm. 147, de 7 de diciembre de 2023).

110 III Convenio colectivo de Bureau Veritas Inversiones, SL (BOE núm. 168, 14/07/2022).

111 Art. 33 Convenio Colectivo de la Empresa Boston Nutraceutical Production SL (BO Valladolid núm. 167, de 31 de agosto de 2021).

112 Disposición adicional 5 Conveni col·lectiu de treball del sector del comerç tèxtil de la província de Barcelona per als anys 2022-2024 (BO Barcelona 31 de enero de 2023)

113 IV Acuerdo para la transición hacia la neutralidad climática, el uso sostenible de los recursos, la protección del medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero (BOE núm. 205, de 26 de agosto de 2022).

— Entre las medidas de mitigación del cambio climático, conviene centrar la atención en los desplazamientos laborales, en tanto el transporte por carretera supone una fuente de emisiones contaminantes y es uno de los sectores en los que el Pacto Verde europeo (y. la normativa comunitaria) ha fijado su atención, no en vano la generalización de un modelo de transporte urbano basado fundamentalmente en la utilización del vehículo privado ha generado importantes inconvenientes entre los que cabe señalar la contaminación del aire y la saturación de las vías de comunicación[114].

También la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, en su art. 16.2.a) hace una llamada a la negociación colectiva para que considere la introducción de la movilidad sostenible dentro del contenido convencional. Por su parte, la Estrategia Española de Movilidad sostenible prevé fomentar el desarrollo de Planes de transporte de centros de trabajo en aquellos centros cuyas características de dimensión de la plantilla, actividad, procesos o ubicación así lo requieran, así como Planes Mancomunados cuando varias empresas compartan un mismo centro o edificio o bien desarrollen su actividad en un mismo polígono industrial o recinto asimilable. Incluso contempla el fomento de un coordinador de movilidad, responsable de la implementación del plan en aquellas empresas de más de 400 empleados; en ambos casos, siempre dentro del diálogo social al que la Ley 34/2007 hace referencia, esto es, la negociación colectiva.

En fin, el V AENC señala que «para garantizar la reducción de emisiones y la eficiencia de las medidas que en su caso de apliquen, tanto en beneficio de las empresas como de las personas trabajadoras, se impulsarán planes de movilidad sostenible, fomentando el transporte colectivo por áreas geográficas, polígonos industriales o espacios de gran concentración de personas trabajadoras».

Al respecto, el Proyecto de Ley de Movilidad Sostenible pretende modificar el art. 85 ET con el siguiente tenor «existirá el deber de negociar medidas para promover la elaboración de planes de movilidad sostenible al trabajo con el alcance y contenido previstos en el artículo 27 de la Ley de Movilidad Sostenible, orientados a buscar soluciones de movilidad que contemplen el impulso del transporte colectivo, la movilidad de cero emisiones, la movilidad activa y la movilidad compartida o colaborativa, de cara a conseguir los objetivos de calidad del aire y reducción de emisiones, así como a evitar la congestión y prevenir los accidentes en los desplazamientos al trabajo». En el precepto mencionado, establece la obligación de negociar planes de movilidad sostenible en el trabajo para las empresas que tengan centros de trabajo con más de 500 personas trabajadoras o 250 por turno. Estos planes serán negociados con los representantes de las personas trabajadoras y su conte-

114 Art. 39.2 Convenio colectivo de Orange Espagne, SAU. (BOE núm. 251, de 18 de octubre de 2019); art. 39.2 Convenio colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, SLU (BOE núm. 251, de 18 de octubre de 2019).

nido podrá incluir soluciones de movilidad sostenible que contemplen, por ejemplo, el impulso de la movilidad activa, el transporte colectivo, la movilidad de cero emisiones, soluciones de movilidad tanto compartida como colaborativa, el teletrabajo en los casos en los que sea posible, entre otros. Asimismo, se incluirán medidas relativas a la seguridad y la prevención de accidentes en los desplazamientos al centro de trabajo.

Serán objeto de seguimiento y en ellos se tendrá en cuenta, no solamente a las personas trabajadoras del centro sino también a los visitantes, proveedores y a cualquier otra persona que requiera acceder al centro de trabajo. Para su elaboración, deberán tener en cuenta el plan de movilidad sostenible de la entidad local en cuyo ámbito territorial se ubique el centro.

— Como otro de los contenidos fundamentales a abordar por la negociación colectiva vinculados a la lucha contra el cambio climático, se encuentra la denominada transición ecológica justa, la cual supone hacer frente a los desafíos que conlleva el cambio climático[115]. Y estas transformaciones han de ser justas y equitativas, las cuales «exigen integrar los objetivos climáticos con políticas sociales y económicas destinadas a reducir la vulnerabilidad, apoyar a los afectados por el cambio climático y crear empleos dignos»[116].

Las potencialidades de la negociación colectiva en la consecución de una transición justa son evidentes. La participación de las personas trabajadoras en el diseño de esa nueva realidad puede facilitar que dichos tránsitos no se hagan en detrimento de los derechos laborales y no se olvide a nadie[117].

— En fin, y como último y novedoso contenido aparecen aquellas cláusulas dirigidas a proteger a los seres no humanos con los que se convive. En este sentido, los animales no humanos adquieren cada vez un mayor protagonismo en la vida personal de quien presta servicios retribuidos, haciéndose acreedores de tareas de cuidados y protección, no en vano en el preámbulo de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, se recoge cómo «la tenencia de animales de compañía debe llevar aparejada una responsabilidad a la altura del cuidado que se debe dar a un ser diferente a una cosa, por lo que la tenencia de animales de compañía debe suponer un compromiso con su cuidado en el transcurso del tiempo, su identificación y con su integración en el entorno». Por su parte, el Código Civil considera a los animales seres vivos dotados de sensibilidad y dispone la obligación del propietario, poseedor o titular de cualquier otro derecho sobre un animal de ejercer sus derechos sobre él y sus deberes de cuidado, respetando su cualidad de ser sintiente y su bienestar, conforme a

115 OIT: *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, Ginebra (OIT), 2015.

116 ONU: *World social report 2020 inequality in a rapidly changing world*, 2021, págs. 88 y ss.

117 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: Negociación colectiva verde: buenas prácticas y perspectivas de futuro, 2023.

las características de cada especie y las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes (art. 333.bis).

Sin embargo, esta obligación de cuidado y protección no encuentra acomodo en el ET (a salvo la mención genérica a la conciliación de la vida laboral y personal), por lo que la conflictividad asociada a esta cuestión se podría resolver atendiendo a si existe norma convencional que reconozca su disfrute[118].

Los convenios colectivos, muy tímidamente, comienzan a abordar la regulación de las necesidades de tiempo o dinero vinculadas al cuidado de un animal no humano. Así, de un lado, comienzan a recoger medidas de «tiempo-lugar» para garantizar el bienestar del animal de compañía —por ejemplo, permisos (remunerados o no), opción de teletrabajar y poder llevar al animal de compañía al centro de trabajo—. Como muestra cuantos conceden un permiso retribuido de un día, el día del hecho causante, en caso de fallecimiento de animal doméstico (o enfermedad terminal[119]), propiedad del trabajador/a o del cónyuge (en tales casos deberá acreditar la propiedad del animal, así como la cartilla sanitaria del citado animal, y el documento acreditativo del fallecimiento del mismo)[120]; una licencia retribuida por un tiempo máximo de 8 horas/año en los casos de acompañamiento a mascotas por intervención quirúrgica, cuando coincida el horario de la intervención con el del trabajo, debiendo la persona trabajadora preavisar a su superior jerárquico con la máxima antelación posible y entregar al Departamento de Recursos Humanos el certificado justificativo de la asistencia[121]. Como se observa, los acuerdos establecen la obligación de aportar la debida justificación en cada caso (a los efectos de las mascotas se considerará como tal las que previamente estén informadas a la empresa y en todo caso perros o gatos y debe ir acompañado del certificado correspondiente que justifique la falta y debidamente cumplimentada la cartilla sanitaria y correctamente censada el animal a nombre del trabajador) y fijan un número máximo (cómo máximo se tendrá este permiso una vez al año)[122].

De otro, ofrecen salario en especie o partidas extrasalariales consistentes en sufragar parcial o totalmente —o, incluso, proporcionar física y directamente— seguros, tratamientos veterinarios, asistencia y otros servicios para o relacionados con el bienestar del animal de compañía, proveer de comida

118 Muñoz Ruiz, A.B.: «Convenios colectivos «Pet Friendly»: ¿avance laboral del futuro?», *El foro de Labos*, 20/02/2024, https://www.elforodelabos.es/2024/02/convenios-colectivos-pet-friendly-avance-laboral-del-futuro/

119 Art. 20.6 Convenio colectivo de empresa Rain Forest, s. l., (BO Principado de Asturias, núm. 209, 29 de octubre de 2023).

120 Art. 33 II Convenio colectivo de Kiwokopet, SLU. (BOE núm. 177, de 26 de julio de 2023).

121 Art. 65.4 Convenio colectivo de Cegelec, SA. (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 2022).

122 Art. 20.6 Convenio colectivo de empresa Rain Forest, s. l., (BO Principado de Asturias, núm. 209, 29 de octubre de 2023).

específica y objetos para el animal, así como servicio de cuidado de los animales de compañía[123]; por ejemplo, se conceden billetes free para transporte de mascotas a las personas trabajadoras[124]

Esta tendencia se percibe con mayor fuerza en otros países[125], donde aparecen acordados permisos con el propósito de ayudar a las personas trabajadoras a afrontar la situación de estrés emocional que supone la pérdida del animal de compañía[126]; licencias retribuidas de «Pawternity» o «Mutternity» a la persona trabajadora que adopte a un perro para facilitar su incorporación a la familia[127]; o pagar una asignación mensual de 5.000 yenes a los trabajadores que adopten un gato abandonado[128].

Falta, empero, una adecuada impronta del ecofeminismo de manera transversal en los convenios colectivos que garantice sinergias entre la sensibilidad medioambiental social y de promoción de la igualdad de género[129].

7.- Bibliografía

AA.VV.: *A growth strategy for Germany, New jobs through investments in energy and environment*, 2009, http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/G20-Dokumente/Hamburg_Wachstumsstrategien/GER-Growth-Strategy.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

AA.VV.: *Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono. Mensajes normativos y principales conclusiones para los responsables de la toma de decisiones*, UNEP, 2008.

AA.VV.: *La generación de empleo en el transporte terrestre sostenible de mercancías*, ISTAS, 2012.

123 Cremades Chueca, O.: «Bienestar de los animales de compañía y derecho del trabajo: convergencias y propuestas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 479, 2024, pp. 79-114

124 Art. 86 Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, y su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico) (BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2023).

125 Muñoz Ruiz, A.B.: «Convenios colectivos «Pet Friendly»: ¿avance laboral del futuro?», *El foro de Labos*, 20/02/2024, https://www.elforodelabos.es/2024/02/convenios-colectivos-pet-friendly-avance-laboral-del-futuro/

126 Se introduce en el Convenio Colectivo del Aeropuerto de Malta: https://newsbook.com.mt/en/mia-introduces-new-special-leave-categories-for-its-employees/

127 Concedida por la empresa BrewDog en Escocia: https://www.bbc.com/mundo/noticias-39748019

128 Pagados por la empresa de tecnología Ferray Corp. con sede en Tokio: https://japantoday.com/category/features/lifestyle/tokyo-it-company-gives-employees-a-bonus-every-month-to-help-take-care-of-their-pet-cat?comment-order=popular.

129 Chacartegui Jávega, C.: «Ecofeminismo y corresponsabilidad: una mirada desde Cataluña», cit., p. 267.

AA.VV.: *Cambio climático 2014 Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*, 2014.

AA.VV.: *Informe sobre sostenibilidad en España 2017: cambio de rumbo, tiempo de acción*, Fundación Alternativas, 2017.

Álamo Bolaños, A. y Valdivielso Gómez, S.: «Aportaciones del ecofeminismo a los Objetivos de Desarrollo Sostenible», *XXXVII Seminario Interuniversitario de Teoría de la Educación Educación en la Sociedad de Conocimiento y el Desarrollo Sostenible*, 2018.

Álvarez Cuesta, H.: *Empleos verdes. Una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2016.

Álvarez Cuesta, H.: «El contenido social en las leyes contra el cambio climático», en AA.VV.: *La Gouvernance et l'enjeu de concilier l'èthique et la performance*, Pamplona (Eunsa), 2018.

Álvarez Cuesta, H.: «Transición justa y lucha contra el cambio climático en el Pacto Verde europeo y en el Proyecto de Ley de Cambio Climático en España», *Iuslabor*, núm. 2, 2020.

Álvarez Cuesta, H.: «Ecofeminismo y corresponsabilidad en el ámbito del trabajo», en AA.VV: *Conciliación y corresponsabilidad de las personas trabajadoras: presente y futuro*, Barcelona (Bosch), 2021.

Álvarez Cuesta, H.: «La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa?», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 10, núm. 1, 2022.

Cabrera Duarte, M.A.: «El ecofeminismo en el desarrollo rural sostenible», *Raudem, Revista de Estudios de las Mujeres*, vol. 2, 2014.

Carrasco, C.: «La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres?», *Mientras Tanto*, núm. 82, 2001.

Chacartegui Jávega, C.: «El avance de la negociación colectiva hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)», en *Congreso interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo*,

Chacartegui Jávega, C.: *Negociación colectiva y sostenibilidad medioambiental: un compromiso social y ecológico*, Albacete (Bomarzo), 2018.

Chacartegui Jávega, C.: «Ecofeminismo y corresponsabilidad: una mirada desde Cataluña», en AA.VV.: *Derechos@género*, Albacete (Bomarzo), 2019.

Chacartegui Jávega, C.: «Tiempo de trabajo, género y sostenibilidad medioambiental: un win to win a través de la negociación colectiva»,

en AA.VV.: *El Estatuto de los Trabajadores. 40 años después XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social), 2020.

Chacartegui Jávega, C.: «Eco-labour law intersectionalities: from the green transition to legal certainty for workers», en AA.VV.: *Labour Law and Ecology*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2022.

comité económico y social europeo: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Un planeta limpio para todos» (DO C 282 de 20.8.2019) y Dictamen del Comité Económico y Social Europeo «Justicia climática» (2018/C 081/04).

comité económico y social europeo: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La economía sostenible que necesitamos» (2020/C 106/01).

cómité económico y social europeo: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo: Negociación colectiva verde: buenas prácticas y perspectivas de futuro, 2023.

comunicación de la comisión al parlamento europeo, al consejo europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones: El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

Cremades Chueca, O.: «Bienestar de los animales de compañía y derecho del trabajo: convergencias y propuestas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 479, 2024.

Doorey, D.: «Just Transitions Law: Putting Labour Law to Work on Climate Change», *Journal of Environmental Law and Practice*, núm. 30, 2017.

Herrero, Y.: «Apuntes introductorios sobre el Ecofeminismo», *Centro de Documentación Hegoa, Boletín de recursos de información*, núm. 43, 2015.

Herrero, Y.: «Ecologismo: una cuestión de límites», *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 2016.

ipcc: *AR6 Climate Change 2021: The Physical Science Basis*, 2021.

ipcc: Synthesis report of the IPCC sixth assessment report (AR6), 19 de marzo de 2023.

Lara Ortiz, M.ª L.: Instrumentos jurídicos en la lucha contra el cambio climático, En *Cambio climático y Derecho social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Jaén (Uja editorial), 2021.

López López, J.: «los principios rectores de la ley orgánica tres/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de gendermainstreaming y Empowerment», *Revista del Ministerio de Trabajo*, núm. 2, 2007.

López Rodríguez, J.: «The promotion of both decent and Green jobs through cooperatives», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 54, 2019.

mckinsey global institute: Climate risk and response, 2020.

Merino Martos, A.: «Por una transición justa con igualdad de género», *Revista C8M*, núm. 10, 2021.

Merino Martos, A.: «Una visión de género ante los retos laborales del cambio climático», *Trabajadora*, núm. 80, 2023.

Mies, M. y **Shiva, V**.: *Ecofeminismo*, Icaria, 1997.

Miñarro Yanini, M.: «Una nueva dimensión de las políticas de mercado de trabajo: qué es y cómo se fomenta el empleo verde», en AA.VV.: *Cambio climático y Derecho Social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, Jaén (Uja Editorial), 2022.

Muñoz Ruiz, A.B.: «Convenios colectivos «Pet Friendly»: ¿avance laboral del futuro?», *El foro de Labos*, 20/02/2024, https://www.elforodelabos.es/2024/02/convenios-colectivos-pet-friendly-avance-laboral-del-futuro/

Novitz, T.: «The paradigm of sustainability in a European Social context: collective participation in protection of future interests?», *International Journal of Comparative Labour Law*, núm. 31, 2015.

observatorio de la sostenibilidad en españa y fundación biodiversidad: *Informe de Empleo verde en una economía sostenible*, 2009.

oficina de política europea wwf: *Empleo verde en Europa. Oportunidades y perspectivas futuras: resumen ejecutivo*, 2009.

oit: *Empleos verdes. Hechos y cifras*, Ginebra (OIT), 2008.

oit: *Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*, Ginebra (OIT), 2008.

oit: *The social and decent work dimensions of a new Agreement on Climate Change*, Ginebra (OIT), 2009.

oit: *Estrategias territoriales innovadoras para empleos más verdes. Iniciativas latinoamericanas y europeas en busca de una mayor cohesión social*, ITC, Centro Internacional de Formación, 2010.

oit: *What is a Green job?*, Ginebra (OIT), 2013.

OIT: *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, Ginebra (OIT), 2015.

OIT: *Competencias profesionales para un futuro más ecológico: Conclusiones principales*, Ginebra (OIT), 2019.

ONU: *World social report 2020 inequality in a rapidly changing world*, 2021.

Pérez Amorós, F.: «Derecho del trabajo y medio ambiente: unas notas introductorias», *Revista Técnico Laboral*, núm. 124, 2010.

Polany, K.: *The great transformation*, Boston (Beacon Press), 1944.

Puleo, A.H.: «Mujeres por un mundo sostenible», *Dossiers Feministes*, núm. 14, 2010.

Ecofeminismo para otro mundo posible, Madrid (Ediciones Cátedra), 2011.

«¿Qué es el ecofeminismo?», *Quaderns de la Mediterrània*, núm. 25, 2017.

Ramos Quintana, M.: «Transformaciones del trabajo y derechos de las mujeres», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 18, 2016.

rapport de conseil d'orientation pour l'emploi: *Croissance verte et emploi. France*, January 2010, http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/104000053/index.shtml.

Rojo Torrecilla, E.: «El trabajo decente en normas y documentos de la OIT», en *Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social/OIT), 2020.

Rosemberg, A.: «Llevar a cabo una transición justa. Las conexiones entre el cambio climático y el empleo, y propuestas para futuras investigaciones», *Boletín Internacional de Investigación Sindical,* núm. 2, vol. 2, 2010.

Rosnick, D. y **Weisbrot, M**.: «Are shorter hours good for the environment? A comparison of U.S. and European energy consumption», *Washington, Center for Economic and Policy Research*, 2006.

Solís Espallargas, C.: «Ecofeminismo ante la crisis global», en *Investigación y género. Inseparables en el presente y en el futuro: IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*, Sevilla, 2012.

Tomás Carpi, J.A.: «El empleo verde en Espala: evolución y perspectivas», en AA.VV.: *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales*, Murcia (Laborum), 2013.

UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION: *Practitioner's Guide to Strategic Green Industrial Policy*, 2016.

VICENTE GIMÉNEZ, T.: «Propuestas integracionistas desde la idea de solidaridad humana e integridad ecológica: el movimiento ecofeminista», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 26, 2008.

ZBYSZEWSKA, A.: «Regulation work with people and 'nature' in mind: What does a feminist perspective offer?», 40 *Comp. Lab. L. & Pol'y J*. 2019.

CAPÍTULO X

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DEL IMPACTO DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA EN EL EMPLEO DE LAS MUJERES

Francisco Xabiere Gómez García

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad de León[1]

Sumario: 1.- Un contexto de transición medioambiental. 2.- Efectos de la transición ecológica en las empresas y el empleo. 3.- El enfoque desde el mundo del trabajo. 4.- El empleo de las mujeres ante un escenario incierto (o quizá no tanto). 5.- La formación y recualificación como panacea. 6.- El teletrabajo, la moderna solución para todos los males. 7.- Las enseñanzas de la ciencia feminista. El necesario cambio de paradigma. 8.- Epílogo. 9.- Bibliografía.

1.- Un contexto de transición medioambiental

La Constitución Española estableció ya en 1978, en su art. 45.1 CE, que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo», mientras que, desde el 26 de julio de 2022, la resolución de la ONU titulada «El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible (A/RES/76/300)» ha elevado el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible a la categoría de derecho humano.

Fue precisamente bajo el auspicio de este último organismo que, en 1992, tuvo lugar la Convención Marco sobre el Cambio Climático, entre cuyos

1 La investigación para este capítulo ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación TED2021-129526B-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado «Hacia una transición ecológica justa: los empleos verdes como estrategia frente a la despoblación».

resultados únicamente se reconocía (y de una forma tímida) cierta vulnerabilidad de todos los países a los posibles efectos del cambio climático. Sin embargo, en una fecha más reciente, el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática, comienza afirmando que el cambio climático supone una amenaza existencial, motivo por el cual se requiere ser más ambiciosos e intensificar las acciones por el clima. A la vista del cambio de cariz en el tenor de los textos, aunque procedan de organismos y de ámbitos diferentes, podemos afirmar sin género de duda que como humanidad no lo hemos hecho muy bien en estas tres últimas décadas, dado que este riesgo climático de ninguna manera era desconocido más allá de los ámbitos científicos y académicos, sino que, por el contrario, «hasta época muy reciente no se le ha dado suficiente espacio en el debate público ni en el derecho positivo»[2].

A tenor del último informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), los cambios observados últimamente no tienen precedentes en miles de años, con niveles alarmantes de emisiones de gases de efecto invernadero y temperaturas medias que han aumentado 0'6 ºC en los últimos 40 años. Si tenemos en cuenta que un aumento superior a 1'5 ºC configura un entorno peligroso y uno superior a 3 ºC sería catastrófico, parece que en los próximos años estamos encaminados a vivir adversidades como la reducción de fuentes de agua, la disminución de la biodiversidad o los episodios de clima extremo[3]. La actual cifra de 1'1 ºC, causada de forma incontrovertible por la acción humana (de ahí que en ocasiones de denomine calentamiento antropogénico[4]) y principalmente por la quema de combustibles fósiles desde la Revolución Industrial, nos encamina por ahora a un aumento de la temperatura de 2'6 ºC a nivel global[5], en un escenario que podría ser peor viendo la falta de acuerdos ambiciosos de carácter vinculante en las dos últimas ediciones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, en Sharm el-Sheij [COP 27] y en Dubái [COP 28], donde ni siquiera han sido fijados plazos para el abandono de los combustibles fósiles.

---

2 Torre-Schaub, M.: «La emergencia (urgencia) climática: una construcción híbrida. Aspectos jurídicos, científicos y políticos», en AA.VV. (Pérez De Los Cobos Hernández, E., coord.), *Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática en tiempos de emergencia*, Valencia (Tirant lo blanch), 2020, p. 42.

3 Solà Pardell, O.: *El derecho humano al medio ambiente: una propuesta ecocéntrica*, Bilbao (Deusto), 2022.

4 Forster, P.M. y otros: «Indicators of Global Climate Change 2023: annual update of key indicators of the state of the climate system and human influence», *Earth System Science Data*, vol. 16, núm. 6, 2024, pp. 2625-2658.

5 Robaina, E.: «El plan del IPCC no es ideal, pero puede funcionar». *Climática*, núm. 1, 2022, p. 7.

Pese a esta negativa evolución o quién sabe si debido a ella, la Comunicación de la Comisión, de 11 de diciembre de 2019, denominada «Pacto Verde Europeo [COM(2019) 640 final]», establece este mismo periodo temporal de treinta años para transformar la Unión «en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos», en consonancia con los objetivos establecidos en el Pacto de Glasgow para el Clima, dentro de la COP 26, celebrada en Escocia entre octubre y noviembre de 2021.

Obviamente, este desiderátum tiene casi nulos visos de hacerse realidad, pero sí nos apunta a que, en una u otra forma, habrá cambios en el modelo productivo actual y, con ello, implicaciones para el empleo. De hecho, ya ha comenzado este tránsito a través de dos tipos de estrategias que, al fin y a la postre, no dejan de ser complementarias: por un lado, las de mitigación, las cuales intentan frenar los efectos del proceso de cambio climático mediante la eliminación o la reducción de las fuentes emisoras de carbono y gases de efecto invernadero, por ejemplo, fomentando una movilidad más eficiente o mejorando el almacenamiento de estos gases al incrementar las masas forestales; por el otro, las de adaptación, las cuales intentan adecuarse a los efectos nocivos (actuales o futuros) a través de la mejora de infraestructuras o configurando planes de emergencia.

2.- Efectos de la transición ecológica en las empresas y el empleo

Partiendo de que el concepto de transición implica el cambio de un modo de ser y estar a otro distinto, es necesario saber hacia dónde vamos y cómo queremos ir, como única forma para poder comprender las alteraciones que podremos llegar a enfrentar en los ámbitos económico y laboral. Por ahora, parece que el único objetivo claro es el marcado por el Acuerdo de París[6], cuyo art. 2.1.a) procura «mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1'5 °C con respecto a los niveles preindustriales». Cuestión diferente es si, a tenor de lo vivido en las últimas décadas donde la negación ha convivido con la pasividad, este propósito será suficiente o la realidad obligará a esfuerzos más arduos donde los efectos futuros sean mayores que los que, hoy por hoy, nos son expuestos.

6 Tanto el Acuerdo como la Decisión del Consejo relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de París aprobado en virtud de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, aparecen en el DOUE L 282 de 19.10.2016.

En cualquier caso, el Consejo de la Unión Europea en su Recomendación, de 16 de junio de 2022, para garantizar una transición justa hacia la neutralidad climática [2022/C 243/04], considera que los efectos de la transición ecológica en las empresas y el empleo van a variar «según el sector, la ocupación, la región y el país [aquí quizá también hubiera debido añadir el sexo], lo que implicará cambios en el empleo dentro de los sectores y los ecosistemas industriales, así como grandes redistribuciones de la mano de obra entre ellos». Es decir, que están previstas reestructuraciones empresariales y ajustes en el empleo que, por ejemplo, harán menguar los puestos de trabajo en ciertos segmentos del sector de la movilidad, en algunas actividades mineras y en la producción de energía basada en combustibles fósiles; mientras que esperan nuevas oportunidades de empleo, por ejemplo, en la producción de transportes y energías sostenibles o en las actividades circulares de conservación del valor, como pueden ser las relacionadas con el reciclaje.

Ante esta situación, las principales preocupaciones de los distintos actores institucionales —incluyendo, además de los ya citados, otros como la OCDE, el FMI o el Banco Mundial—, siguiendo los dos tipos de estrategias comentadas, han residido básicamente en encontrar nuevas formas de producción «más sostenibles», desarrollar trabajos y competencias «verdes», ajustar mejor la oferta y la demanda de mano de obra y anticipar las consecuencias económicas en sectores que, con los cambios, podrían llegar a desaparecer[7].

Respecto al Estado español, mientras el art. 1 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, reconoce que busca «promover la adaptación a los impactos del cambio climático y la implantación de un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente y contribuya a la reducción de las desigualdades», un instrumento de desarrollo como es el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) para el periodo 2021-2030, no ha tenido a bien incluir al empleo como merecedor de uno de sus 18 objetivos por ámbito de actuación —consideración que sí merecen «la Paz» o «el Sistema financiero»—, dejando para las cuestiones laborales solo alguna mención dentro del epígrafe «Educación y sociedad».

En este sentido, conectando con las preocupaciones ya mencionadas, una de las propuestas surgidas de uno de los seminarios del PNACC —recogida en el informe «Adaptación al cambio climático: sociedad, educación y estilos de vida» (2020)— consiste en revisar las cualificaciones necesarias para un mercado de trabajo que esté adaptado al cambio climático, así como definir un plan de formación continua a partir del diagnóstico de competencias, cuestión que encierra algunas peculiaridades que serán tratadas en un epígrafe posterior de este escrito.

7 Zbyszewska, A.: «Regulating work with people and 'nature' in mind: feminist reflections», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 40, núm. 1, 2018, p. 25.

3.- El enfoque desde el mundo del trabajo

Ya en 2013, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó, en la 102.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, una resolución y un conjunto de conclusiones relativas al desarrollo sostenible, el trabajo decente y los empleos verdes, las cuales plantearon un marco de políticas para una transición justa. En las directrices que la desarrollan[8], se hace hincapié en que el desarrollo sostenible abarca tres dimensiones interrelacionadas (la económica, la ambiental y la social) que revisten igual importancia y, por ello, deben abordarse necesariamente de forma conjunta siguiendo políticas que no pierdan nunca de vista los principios de «no talla única para todos» y «no dejar a nadie atrás».

A esas alturas la OIT era ya consciente de que el trabajo estaba en crisis, debido primordialmente a que la financiarización ha llevado a las empresas a centrarse en aquellas atribuciones que les producen un mayor retorno económico, mientras que el resto de tareas se han externalizado, deslocalizado y trasferido a trabajadores temporales y autónomos, reduciendo los estándares mínimos del trabajo digno[9], más allá de la mera divergencia entre el crecimiento de la productividad y el relativo estancamiento de las retribuciones salariales iniciada con la era del neoliberalismo.

Por ello, la nueva fase histórica lleva al órgano tripartito a señalar una oportunidad donde, bien gestionadas, las transiciones hacia economías ambiental y socialmente sostenibles pueden constituir un importante motor para la creación de puestos de trabajo, la mejora de la calidad del empleo, la justicia social y la erradicación de la pobreza. Sin embargo, nada aparece en esas disposiciones sobre la previsión de lo que podría ocurrir de no estar bien gestionadas.

Algunos instrumentos posteriores sí intentan asomarse a ese escenario de desatención o de falta de diligencia, como por ejemplo la evaluación de impacto que acompaña a la comunicación de la Comisión titulada «Intensificar la ambición climática de Europa para 2030: invertir en un futuro climáticamente neutro en beneficio de nuestros ciudadanos [COM(2020) 562 final]», la cual expone que podría implicar pérdidas del PIB de hasta un 0,39 % en la Unión y destrucción de empleo de hasta un 0,26 %; y, de igual forma, el preámbulo de la ley española de cambio climático y transición energética, el cual afirma que aparecerían más riesgos y costes, los cuales además serían distribuidos de forma injusta.

---

8 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, Ginebra (OIT), 2015.

9 Sobre esta crisis del trabajo véase LUCE, S.: «Another World (of Work) Is Possible», en AA.VV. (CALHOUN, C. y FONG, B.Y., eds.): *The green new deal and the future of work*, Nueva York (Columbia University Press), 2022.

En esta última idea también ha insistido la ONU en la resolución ya citada sobre «El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible», al reconocer que, aunque este asunto afecte a personas y comunidades de todo el mundo, las consecuencias «se dejan sentir con más fuerza en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones de vulnerabilidad», entre ellos las mujeres y las niñas, siendo probablemente esta posición de vulnerabilidad lo que ha llevado al legislador español a incluir la igualdad entre mujeres y hombres como parte de los principios rectores (art. 2) de la citada ley de cambio climático y transición energética.

Sea como fuere, el liderazgo de la OIT ha llevado a que, en la Cumbre de Acción Climática de las Naciones Unidas del año 2019, se haya conseguido el compromiso de 46 estados para ubicar los empleos en el corazón de las acciones climáticas ambiciosas, a través de la Iniciativa de Acción Climática para el Empleo. Sin embargo, ya ha surgido algún efecto indeseado cuando algún gobierno ha manipulado el principio de «transición justa» con el objetivo de justificar retrasos en la implementación de las políticas climáticas, usando el empleo como escudo para contrarrestar la necesaria protección del medioambiente[10].

Resulta algo paradójico que, aunque el cambio climático y la degradación medioambiental tienen un impacto directo e indirecto en las personas trabajadoras, los sindicatos no siempre tienen participación en el proceso de elaboración de las políticas públicas, aunque bien es cierto que tienen la capacidad para incluir la sostenibilidad dentro de sus competencias a través de la herramienta de la negociación colectiva[11]. Sin embargo, los primeros datos indican que en el Estado español este tipo de cláusulas solo fueron incluidas en el 7,86 % de los convenios, los cuales afectaban al 10,61 % de las personas trabajadoras; algo no muy halagüeño, cuando asimismo se ha constatado que, en muchas ocasiones, estas estipulaciones suelen concretarse en declaraciones más o menos programáticas sin un alto grado de concreción o tratamiento pormenorizado[12], es decir, en auténticos brindis al sol.

4.- El empleo de las mujeres ante un escenario incierto (o quizá no tanto)

La Plataforma de Acción de Beijing, derivada de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995), ya incluía un apartado dedicado a la mujer y

10 Tomassetti, P. y Bugada, A.: «The labour-environment nexus under the EU Law», en AA.VV. (Chacartegui Jávega, C., ed.): *Labour law and ecology*, Pamplona (Thomson Reuters-Aranzadi), 2022, pp. 218-219.

11 Bruurs, S. y Huybrechts, S.: «Sustainability through collective labour agreements», en AA.VV. (Chacartegui Jávega, C., ed.): *Labour law and ecology*, Pamplona (Thomson Reuters-Aranzadi), 2022, p. 196.

12 Vicente Peralta, M.C. y Rocha Sánchez, F.: «La negociación colectiva ante un nuevo escenario socioeconómico», *Revista de Derecho Social*, núm. 99, 2022, p. 220.

el medio ambiente. En este, era resaltada la función de las mujeres para la promoción del desarrollo sostenible desde su papel de consumidoras, cuidadoras de su familia y educadoras; demandando por ello una participación activa en la adopción de decisiones relativas al medio ambiente en todos los niveles y la integración de la perspectiva de género en las políticas y programas sobre este asunto.

Respecto de los trabajos, ya no estamos, por fortuna, en los tiempos donde se consideraba que había tareas propias de las mujeres, que eran «casi naturales para su sexo», pero incluso en ellos, al menos en el plano académico, ya se reconocía que «su labor se remonta hasta los primeros tiempos», diferenciando a la mujer trabajadora de la obrera nacida a raíz de la revolución industrial[13]. Es decir, que el significado de la palabra «trabajo» para las mujeres excede con mucho de los estrechos márgenes tutelados por el Derecho del Trabajo, cuestión relevante aquí no olvidada, aunque no sea el objeto concreto de esta investigación.

Habiendo dejado sentado esto y poniendo el foco exclusivamente en el ámbito del empleo, es posible afirmar que no hay muchas certezas sobre el impacto que el cambio climático y las subsiguientes decisiones políticas derivadas van a tener en el mundo laboral. Por ejemplo, es obvio que habrá puestos de trabajo que deban redefinirse o sean sustituidos por otros parecidos, pero la gran incógnita es anticipar el saldo final entre aquellas ocupaciones que desaparecerán definitivamente y las que serán creadas a partir de las nuevas coordenadas exigidas por un modelo «verde».

Con datos numéricos de por medio, la Agencia Internacional de las Energías Renovables, en el resumen ejecutivo de su informe «Perspectiva mundial de las transiciones energéticas 2022: ruta de 1,5 °C», proyecta a nivel mundial para 2030, de apostar sin reparos por los procesos de descarbonización y la limitación de 1'5 °C en el aumento de la temperatura con respecto a los niveles preindustriales, unos 26'5 millones de empleos adicionales en energías renovables y 58'3 millones de empleos adicionales en eficiencia energética, redes eléctricas y flexibilidad e hidrógeno, compensando así con creces las pérdidas de 16 millones de empleos en las industrias de combustibles fósiles y nuclear[14]. Por de pronto, los ejemplos de Asturias y León no parecen muy alentadores[15], puede que porque, como ha sido apuntado[16], el efecto traumático a corto plazo en el empleo, con ajustes de plantilla de

13 Martínez Vivot, J.J.: *Trabajo de menores y de mujeres*. Buenos Aires (Depalma), 1964, p. 127.

14 IRENA: *Perspectiva mundial de las transiciones energéticas 2022: ruta de 1,5 ºC.*, Abu Dabi (Agencia Internacional de las Energías Renovables), 2022, p. 18.

15 Álvarez Cuesta, H.: «Transición energética y políticas de empleo verde: el caso de la minería del carbón en el noroeste de España», *Labos*, vol. 3, núm. 3, 2022, p. 173.

16 Miñarro Yanini, M.: «Instrumentos laborales de flexibilidad interna al servicio (también) de la transición ecológica justa», *Noticias CIELO*, núm. 2, 2023, pp. 1-2.

entidad y duración variables, mudará a medio-largo plazo en un resultado positivo en términos de empleo; aunque lo cierto es que en estos concretos casos todavía no aparecen siquiera brotes verdes.

Por sectores, a nivel europeo algunos han sido considerados muy vulnerables a los efectos directos del cambio climático, como la agricultura, el turismo, los seguros, la silvicultura, la pesca, las infraestructuras y la producción de energía[17]; si bien su alta exposición no tiene que traducirse, al menos en el corto plazo, en descenso de empleos, como así lo atestiguan la expansión de las energías renovables o el segmento del ecoturismo. Aunque cabe resaltar que de materializarse el debilitamiento en algunos de esos sectores, en especial el agrario, esto afectará negativamente al tejido socioeconómico del medio rural, aumentando la despoblación, como así sostiene el propio Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico en su informe «Impactos y riesgos derivados del cambio climático en España» (2021).

En cualquier caso, la organización «Sustainlabour-Fundación Laboral Internacional para el Desarrollo Sostenible» ya advertía, en su informe de 2010 titulado «Green Jobs and Women Workers: Employment, Equity, Equality», que la mayoría de los nuevos empleos parece que ocurrirán en los sectores de la construcción (vg. rehabilitación de edificios), la producción (vg. vehículos eficientes) y la ingeniería (vg. informática), siendo ámbitos en los cuales precisamente las mujeres están significativamente infrarrepresentadas. De este modo, tanto por los sectores implicados como por los puestos que ocupan las mujeres en ellos, más en las labores administrativas que en las especializadas, el panorama futuro sugiere una posible ampliación de las brechas de género ocupacional y salarial.

Dentro de los nuevos nichos laborales en crecimiento se manifiesta a modo de oasis para el empleo femenino el de los servicios de los ecosistemas, con actividades como la educación ambiental o el viverismo y profesiones técnicas de medioambiente o de gestión del ciclo del agua[18]. Por el contrario, según datos de la Agencia Internacional de las Energías Renovables[19], las mujeres solo representan el 32 % del total de los empleos del sector de las energías renovables, siendo ciertamente superior al 22 % del sector del gas y el petróleo, pero todavía lejos del 48 % de su participación en el conjunto del mercado laboral.

---

17 Rosemberg, A.: «Building a just transition: The linkages between climate change and employment», *International journal of labour research*, vol. 2, núm. 2, 2010, p. 131.

18 Gómez García, F.X.: «El mundo rural como nuevo polo tecnológico y de innovación», en AA.VV. (Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta, H., dirs.): *La economía social como palanca para la sostenibilidad en los territorios rurales*, Valencia (Tirant lo blanch), 2021, pp. 424-427.

19 Recogidos en Merino Martos, A.: «La incipiente transición energética justa en España», *Noticias CIELO*, núm. 2, 2023.

En otro sector en auge como el de las TIC, donde la expansión de puestos en Europa viene reflejada por el crecimiento desde los 6 millones a 8,9 en los últimos ocho años (+48 %), y que la UE espera ampliar hasta los 20 millones en los próximos ocho (+124 %) según indica el «Digital Economy and Society Index (DESI) 2022» de la Comisión Europea, solo el 19 % de especialistas en la Unión son mujeres. De hecho, en el marco español únicamente el 1,6 % de las mujeres se dedican al sector de las tecnologías digitales, mientras que, en el caso de los hombres, este porcentaje alcanza el 5,6 % respecto al empleo masculino[20].

5.- La formación y recualificación como panacea

Entendiendo que para realizar una transición adecuada será necesario el cambio en ciertos modos de trabajar y el uso de tecnologías apropiadas, es indiscutible que la formación, en especial la continua, será un elemento básico para el reciclaje profesional, algo que, por otra parte, ya no resulta una novedad en nuestra era digital. El compromiso con estos mecanismos ha llevado al «Pacto Verde Europeo» a poner sobre la mesa el «Fondo Social Europeo+», al objeto de ayudar «a los trabajadores europeos a adquirir las competencias que necesitan para pasar de sectores en declive a sectores en expansión y adaptarse a nuevos procesos», lo que debería realizarse teniendo en cuenta el mentado futuro impacto de género. En esta misma línea, desde la doctrina iuslaboralista se ha propuesto para las mujeres idear políticas de formación específicas para una economía verde con perspectiva de género, además de emprender políticas de empleo activas que reduzcan el desempleo femenino, en especial neutralizando los efectos de las reestructuraciones sobre sectores altamente feminizados[21].

Dentro del fomento de las nuevas competencias, está siendo muy anunciado el impulso relevante de cara al acceso de las mujeres a la educación y las carreras STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas), donde en casi todas las áreas, salvo en lo relacionado con la salud, están infrarrepresentadas. Según los últimos datos del Ministerio de Universidades, pertenecientes al año académico 2020/2021, en los grados del sistema universitario español eran hombres un 86 % del estudiantado de informática, un 74 % de las Ingenierías

20 Arruga Segura, M.C.: «El papel de las TIC en la Transición Justa: una aproximación a las competencias digitales», en AA.VV. (Blázquez Agudo, E.M. y Sierra Hernaiz, E., dirs.): *Transición justa desde la perspectiva de género*, Cizur Menor (Aranzadi), 2022, p. 201.

21 Sierra Hernáiz, E.: «La transición justa como instrumento de lucha contra la discriminación de sexo en el marco de las relaciones socio-laborales», en AA.VV. (Blázquez Agudo, E.M. y Sierra Hernaiz, E., dirs.): *Transición justa desde la perspectiva de género*, Cizur Menor (Aranzadi), 2022, pp. 82-83.

o un 64 % en los estudios de Matemáticas y Estadística[22]. Cabe recordar que la UNESCO considera que la inclusión de mujeres en estas ciencias «promueve la excelencia e impulsa la calidad de los resultados de STEM, puesto que las distintas perspectivas agregan creatividad, reducen los sesgos potenciales y promueven conocimientos y soluciones más sólidas»[23].

La brecha de género en estas áreas está causada por varios factores cuya representación más gráfica es la de la «tubería con fugas» donde por cada uno de sus codos se va perdiendo líquido, lo que en este caso serían las mujeres dentro de la carrera o profesión, hasta llegar al extremo final donde la cantidad resultante es bastante menor de la inicial. Por lo tanto, mientras no se afronten correctamente estos factores diversos, como las necesidades de conciliar, los techos de cristal, los sesgos en los procesos de selección, etc., el empujar a más mujeres hacia estos estudios puede llegar a proporcionar una imagen distorsionada de la realidad, simplemente por una mera cuestión de probabilidades, donde más mujeres de inicio implicará obtener una cantidad final mayor.

Es decir, sin desmerecer la importancia de la cuestión cuantitativa y el posibilitar el acceso a las mujeres hacia un nicho laboral creciente que incluso podría aportar mejores ingresos respecto de otras profesiones, desde el punto de vista de los estudios de género no debe perderse la perspectiva de los obstáculos que permanecen en el camino de las mujeres que hoy por hoy ya son proclives al ámbito STEM y que, ineludiblemente, deben ser eliminados. Esto es, que no estamos ante un mero problema vocacional, pues como la propia UNESCO afirma: «las mujeres abandonan las disciplinas STEM en forma desproporcionada durante sus estudios, durante la transición al mundo del trabajo e incluso durante su trayectoria profesional»[24].

6.- El teletrabajo, la moderna solución para todos los males

Los momentos más duros de la pandemia de COVID-19 sirvieron de experimento puntual para la expansión del desarrollo del teletrabajo y también para

22 Diferencia que también ocurre en el sentido contrario, con un 82 % de mujeres en el estudiantado de enfermería, un 76 % en psicología o un 69 % en medicina. Datos del Ministerio de Universidades divulgados en «Universidades se marca como objetivo revertir la segregación por estereotipos de género en los estudios universitarios»: https://www.universidades.gob.es/universidades-se-marca-como-objetivo-revertir-la-segregacion-por-estereotipos-de-genero-en-los-estudios-universitarios/ [consultado el 7 de marzo de 2024].

23 UNESCO Sector de Educación: *Descifrar el código: la educación de las niñas y las mujeres en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM)*, París (UNESCO), 2019, p. 15.

24 UNESCO Sector de Educación: *Descifrar el código: la educación de las niñas y las mujeres en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM)*, París (UNESCO), 2019, p. 22.

comprobar el gran impacto que la huella humana tiene sobre la contaminación, en especial en el ámbito urbano. De ahí que haya sido inevitable asociar esta forma de trabajar a una posibilidad fiable de mitigación del calentamiento global. Pero quizá esta asociación no sea tan perfecta como cabría pensar, pues no hay que olvidar que al mismo tiempo también se restringieron todos los desplazamientos no relacionados con el empleo, algo que no es muy probable que se repita en una situación normalizada de teletrabajo.

El teletrabajo según el art. 2.b de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, es «aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación». Por lo tanto, teletrabajo no deja de ser una especialidad del trabajo a distancia, forma clásica de prestación laboral que se realiza fuera del habitual centro de trabajo y sin control directo por parte de la empresa, lo que no implica que deba realizarse desde el domicilio propio. De hecho, el teletrabajo prepandémico incluía en bastantes ocasiones el uso de los centros de trabajo de los clientes, por no hablar de la posibilidad abierta por los recientes espacios de *coworking*.

En esta misma línea de limitaciones, algunos de los datos aportados a la hora de calcular el potencial de ahorro de emisiones no suelen considerar las situaciones de teletrabajo parcial, donde la jornada diaria está dividida entre la casa y la oficina; el aumento del consumo de energía necesario para un mayor tráfico de datos; o los desplazamientos ineludibles para cubrir ciertas necesidades que solían hacerse en el mismo viaje hacia/desde el centro de trabajo. Así que «la potencial virtualidad del teletrabajo para la sostenibilidad ambiental requiere que concurran ciertas condiciones, y por supuesto, para evaluar los beneficios que puede suponer desde el punto de vista ambiental respecto del trabajo presencial, también habrá que tomar como referencia las condiciones en que este último se presta»[25].

Todo esto sin entrar a analizar en profundidad que el uso de estas tecnologías digitales depende de unas materias primas concretas de las que el Estado español «se abastece en gran medida del extranjero y para las que la competencia mundial es cada vez más feroz»[26], configurando una cadena global de producción tecnológica que dista mucho de ser un negocio limpio, cuyo primer eslabón está en gran medida ubicado en las minas de cobalto de la República Democrática del Congo, «donde los recursos se extraen a mano, sin guantes ni mascarillas y con jornadas son de 12 a 14 horas diarias»[27].

---

25 Miñarro Yanini, M.: «Cambio climático y nuevas formas de empleo: el régimen del teletrabajo en clave de gestión ecológica», *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021, p. 67.

26 En estos términos se ha manifestado la Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados en su temática de «Materiales y materias primas críticas en la transición energética». Accesible en https://oficinac.es/es/temas [consultado el 24 de mayo de 2024].

27 Press, E.: *Trabajo sucio*, Madrid (Capitán Swing), 2023, pp. 307-308.

En cualquier caso, y obviando siempre esta última consideración, como bien indica el informe de Greenpeace titulado «Un año de teletrabajo. Su impacto en la movilidad y en las emisiones de CO2», en ciudades grandes parece que el teletrabajo desde el propio domicilio puede ofrecer resultados positivos bajo un prisma medioambiental y urbanístico, aunque desde un punto de vista social podría aumentar la desigualdad, ya que no todo el mundo puede permitírselo, tanto por los insumos necesarios para su realización (aparatos, conexiones, espacios físicos adecuados, etc.), como porque los trabajos de peores condiciones son los que menos posibilidades tienen para poder implementar el trabajo a distancia.

Sea como fuere, la crisis derivada de la COVID-19 mostró varios resultados negativos para el empleo femenino. En primer lugar, una mayor reducción de empleo para las mujeres que para los hombres, con el desolador dato de que un 90 % de las que perdieron el empleo abandonaron también la fuerza de trabajo[28]. Buena parte de estas personas pasaron a incrementar el tiempo de trabajo no remunerado ante las necesidades de cuidado y educación por parte de hijos e hijas que habían visto cerrados sus centros de enseñanza. En segundo lugar, dentro de quienes mantuvieron su empleo, este aumento de las necesidades fue asumido por las mujeres por la vía del trabajo a domicilio, hasta el punto de producirse un cambio de patrón en su uso. Los datos de Eurostat muestran como en el caso español eran los hombres quienes en los últimos años acostumbraban a tener un porcentaje ligeramente superior de trabajo desde casa (por ejemplo, dos décimas en los años 2016 y 2017, reducido a una en 2018), pero la pandemia hizo que pasasen a ser las mujeres quienes tomaron ventaja (12,1 % a 9,9 % en 2020 y 10 frente a 9,1 en 2021) en esta forma de realizar la prestación laboral, manteniéndose hasta el momento actual (7,5 % frente a 6,8 % en 2023)[29].

Este refuerzo de los roles de género tradicionales ante una situación de crisis debe activar las alarmas ante un posible agravamiento de la crisis climática o los puntuales efectos negativos derivados de ella. Pero incluso ante la propia expansión del teletrabajo, el cual ya había sido promovido en el Libro Blanco del Teletrabajo como remedio ante las necesidades de conciliación[30] y que ahora aparece como estrategia de mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero, dado que, mientras la organización y la relación de los espacios público y privado estén bajo el influjo del modelo patriar-

28 Gutiérrez Pérez, M.: «Políticas públicas e inserción laboral del colectivo femenino», en AA.VV. (Hierro Hierro, F.J., dir.): *Colectivos vulnerables e inserción laboral: retos y propuestas*, Madrid (Dykinson), 2022, p. 39.

29 Datos de Eurostat actualizados a 24-04-2024. Ficha: *Employed persons working from home as a percentage of the total employment, by sex, age and professional status (%)*.

30 Así aparece en el *Libro blanco del teletrabajo en España: del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto (junio 2012)*, elaborado por el Foro EFR de la Fundación Másfamilia.

cal, las mujeres ocupan una posición devaluada o, en el mejor de los casos, extremadamente frágil[31], por lo esta conexión trabajo-domicilio puede tener un fondo perverso, devolviendo a la mujer al lugar del que tanto le costó salir y, por ende, redundando en contra de su promoción profesional[32].

7.- Las enseñanzas de la ciencia feminista. El necesario cambio de paradigma

A la economía feminista debemos que haya sido capaz de exponer las conexiones entre la explotación del trabajo (pagado e impagado) de las mujeres y el abuso de los recursos del planeta, cuyo resultado es una crisis ecológica y de reproducción social. Esta situación es, en especial, más visible en países de renta baja donde las economías de subsistencia entroncan con cuestiones como la posesión de tierras y el control del agua u otros recursos[33].

Desde este prisma, se ha puesto en evidencia que el actual modelo social construido «sobre cimientos patriarcales, antropocéntricos y capitalistas, ha puesto en riesgo los equilibrios ecológicos que permiten la vida», tanto la humana como la de otras especies, motivo por el cual está hoy en crisis, aunque intente volver a ponerse en pie[34], sobre todo apelando a una más que dudosa sostenibilidad. De hecho, indagar acerca de la sostenibilidad ambiental en cualquier buscador de internet supone obtener como primeros resultados informaciones procedentes de las páginas web de petroleras, grupos envasadores, constructoras o grandes distribuidoras de productos de consumo.

Este fenómeno es reconocido dentro de la etiqueta *greenwashing* o ecopostureo, la cual engloba diferentes comportamientos, pero que pueden resumirse en la discrepancia entre las acciones simbólicas, tendentes a desviar la atención hacia cuestiones menores o destinadas a crear una «palabrería verde» sin ninguna acción concreta, y las sustantivas que están en consonancia con un enfoque real de la sostenibilidad[35]. Este novedoso interés empresarial por la sostenibilidad ha sido debido a la presión de los colectivos

31 Salazar Benítez, O.: «Paridad y justicia de género. Algunas reflexiones críticas sobre las políticas de igualdad en España», *Comunicación y Género*, vol. 1, núm. 1, 2018, p. 18.

32 Pérez Agulla, S.: «El trabajo a distancia desde una perspectiva de género», en AA.VV. (Pérez De Los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X., dirs.): *El trabajo a distancia*, Madrid (Wolters Kluwer), 2021, p. 530.

33 Zbyszewska, A.: «Regulating work with people and 'nature' in mind: feminist reflections», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 40, núm. 1, 2018, pp. 22-23.

34 Herrero, Y.: «Vivir y trabajar en un mundo justo y sostenible», en AA.VV. (Mora Cabello De Alba, L., dir.): *La ecología del trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2015, p. 57.

35 Siano, A. y otros: «'More than words': Expanding the taxonomy of greenwashing after the Volkswagen scandal», *Journal of Business Research*, núm. 71, 2017, p. 27.

de interés público, de las organizaciones no gubernamentales, de los grupos de interés empresariales y de los propios clientes, y encuentra su motivación en que la reputación de las compañías, junto con sus resultados económicos, ha disminuido cuando sus prácticas medioambientales o laborales han provocado daños al medio ambiente o al bienestar de sus empleados[36].

Sea lo que fuere, el ecopostureo no está limitado a las empresas, sino que es posible asociarlo también a gobiernos y políticos, organizaciones internacionales (por ejemplo, Naciones Unidas, Banco Mundial, etc.), las ONG y hasta movimientos sociales y ecologistas[37]. Estrategias de lavado de imagen de las que no se libran las universidades, sirviendo como ejemplo de este *academicwashing* la creación de la «Cátedra de transición energética» impulsada por la petrolera Repsol en la Universitat de Barcelona, la Universidad Politécnica de Madrid, la Universidad Pontificia Comillas y la Universidad de Navarra, que se une al resto de cátedras similares relacionadas con compañías energéticas en los centros de la Universidad Politécnica de Cartagena, la Universidad de Salamanca, la Universidade de Vigo, la Universitat Politècnica de Catalunya, la Universidad de Zaragoza, la Universitat de Lleida, la Universidad de Sevilla, la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, la Universitat de les Illes Balears, la Universidad Internacional de Andalucía, la Universitat Rovira i Virgili o el Colegio Europa[38].

De cualquier manera, mientras el eje vertebrador de nuestros sistemas jurídicos sea la lógica propia de la economía capitalista globalizada, la cual halla fundamento en la consideración de la naturaleza como fuente inagotable de recursos y su transformación en bienes de consumo para beneficio del mercado[39], es muy posible que, frente a los particulares efectos perjudiciales que provoca el cambio climático y la degradación ambiental, para las mujeres no sea suficiente con las propuestas de la ONU incluidas en su resolución «El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible», en el sentido de «adoptar medidas con perspectiva de género», «la participación plena, igualitaria y significativa de las mujeres y las niñas», así como el reconocimiento «del papel que desempeñan las mujeres como

36 Wilson, M.C.: «A Critical Review of Environmental Sustainability Reporting in the Consumer Goods Industry: Greenwashing or Good Business?», *Journal of Management and Sustainability*, vol. 3, núm. 4, 2013.

37 Ruiz-Blanco, S. y otros: «Green, blue or black, but washing–What company characteristics determine greenwashing?», *Environment, Development and Sustainability*, núm. 24, 2022, p. 4026.

38 Vicente, S.: «El IBEX se tiñe de verde», en AA.VV. (Domínguez, D., coord.), *IBEX 35*, Madrid (MásPúblico), 2022.

39 Solà Pardell, O.: *El derecho humano al medio ambiente: una propuesta ecocéntrica*, Bilbao (Deusto), 2022, p. 271.

gestoras, líderes y defensoras de los recursos naturales y agentes de cambio para la protección del medio ambiente».

Adicionalmente, la ciencia feminista, retomando el concepto de transición y su lógica implícita de ir hacia un destino final, indica que este camino no debería transitarse sin realizar un necesario ajuste de cuentas con las formas en que el trabajo de cuidados ha sido devaluado por el capitalismo y moldeado por la división sexual del trabajo, motivo por el cual ahora es preciso reconocer al trabajo de cuidados como una verdadera «forma de empleo verde», lo que obliga necesariamente a replantearse qué es el trabajo, quién lo hace y cómo se valora[40]. La verdadera transición ecológica justa con perspectiva de género necesita repensar la relación trabajo-vida, por ejemplo, cambiando de la «lógica de la eficiencia» a una «lógica de la suficiencia», mediante modelos atentos a la reproducción social que permitan organizar el trabajo en sintonía con los cuidados y con el resto de necesidades humanas[41].

8.- Epílogo

Cuando ya se han superado los 12 meses seguidos en los que la temperatura media de la Tierra ha rebasado los 1,5 °C por encima del promedio de la era preindustrial, poca duda cabe ya de que la acción climática debe aumentar si no se quiere tener que lidiar con mayores riesgos para los ecosistemas y, por ende, para la salud de las personas.

Sin embargo, en el plano del empleo todavía no queda claro cuál va a ser la verdadera huella de este hecho climático. Por lo visto hasta ahora parece que en algunos sectores habrá fuertes impactos, como ha ocurrido con la producción de energía derivada de combustibles fósiles. Si bien estos resultados negativos pueden compensarse en sectores similares (en este caso con la producción de energías renovables), ello no implica que vaya a ocurrir en el mismo espacio geográfico, por lo que emergen como probables las migraciones de las personas trabajadoras, en un fenómeno cuya amplitud dependerá en buena medida de la capacidad de las autoridades locales para atraer proyectos relacionados con esas otras actividades que, previsiblemente, van a tener un mejor comportamiento en el nuevo mundo del trabajo resultante de la transición ecológica.

Lo que sí empieza a tener una mala perspectiva es el empleo de las mujeres. Es cierto que las actividades más castigadas hasta ahora implican a sectores claramente masculinizados, pero también es palpable como las ocu-

40 Battistoni, A.: «A Green New Deal for Care: Revaluing the Work of Social and Ecological Reproduction», en AA.VV. (Calhoun, C. y Fong, B.Y., eds.): *The green new deal and the future of work*, Nueva York (Columbia University Press), 2022, p. 108.

41 Zbyszewska, A.: «Regulating work with people and 'nature' in mind: feminist reflections», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 40, núm. 1, 2018, pp. 26-28.

paciones más pujantes adolecen de un destacado contingente femenino. La formación será clave para que las mujeres puedan estar en condiciones de acceder a estos nichos laborales, pero no es posible obviar que la ausencia actual de féminas en alguno de ellos no responde a un problema de falta de competencias y habilidades, sino a una combinación de múltiples factores cuyo origen patriarcal sugiere la posibilidad de cambios más lentos que la mera formación individual, e incluso que el resultado de unos futuribles planes de formación dirigidos específicamente a las mujeres.

Sin duda el legislador afronta un reto importante a la hora de encarar esta situación, pero, en todo caso, el cambio social necesario únicamente puede partir del movimiento feminista, no solo para eliminar estos obstáculos, sino para lidiar con el acostumbrado refuerzo de los roles de género tradicionales que acompañan a cualquier momento de crisis, como así pudo comprobarse en la reciente pandemia causada por el coronavirus SARS-CoV-2.

Precisamente, una parte de ese movimiento, cristalizado en los estudios de economía feminista, supone la principal luz que ilumina los negativos resultados derivados de la crisis ecológica y de reproducción social, gracias a que han sabido poner el foco en la situación de las mujeres en las zonas geográficas de la periferia capitalista, allí donde controlar el agua o poseer tierras poco tiene que ver con la legalidad y, desde luego, nada con la legitimidad. De forma similar, han continuado señalado al ámbito de los cuidados como espacio clave para la superación de una división sexual del trabajo que permite mantener a las mujeres en tareas impagadas[42].

Desde el estricto ámbito jurídico-laboral existen ciertas orientaciones válidas para afrontar alguna de las preocupaciones manifestadas en este estudio. Por ejemplo, respecto a este ámbito de los cuidados, en primer lugar resulta complejo conciliar la vida laboral con las necesidades de cuidado y la planificación de la corresponsabilidad (en su vertiente personal) sin cierta previsibilidad sobre los tiempos de trabajo, lo que casa mal con la potestad legal de distribución irregular de una porción de la jornada por parte de la empresa, amparada por el art. 34.2 ET[43]. Asimismo, cabe mejorar la situación del cuidador (siendo más precisos cabría hablar de cuidadora) informal, con independencia de que haya abandonado su trabajo o que ya no tuviera[44]; pero también sería posible ir más allá, de cara a valorar debidamente la impor-

42 Sobre la construcción de esta división en el capitalismo y el uso del salario masculino para acumular trabajo femenino véase Federici, S.: *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Madrid (Traficantes de sueños), 2010.

43 Argüelles Blanco, A.R.: «Conciliación y corresponsabilidad en los cuidados: líneas evolutivas y retos para los derechos laborales», en AA.VV. (Martínez Moreno, C., dir.): *El derecho del trabajo que viene*, A Coruña (Colex), 2023, pp. 127-134.

44 Cristobal Roncero, R. y García Piñeiro, N.P.: «Sobre la dependencia y los derechos del cuidador informal», en AA.VV.: *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Tomo II, Madrid (BOE), 2019, pp. 560 y ss.

tancia social que tiene el trabajo de cuidados, máxime en una sociedad con una demografía como la nuestra, pues no debiera olvidarse la gran potestad que tiene el Estado, por la vía del art. 131.1 CE, «para planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas (…) y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución».

En cuanto a la evolución del impacto de género ligada a la participación en situaciones de teletrabajo, cabe prevenir a las comisiones negociadoras del plan de igualdad de la empresa para que, en la fase de diagnóstico, recopilen y analicen los datos disponibles con vistas a que, primeramente, no se convierta esta modalidad en una vía intermedia de atención a la conciliación, ni mucho menos refleje un sesgo de falta de corresponsabilidad.

En definitiva, es posible afirmar que desde el sistema del derecho laboral aún se está lejos de poder configurar una respuesta para todas las aristas derivadas del problema ecológico en términos de principios, sujetos, reglas, sanciones, efectividades y resultados[45]; sin embargo, todavía hay lugar para la esperanza, no en vano este ámbito ha sido pionero en la construcción de los tipos de discriminación, la aplicación de acciones positivas, los planes de igualdad, etc. Es más, el propio Derecho del Trabajo nació para lidiar con el «conflicto industrial», por lo que debería tener la capacidad de integrar la cuestión de la sostenibilidad medioambiental, aunque tal vez esto sea imposible desde dentro de las coordenadas de un sistema capitalista-industrial manifiestamente insostenible[46].

9.- Bibliografía

Álvarez Cuesta, H.: «Transición energética y políticas de empleo verde: el caso de la minería del carbón en el noroeste de España», *Labos*, vol. 3, núm. 3, 2022.

Argüelles Blanco, A.R.: «Conciliación y corresponsabilidad en los cuidados: líneas evolutivas y retos para los derechos laborales», en AA.VV. (Martínez Moreno, C., dir.): *El derecho del trabajo que viene*, A Coruña (Colex), 2023

Arruga Segura, M.C.: «El papel de las TIC en la Transición Justa: una aproximación a las competencias digitales», en AA.VV. (Blázquez Agudo,

45 Zoppoli, L.: «Derecho laboral y medioambiente: *stepping stones* para un camino difícil», *Revista de Derecho Social*, núm. 99, 2022, p. 228.

46 García-Muñoz Alhambra, M.A.: «Derecho del trabajo y ecología: repensar el trabajo para un cambio de modelo productivo y de civilización que tenga en cuenta la dimensión medioambiental», en AA.VV. (Mora Cabello De Alba, L., dir.): *La ecología del trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2015, p. 53.

E.M. y Sierra Hernaiz, E., dirs.): *Transición justa desde la perspectiva de género*, Cizur Menor (Aranzadi), 2022.

Battistoni, A.: «A Green New Deal for Care: Revaluing the Work of Social and Ecological Reproduction», en AA.VV. (Calhoun, C. y Fong, B.Y., eds.): *The green new deal and the future of work*, Nueva York (Columbia University Press), 2022.

Bruurs, S. y **Huybrechts, S**.: «Sustainability through collective labour agreements», en AA.VV. (Chacartegui Jávega, C., ed.): *Labour law and ecology*, Pamplona (Thomson Reuters-Aranzadi), 2022.

Cristobal Roncero, R. y **García Piñeiro, N.P**.: «Sobre la dependencia y los derechos del cuidador informal», en AA.VV.: *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica*, Tomo II, Madrid (BOE), 2019.

Federici, S.: *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Madrid (Traficantes de sueños), 2010.

Forster, P.M. y otros: «Indicators of Global Climate Change 2023: annual update of key indicators of the state of the climate system and human influence», *Earth System Science Data*, vol. 16, núm. 6, 2024.

García-Muñoz Alhambra, M.A.: «Derecho del trabajo y ecología: repensar el trabajo para un cambio de modelo productivo y de civilización que tenga en cuenta la dimensión medioambiental», en AA.VV. (Mora Cabello De Alba, L., dir.): *La ecología del trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2015.

Gómez García, F.X.: «El mundo rural como nuevo polo tecnológico y de innovación», en AA.VV. (Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta, H., dirs.): *La economía social como palanca para la sostenibilidad en los territorios rurales*, Valencia (Tirant lo blanch), 2021.

Gutiérrez Pérez, M.: «Políticas públicas e inserción laboral del colectivo femenino», en AA.VV. (Hierro Hierro, F.J., dir.): *Colectivos vulnerables e inserción laboral: retos y propuestas*, Madrid (Dykinson), 2022.

Herrero, Y.: «Vivir y trabajar en un mundo justo y sostenible», en AA.VV. (MORA CABELLO DE ALBA, L., dir.): *La ecología del trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2015.

Irena: *Perspectiva mundial de las transiciones energéticas 2022: ruta de 1,5* °C., Abu Dabi (Agencia Internacional de las Energías Renovables), 2022.

Luce, S.: «Another World (of Work) Is Possible», en AA.VV. (CALHOUN, C. y FONG, B.Y., eds.): *The green new deal and the future of work*, Nueva York (Columbia University Press), 2022.

Martínez Vivot, J.J.: *Trabajo de menores y de mujeres*. Buenos Aires (Depalma), 1964.

Merino Martos, A.: «La incipiente transición energética justa en España», *Noticias CIELO*, núm. 2, 2023.

Miñarro Yanini, M.: «Cambio climático y nuevas formas de empleo: el régimen del teletrabajo en clave de gestión ecológica», *Revista de Derecho Social*, núm. 93, 2021.

Miñarro Yanini, M.: «Instrumentos laborales de flexibilidad interna al servicio (también) de la transición ecológica justa», *Noticias CIELO*, núm. 2, 2023.

organización internacional del trabajo: *Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos*, Ginebra (OIT), 2015.

Pérez Agulla, S.: «El trabajo a distancia desde una perspectiva de género», en AA.VV. (Pérez De Los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X., dirs.): *El trabajo a distancia*, Madrid (Wolters Kluwer), 2021.

Press, E.: *Trabajo sucio*, Madrid (Capitán Swing), 2023.

Robaina, E.: «El plan del IPCC no es ideal, pero puede funcionar». *Climática*, núm. 1, 2022.

Rosemberg, A.: «Building a just transition: The linkages between climate change and employment», *International journal of labour research*, vol. 2, núm. 2, 2010.

Ruiz-Blanco, S. y otros: «Green, blue or black, but washing–What company characteristics determine greenwashing?», *Environment, Development and Sustainability*, núm. 24, 2022.

Salazar Benítez, O.: «Paridad y justicia de género. Algunas reflexiones críticas sobre las políticas de igualdad en España», *Comunicación y Género*, vol. 1, núm. 1, 2018.

Siano, A. y otros: «'More than words': Expanding the taxonomy of greenwashing after the Volkswagen scandal», *Journal of Business Research*, núm. 71, 2017.

Sierra Hernáiz, E.: «La transición justa como instrumento de lucha contra la discriminación de sexo en el marco de las relaciones socio-laborales», en AA.VV. (Blázquez Agudo, E.M. y Sierra Hernaiz, E., dirs.): *Transición justa desde la perspectiva de género*, Cizur Menor (Aranzadi), 2022.

Solà Pardell, O.: *El derecho humano al medio ambiente: una propuesta ecocéntrica*, Bilbao (Deusto), 2022.

Tomassetti, P. y **Bugada, A**.: «The labour-environment nexus under the EU Law», en AA.VV. (Chacartegui Jávega, C., ed.): *Labour law and ecology*, Pamplona (Thomson Reuters-Aranzadi), 2022.

Torre-Schaub, M.: «La emergencia (urgencia) climática: una construcción híbrida. Aspectos jurídicos, científicos y políticos», en AA.VV. (*Pérez De Los Cobos Hernández, E.,* coord.), *Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática en tiempos de emergencia*, Valencia (Tirant lo blanch), 2020.

UNESCO, Sector de Educación: *Descifrar el código: la educación de las niñas y las mujeres en ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM)*, París (UNESCO), 2019.

Vicente, S.: «El IBEX se tiñe de verde», en AA.VV. (Domínguez, D., coord.), *IBEX 35*, Madrid (MásPúblico), 2022.

Vicente Peralta, M.C. y **Rocha Sánchez, F**.: «La negociación colectiva ante un nuevo escenario socioeconómico», *Revista de Derecho Social*, núm. 99, 2022.

Wilson, M.C.: «A Critical Review of Environmental Sustainability Reporting in the Consumer Goods Industry: Greenwashing or Good Business?», *Journal of Management and Sustainability*, vol. 3, núm. 4, 2013.

Zoppoli, L.: «Derecho laboral y medioambiente: *stepping stones* para un camino difícil», *Revista de Derecho Social*, núm. 99, 2022.

Zbyszewska, A.: «Regulating work with people and 'nature' in mind: feminist reflections», *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 40, núm. 1, 2018.

CAPÍTULO XI

AVANZANDO EN IGUALDAD EN LOS MUNDOS RURALES

M.ª Ángeles González Bustos
Universidad de Salamanca

Sumario: 1.- Contextualización del mundo rural. 2.- La necesidad de políticas adecuadas a la situación real. 3.- Políticas activas en el medio rural. 4.- La participación de la mujer rural en los órganos de toma de decisión. 5.- Breve conclusión. 6.- Bibliografía.

1.- Contextualización de la problemática existente en el mundo rural

Como es bien sabido al hablar de mundo rural nos encontramos con un marco de referencia que se presenta por pequeños núcleos de población con escaso número de habitantes, es decir con población inferior a 1.000 habitantes ya que en los municipios mayores lo urbano y lo rural pueden llegar a convivir. En los primeros vive el 3 % de la población española, y son aproximadamente 4.986 de los 8.131 municipios que existen en España[1]. En Castilla y León hay 2.248 municipios de los cuales 2.123 tienen menos de 1.000 habitantes. Y aquí se nos presenta el primer dato a tener en consideración, el lugar o territorio de residencia ya que existen grandes diferencias entre residir en zonas de costa o en las zonas periurbanas que, en la zona de montaña, o de interior,… tampoco resulta equivalente vivir en Cataluña o en Andalucía que en Castilla y León. A esto debemos sumar problemas

1 Datos del Instituto Nacional de Estadística: Estadística del Padrón continuo. Datos de 2022: https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/e245/p04/provi/&file=0tamu001.px

derivados de los desequilibrios demográficos como la masculinización o el envejecimiento de la población.

El conjunto de datos referidos influye a la hora de adoptar políticas públicas eficaces en el medio rural a lo que debemos añadir la falta de empleabilidad y de oportunidades laborales, características que van a derivar en procesos migratorios expulsores que culminaran con la temida despoblación de muchas zonas de nuestro entorno[2].

La empleabilidad en el medio rural se centra fundamentalmente en el sector primario: agricultura, ganadería, caza, silvicultura, explotación forestal, pesca y acuicultura. Se trata de trabajos duros, sin horarios preestablecidos, algunos de temporadas (recogida de cereza, aceituna ….), en los que existe una falta total de visibilidad de las mujeres ya que estas presentan escasa cotas de representación con un 28,16 % frente al 71,84 % de los hombres[3].

Por regla general para la implementación de políticas públicas se ha partido del análisis de datos generales lo que hace necesaria una desagregación de datos estadísticos por sexo, edad, nivel educativo, municipios, lugar de residencia, brecha salarial… para evaluar el grado de avance o retroceso de la igualdad en el medio rural. El examen pormenorizado de la información es fundamental para dar una respuesta adecuada a los problemas específicos de este sector e identificar las causas que puedan incidir en la desigualdad.

En este sentido, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación ha realizado un Diagnóstico de la igualdad de género en el medio rural (2021) con el objetivo de conocer el alcance de la desigualdad de género en este ámbito, identificando los factores que la provocan y así conocer la situación laboral, el uso de los tiempos, la percepción sobre la calidad de vida, la existencia de valores y actitudes sexistas a la vez que realizar un análisis comparativo de la situación de mujeres y hombres en relación al primer Diagnóstico de la Igualdad de Género en el Medio Rural publicado en 2011[4]. La información de cada objetivo específico o bloque se analiza teniendo en cuenta la edad de las personas (muestra de población de edad entre 20 y 64 años) y el tamaño de los municipios rurales donde residen.

Las conclusiones a las que se han llegado para posteriormente aprobar las diferentes políticas públicas para el periodo próximo son las siguientes[5]:

---

2 Las mujeres, junto a los jóvenes, son el colectivo que mayores problemas y debilidades tienen en el acceso y permanencia en el empleo, lo que constituye un factor importante a la hora de entender el abandono de estos del medio rural. Esto se traduce en cifras en lo siguiente: la tasa de empleo de las mujeres rurales en el 2021 es del 51,6 % frente al 60,6 % de hombres. La tasa de paro es del 17,4 % frente al 25,9 % de los hombres rurales.

3 Según datos del 2023 del INE-Encuesta de población activa (EPA), T4 2023, Madrid, 2024.

4 https://www.mapa.gob.es/es/desarrollo-rural/temas/igualdad_genero_y_des_sostenible/diagnostico_igualdad_mediorural_2021_tcm30-615197.pdf

5 Vid. supra

- Sigue existiendo una elevada tasa de envejecimiento poblacional, masculinización de las edades laboralmente activas y pérdida de natalidad, unido a que son las mujeres las que mayoritariamente emigran a los núcleos urbanos.

- Respecto al ámbito laboral se señala que, aunque ha aumentado la participación de las mujeres en el empleo (51.6 %) sin embargo siguen teniendo los salarios más bajos (600 € frente a los 1.601 € de los hombres) así como trabajos a jornada parcial (el 28,0 % de las mujeres tienen jornada parcial, frente al 19,7 % de los hombres). El empleo femenino ha comenzado a diversificarse ya que no sólo es exclusivo en el sector agrario o terciario (servicios) sino también industrial (industria manufacturera) aunque los puestos directivos son mayoritariamente ocupados por hombres. Por consiguiente, sigue existiendo segregación horizontal y vertical del mercado laboral en el medio rural.

- Los usos del tiempo se han reducido en determinados aspectos tales como el ocio y el tiempo libre, sin perjuicio de lo cual la asignación diferenciada de roles y estereotipos sigue estando plenamente vigente en el medio rural ya que son las mujeres quienes continúan ocupándose mayoritariamente de las tareas de cuidados familiares y del hogar.

- Siguen existiendo los estereotipos y roles de género pues, aunque se ha avanzado en ciertos aspectos, existen muchos que siguen perpetuándose como en el sector cuidado tanto de familiares como de las tareas domésticas. Se observa una gran falta de corresponsabilidad en el mundo rural, así como la necesidad de adoptar medidas de conciliación de la vida laboral, personal y familiar específicas para este ámbito.

- La población rural sigue demandando una mayor oferta de servicios públicos lo que repercutirá en un aumento de su calidad de vida.

Por consiguiente, la situación de la mujer en el sector rural se caracteriza por una menor representación de mujeres propietarias de terrenos con unidades de producción muy pequeñas, ausencia de estas en cuanto a la titularidad de las explotaciones agrarias o jefatura sobre la explotación aunque sean titulares de las mismas, no se percibe salario por el trabajo ni están afiliadas a la seguridad social, menor posibilidad de acceso a recursos, así como numerosas barreras para la plena participación en los órganos de toma de decisión (sindicatos, organizaciones agrarias, comunidades de regantes, cooperativas agrarias…)[6].

Entre las reivindicaciones manifestadas por las mujeres rurales cabe destacar: mayor participación en los órganos de decisión, seguridad social para todas, más visibilidad en la comunidad, potenciar la formación de las mujeres tanto en temas agrarios y ganaderos como de empoderamiento personal y colectivo, fomentar redes de apoyo, dignificar la profesión agraria, medidas

6 Vid, el estudio sobre los derechos sociales, económicos y culturales realizado por Mundubat con CERES: https://ceres.org.es/los-derechos-economicos-sociales-y-culturales-de-las-mujeres-en-el-medio-rural/

para fomentar la corresponsabilidad y posibilitar la conciliación, campañas de sensibilización para disminuir el machismo en el sector y medio rural, derecho al tiempo libre y al descanso, fomento de las oportunidades y apoyo real a la población joven, servicios públicos de calidad (mejora de las comunicaciones físicas y virtuales), implicación de los sindicatos agrarios en temas como el empoderamiento de las mujeres, el acceso de jóvenes a la actividad agraria … para evitar que se conviertan en meros gestores de ayudas, subvenciones u otros trámites.

Se ponen de manifiesto los diferentes ámbitos en los que incidir en las diferentes políticas públicas, y con estas premisas se han de construir las diferentes actuaciones, pero sin embargo, tal y como veremos, siguen sin cumplirse esas reivindicaciones a pesar de que existen políticas públicas específicas.

2.- La necesidad de políticas adecuadas a la situación real

La **Constitución Española** de 1978, sin perjuicio del art. 14 que reconoce la igualdad real y efectiva, establece en su art. 9.2 la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. En esta línea de actuación se han aprobado en nuestro país diferentes disposiciones normativas como Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, Ley 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género o la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Por cuanto a nuestro análisis se refiere la LO de igualdad señala en su art. 30, una serie de acciones encaminadas a garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito rural, proponiendo mejorar las condiciones educativas, laborales y sociosanitarias de las mujeres, así como facilitar el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación[7]. En este sentido, la **Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural**[8], que tiene como finalidad *mejorar la situación socioeconómica de las*

7 Vid. González Bustos, M.ª A.: *Mujer y desarrollo rural sostenible en el medio rural,* Atelier, 2020, pp. 43-53.

8 Esta Ley define el medio rural en el art. 3 como el espacio geográfico formado por la agregación de municipios o entidades locales menores definido por las Administraciones competentes que posean una población inferior a 30.000 habitantes y una densidad inferior a los 100 habitantes por km2. El mismo artículo define zona rural (ámbito de aplicación de

población de las zonas rurales y el acceso a unos servicios públicos suficientes y de calidad (exposición de motivos); establece en su artículo 8 el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres, así como la obligación de mitigar los desequilibrios de género y fomentar la igualdad en todas las actuaciones y programas realizados en el medio rural[9]. La Disposición final 4.ª, desarrollando el art. 30.1 de la LO de igualdad, señala que el «*Gobierno promoverá y desarrollará el régimen de cotitularidad de bienes, derechos y obligaciones en el sector agrario y la correspondiente protección de la Seguridad Social*». En virtud de este mandato se aprobó la **Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias**, con el objetivo de pretender el reconocimiento jurídico y económico de la participación de la mujer en la actividad agraria ya que la mayor parte de la titularidad de las explotaciones agrarias se encuentra en poder de los hombres, y el trabajo de las mujeres se caracteriza por su invisibilidad[10]. El darse de alta en este registro de titularidad compartida de las explotaciones agrarias tiene una serie de beneficios pues la explotación pasa a tener la condición de explotación prioritaria (trato preferente en el acceso a subvenciones de la Administración General del Estado) y goza de ventajas en la cotización a la seguridad social (acceso a una pensión contributiva originada por la coti-

las medidas derivadas del Programa de Desarrollo Rural Sostenible regulado por la Ley, de amplitud comarcal o subprovincial, delimitado y calificado por la comunidad autónoma competente) y municipio rural de pequeño tamaño (el que posea una población residente inferior a los 5.000 habitantes y esté integrado en el medio rural).

Posteriormente el artículo 10 de la Ley, sobre la delimitación y clasificación de zonas rurales, toma en consideración factores como la densidad de población, la estructura económica y los niveles de renta, y conforme a ello, las clasifica en:

- Zonas rurales a revitalizar: aquellas con escasa densidad de población, elevada significación de la actividad agraria, bajos niveles de renta, y un importante aislamiento geográfico o dificultades de vertebración territorial.
- Zonas rurales intermedias: aquellas de baja o media densidad de población, con un empleo diversificado entre el sector primario, secundario y terciario, bajos o medios niveles de renta, y distantes del área directa de influencia de los grandes núcleos urbanos.
- Zonas rurales periurbanas: aquellas de población creciente, con predominio del empleo en el sector terciario, niveles medios o altos de renta y situadas en el entorno de las áreas urbanas o áreas densamente pobladas.

9 Destacamos: atención social prioritaria (art. 7), apoyo a la agricultura territorial (art. 16), fomento de la actividad económica (art. 17), programas específicos de apoyo a las iniciativas locales (art. 20), el empleo (art. 22), tecnologías de la información y comunicación (art. 26), seguridad ciudadana a través de planes de prevención y protección contra la violencia de género y el maltrato hacia las mujeres en el medio rural (art. 27), educación (art. 28), protección social (art. 32), y urbanismo y viviendas (art. 33).

10 Vid., en general, sobre la titularidad compartida Blázquez Agudo, E.M.: «La titularidad compartida: un derecho de la mujer rural». *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres,* N° 28, 2011, pp. 34-45; y González Bustos, M.ª Á.: *Régimen jurídico administrativo de la dinamización rural,* Atelier, 2023, pp. 101 a 105, en donde se contempla la titularidad compartida como un mecanismos de modernización del sector agroambiental.

zación a la Seguridad Social), así como los mismos derechos que las personas autónomas (ayudas a guardería, bajas de maternidad…); sin embargo, sería necesaria una mayor información para que muchas explotaciones se acogieran al régimen de titularidad compartida[11] ya que a finales del 2023 sólo se habían dado de alta en el Registro de explotaciones agrarias de Titularidad compartida 1.099 explotaciones de las 914.871 existentes[12], en Castilla y León de un total de 84.865 se han dado de alta 236 explotaciones.

La importancia de los instrumentos de **planificación** en el desarrollo de políticas públicas es esencial para que los objetivos propuestos en las diferentes disposiciones normativas sean aplicados, en este sentido la política planificadora se ha centrado en diferentes planes dirigidos al mundo rural que tienen en común la importancia de la igualdad de oportunidades desde un punto de vista transversal[13]. El vigente *Plan para la Promoción de las mujeres del medio Rural* (2015-2018)[14] parte del Plan Estratégico de igualdad de Oportunidades (2014-2016)[15] que establecía entre sus objetivos la elaboración de un Plan para la promoción del *desarrollo de las mujeres en los* ámbitos *rural y pesquero*. En este sentido se ha aprobado el *Plan para la Igualdad de Género en el Sector Pesquero y Acuícola 2021-2027*[16] que se configura como una herramienta eficaz para definir sus políticas y acciones dirigidas a combatir la desigualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de la pesca y la acuicultura teniendo entre sus objetivos: la consecución de la plena incorporación de las mujeres al sector, la mejora de las condiciones laborales que afectan a las profesionales del mar y la participación efectiva de las mujeres

11 Para paliar esta situación se ha creado la Oficina nacional de titularidad Compartida (ubicada en el municipio de Membrilla (Ciudad Real)), dicha oficina recibe numerosas consultas de mujeres demandando información y se la asesora elaborando una radiografía de la situación de la explotación, si se cumple los requisitos para acogerse a la Ley y se les explica los pasos a seguir: www.mujerrural.com

12 Orden AAA/1408/2012, de 26 de junio, por el que se regula el Registro de explotaciones agrarias de titularidad compartida. En Castilla y León a 30/10/2019 se han dado de alta 236 explotaciones. La regulación del procedimiento de inscripción se contempla en la Orden 548/2012, de 6 de junio.

13 Entre los diferentes planes y estrategias para conseguir la igualdad en el mundo rural podemos señalar Plan para favorecer la Igualdad entre Mujeres y Hombres en el Medio Rural (2007-2010), Plan Estratégico Nacional de desarrollo rural (2007-2013), Plan Estratégico para la Igualdad de Género en el Desarrollo Sostenible del Medio Rural (2011-2014)…

14 https://www.mapa.gob.es/es/desarrollo-rural/temas/igualdad_genero_y_des_sostenible/planpromocionmujeresmediorural2015-2018_tcm30-445192.pdf

15 https://www.mapa.gob.es/es/desarrollo-rural/temas/igualdad_genero_y_des_sostenible/peio2014-2016_tcm30-448614.pdf

16 https://www.mapa.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/el-ministerio-de-agricultura-pesca-y-alimentaci %C3 %B3n-publica-el-plan-para-la-igualdad-de-g %C3 %A9nero-en-el-sector-pesquero-y-acu %C3 %ADcola-2021-2027-que-aspi/tcm:30-614239. Con anterioridad se aprobó el Plan para la igualdad de género en el sector pesquero y acuícola (2015-2020).

en los órganos y procesos de toma de decisión a través del refuerzo de su asociacionismo y liderazgo.

Como se puede observar existen numerosas actuaciones en este ámbito pero que sin embargo no han dado los resultados esperados por lo que para poder seguir avanzando en la igualdad se necesita que las políticas públicas se centren en:

- Visibilizar la contribución de las mujeres a la actividad económica tanto en el sector agrario y ganadero como en el sector servicios.
- Apostar por el liderazgo de las mujeres en los órganos de toma de decisión.
- Revisar la legislación aprobada y la política planificadora impulsando planes de acción con la finalidad de visibilizar y mejorar la situación de las personas que viven en el medio rural para que sean partícipes y protagonistas plenas del desarrollo rural.
- Avanzar en la digitalización del mundo rural a través de programas normativos en habilidades digitales y competencias informáticas, cuestión que a su vez repercute en la mejora de las oportunidades laborales, siendo necesario que las conexiones lleguen a todas las zonas del territorio
- Mejorar las infraestructuras y servicios ya que esto supondrá una mejora de la calidad de vida de las personas que deciden vivir en el medio rural.
- Desarrollo de medidas para lograr la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el medio rural debiendo comenzar por promover la corresponsabilidad. Uno de los motivos de la escasa participación laboral de las mujeres es la falta de corresponsabilidad en las tareas domésticas ya que las mujeres siguen teniendo el rol doméstico por lo que es necesario buscar estrategias que ayuden en este punto como es la contratación de servicios externos de cuidado, la flexibilidad laboral, la participación laboral en el sector público, la temporalidad agraria o el emprendimiento.
- La mujer es un factor destacado en la innovación y el emprendimiento rural. Muchas de las iniciativas del empresariado femenino del medio rural están relacionadas con actividades que las mujeres han realizado tradicionalmente en el ámbito doméstico. Tal es el caso del turismo rural, la comercialización de productos artesanos —mermeladas, repostería— o el cuidado y atención de la infancia y de personas mayores o en situación de dependencia.

Una oportunidad para el desarrollo de todo este tipo de actuaciones ha venido de la mano de los **Fondos Next Generation** (presupuesto de 750.000 M€, a repartir entre 2021 y 2026) y concretamente del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que ha aprobado el Gobierno (Resolución de 29 de abril

de 2021, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) para canalizar los fondos destinados por Europa a reparar los daños provocados por la crisis del COVID-19, a través de reformas e inversiones, dirigidas a construir un futuro más sostenible.

La Agenda Urbana y Rural, la lucha contra la despoblación y el desarrollo de la agricultura es una de las políticas[17] en las que es vital invertir prestando atención en la población que vive en el entorno rural articulando medidas específicas que impulsen la innovación social y territorial y faciliten el desarrollo de nuevos proyectos profesionales, la fijación de población, la atracción de talento, la prestación de servicios, así como un uso sostenible de nuestros recursos. Se prevén inversiones dirigidas a favorecer la movilidad y lograr la plena conexión de los territorios rurales con el mundo global, con el objeto de mejorar la cohesión territorial, eliminar la brecha urbana-rural e impulsar las actuaciones en las áreas más afectadas por la desigualdad.

Este Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se concreta en cuanto al ámbito rural en el Plan de Medidas del Gobierno ante el Reto Demográfico[18] que establece 10 ejes de actuación:

Eje 1: Impulso de la transición ecológica

Eje 2: Transición digital y plena conectividad territorial

Eje 3: Desarrollo e innovación en el territorio

Eje 4: Impulso del turismo sostenible

Eje 5: Igualdad de derechos y oportunidades de las mujeres

Eje 6: Fomento del emprendimiento y de la actividad empresarial

Eje 7: Refuerzo de los servicios públicos e impulso de la descentralización

Eje 8: Bienestar social y economía de los cuidados

Eje 9: Promoción de la cultura

Eje 10: Reformas normativas e institucionales para abordar el reto demográfico.

En su eje 5 sobre la igualdad de derechos y oportunidades de las mujeres y los jóvenes recoge una serie de medidas con el objetivo de Impulsar el empoderamiento de las mujeres y desarrollar las condiciones objetivas para el fomento del emprendimiento, avanzar en la mejora de la educación, la formación profesional y la capacitación digital en las áreas rurales, para mujeres y jóvenes; adecuar las políticas para asegurar la equidad en políticas de igualdad en el medio rural, como la conciliación y la corresponsabilidad; y

17 https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes

18 https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/plan_recuperacion_130_medidas_tcm30-524369.pdf

garantizar la máxima seguridad y atención a las víctimas de violencia contra las mujeres.

Este Plan pretende adoptar medidas dirigidas a:

- Líneas de apoyo financiero (préstamo participativo) al emprendimiento y al crecimiento de la pyme innovadora.
- Proyectos piloto de inserción laboral a través de cooperativas y empresas de inserción.
- Apoyo al relevo generacional en la actividad agraria: jóvenes y mujeres rurales.
- Impulso a las actuaciones de conciliación y corresponsabilidad en el medio rural 2021-2024.
- Apoyo al emprendimiento de las mujeres para lograr el empoderamiento y la igualdad de género en el ámbito rural.
- Seguridad y atención a las víctimas de violencia contra las mujeres.
- Garantía de recursos asistenciales y de apoyo a las víctimas de violencia contra las mujeres en el ámbito rural.
- Proyectos de alfabetización digital.
- Prevención del abandono temprano de la educación y mejora de los resultados educativos.
- Emprendimiento joven, proyectos y Erasmus Rural
- Plan para la Formación Profesional, el Crecimiento Económico y Social y la Empleabilidad (Aulas Mentor).
- Incremento de la presencia de mujeres en los ámbitos de toma de decisiones de las cooperativas agroalimentarias.

3.- Políticas activas en el medio rural

La importancia de disminuir la brecha de género en el empleo como factor clave para avanzar en la igualdad del mundo rural hace que se deba prestar atención en las políticas activas aplicables en el mundo rural a través de las ayudas y subvenciones provenientes de los fondos europeos, y de la Política Agraria Común (PAC).

Cuando hacemos referencia a las políticas activas tenemos que partir de las diferentes intervenciones del Estado para promover y fomentar la igualdad en el mundo rural donde la dotación presupuestaria cobra relevancia a través de las ayudas y subvenciones.

Las **ayudas y subvenciones dirigidas a mujeres en el** ámbito **rural** entendidas como impulsoras de políticas sociales se otorgan a entidades de mujeres rurales de ámbito nacional para fomentar la organización de jornadas que

promuevan el emprendimiento y liderazgo de las mujeres, la información de las oportunidades que ofrece la Política Agraria Común, el acceso al uso de las nuevas tecnologías aplicadas…[19]; o a organizaciones para realizar programas de formación plurirregionales dirigidos a profesionales del medio rural que se encuentren tanto en la situación de servicio activo como en situación de desempleo[20]. En las diferentes ayudas dirigidas al mundo rural se configuran medidas de discriminación positiva priorizando a las mujeres que optan a las mismas, en este sentido se observa en las ayudas del Marco de la Política de Desarrollo Rural Comunitaria (FEADER) que prioriza a las mujeres en los programas de desarrollo rural; ayudas en el Programa Nacional de Desarrollo Rural (PNDR) así como para inversiones materiales o inmateriales en transformación, comercialización y desarrollo de productos agrarios para el fomento de la integración de entidades asociativas agroalimentarias de carácter supraautonómico teniendo en cuenta en la valoración de las solicitudes la presencia de mujeres en el consejo rector de las entidades solicitantes, así como el porcentaje de empleo femenino generado por el proyecto[21]; o ayudas en el Programa Nacional de Apoyo al Sector Vitivinícola 2019-2023 que priorizan a las mujeres titulares de explotaciones en régimen de titularidad compartida[22].

A pesar de todas estos programas de ayudas y subvenciones la realidad es que las explotaciones de titularidad femenina tienen más difícil el acceso a las ayudas agrarias (según el Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) sólo el 27,5 % de las ayudas directas es percibido por mujeres y el 26,34 % de las ayudas de Desarrollo Rural) por lo que es necesario continuar incidiendo en medidas de discriminación positiva así como en un cambio en la política para impulsar la actividad agraria con perspectiva de género ya que una gran mayoría de las explotaciones que tienen al frente a una mujer son explotaciones más pequeñas con cultivos y producciones ganaderas alternativas que quedan fuera de las ayudas y que no entran en la explotación tipo perceptora de ayudas que suelen estar en manos de los hombres.

19 Real Decreto 146/2019, de 15 de marzo, por el que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a entidades de mujeres rurales de ámbito nacional para la realización de actividades de especial interés para impulsar el papel de las mujeres en el desarrollo rural, modificada por Real Decreto 810/2020, de 8 de septiembre y Real Decreto 662/2023, de 18 de julio.

20 RD 347/2019, de 17 de mayo, por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones destinadas a programas plurirregionales de formación

21 Real Decreto 1010/2015, de 6 de noviembre, por el que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas a inversiones materiales o inmateriales en transformación, comercialización y desarrollo de productos agrarios en el marco del Programa Nacional de Desarrollo Rural 2014-2020 para el fomento de la integración de entidades asociativas agroalimentarias de carácter supraautonómico.

22 Real Decreto 1363/2018, de 2 de noviembre, para la aplicación de las medidas del programa de apoyo 2019-2023 al sector vitivinícola español.

La **Política Agraria Común** (PAC) es aquella política de la Unión Europea orientada a la consecución de un mercado interior para los productos de la tierra y de la ganadería y al logro de los objetivos definidos por el Tratado de la UE. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), recoge en los art. 38 a 44 las bases y objetivos que debe cumplir la PAC, señalando: el incremento de la productividad agrícola, garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola, estabilizar los mercados, garantizar la seguridad de los abastecimientos de productos, establecer una cadena de suministro segura con precios razonables y armonizar las normas sobre competencia en todos los países (art. 39 TFUE)[23].

Las medidas de desarrollo rural que se contemplan en el marco de la PAC están dirigidas a:

- modernizar las explotaciones agrícolas, fomentando la utilización de las tecnologías y la innovación;
- dinamizar las zonas rurales, con inversiones en conectividad y servicios básicos;
- mejorar la competitividad del sector agrícola;
- proteger el medio ambiente y mitigar el cambio climático;
- mejorar la vitalidad de las comunidades rurales;
- asegurar el relevo generacional en la agricultura.

La reforma del 2021 sienta las bases de la nueva PAC para el periodo 2023-2027 con la premisa: *Una política más justa, más ecológica y más orientada a los resultados*, tiene un enfoque más estratégico y se centra en el medio rural[24].

Esta política es desarrollada por cada Estado miembro, y por lo que respecta a España el Plan estratégico de la PAC (2023-2027) aprobado el 31 de agosto de 2022[25], pretende ayudar *al sector agrario a responder de forma equilibrada a los retos económicos, sociales y medioambientales a los que se enfrenta, mejorando la rentabilidad del sector, aportando seguridad a los agricultores y garantizando una mayor ambición medioambiental y climática*[26].

---

23 Vid. Sobre la PAC: González Bustos, M.ª Á.: *Régimen jurídico de la dinamización rural,* Atelier, 2023, pp. 105-114.

24 Vid.: https://www.consilium.europa.eu/es/policies/cap-introduction/cap-future-2020-common-agricultural-policy-2023-2027/

25 Se aprueba mediante DECISIÓN DE EJECUCIÓN DE LA COMISIÓN de 31.8.2022 por la que se aprueba el plan estratégico de la PAC 2023-2027 de España para la ayuda de la Unión financiada por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía y el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (CCI: 2023ES06AFSP001), Bruselas, 31.8.2022 C(2022) 6017 final.

26 Vid la declaración estratégica del Plan: https://www.mapa.gob.es/es/pac/pac-2023-2027/pepac-sfc2021-v12_tcm30-623871.pdf

En lo que a nuestro análisis se refiere, la PAC apuesta por poner el foco en:

- Aumentar la ratio de agricultores y agricultoras jóvenes frente a los mayores, siendo necesario que existan instrumentos de apoyo público apostando por la simplificación de la tramitación y concesiones de las ayudas, acelerar los pagos de dichas ayudas. Es necesario que exista información y publicidad sobre las ayudas existentes que den a conocer las ventajas del medio rural y las actividades que en él se desarrollan, fomentando la imagen positiva de los profesionales agrarios. Esta visión positiva potenciará a su vez los valores sociales, ambientales y paisajísticos de la agricultura, junto con los aspectos empresariales y tecnológicos que soportan la agricultura moderna.
- Modernizar y mejorar las explotaciones de jóvenes agricultores y de las mujeres a través de las nuevas tecnologías, métodos de producción innovadores, herramientas digitales, y el uso de las TIC para la creación de empresas agrarias.
- Mejorar la cualificación profesional para que las explotaciones sean más rentables, sostenibles e innovadoras.
- Potenciar el emprendimiento para atraer talento al medio rural a través del impulso al desarrollo empresarial y los nuevos modelos de negocio en el medio rural; impulso a la digitalización de las zonas rurales (conectividad, aplicación de las TIC, administración electrónica, teletrabajo, co-working, etc.); mejora de la transferencia de información y asesoramiento a las y los emprendedores; fomento de la educación y formación emprendedora en los diferentes niveles de enseñanza; difusión de las medidas y ayudas existentes por parte de todas las administraciones; apoyo a las PYMES para favorecer su creación y su crecimiento; desarrollo de programas específicos para fomentar el emprendimiento de las mujeres y de la población joven; y mejorar el acceso a la financiación.
- Incrementar el atractivo que el medio rural supone para ciertos sectores de la sociedad para favorecer la permanencia y el asentamiento de nueva población en el medio rural, en especial jóvenes y mujeres.
- Aprovechar el potencial de las actividades primarias e industriales del medio rural como multiplicadoras de la economía; diversificar la estructura productiva hacia otros ámbitos creadores de trabajo y riqueza (nuevas tecnologías, energías renovables, eficiencia energética, bioeconomía….) y fomentar los enfoques colectivos y cooperativos como un instrumento de impulso de nuevas iniciativas de empleo y crecimiento para atraer y retener talento innovador en las zonas rurales ofreciendo oportunidades laborales y así fijar población en el medio rural.
- Mejorar la dotación de infraestructuras y servicios en las áreas rurales, como elemento fundamental para frenar la pérdida de población y mejorar la competitividad y la generación de empleo y renta.

– Mejorar la situación de colectivos de mujeres en riesgos de exclusión social del medio rural impulsando la mejora de la accesibilidad, el uso y calidad de las TIC,y aprovechando las medidas existentes en la política de desarrollo rural de la PAC que pueden contribuir a reducir la pobreza, generando riqueza, empleo y mejorar la calidad de vida.
– Mejorar las condiciones para la incorporación y permanencia de la actividad agraria de las mujeres, incentivando la contratación de las mujeres en igualdad de condiciones, fomentando el apoyo público si se incorporan mujeres en los órganos rectores de figuras asociativas/cooperativas/comunidades de regantes para potenciar el empleo y liderazgo de la mujer; favoreciendo e incentivando la titularidad plena de la mujer en la explotación agraria o en su caso, la titularidad compartida; facilitando el acceso de las mujeres a los sistemas de pagos directos y a las ayudas de desarrollo rural; y atendiendo a los servicios básicos del medio rural, especialmente dirigidos a proyectos que faciliten al conciliación laboral

En consecuencia, en la nueva PAC destaca el papel relevante de la igualdad de género como un objetivo específico de la PAC para el nuevo periodo, concretándose en Objetivo Específico 8: «promover el empleo, el crecimiento, la igualdad de género, la inclusión social y el desarrollo local».

4.- La participación de la mujer rural en los órganos de toma de decisión

Un factor clave en el desarrollo de la igualdad en el mundo rural es la implicación de las mujeres en las asociaciones y organizaciones agrarias[27].

Las mujeres se hallan mayoritariamente al margen de los órganos de toma de decisión, tan sólo un 28,4 % de mujeres participan en los mismos, por lo que se encuentran infrarrepresentadas en los sindicatos y corporaciones agrarias ya que la gran mayoría se encuentran masculinizados.

La presencia de las mujeres en los espacios de toma de decisión es fundamental a la hora de tomar decisiones y visibilizar los problemas a los que se enfrentan. Es necesario exponer las necesidades y prioridades de este colectivo, pero no solo contar con mujeres, sino que las decisiones que se tomen tengan esta perspectiva de género para lo cual es fundamental que haya paridad en las cooperativas, que ocupen puestos de responsabilidad…

Para favorecer la participación de la mujer se ha de apostar por áreas específicas de la mujer dentro de la organización agraria (nos encontramos que

27 Vid. Fundación Mundubat y CERES (coord..): Participación política de las mujeres campesinas en el Estado español (diciembre 2020): https://coag.chil.me/download-file/104758-386836

no existen en todas las organizaciones y si existen carecen de recursos técnicos y económicos para impulsarlas); por cuotas de mujeres en espacios de responsabilidad (juntas directivas…) por cursos de formación con perspectiva de género dirigidos a todos los asociados…

Para que la participación de las mujeres en la organizaciones y centros de tomas de decisión sea efectiva se han ha de derribar barreras legitimando las capacidades y opiniones de las mujeres, visibilizando y otorgarles una mayor credibilidad a las decisiones que adopten, buscando referentes femeninos, resolviendo los problemas de movilidad, adecuando los horarios de las reuniones…

Existen organizaciones específicas de mujeres rurales que luchan por conseguir esta visibilidad señalando entre ellas: AFAMMER (Asociación de Familias y Mujeres Rurales), AMFAR (Federación de Mujeres y Familias de Ámbito Rural), ASEME (Asociación Española de Mujeres Empresarias), AMCAE (Asociación de Mujeres de Cooperativas Agro-alimentarias de España), CERES (Asociación de Mujeres del Mundo Rural), FADEMUR (Federación de Asociaciones de Mujeres Rurales), FEMUR (Federación de la Mujer Rural), UNCEAR (Unión de Centros de Acción Rural) o WWB (Banco Mundial de la Mujer), las cuales tienen participación en distintas instituciones tanto nacionales como regionales. Pero también existen asociaciones a nivel más local con un sesgo más social que hay que superar para enfocarse en aspectos más formativos y reivindicativos.

Desde las distintas asociaciones han surgido diferentes iniciativas que han supuesto un avance en la igualdad del medio rural como pequeños proyectos y redes agroecológicas, procesos de dinamización agraria local… en los que el papel de los Grupos de Acción Local es fundamental para captar financiación para los proyectos liderados por mujeres rurales; las iniciativas agroecológicas como redes de productores, mercados de proximidad o proyectos de agricultura sostenida por la comunidad en las que las mujeres tienen un protagonismo mayor y diferente al tradicional.

Es de destacar la importancia de la dinamización local de la actividad agraria impulsada por las administraciones locales o el tercer sector que consiste en crear espacios de encuentro e impulsar la transición hacia producciones más sostenibles, social, económica y ambientalmente, como propulsora del cambio rural.

5.- Breve conclusión

A pesar de los progresos alcanzados durante la última década todavía se mantiene la desigualdad entre mujeres y hombres en el medio rural por lo que es necesario continuar buscando fórmulas que ayuden a alcanzar el equilibrio preciso para lograr mayores cotas de igualdad ya que las mujeres representan un factor determinante en el desarrollo sostenible de nuestros territorios, y una de esas fórmulas es la adaptación de la normativa a la

realidad del mundo rural teniendo en cuenta la perspectiva de género en el diseño de todas las políticas públicas.

Las mujeres rurales deben estar implicadas en los procesos de modernización de la vida económica, política y cultural, ya que son esenciales en la regeneración de nuestros pueblos siendo fundamental su empoderamiento y participación activa en el sistema institucional y asociativo de la realidad rural. Para avanzar en la igualdad es requisito imprescindible que exista plena incorporación en el empleo y autoempleo a través de acciones dirigidas a fomentar la incorporación de mujeres emprendedoras, potenciar el uso de nuevas tecnologías, y facilitar el acceso a la financiación para de esta forma implicar a las mujeres en la dinamización del territorio.

6.- Bibliografía

AAVV: «Visión a largo plazo para las zonas rurales», *Revista Rural de la Unión Europea*, núm. 32, julio, 2021.

Álvarez González, E.: *Régimen jurídico de la despoblación en España. Reforma territorial, transformación digital y valorización del patrimonio natural y cultural,* Aranzadi 2023.

Blázquez Agudo, E.M.: «La titularidad compartida: un derecho de la mujer rural». *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N.º 28, 2011, págs. 34-45.

Fernández Domínguez, J.J. (dir.), **Álvarez Cuesta, H.** (coorda): *La prestación de servicios socio-sanitarios en el* ámbito *rural de Castilla y León: apostando por un bienestar integral*, Colex, 2023.

Fundación Mundubat y CERES (coord..): *Participación política de las mujeres campesinas en el Estado español* (diciembre 2020): https://coag.chil.me/download-file/104758-386836

García Lastra, M.: «Mujeres rurales españolas. La reinvidación de la identidad en un medio adverso», en *Mujeres rurales. Estudios multidisciplinares de género,* Mata Frades, V. (dir.), Ediciones Universidad de Salamanca, 2008, pp. 38-46.

García Sanz, B.: *La mujer rural ante el reto de la modernización de la sociedad rural*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2004.

González Bustos, M.ª A.: *Mujer y desarrollo sostenible en el medio rural*, Atelier, 2020

Régimen jurídico administrativo de la dinamización rural, Atelier, 2023.

«El destacado papel de la mujer en el desarrollo rural», en M.M. Fernando Pablo (dir.): *Rural Renaissance: derecho y medio rural*, Aranzadi, 2020, pp. 167-182.

«La perspectiva de género y discapacidad en el ámbito rural», en M.M. Fernando Pablo (dir.): *Rural Renaissance: acción, promoción y resiliencia*, Aranzadi, 2022, pp. 433-449.

«La igualdad de género en las áreas rurales de Castilla y León como Objetivo de Desarrollo Sostenible», en Fernández Domínguez, J.J. (DIR.), Álvarez Cuesta, H. (coorda): *La prestación de servicios socio-sanitarios en el* ámbito *rural de Castilla y León: apostando por un bienestar integral*, Colex, 2023, pp. 353-370.

González Bustos, M.ª A (dir.): *Agenda 2030, desarrollo sostenible e igualdad,* Aranzadi, 2021.

La transversalidad de la igualdad en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, Atelier, 2023.

Maya Frades, V.: «Señas de identidad de la mujer rural», en *Mujeres rurales. Estudios multidisciplinares de género*, Mata Frades, V. (dir.), Ediciones Universidad de Salamanca, 2008, pp. 17-33.

Navarro, C, Ruiz Pulpón, A. Y **Velasco Caballero, Fr.** (dirs): *Despoblación, territorio y gobiernos locales*, Marcial Pons*, 2023.*

Rodriguez Escanciano, S.: *Despoblación, envejecimiento y servicios públicos de cuidado: apostando por los empleos verdes,* Aranzadi, 2023.

Rodriguez Escanciano, S Y **Álvarez Cuesta, H.** (dirs.): *La economía social como palanca para la sostenibilidad en los terrenos rurales*, Tirant lo Blanch, 2021.

(dir.): *La economía social y el desarrollo sostenible,* Colex, 2022.

Sampedro, M.ª R.: *Género y ruralidad. Las mujeres ante el reto de la desagrarización*. Madrid, Instituto de la Mujer, 1996.

Santiago Iglesias, D. Miguez Macho, L. Y **Ferreira Fernández, A.** (dirs); *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural,* Aranzadi, 2021

Soriano Moreno, S. (coord..): *Los derechos de las mujeres en las zonas rurales. Un estudio de caso*, Aranzadi, 2022.

CAPÍTULO XII

MUJER Y ENFERMEDAD PROFESIONAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

Juan José Fernández Domínguez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Sumario: 1.- Delimitación y justificación del estudio; 2.- El detalle en un supuesto de hecho ejemplarizante; 3.- De las estadísticas a la rigidez normativa. 3.1.- Estadística y casuística sobre enfermedades profesionales según origen y género en el escenario seleccionado. 3.2.- La rigidez del esquema legal a través de unos ejemplos significativos. 3.3.- Los elementos de flexibilidad. en particular, el papel de la jurisprudencia. 3.4.- La consolidación de doctrina sobre la interpretación de la lista de actividades en la STS de 20 de septiembre de 2022; 4.- El salto de calidad a través de la conexión de la regulación de las enfermedades profesionales con el principio de igualdad de trabajo entre hombres y mujeres. 4.1.- Los precedentes en la aplicación del canon hermenéutico a los conflictos en materia de seguridad social. 4.2.- La aplicación del enfoque de género en la sentencia seleccionada y la línea de continuidad; 5.- La necesaria reacción legal; 6.- Bibliografía.

1.- Delimitación y justificación del estudio

Las circunstancias hacen que, en ocasiones, la confluencia afortunada de factores convierta un acontecimiento en un verdadero hito. Así cabe considerar al que acaece cuando, a un terreno pacientemente cultivado durante años, se unen el entorno político-social propicio y la clarividencia de la Sala de Social del Tribunal Supremo (con quien fuera su ponente al frente) para

permitir el fértil encuentro al máximo nivel de un criterio hermenéutico que recurre sin ambages a la perspectiva de género y al principio de igualdad de trato y no discriminación para proporcionar adecuada respuesta al conflicto suscitado por un sistema de lista en la determinación de enfermedades profesionales cuyo corsé apenas si había dejado excepcionales muestras de flexibilidad atentas al factor diferencial entre hombres y mujeres.

El presente estudio aparece destinado a celebrar el feliz acontecimiento, partiendo para ello de la exposición del supuesto de hecho que lo provocó, en tanto resulta ser una muestra paradigmática de la situación en la que cual, bajo un enfoque «neutral a los géneros» en la evaluación de los riesgos y su prevención, han quedado ocultos o infravalorados aquellos que afectan a las mujeres y, por tanto, han recibido menos recursos en su prevención, incluida la financiación y la sensibilización también a nivel jurídico[1].

Tras esta exposición ilustrativa, así como de las situaciones semejantes que habían anticipado la nueva jurisprudencia y fueron consideradas en la ocasión como sentencias de contraste para casar y unifica doctrina, obrará el recuerdo de algunos de los momentos previos que han servido para afianzar la aplicación de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como principio informador del ordenamiento jurídico que, en cuanto tal, mueve a la necesidad de introducir una perspectiva de género en la interpretación de las normas, con particular atención en la traslación que opera desde su alcance general a algunas de sus expresiones más acabadas en materia de Seguridad Social.

Contexto feraz y próximo desde el cual procederá examinar los elementos de ductilidad que, no obstante su carácter cerrado, ofrece el sistema español de reconocimiento del carácter profesional de las enfermedades, con particular atención al desarrollo que ha merecido la consideración por la doctrina, y —excepcionalmente— también algunos tribunales, acerca de que la enumeración contenida en el listado, si bien es cerrada en cuanto a los agentes causantes, no resulta taxativa respecto de las actividades capaces de producir las enfermedades, pues, al enumerar únicamente las más destacadas, admitiría las patologías contraídas en otras ocupaciones no mencionadas de manera expresa.

Itinerario que no puede sino concluir con una breve reflexión sobre las actuaciones a emprender para corregir legalmente cuanto los tribunales denuncian como evidente laguna, pasando desde la jurisprudencia a la norma y, también, de las declaraciones institucionales a medidas legales —o convencionales— específicas y concretas destinadas a integrar la perspectiva de género en el terreno de las enfermedades profesionales, y no únicamente para calificar la contingencia a los efectos de asistencia sanitaria

1 AA.VV. (Schneider, E., Ed.): *Risks and trends in the safety and health of women at work*, Bilbao (EU-OSHA), 2011, p. 6.

y de reparación e indemnización, sino —y en particular— en el tratamiento preventivo de la cuestión.

2.- El detalle en un supuesto de hecho ejemplarizante

El pronunciamiento del Tribunal Supremo adoptado como referencia[2] descubre la situación de una mujer que ha venido prestando sus servicios como limpiadora y, tras unos antecedentes de cirugía en el hombro derecho en 2006 y descomprensión subacromial y sutura del supraespinoso del hombro izquierdo en 2015, en 2017 inicia un proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común con el diagnóstico de dolor en el hombro izquierdo. A su instancia se inicia expediente de valoración de contingencia, con el propósito de que fuera reconocido el carácter profesional de la patología; resolviendo el INSS, previo dictamen del EVI, que la dolencia derivaba de enfermedad común con fundamento en el cuadro clínico de «rotura de manguito rotador de hombro izquierdo».

Desestimada su demanda en instancia, y formulado recurso de suplicación, el Tribunal Superior de Justicia confirma el parecer del Juzgado de lo Social. Razona que, al describir una tendinitis del hombro izquierdo, enfermedad de fatiga de las inserciones tendinosas del hombro, a nivel del manguito rotador, del supraespinoso e infraespinoso, coincidente con la enfermedad descrita en el listado, cuanto procede examinar es si en la profesión de limpiadora concurren las exigencias aludidas, de levantar y alcanzar, uso continuado del brazo en abducción o flexión, en las funciones de carga y elaboración manual que se detallan.

Coincide con el juzgador *a quo* en que la Guía de Valoración Profesional del INSS recoge en el código 2F0201, como una de las principales actividades laborales que pueden provocar la enfermedad de síndrome del túnel carpiano por compresión del nervio mediano en la muñeca, la del personal de limpieza de oficinas hoteles y establecimientos similares; también lo hace respecto a que el trabajo de estos profesionales no se asocia a acciones de levantar y alcanzar ni supone el uso continuado de los brazos con movimientos repetitivos tanto en abducción como en flexión, según se exige de forma alternativa.

Así, aprecia que el trabajo realizado por quien recurre no precisa trabajar con los brazos por encima de la horizontal en movimientos de abducción o flexión o tensando los tendones y bolsa subacromial, sino que entre sus tareas se describen barrer o limpiar con máquina aspiradora, lavar y encerar suelos, muebles y otros enseres, hacer camas, limpiar cuartos de baño, suministrar toallas y jabón, limpiar cocinas, recoger la basura, etc. Todo ello, en su caso,

2 STS 20 septiembre 2022 (rec. 3353/2019).

podría provocar un síndrome del túnel carpiano, como riesgo característico de esta profesión, pero no el aquí impetrado. En consecuencia, aunque reconoce tratar con una enfermedad descrita entre las listadas, estima que la sentencia recurrida no incurre en la infracción de normas denunciada, puesto que las previsiones reglamentarias expuestas no comprenden el supuesto analizado, y al que, por consiguiente, no alcanza la presunción legal de existencia de enfermedad profesional.

Más aún, también deniega la calificación subsidiaria de enfermedad derivada de accidente de trabajo, pues no aprecia la necesaria relación de causalidad, ni directa ni inmediata, a partir de la cual el trabajo hubiera actuado como único factor desencadenante; ni tampoco «con ocasión de trabajo», o como causa indirecta o inmediata. A estos efectos, entiende que la trabajadora no había satisfecho cumplidamente el gravamen de probar que el dolor en el hombro izquierdo situado en la base del subsiguiente proceso de incapacidad temporal tuvo lugar con ocasión del trabajo, pues no había justificado que la referida dolencia se hubiera desencadenado o agravado por un evento exterior relacionado con el trabajo, sino que con carácter previo, en el año 2015, ya fue diagnosticada e intervenida de una rotura parcial del tendón supraespinoso, y no consta acreditado que tal evento exterior se haya producido en el mes de marzo de 2017, fecha en la cual una nueva resonancia magnética mostró la rotura completa de los tendones supra e infraespinoso. De este modo, y como había indicado la resolución de instancia, el dolor en el hombro no fue debido a lesión, caída o golpe, o a cualquier otro proceso traumático, ni se puso de manifiesto en el tiempo y lugar de trabajo mientras la trabajadora se encontraba limpiando; de hecho, la baja médico-laboral se cursó en el mes de diciembre de 2017, con ocasión de la intervención quirúrgica, lo cual, bajo su parecer, equivale a considerar que el trabajo no ha sido la causa de su producción.

A fin de acceder al recurso de casación para unificación de doctrina, la representación letrada de la actora invoca como contraste un pronunciamiento de otro Tribunal de Justicia[3] que llega a una solución distinta para el supuesto de una limpiadora que desempeñaba sus funciones en un Instituto de Educación Secundaria y causó baja por enfermedad común con el diagnóstico de «tendinitis calcificación hombro». Tras haber iniciado expediente de determinación de contingencia y haber sido formulado dictamen-propuesta por el EVI en sentido opuesto a sus intereses, plantea demanda que en instancia mantiene la calificación como enfermedad común; por contra, en suplicación —con recuerdo de un pronunciamiento precedente en igual sentido—[4], obtiene el reconocimiento de la naturaleza pretendida, al considerar el Tribunal que la profesión habitual de la trabajadora debe entenderse incluida en el Anexo 7 del RD 1299/2006, pues aun cuando literalmente solo

3 STSJ Galicia 13 julio 2017 (rec. 1127/2017).

4 STSJ Galicia 14 octubre 2016 (rec. 1897/2016).

se refiere a pintores, escayolistas y montadores de estructuras, tal enumeración es meramente ejemplificativa y no cerrada, dado el propio literal «como son». A sus resultas, que lo relevante ha de ser el aspecto de que la profesión comporta «posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo que se realicen con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a la acción de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión...». Conductas de trabajo repetitivas con el brazo flexionado o en posturas forzadas y con utensilios en la mano que concurren en las limpiadoras.

Apreciando la identidad de supuestos (sin que los episodios narrados de 2006 y 2015 se opongan a tal conclusión, «ya que de determinarse que se trata de una enfermedad profesional los antecedentes son irrelevantes, y además la actora ha continuado trabajando durante dos años con posterioridad a la sutura del supraespinoso del hombre izquierdo»), el contraste abría el camino a la posibilidad de crear nueva doctrina jurisprudencial.

3.- De las estadísticas a la rigidez normativa

La exposición en detalle del caso analizado en la sentencia ha pretendido ilustrar acerca de un supuesto común según los datos disponibles respecto a las enfermedades profesionales para, sobre la base proporcionadas por las estadísticas, poder examinar bajo un crisol objetivo la situación de la norma en lo atinente a los procesos patológicos de origen laboral que sufren las mujeres y la comparación con los padecidos por varones a la luz del cuadro legal vigente.

3.1.- Estadística y casuística sobre enfermedades profesionales según origen y género en el escenario seleccionado

De prestar atención a los datos de 2022, último año cuya información completa está disponible, varios datos no demasiado conocidos resultan de interés para una lectura posterior de la regulación legal en clave de género.

En apretada síntesis, estos tres aspectos presentan singular relieve[5]:

a) De un total de 22.408 partes de enfermedad comunicados, 19.432 pertenecen al grupo 2 del cuadro de enfermedades profesionales, es decir, agentes físicos. Eso supone que un 86,72 % de las enfermedades profesionales deriva de daños osteomusculares. De ellos, un

5 Más en detalle, CEPROSS y PANOTRATSS: *Informe anual 2022*, Madrid (CEPROSS y PANOTRATSS), 2023, p. 16, https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/5b153e97-94fb-4271-ad07-6b8dbf192625/Informe+anual+2022.pdf?MOD=AJPERES

hombre figura en 9.750 de esos partes, mientas una mujer aparece en 9.682.

b) Dentro de los 19.432 partes del grupo 2 conocidos, 12.051 pertenecen al grupo D (posturas forzadas, movimientos repetitivos, fatiga e información de las vainas tendinosas, tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas), con afectación de hombros, codos, muñecas, etc.; esto es, suponen casi un 54 % de todas las enfermedades profesionales y más del 61 % de las del grupo 2. En atención a su distribución por razón de género, los resultados indican una afectación a 6.941 varones frente a 5.110 mujeres.

c) También dentro del grupo 2, del total de los 19.432 partes comunicados, 6.193 pertenecen al agente F (parálisis de los nervios debida a la comprensión, por posturas forzadas y movimientos repetitivos), con afectación de las extremidades superiores. Su incidencia supone algo más del 27,5 % del total de las enfermedades profesionales, así como el 32 de las correspondientes al grupo 2. La afectación por género conduce en esta ocasión a un resultado de 4.058 mujeres afectadas frente a 2.135 hombres.

Estos resultados, que confirman los obtenidos por otros autores en periodos distintos, permiten ratificar las tres conclusiones obtenidas en aquellos estudios punto por punto[6]: a) La preponderancia de las enfermedades profesionales de carácter osteomuscular del grupo 2 causadas por agentes físicos. b) En el seno del grupo 2, los agentes D y F conllevan, también, el número más importante de lesiones profesionales c) El número de hombres y mujeres afectados por las dolencias del grupo 2, en general, y de los agentes D y F, en particular, es muy similar.

Tal constatación empírica habría de llevar, por consiguiente, a que en la norma destinada a recoger el listado profesional figuraran, junto a actividades sin relevante predominio de ningún género, tanto aquellas con predominio de varones como cuantas estén profundamente feminizadas. Y esta circunstancia, sin embargo, dista de concurrir.

3.2.- La rigidez del esquema legal a través de unos ejemplos significativos

A tenor del art. 147 LGSS, «se entiende por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo por cuenta ajena en las actividades que se

6 Arenas Gómez, M.: «Enfermedad profesional y cuestión de género. ¿Cumple el Real Decreto 1259/2006 con el principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres? Al hilo de la doctrina del Tribunal Supremo sobre enfermedades profesionales cursadas por mujeres», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 449-450, 2020, pp. 120 y 121.

especifican en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indique para cada enfermedad».

La norma acoge, de esta manera, el acervo histórico de cuanto apareció en el ordenamiento laboral con un origen netamente jurisprudencial vinculado al accidente de trabajo, y que más tarde recibió carta de naturaleza para separarse de aquel y experimentar una evolución notablemente distinta en vía legal y judicial. La opción final lleva al sistema de lista bajo los parámetros arriba enunciados, y que desarrolla el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro[7]. En él —por cuanto aquí y ahora interesa— se combina el tipo de enfermedad con la actividad desempeñada, la cual debe hallarse también en elenco de la que aquella trae causa, en concreto de alguna sustancia o elemento previsto de manera expresa.

Frente a la complejidad y flexibilidad de la noción de accidente de trabajo, la enfermedad profesional resulta sencilla de aprehender y, aún a riesgo de resultar más rígida, ofrece mayor seguridad en su determinación, no en vano la inclusión en el cuadro actúa como una presunción *iuris et de iure* sobre su etiología laboral. Facilitando, por tanto, el diagnóstico y la relación de la patología con un trabajo desarrollado hace años, así como la detección de riesgos para adoptar las medidas preventivas y, en último término, convirtiendo en considerablemente más ágiles los trámites para acceder a las prestaciones[8].

En contrapartida, el principal problema deriva de su insuficiencia y de las eventuales lagunas o —aunque solo fuera parcial— su obsolescencia sobrevenida, capaz de llamar a una reforma de la norma o a su integración finalista por la jurisprudencia[9].

En este último supuesto, y centrada la atención en el ejemplo seleccionado, cabrá cotejar las profesiones que el legislador ha recogido en el listado correspondiente al grupo 2 y agentes D y F, para comprobar si las allí recogi-

---

7 Un análisis acabado y actual, por todos, en Legua Rodrigo, M. C.: *La enfermedad profesional. Análisis doctrinal y jurisprudencial de RD 1299/2006 y su clasificación por actividades*, Albacete (Bomarzo) 2022.

8 Un compendio de estas ventajas a lo largo del tiempo en Sempere Navarro, A. V.: «La protección de la enfermedad profesional: planteamiento para su modificación», *Aranzadi Social*, T. V, 2001, p. 77; Rodríguez-Piñero Royo, M.: «Las enfermedades del trabajo», *Relaciones Laborales*, T. II, 1995, pp. 22-24 o Rodríguez Santos, E.: «El cuadro de enfermedades profesionales», en AA.VV. (González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., Coords.): *Las enfermedades profesionales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pp. 99-104.

9 Lousada Arochena, J. F.: *Enfermedades profesionales en perspectiva de género*, Albacete (Bomarzo), 2021, pp. 13-21.

das ponderan las diferentes actividades realizadas por las mujeres y por los hombres.

De tomar en consideración que las enfermedades reconocidas únicamente constituyen una parte de los problemas de salud causados por el trabajo, fácil resulta colegir que la infraestimación incide más en las mujeres, en particular si se sopesa que en menos casos son mortales, apareciendo concentradas en dolencias que derivan de daños lentos y progresivos[10], según ocurre, de manera significativa, con los trastornos musculoesqueléticos[11], o afectan a las cuerdas vocales, traen causa en agentes biológicos o el contacto con productos tóxicos, incluso de uso habitual (como los detergentes y otros dedicados a la limpieza)[12], todo ello por no mentar los riesgos psicosociales[13], feminizados y —como los anteriores— frecuentemente infravalorados frente a los más graves y ligados a sustancias o productos propios de la industria donde la presencia de los varones es mayoritaria[14].

En los supuestos sometidos a valoración, y dentro del grupo D los tres códigos que recoge hacen referencia, el 2D0101 a pintores, escayolistas y montadores de estructuras; el 2D0201 a carniceros, pescadores, curtidores, deportistas, mecánicos, chapistas, caldereros y albañiles; en fin, el 2D0301 no contiene referencia expresa a profesión alguna.

De ponderar que el agente, aun cuando inferior en número al de varones, es muy relevante para las mujeres; y, sin embargo, únicamente las profesiones de pescadero, carnicero y deportista son, en verdad —y solo relativamente, pues es superior el número de varones—, indistintas, una clave fundamental habrá sido despejada. Más aún cuando, por ejemplo, el síndrome del túnel carpiano aparece dentro de este epígrafe y únicamente la doctrina del Tribunal Supremo —como se verá—, seguida de circular de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, han servido para efectuar la oportuna corrección y reconocer su origen de contingencia profesional en dos actividades donde la presencia de las mujeres es mayoritaria, como son las de limpiadora y camarera de pisos.

---

10 Igartua Miró, M. T.: «El enfoque de género y la enfermedad profesional: reflexiones desde el ordenamiento español», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, núm. 2, 2023, p. 12.

11 NTP 657 (Vega Martínez, S.): *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (I): exposición y efectos diferenciales*, 2002; y NTP 658 (Vega Martínez, S.): *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (II): recomendaciones preventivas*, 2004.

12 Lousada Arochena, J. F.: *Enfermedad profesional en perspectiva de género*, cit., pp. 29-33.

13 Rodríguez Escanciano, S.: *La salud mental de las personas trabajadoras: tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandémico*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2022, págs. 193 y ss.

14 Igartua Miró, M. T.: «El enfoque de género y la enfermedad profesional: reflexiones desde el ordenamiento español», cit., págs. 12-13.

Por su parte, en los diferentes códigos del agente F aparecen las profesiones de lavanderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares, trabajadores de montaje (electrónica y mecánica), industria textil, mataderos (carniceros y matarifes), hostelería (camarera y cocinera), soldadores, carpinteros, pulidores y pintores. De igual manera, figura el ordeño de vacas, grabado, talla y pulido del vidrio, burilado, trabajo de zapatería, leñadores, herreros, peleteros y lanzadores en tres deportes (de martillo, disco y jabalina). Más adelante figuran los empedradores, soldadores, colocadores de parqué, jardineros y similares o mozos de mudanzas, empleados de carga y descarga y similares. Cierra el elenco la alusión a conductores de automóviles y trabajadores con requerimientos de presión crónica por uso de tijeras.

Amplio elenco de profesiones con patologías muy relevantes a nivel de codo —epicondilitis— y de hombro —tendinitis o afectación del manguito rotor— y que, a pesar de ser mayor el número de mujeres afectadas, sus profesiones siguen ausentes del listado, aun cuando por vía judicial se hayan incorporado ocasionalmente las patologías padecidas por una peluquera o una gerocultora.

3.3.- Los elementos de flexibilidad. En particular, el papel de la jurisprudencia

La inclinación por un sistema de lista cuando presenta el elemento de rigidez ya significado de demandar la triple concurrencia de enfermedad, actividad y elemento o factor causante para poder aplicar la presunción *iuris et de iure* relativa a su origen profesional (sin necesidad, en tal caso, de prueba alguna sobre el nexo causal entre la lesión padecida y la profesión desempeñada que se demanda en el resto de patologías cuya actividad no aparece en el listado[15]), no impide que obren tres datos capaces de proporcionar una cierta —escasa— flexibilidad:

En primer término, la posibilidad legal de ampliar la lista recogida en el art. 157.2 LGSS cuando sostiene que reglamentariamente se «establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deben ser incorporadas al mismo», previo el informe preceptivo de Ministerio de Sanidad y de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, encargados de elaborar el informe científico que proporcione soporte a la propuesta. Desarrollada la facultad en el art. 2 RD 1299/2006, salvo error u omisión la lista únicamente ha sufrido dos modificaciones: de una parte, la derivada del RD 1150/2015, de 18 de diciembre, para incluir el cáncer de laringe por exposi-

15 Legua Rodrigo, M. C.: «Concepto legal y concepto doctrinal de enfermedad profesional. Interpretación jurisprudencial de la lista de enfermedades profesionales de RD 1299/2006», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 20, 2019, págs. 83 y ss.

ción al amianto; de otra, el introducido por RD 257/2018, de 4 de mayo, a fin de incorporar el cáncer de pulmón en trabajos expuestos a la inhalación de polvo de sílice.

En segundo lugar, existen evidentes elementos de apertura de origen europeo cuando el art. 2.2 contempla la integración de cuantas enfermedades profesionales sean incorporadas a la lista que rige a nivel continental. Interpretada por la doctrina más autorizada como una actualización casi automática, en tanto obliga a considerar como incluidas una vez cumplidos los trámites pertinentes, o por la vía de la declaración judicial para el supuesto de incumplimiento[16]. También, siguiendo la derogada Recomendación 2003/670/CE, de 19 de septiembre (sustituida por Recomendación (UE) 2022/2337 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2022), relativa a la lista europea de enfermedades profesionales, al comprender una lista complementaria de enfermedades en su Anexo II cuyo origen profesional se sospecha y podría determinarse en su futuro mediante su traspaso al Anexo I y que, hasta tanto ha lugar la materialización del traslado, su presencia en el Anexo II habría de servir no solo para estimular la investigación acerca del problema, sino para, desde el punto de vista procesal, aligerar la carga de la prueba que pesa sobre quien insta la clasificación como enfermedad profesional[17].

La última vía viene dada por considerar que, si bien el computo de los agentes en la lista es fundamentalmente cerrado (con escasas posibilidades de aprovechar las formulaciones muy genéricas para algunos factores o elementos causantes, o la inclusión de etcétera al final de algún enunciado), no ocurre lo mismo en la enumeración de las actividades donde se pueden producir las enfermedades, pues el hecho de aludir a las «principales» admitiría que la patología se hubiera podido contraer en algún otro trabajo no mencionado de manera expresa. Cuanto fue calificado como «conclusión polémica» por un miembro muy cualificado del Tribunal Supremo[18], acabó siendo saludado como «guiño normativo hacia la flexibilización» (despreciado en la

16 Vogel, L.: «Desigualdad de género y enfermedades profesionales en Bélgica», *Laboreal*, Vol. 11, núm. 2, 2015, p. 26 o Lousada Arochena, J. F.: *Enfermedades profesionales en perspectivas de género*, cit., p. 18. De hecho, la doctrina sostiene que este fue el camino utilizado para actualizar el cáncer de faringe por inhalación de polvo de amianto, pues había operado el tránsito de Anexo por STS 26 junio 2008 (rec. 3406/2006); e igual ocurría con la ampliación al cáncer de esófago por inhalación de polvo de amianto, admitido de manera implícita por ATS 27 septiembre 2018 (rec. 1131/2018) Por extenso, Igartua Miró, M. T.: «El enfoque de género y la enfermedad profesional en el ordenamiento español», cit., pág. 16 y nota 27.

17 Lousada Arochena, J. F.: *Enfermedades profesionales en perspectiva de género*, cit., p. 18 o Igartua Miró, M. T.: «El enfoque de género y la enfermedad profesional en el ordenamiento español», cit., pág. 16.

18 Desdentado Bonete, A.: «Concepto de enfermedad profesional», en AA.VV. (Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M. N., Dirs.): *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Granada (Comares), 1999, p. 1122.

práctica) por otro[19], y es defendido con vigor como canon hermenéutico por un importante sector de la doctrina que ve en la labor de los tribunales esa vía de actualización dinámica que la norma no está en disposición de aportar hasta el momento[20]; en particular, para seguir por la senda de dejar correr a través de las sentencia esas dosis de sensibilidad necesaria a determinados temas que afectan a las mujeres y, según ocurre con la enfermedad, no siempre permiten una exégesis diáfana de la norma.

Una muestra preclara de esta forma de actuar, con carácter previo a los pronunciamientos que han acogido el canon en materia de prevención de riesgos laborales, aparece en aquel pronunciamiento en el cual, ante una propuesta de sanción de la Inspección de Trabajo por incumplimiento de la evaluación de los riesgos ergonómicos en las condiciones de prestación de servicios de las camareras de pisos, y la minoración sustancial de la cuantía multa, se alza un razonamiento impecable de la noción «peligrosidad» que ha de regir como criterio de graduación de la sanción. Señala, a este respecto, que «los estereotipos de género son ilusiones cognitivas irracionales por las que se asignan determinadas características a las mujeres respecto a los hombres. Confirma, también, la clara segmentación que aún hoy refleja el mercado de trabajo español, de forma que las mujeres ocupan sectores menos remunerados y peor valorados y reconocidos económica, social y laboralmente, como los cuidados, la limpieza o el sector que ahora se analiza». Añade, además, que «el concepto de peligrosidad se ha forjado sin perspectiva de género, excluyendo trabajos feminizados; también en el cuadro de enfermedades profesionales, conforme ocurre con el síndrome del túnel carpiano, sí reconocido incluso para profesiones que no están enumeradas (carpintería), aunque recientemente se alcanzara un acuerdo al respecto extendiéndolo a otras». Concluye cómo «la integración de la perspectiva de género exige incluir en dicho concepto el duro trabajo desempeñado por las camareras de pisos con esfuerzos ergonómicos de carácter repetitivo que suelen manifestarse a corto o medio plazo en alteraciones musculoesqueléticas diversas. Estas alteraciones pueden dar lugar a dolencias muy dolorosas que se van larvando durante años y cuando se manifiestan son ya de carácter crónico e incurable, como la tendinitis, el síndrome del túnel carpiano, las lumbalgias, las ciáticas, la hernia discal, la contractura de Dupuytren y otras muchas. A veces acompañadas de síndromes psíquicos debidos a un trabajo que es monótono, repetitivo y que suele exigir un ritmo elevado, pudiendo precipitar situaciones de estrés. Por tanto, no deben despreciarse, han de

19 Sempere Navarro, A.V.: «La protección de la enfermedad profesional: planteamiento para su modificación», cit., p. 7.

20 Moreno Cáliz, S.: «Aproximación al concepto de enfermedad profesional», *Tribuna Social*, núm. 131, 2001, pp. 53-64 o Areta Martínez, M.: «La lista *numerus apertus* de actividades con riesgo de producir enfermedades profesionales», en AA.VV.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, T. I, Murcia (Laborum), 2020, pp. 339-357.

ser objeto de evaluación específica y de adopción de las correspondientes medidas preventivas y no son de escasa peligrosidad también para la salud psicológica y física»[21].

La expresión de esta forma de actuar en materia de enfermedad profesional encuentra varios antecedentes que preparan el camino a la aquí escogida como referencia, que el propio pronunciamiento recuerda en detalle y sobre las cuales han detenido la atención plumas solventes[22]:

A.- La primera en el tiempo[23], y en esta forma de entender la referencia a «principales actividades» para incluir algunas otras no incluidas[24], es la que trae causa en el recurso formulado contra una sentencia de TSJ del País Vasco[25] que desestimaba la demanda de una limpiadora contra el INSS y la TGSS, instando el reconocimiento como enfermedad profesional del síndrome del túnel carpiano bilateral que padecía. Como contraste se ofrecía otro pronunciamiento del TSJ de Asturias en el cual, al amparo del carácter enunciativo del listado de actividades de la norma reglamentaria, se había reconocido esta condición a la misma enfermedad parecida por otra trabajadora. Reconociendo un precedente en igual sentido al de su fallo[26], razona que, ciertamente, «la profesión de limpiadora no está expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional 'como lavanderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares', y otras que también se relacionan, pero ello no excluye en modo alguno, que el síndrome del túnel carpiano asociado a las tareas que componen el haz profesional de una limpiadora pueda conllevar la calificación de enfermedad profesional, como, en su caso, podrían tener encaje otras profesiones o actividades, puesto que el adverbio 'como' indica, sin lugar a dudas, que se trata de una lista abierta».

Lo trascendente, a su parecer, es que se efectúen los trabajos según se indica en el cuadro («requieren movimientos repetidos o mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca, de aprehensión de la mano,…») y, sopesando las tareas que según convenio realiza una limpiadora, concluye que «las tareas de fregado, desempolvado, barrido, pulido de locales, recin-

21 SJS Gomera 2 julio 2019 (rec. 369/2010).

22 Por su completitud en el examen hasta la fecha del pronunciamiento seleccionado como punto de reflexión, Minculeasa Copcea, A.: «Integración de la perspectiva de género en la calificación de enfermedades profesionales. Balance jurisprudencial», *Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 8, 2023, pp. 119-128.

23 STS 5 noviembre 2014 (rec. 1515/2013).

24 Sobre su significado, entre otros, Cavas Martínez, F.: «Aspectos jurídicos de la enfermedad profesional: estado de la cuestión y propuestas de reforma», *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, Suplemento extraordinario, 2016, p. 83.

25 STSJ País Vasco 25 marzo 2013 (rec. 160/2013).

26 STS 22 junio 2006 (rec. 882/2005).

tos y lugares, así como cristaleras, puertas, ventanas desde el interior de los mismos, o en escaparates, que en general son las que efectúan las limpiadoras, exigen, en su ejecución, la realización de movimientos de extensión y flexión de la muñeca forzados, continuados o sostenidos, para el manejo de escobas, fregonas, mopas, bayetas, cepillos y demás útiles de limpieza, con la sobrecarga de muñeca que ello implica, y con la intensidad y repetitividad necesarias para generar la citada patología».

B.- En la segunda de las sentencias[27] se plantea recurso de casación para unificación de doctrina contra el pronunciamiento del TSJ de Castilla-La Mancha por el cual se deniega la calificación de incapacidad temporal de origen profesional a quien, como autónoma, desarrollaba un trabajo de peluquera y había sido intervenida por el síndrome subacronial derecho que padecía (con el resultado de limitación para tareas que requieran integridad de articulación de hombro derecho), argumentando que el art. 3.5 del RD 1273/2003 exige que la enfermedad acaezca en las actividades contenidas en la lista de enfermedades profesionales, lo cual no ocurría en el caso concreto[28]. Como contraste se presentaba el pronunciamiento del TSJ de Cantabria en la cual se reconoce el carácter profesional de su enfermedad a quien había sido intervenido en dos ocasiones por rotura de tendón supraespinoso y tendinopatía y desarrollaba fundamentalmente labores de corte de láminas de persianas, considerando que, a resultas de tales padecimientos, ve afectada gravemente la articulación del hombro[29].

El Tribunal aprecia la identidad sustancial (no importa que en un caso sea un trabajador por cuenta ajena, en otro una trabajadora por cuenta propia; en aquella ocasión una incapacidad temporal, en esta incapacidad permanente) por tres razones: primero, por venir referido el núcleo de contraste a igual patología de hombro que afecta al manguito de los rotadores; en segundo término, porque su desempeño exige realizar posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo, con los codos en posición elevada o con tensión de los tendones o de la bolsa subacromial mediante acciones de levantar y alcanzar y con uso continuado del brazo en abducción o flexión; por último, ni montadores de persianas ni peluqueros aparecen recogidos en la lista. A partir de tal constatación, considera que la doctrina correcta era la sentada por la Sala cántabra y no duda en afirmar que la lista es abierta, según infiere del dato de conformidad con el enunciado legal de profesiones viene precedido del adverbio modal «como», declarando el carácter profesional de su contingencia.

27 STS 18 mayo 2015 (rec. 1643/2014).

28 STSJ Castilla-La Mancha 20 marzo 2014 (rec. 1408/2013).

29 STSJ Cantabria 18 mayo 2015 (rec. 606/2012).

C.- La tercera de las sentencias que siguen igual línea[30] deriva del recurso contra el pronunciamiento del TSJ del País Vasco que reconocía el origen profesional de la contingencia sufrida por quien trabajaba como gerocultora y que, tras el dolor lumbar y del codo que comenzó a sentir al movilizar o un paciente, finalizó con diagnóstico de epicondilitis[31]. Aportado como contraste una sentencia del TSJ de Galicia en la que se niega tal calificación a otra gericultora con la misma enfermedad[32], el Tribunal Supremo prescinde del argumento dado por la ausencia de la actividad en la lista legal y se centra en el parecer científico que figura en el Método elaborado por el entonces INSHG, para constatar cómo las gerícultoras con frecuencia deben realizar labores de carga y movilización de ancianos y repetir movimientos de fuerza con manos y brazos que recargan los músculos y tendones de sus brazos, así como su columna vertebral con cargas superiores a veinte kilos, lo cual supone ajustarse a cuanto exige el cuadro de enfermedades para calificar como contingencia profesional la epicondilitis.

D) En el exhaustivo registro que efectúa el pronunciamiento seleccionado a modo de patrón para este discurso (en este sentido nunca mejor calificado que como forma de resumir «de manera muy puntillosa»[33]), no menciona, sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo[34] en la que resuelve el recurso planteado contra la del TSJ de Andalucía con sede en Granada, bajo cuyo parecer el síndrome del túnel carpiano que padece una camarera de pisos no solo es calificado como enfermedad común, sino —otra vez— como una contingencia común, sin vínculo alguno con el trabajo[35]. El motivo radica, sin duda, en que se utiliza como contraste la primera de las sentencias que abre este elenco, cuya doctrina confirma, prestando atención en esta ocasión a que «las tareas de limpieza de habitaciones, baños y pasillos, junto a las propias de lencería y lavandería, son actividades, son propias de camarera de piso y exigen en su ejecución la realización de movimientos de extensión y flexión de la muñeca forzados, continuados o sostenidos, para el manejo de escobas, fregonas, mopas, bayetas, cepillos y demás *útiles* de limpieza, con la sobrecarga de muñeca que ello implica, y con la intensidad y repetitividad necesarias para generar la citada patología*»*. Agrega un nuevo dato que conecta el avance del saber con la evolución de la jurispruden-

30 STS 13 noviembre 2019 (rec. 3482/2017). La constatación de este y otros problemas en un sector con claro predominio de las mujeres en Agra Viforcos, B.: «Riesgos laborales en una ocupación altamente feminizada: atención sanitaria y socio asistencial en residencias de la tercer edad», *Lex Social*, núm. 2, 2021, pp. 758 y ss.

31 STSJ País Vasco 18 julio 2017 (rec. 1465/2017).

32 STSJ Galicia 19 abril 2017 (rec. 4393/2016).

33 Arias Domínguez, A.: «Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2022, p. 6.

34 STS 11 febrero 2020 (rec. 3395/2017).

35 STSJ Andalucía/Granada 2 febrero 2017 (rec. 2021/2016).

cia, pues recuerda las «Directrices para la decisión clínica en enfermedades profesionales», que en su apartado de «Enfermedades relacionadas con los trastornos musculoesqueléticos y con relación al síndrome del túnel carpiano (DDC-TME-07)» incluyen, como condiciones de riesgo con protocolos de vigilancia sanitaria específica, los movimientos y sobreesfuerzos realizados en tareas que resultan propias de las camareras de pisos.

E) Como contraste, el quinto de los pronunciamientos en esta relación tiene por protagonista a una mujer en una profesión tan masculinizada como la estiba portuaria[36]. El Tribunal Supremo resuelve el recurso de suplicación planteado contra la sentencia del TSJ de Galicia en la cual, reconociendo que el trabajo implicaba «manipular mercancías en la carga/descarga, estiba/desestiba y labores complementarias tanto en la bodega como en la cubierta de los buques y en la zona de servicio del puerto», se le negaba la calificación de enfermedad profesional por apreciar la falta de repetición habitual y continuada de las tareas y el apoyo de aparatos mecánicos en la labor[37].

En su argumentación, el Tribunal Supremo aclara que la alusión legal al carácter de los movimientos no exige que sean continuados, sino repetitivos. Añadiendo cómo, «aunque en la práctica la estibadora pueda ayudarse de medios mecánicos, resulta indudable el carácter manual y la realización de esfuerzos que, de forma común y con carácter ordinario, exige su actividad, que claramente repercute de modo constante en la totalidad de los miembros superiores y no solo en su abducción, lo que evidencia la relación de causalidad sin posibilidad de pruebas en contrario por aparecer la tendinitis entre las enfermedades legalmente codificadas».

Existiendo el agente, que es lo principal, la ausencia de mención a la estiba se salva como en ocasiones precedentes, considerando que, en este punto, la lista «no excluye otras profesiones con análogos requerimientos».

F) El último de los supuestos recoge, en realidad, un conjunto de pronunciamientos que son casados y anulados el mismo día[38], al día siguiente[39], a los dos días[40] o un año más tarde[41], pues habían denegado la calificación como enfermedad profesional a distintas mujeres que desempeñaban la pro-

36 STS 10 marzo 2010 (rec. 3749/2010).

37 STSJ Galicia 12 julio 2017 (rec. 732/2017).

38 SSTSJ 6 julio 2022 —tres— (recs. 3579/2019, 3850/2029 y 2532/2021), que casan y anulan las SSTJ País Vasco 18 junio 2019 (rec. 1078/2019), 9 julio 2019 (rec. 1104/2019) y 15 junio 2021 (rec. 643/2021).

39 STS julio 2022 (rec. 3442/2012), que casa y anula la STSJ Castilla y León/Valladolid 20 junio 2019 (rec. 402/2019).

40 STS 8 julio 2022 (rec. 24/2022), que casa y anula la STSJ País Vasco 5 noviembre 2019 (rec. 774/2019).

41 STS 28 noviembre 2023 (rec. 3453/2020), que casa y anula la STSJ Asturias 14 julio 2020 (rec. 480/2020).

fesión de auxiliar a domicilio. En su momento, y respecto a la afirmación de que sus tareas son más livianas y menos exigentes que las desarrolladas por las limpiadoras, estima que tal circunstancia «no convierte el hecho de que la ejecución de tales tareas es uno de los aspectos principales y más relevantes de su actividad, no es lago meramente residual y poco frecuente, sino que constituye uno de los núcleos esenciales sobre los que pivota la asistencia que prestan en el domicilio». Argumenta también que, a diferencia de las limpiadoras, realizan las tareas en el entorno privado de un domicilio, y no en oficios y locales públicos, «pero eso no desmerece el carácter profesional, continuo y reiterado con el que deben ejecutarlas a lo largo de toda su jornada de trabajo en los diferentes domicilios a los que hayan de acudir, y que en modo alguno es parangonable con lo que sería la limpieza ordinaria habitual del propio hogar familiar». Más aún de ponderar «que se suman ese otro conjunto de tareas que implican una relevante exigencia manipulativa y la ineludible necesidad de realizar importantes esfuerzos sostenidos y posturas forzadas con las muñecas, con movimientos de flexión, extensión, pronación y supinación de las manos, a la hora de manipular, planchar, lavar la ropa de los usuarios; ayudarles físicamente en sus movimientos y en sus necesidades de higiene personal, así como al levantarse, acostarse, sentarse o desplazarse por la vivienda. Todas estas tareas requieren continuos movimientos de hiperflexión y de hiperextensión de la muñeca y de aprehensión con la mano, susceptible de generar el síndrome del túnel carpiano, que no pueden considerarse como meramente esporádicos, secundarios y residuales en dicha profesión, lo que evidencia la relación de causalidad sin posibilidad de prueba en contrario».

Largo elenco que alude a una línea firme de proceder, cuya incidencia real se aquilata a partir de la remisión continuada en la propia sentencia elegida a determinados pronunciamientos dictados en suplicación que presentan el mérito de llegar a la misma conclusión que ella, facilitando la consideración de un trabajo altamente feminizado como similar a los expresamente mencionados, o cuyas tareas provocan enfermedades profesionales definidas a partir de parámetros masculinos[42].

42 STSJ Galicia 14 octubre 2016 (rec. 1513/2016), la cual entiende que deriva de enfermedad profesional la incapacidad temporal causada por la tendinitis calcificante de hombro padecida por una limpiadora; STSJ Cataluña 29 noviembre 2016 (rec. 5498/2016), que aprecia como enfermedad profesional la incapacidad temporal padecida por una limpiadora con síndrome del manguito rotador; STSJ Galicia 13 julio 2017 (rec. 1127/2017), empleada por la recurrente como contraste para la admisión del recurso, y para la cual deriva de enfermedad profesional la incapacidad temporal padecida por una limpiadora por tendinitis con calcificación de hombro; STSJ Galicia 8 noviembre 2018 (rec. 2099/2018), en tanto considera que deriva de enfermedad profesional la incapacidad temporal padecida por una limpiadora por tendinopatía del supraespinoso; y, en fin, STSJ Cataluña 2 junio 2020 (rec. 6495/2019), bajo cuyo criterio deriva de enfermedad profesional la incapacidad temporal padecida por una limpiadora por síndrome del manguito rotador. Un elenco aún

3.4.- La consolidación de doctrina sobre la interpretación de la lista de actividades en la STS de 20 de septiembre de 2022

La relación de hechos probados arriba expuestos en detalle muestra la evidente relación con los supuestos ahora descritos, en la medida en la cual la dolencia figura en el cuadro de enfermedades profesionales (rotura de manguito rotador), pero no la profesión afectada de limpiadora. Por este motivo se aprovecha la ocasión para reafirmar doctrina, que en punto a cuanto aquí y ahora interesa pasa por una afirmación general de sobra conocida y su aplicación al caso concreto.

En este sentido, asevera que «el elenco de actividades profesionales que el RD 1299/2006 enumera en relación con cada una de las enfermedades profesionales que describe, no es de carácter cerrado, sino indicativo, y admite su extensión a otros oficios diferentes, puesto que el adverbio 'como' indica, sin lugar a duda, que se trata de una lista abierta que no excluye otras profesiones con análogos requerimientos».

En su aplicación, comprueba la ubicación de la enfermedad entre las patologías del grupo 2, causadas por agentes físicos, en el apartado D, dentro de las lesiones que en el subapartado 01 afectan al «hombro: patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores». La actividad causante —según se conoce— viene dada, literalmente, por «trabajos que se realicen con los codos en posición elevada o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión, como son pintores, escayolistas o montadores de estructuras».

Razona al respecto que, «ciertamente, la profesión de limpiadora no está expresamente incluida en la enumeración de actividades capaces de producir la enfermedad profesional; 'como son pintores, escayolistas o montadores de estructuras', pero ello no excluye, en modo alguno, que la rotura de manguito rotador del hombro izquierdo, asociado a las tareas que componen las propias de una limpiadora, pueda conllevar la calificación de enfermedad profesional, como, en su caso, podrían tener encaje otras profesiones o actividades, puesto que el adverbio 'como' indica, sin lugar a dudas, que se trata de una lista abierta (…), pues lo trascendente es que los trabajos se realicen con los codos en posición elevada (como ocurre cuando se procede a la limpieza de techos o paredes) o que tensen los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar; uso continuado del brazo en abducción o flexión».

De analizar las tareas que —según convenio— realiza una limpiadora, cabe descubrir que se extiende a «las de fregado, desempolvado, barrido o pulido,

más acabado en Igartua Miró, M. T.: «El enfoque de género y la enfermedad profesional en el ordenamiento español», cit., pp. 27 y 28, nota 54.

manualmente con útiles tradicionales o con elementos electromecánicos o de fácil manejo, considerados como de uso doméstico, aunque éstos sean de mayor potencia, de suelos, techos, paredes, mobiliario, etc., de locales, recintos y lugares, así como cristaleras, puertas, ventanas desde el interior de los mismos, o en escaparates, con la aportación de un esfuerzo físico esencialmente».

Partiendo de la doctrina existente acerca de que los movimientos o posturas que provocan la lesión articular aparecen asociados a la actividad profesional, así como que las expresiones normativas sobre repetición de los mismos o la descripción del modo de trabajar no distan de suponer que en todo momento deban realizarse tareas de esfuerzo físico, el Tribunal sienta en su aplicación al caso concreto cómo, aun cuando «no todo el tiempo las limpiadoras realizan tareas de esfuerzo físico, no es menos cierto que su actividad conlleva esencialmente dicho esfuerzo, requiriendo en numerosas ocasiones mantener los codos en posición elevada como es la limpieza de techos, paredes (...) o que tensen los tendones como las tareas de fregado, desempolvado, barrido, pulido, manualmente con útiles tradicionales o con elementos electromecánicos o de fácil manejo, lo que exige repetición de movimientos y conlleva tensar los tendones».

Reforzando el criterio anterior con cuanto en el mismo sentido establecen las «Directrices para la decisión clínica en enfermedades profesionales», en su apartado «Enfermedades profesionales relacionadas con los trastornos musculoesqueléticos. Patología tendenciosa crónica del manguito rotador (DDC-TME-01)», se alza la firme conclusión a partir de la cual la rotura de manguito rotador del hombro izquierdo que padece la limpiadora debe ser considerada enfermedad profesional.

4. El salto de calidad a través de la conexión de la regulación de las enfermedades profesionales con el principio de igualdad de trabajo entre hombres y mujeres

Si en algo vienen a coincidir los autores a la hora de señalar el hito que supone la sentencia comentada, no radica tanto en destacar la apertura del cuadro de enfermedades profesionales a actividades no mencionadas expresamente y que están profundamente feminizadas, sino en la argumentación que sigue a la hasta ahora expuesta y conocida y que recurre, sin ningún tipo de ambigüedad, al principio de igualdad y no discriminación para proporcionar solución al conflicto[43].

43 Igartua Miró, I.: «El enfoque de género y la enfermedad profesional en el ordenamiento español», cit., pp. 25.

Perspectiva de género como «el aspecto novedoso, el verdaderamente trascendente y relevante (…) para dar cobertura a la situación analizada»[44], que supone recordar la conexión de la cuestión suscitada con cuanto establece la Directiva 79/7 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 (en particular su art. 4) y, en el ordenamiento interno, al momento de dictar sentencia, la aplicación del art. 14 CE, en tanto recoge cuanto dispone en el art. de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad afectiva de mujeres y hombres, cuando establece que «la igualdad de trato y oportunidad entre mujeres y hombres es un principio a defender en el ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en interpretación y aplicación de las normas jurídicas»; añadiendo su art. 15 que «el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter general, la actuación de todos los poderes públicos».

En este sentido, y sobre estas dos referencias fundamentales (las cuales incorporan la mención expresa a los arts. 157 y 169 LGSS), se alza un canon de alcance general a cuyo tenor «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico, y como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Ello significa, por un lado, que, la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas»[45].

4.1.- Los precedentes en la aplicación del canon de nuevo cuño a conflictos en materia de Seguridad Social

Varios han sido los pronunciamientos, que la sentencia reproduce, en las cuales se ha aplicado el enfoque de género en conflictos que afectan al con-

---

44 Arias Domínguez, A.: «Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género», cit., p. 6.

45 Y cuyo literal obra en distintos pronunciamientos, pudiendo servir como muestra su recepción en las SSTS 26 septiembre 2018 (rec. 1352/2017) y 13 noviembre 2019 (rec. 75/2018), según recoge con más detalle la que fue Ponente de la sentencia comentada en Segoviano Astaburuaga, M. L.: «Juzgar con perspectiva de género: perspectiva de TJUE, TC y TJ», en AA.VV.: *La incidencia de género en la jurisprudencia social. Especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad y su aplicación por los Tribunales españoles. Perspectiva de la Unión Europea*, Madrid (Cuadernos Digitales de Formación CGPJ), Vol. 17, 2020, p. 10. Por extenso, con un amplio bagaje de doctrina jurisdiccional sistematizada y glosada con tiento, añadiendo el grado de abstracción imprescindible, Cavas Martínez, F.: *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2021 o Lousada Arochena, F.: *El enjuiciamiento de género*, Madrid (Dykinson), 2020.

trato de trabajo[46]; con todo, y en particular, resultan especialmente significativos cuantos encuentran proyección sobre aspectos controvertidos en materia de Seguridad Social, donde bien cabrá sostener que la metodología ha alcanzado los resultados más eficientes a la hora de llevar a una aproximación a la igualdad real entre sexo y a la eliminación de las discriminaciones que han de soportar las mujeres en el mercado de trabajo y, por ende, también en la protección social[47].

De atender a elenco que recoge la sentencia comentada, y con la brevedad requerida, cabría hacer referencia a los siguientes supuestos:

A.- Cómputo de los ciento doce días de cotización asimilada por parto en el extinto régimen de Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) a los efectos de completar el período mínimo de carencia de 1.800 días exigidos para generar derecho a pensión[48].

B.- Modificando criterio asentado por mor de la doctrina sentada por el Tribunal de Luxemburgo (a partir de la cual procede la inversión de la carga de la prueba cuando la evaluación no hubiera perfilado de modo específico la incidencia de los riesgos del puesto durante el periodo de lactancia, con-

46 Entre más, STS 25 mayo 2015 (rec. 307/2013), en materia de modificación sustancial del contrato atinente a una variación de horario de trabajos a tiempo parcial; STS 13 noviembre 2018 (rec. 75/2018), sobre aplicación del plan de igualdad a los trabajadores en misión; STS 3 diciembre 2019 (rec. 141/2018), respecto a la cuantía salarial de los permisos; STS de 12 de marzo de 2020 (rec. 209/2018), para rechazar la existencia de cualquier sesgo de discriminación por razón de género; STS 641/2020, de 13 de julio, en torno a la conversión de contratos a jornada completa en otros a tiempo parcial de profesores de religión, considerando que la mayoría de las personas afectadas son mujeres; o, cerrando el elenco mencionado, STS 12 febrero 2021 (rec. 2839/2019), resolviendo la aplicación del convenio de la limpieza, y no de la hostelería, a efectos de fijar la categoría y el salario regulador para ordenar las consecuencias de la declaración de nulidad del despido. Un elenco susceptible de ser completado, por ejemplo, en Igartua Miró, M. T.: «El enfoque de género y la enfermedad profesional en el ordenamiento español», cit., p. 55.

47 Dejando noticia de tal incidencia, Jiménez Hidalgo, A.: «Juzgar con perspectiva de género en la Jurisdicción de lo Social. ¿Es necesaria una reforma legislativa?», *Jurisdicción Social*, núm. 197, 2019, p. 37; Rodríguez González, S.: «La perspectiva de género en la aplicación de las normas por la Sala de Social del Tribunal Supremo», *Trabajo y Derecho*, núm. 76, 2021; Poyatos Matas, G.: «Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa», *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2019; Rodríguez Hernández, J.: «La perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social», *Diario La Ley*, núm. 1024, 2023; para cerrar un elenco mucho más extenso, Cavas Martínez, F.: «La interpretación del Sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 29, 2021, págs. 27 y ss.

48 STS 21 diciembre 2009 (rec. 201/2009). La doctrina fue secundada pronto por SSTS 21 diciembre 2009 (rec. 425/2009) y 19 enero, 2 marzo, 13 mayo y 13 diciembre 2010 (rec. 2035/2009, 945/2008, 4426/2009 y 1046/2010). Su alcance se ve sustancialmente limitado, sin embargo, en la STS 12 diciembre 2011 (rec. 5891/2011).

forme demanda el art. 4.1 de la Directiva 92/85)[49], el reconocimiento de que «frente a la justificación de la denegación por parte de la Entidad Gestora basada exclusivamente en no considerar el trabajo de la actora una actividad de riesgo, la constatación del listado de riesgos comunes de dicha actividad basta, en el caso presente, para sostener que ninguna duda cabe del efecto que alguna de ellas tiene sobre la lactancia materna —recuérdese que se identificaba como riesgo 'la exposición a agentes químicos y biológicos'—, sin que la falta de precisa evaluación de tal eventualidad pueda situar a la trabajadora en una posición de exclusión del acceso a la protección»[50].

C.- Concesión de la pensión de viudedad a mujer divorciada, sin pensión compensatoria, víctima de violencia de género[51].

D.- Extensión a la mujer que recibe la pensión de vejez o invalidez del SOVI de la posibilidad de causar, cuando fallece, prestaciones en favor de familiares pese a que la ley solo la contempla en el ámbito de la Seguridad Social; aplicando, a tal fin, doctrina europea sobre discriminación indirecta, en la línea a la cual obedece la incorporación del concepto de *gender mainstreaming*[52].

E.- Consideración del tiempo durante el cual se prestó el Servicio Social Obligatorio de la mujer [por aplicación de lo establecido en el art. 208.1 b) último párrafo LGSS respecto al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria para los hombres] a efectos de completar el periodo mínimo legalmente exigido para acceder a la jubilación anticipada[53], habida cuenta de que no existe una norma aplicable a este caso y, por tanto, no se ponderó a través de ella el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado[54].

F.- «De forma valiente y acertada», como con entusiasmo aplaude la doctrina, el Tribunal Supremo invoca la perspectiva de género para concluir que,

---

49 STJUE de 19 de octubre de 2017, C-531/15, asunto *Otero Ramos*.

50 STS 26 junio 2018 (rec. 1398/2016).

51 STS 26 enero 2011 (rec. 4587/2009).

52 STS 29 enero 2020 (rec. 3097/2017). Un comentario en Villar Cañada, I. M.: «La necesaria interpretación del Sistema de Seguridad [Social] desde un enfoque de género», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 26, 2021, pp. 133-140 o Rivas Vallejo, P.: «Las beneficiarias de pensiones SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2020, pp. 1-8.

53 STS 6 febrero 2000 (rec. 3801/2017).

54 En el certero planteamiento que había anticipado Lousada Arochena, J. F.: «La integración de la perspectiva de gobierno en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social», *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016, p. 50; o, aplicándolo al caso en su comentario, García Romero, B.: «Cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2020, p. 10.

siempre y cuando concurran los restantes requisitos legalmente exigidos[55], tiene derecho a la pensión de viudedad reconocida a las parejas de hecho la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento[56].

4.2.- La aplicación del enfoque de género en la sentencia seleccionada y la línea de continuidad

Sobre los precedentes expuestos se alza el planteamiento y resolución del conflicto llamado a ilustrar el presente discurso. El enfoque de género parte de una premisa doble sobre la cual se asienta la conclusión alcanzada:

En primer lugar, y como premisa mayor, la profesión de limpiadora está altamente feminizada y, a pesar de las fuertes exigencias físicas que conlleva, especialmente repetitivas, no aparece contemplada en el listado del RD 1299/2006 entre las enfermedades «provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo, enfermedades por fatiga e inflamación de las vainas tendinosas, de tejidos peritendinosos e inserciones musculares y tendinosas». Allí solo figuran profesiones masculinizadas (pintores, escayolistas, montadores de estructuras, curtidores, mecánicos, chapistas calderereros, albañiles, etc.), o algunas en las cuales la presencia de trabajadores de ambos sexos es equilibrada (como carniceros o pescaderos), pero no otras muy feminizadas como las ligadas al sector sanitario y sociosanitario, tareas administrativas y limpieza.

La premisa menor, tendente a justificar la razón de la inclusión, establece que las exigencias operativas para la realización de la actividad profesional de la trabajadora interesada, tal y como se deduce del convenio colectivo de aplicación, en comparación las directrices técnicas de apreciación de la dolencia que padece, encajan perfectamente en la descripción contenida en el grupo 2, letra D, 01 del RD 1299/2006. El detalle de cada una de las tareas descritas muestra la coincidencia esencial en la necesidad de realizar esfuerzos físicos a través de posiciones forzadas, movimientos repetitivos en los codos en posición elevada y tensando los tendones de los brazos.

La conclusión resulta obvia: «la no inclusión en el citado RD de la profesión de limpiadora en el cuadro de profesiones que pueden resultar afectadas por una enfermedad profesional supone una discriminación indirecta. En efecto,

55 Rodríguez González, S.: «La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo», cit., p. 10. A «tratamiento potente y muy certero» alude Cavas Martínez, F.: «La interpretación del Sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo», cit., p. 42.

56 STS 14 octubre 2020 (rec. 2753/2018).

mientras que las profesiones contempladas a título ejemplificativo (pintores escayolistas, montadores de estructuras) fuertemente masculinizadas (…) se benefician de la presunción de que en ellas se realizan posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo, se realizan con los codos en posición elevada o que tensan los tendones o bolsa subacromial, asociándose a acciones de levantar y alcanzar, uso continuado del brazo en abducción o flexión, lo que determina que estemos ante una enfermedad profesional, en la profesión de limpiadora, fuertemente feminizada para el diagnóstico de la enfermedad profesional se exige acreditar la realización de dichos movimientos».

Con posterioridad a la sentencia aquí adoptada como guía, continúa la serie de pronunciamientos con este enfoque de género, versando no únicamente sobre los asuntos ya tratados[57] —como la serie que completa el último de los ejemplos mentados[58]—, sino sobre otros que contemplan aspectos como los siguientes:

A) Posibilidad de que la madre adoptante también disfrute del permiso por maternidad aun cuando el padre biológico ya lo hubiera disfrutado con anterioridad[59].

B) En el complemento de maternidad del art. 60 LGSS (redacción previa al RD- ley 3/2021), se efectúa una interpretación de conformidad con la cual restringir el beneficio solo a un progenitor (sin que, además, exista un criterio para determinar quién deba ser), bajo el argumento de que los causantes son los menores, supondría no únicamente desconocer la exigencia contributiva, sino que acabaría actuando, sin habilitación normativa para ello, en contra de la contemplación igualitaria de una norma que no puede ampararse en las excepciones destinadas a restablecer desequilibrios previos[60].

C) Reconocimiento de la prestación en favor de familiares a la hija de un pensionista de jubilación que en la fecha del hecho causante estaba legalmente casada, aunque separada de hecho a consecuencia de violencia de género, recayendo finalmente sentencia de divorcio con posterioridad al hecho causante. Extendiendo a este concreto supuesto el criterio acuñado para el cese de la convivencia por violencia de género en la pensión de viude-

57 STS 14 octubre 2020 (rec. 2753/2018).

58 Para, reforzando la literalidad de la norma (art. 174.2 LGSS), establecer que, si cumple todos los demás requisitos comunes de la prestación, la mujer que por razón de violencia de género estaba separada o divorciada del causante en el momento de su fallecimiento, sin ser acreedora de la pensión compensatoria, tiene derecho a la pensión de viudedad. Así lo sientan, por ejemplo, las SSTS 13 abril, 5 julio, 4 octubre 2023 (rec. 793/2020, 1981/2020 y 1352/2020) o 25 enero y 20 febrero 2024 (rec. 2490/2022 y 300/2024).

59 STS 21 diciembre 2022 (rec. 3763/2019).

60 STS 17 mayo 2023 (rec. 384/2022). Un acertado comentario en Ballester Pastor, I.: «El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RD-Ley 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores», en AA.VV.: *Anuario 2023 de Jurisprudencia Laboral*, Madrid (BOE), 2024, pp. 615-625.

dad de las parejas de hecho que exonera el requisito de convivencia cuando la ruptura de la relación obedezca a la circunstancia de violencia de género[61].

D) Restringir el permiso de lactancia a la madre, so pretexto de que el otro progenitor y padre del menor no desarrolla actividad productiva por encontrarse en situación de desempleo y poder encargarse de criarlo, pues comporta el peligro de perpetuación de roles tradicionales, sexistas y opuestos a los objetivos equiparadores de la ley. Se trata de un derecho incondicional que pertenece de forma originaria a la persona que trabaja, no estando condicionada su titularidad a las circunstancias del otro progenitor; de este modo, aparece desconectado de la suspensión coetánea por maternidad y, por tanto, cuando lo disfruta un progenitor no debe verse afectado por la situación de otro. Puede, así, ser ejercido por la madre trabajadora, aunque el padre no desempeñe ninguna actividad laboral[62]. Por igual motivo, procede otorgar el derecho al padre trabajador sin condicionarlo a la falta de actividad laboral de la madre[63].

E) Reconocimiento de que el recargo de prestación derivada del fallecimiento del esposo no debe limitarse a la cuantía de la pensión de viudedad en la fecha en la cual se causó, sino que procederá actualizarlo a raíz de la reforma legal posterior que aumentó su importe[64].

5.- La necesaria reacción legal

Los avances por vía jurisprudencial son obvios y tienen un largo recorrido, en particular a la luz de la aprobación de la ley 15/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y no discriminación, la cual no viene sino a incidir en el canon hermenéutico situado en la base de la evolución, en tanto ya no se trataría únicamente de afirmar el principio de igualdad de oportunidades para hombre y mujeres en la apreciación de las situaciones de Seguridad Social, sino —y centrando la atención en cuanto aquí ocupa la atención— en evitar la discriminación por razón de sexo de la persona trabajadora que desarrolla

61 STS 13 junio 2023 (rec. 1549/2023). CGPJ: «El TS equipara la separación de hecho a la legal en el caso de víctima de violencia de género para proceder a la prestación en favor de familiares», *Noticias Cielo*, núm. 6, 2023, https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-TS-equipara-la-separacion-de-hecho-a-la-legal-en-el-caso-de-victimas-de-violencia-de-genero-para-acceder-a-la-prestacion-en-favor-de-familiares.

62 STS 11 julio 2023 (rec. 3522/2019).

63 STS 12 julio 2023 (rec. 1367/2019). Un comentario adecuado en Rojo Torrecilla, E.: «Permiso de lactancia. Derecho del padre trabajador sin estar condicionado por la falta de actividad laboral de la madre», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2022, pp. 1-8.

64 STS 25 enero 2024 (rec. 3521/2020). Sobre la singularidad de esta revisión al alza, Palomino Saurina, P.: «Revisión al alza del recargo de prestaciones de la Seguridad Social (Comentario de la sentencia del TS de 25 de enero de 2024)», *Diario La Ley*, núm. 10468, 2024.

la actividad. Circunstancia que acaece estadísticamente, sin mucha necesidad de argumentación, en trabajos feminizados de la índole de los mencionados a lo largo del discurso[65].

Así cabrá inferirlo de la decisión de reiterar en su art. 4.3 el derecho a la igualdad de trato y no discriminación como principio informador del ordenamiento jurídico que se habrá de integrar y observar con carácter trasversal en la aplicación de las normas jurídicas. Con particular detalle en su art. 19, dedicado al derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la administración de justicia, al establecer que los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, velarán por la supresión de estereotipos y provocarán la eliminación de cualquier forma de discriminación en la aplicación de la norma por las causas previstas en la Ley[66].

Sin embargo, por esta vía quedaría un largo camino por recorrer, siempre de carácter paliativo ante vacíos o desajustes en la norma a los efectos analizados (u otros, como la distinta consideración como incapacitantes —con independencia de su origen— de determinados agentes o tareas en actividades donde las mujeres están sobrerrepresentadas[67]), que indudablemente se acortaría con la oportuna reacción legal. Esperanzas hubo, a este respecto, cuando en el Congreso de los Diputados se solicitó de manera expresa que el listado de enfermedades profesionales «no dé lugar a discriminaciones indirectas por razón de sexo». Indicándose, en concreto, que «las enfermedades profesionales no incluidas en el cuadro pero que sean ocasionadas por el desempeño del trabajo serán tipificadas como accidentes de trabajo, aunque esto implica la necesidad litigar. Entre ellas se encuentran, principalmente, las de aquellas profesiones desempeñadas por mujeres; enfermedades profesionales provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos. El cuadro solo contempla a pintores, escayolistas, montadores de estructuras, mecánicos, chapistas, caldereros. Seguramente haya mujeres que desarrollan estas profesiones, pero mayoritariamente las mujeres desempeñan otras profesiones. Por eso, hoy el Grupo Parlamentario Socialista trae aquí una iniciativa que lo único que persigue es que ante una misma dolencia hombres y mujeres seamos tratados de igual manera»[68].

---

65 Arias Domínguez, A.: «Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género», cit., p. 9.

66 Igartua Miró, M. T.: «El enfoque de género y la enfermedad profesional en el ordenamiento español», cit., p. 26.

67 Molina Navarrete, C.: «La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en la fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 466, 2022, pp. 233 y ss.

68 grupo parlamentario socialista: «Proposición no de ley sobre la modificación del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que apruebe el cuadro de enfermedades

Es de esperar que ahora, después de la emergencia sanitaria, quien defendió aquella propuesta no dude en aprovechar su posición en el ejecutivo para impulsar una iniciativa que, por otra parte, se encuentra incluida en el indudable enfoque de género que incorpora la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo[69]. Así ocurre cuando entre sus objetivos apunta a «la necesidad de hacer más visibles los riesgos que pudieran no ser valorados suficientemente, incluso no ser tomados en consideración, tanto en actividades feminizadas como masculinizadas; tomando conciencia de las diferencias más apreciables, desagregando datos y profundizando en el conocimiento de sus causas, incluyendo de manera expresa un estudio de las enfermedades de origen profesional de las personas autónomas con una perspectiva de género. A la hora de ponderar las patologías femeninas, prestar especial atención a las enfermedades derivadas de la doble presencia en el trabajo y la exposición a los riesgos psicosociales». Por lo que respecta a la intervención legislativa, se anuncia la actualización del marco normativo para incorporar la perspectiva de género en las actuaciones preventivas, promoviendo la eliminación de desigualdades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas públicas, así como determinadas acciones de impulso de acciones sobre los riesgos específicos de género, con especial atención a las actividades feminizadas y de sensibilización para que esta integración sea real y eficaz (objetivo 5, línea 1).

Cuanto procede ahora es pasar de las palabras a los hechos, de las declaraciones institucionales a medidas concretas y específicas que integren la perspectiva de género también en el tratamiento de las enfermedades, tanto en el plano estrictamente preventivo como —en su caso— en el reparador, evitando los riesgos de discriminación actuales en la determinación de contingencia.

6.- Bibliografía

Agra Viforcos, B.: «Riesgos laborales en una ocupación altamente feminizada: atención sanitaria y socio asistencial en residencias de la tercer edad», *Lex Social*, núm. 2, 2021.

Arenas Gómez, M.: «Enfermedad profesional y cuestión de género. ¿Cumple el Real Decreto 1259/2006 con el principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres? Al hilo de la doctrina del Tribunal Supremo sobre

profesionales en el Sistema de Seguridad Social, para que su aplicación no dé lugar a discusión por razón de sexo (número de expediente 161/002213)», Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, XII Legislatura, núm. 463, p. 3.

69 INSST: *Seguridad y Salud en el Trabajo. Estrategia Española 2023-2027*, Madrid (INSST), 2023, pp. 61-68, en https://www.insst.es/documents/d/portal-insst/estrategia-espanola-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-2023-2027.

enfermedades profesionales cursadas por mujeres», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 449-450, 2020.

Areta Martínez, M.: «La lista *numerus apertus* de actividades con riesgo de producir enfermedades profesionales», en AA.VV.: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, experiencias y desafíos de una protección social centenaria*, T. I, Murcia (Laborum), 2020,

Arias Domínguez, A.: «Apreciación de la enfermedad profesional desde la perspectiva de género», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2022.

Ballester Pastor, I.: «El complemento de maternidad por aportación demográfica del art. 60 TRLGSS en la redacción del precepto previa al RD-Ley 3/2021 puede reconocerse a ambos progenitores», en AA.VV.: *Anuario 2023 de Jurisprudencia Laboral*, Madrid (BOE), 2024.

Cavas Martínez, F.: «Aspectos jurídicos de la enfermedad profesional: estado de la cuestión y propuestas de reforma», *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, Suplemento extraordinario, 2016.

«La interpretación del Sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 29, 2021.

La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2021.

Cepross y **Panotratss**: *Informe anual 2022*, Madrid (CEPROSS y PANOTRATSS), 2023, https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/5b153e97-94fb-4271-ad07-6b8dbf192625/Informe+anual+2022.pdf?-MOD=AJPERES.

CGPJ: «El TS equipara la separación de hecho a la legal en el caso de víctima de violencia de género para proceder a la prestación en favor de familiares», *Noticias Cielo*, núm. 6, 2023, https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-TS-equipara-la-separacion-de-hecho-a-la-legal-en-el-caso-de-victimas-de-violencia-de-genero-para-acceder-a-la-prestacion-en-favor-de-familiares.

Desdentado Bonete, A.: «Concepto de enfermedad profesional», en AA.VV. (Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M. N., Dirs.): *Comentario a la Ley General de Seguridad Social*, Granada (Comares), 1999.

García Romero, B.: «Cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2020.

GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA: «Proposición no de ley sobre la modificación del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que apruebe el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de Seguridad Social, para que su aplicación no dé lugar a discusión por razón de sexo (número de expediente 161/002213)», Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, XII Legislatura, núm. 463.

IGARTUA MIRÓ, M. T.: «El enfoque de género y la enfermedad profesional: reflexiones desde el ordenamiento español», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, núm. 2, 2023.

INSST: *Seguridad y Salud en el Trabajo. Estrategia Española 2023-2027*, Madrid (INSST), 2023, pp. 61-68, en https://www.insst.es/documents/d/portal-insst/estrategia-espanola-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-2023-2027.

JIMÉNEZ HIDALGO, A.: «Juzgar con perspectiva de género en la Jurisdicción de lo Social. ¿Es necesaria una reforma legislativa?», *Jurisdicción Social*, núm. 197, 2019.

LEGUA RODRIGO, M. C.: «Concepto legal y concepto doctrinal de enfermedad profesional. Interpretación jurisprudencial de la lista de enfermedades profesionales de RD 1299/2006», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 20, 2019.

La enfermedad profesional. Análisis doctrinal y jurisprudencial de RD 1299/2006 y su clasificación por actividades, Albacete (Bomarzo) 2022.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: «La integración de la perspectiva de gobierno en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social», *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016.

Enfermedades profesionales en perspectiva de género, Albacete (Bomarzo), 2021.

El enjuiciamiento de género, Madrid (Dykinson), 2020.

MINCULEASA COPCEA, A.: «Integración de la perspectiva de género en la calificación de enfermedades profesionales. Balance jurisprudencial», *Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, núm. 8, 2023.

MOLINA NAVARRETE, C.: «La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en la fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 466, 2022.

Moreno Cáliz, S.: «Aproximación al concepto de enfermedad profesional», *Tribuna Social*, núm. 131, 2001.

NTP 657 (**Vega Martínez, S**.): *Los trastornos musculo-esqueléticos de las mujeres (I): exposición y efectos diferenciales*, 2002.

NTP 658 (**Vega Martínez, S**.): *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres (II): recomendaciones preventivas*, 2004.

Palomino Saurina, P.: «Revisión al alza del recargo de prestaciones de la Seguridad Social (Comentario de la sentencia del TS de 25 de enero de 2024)», *Diario La Ley*, núm. 10468, 2024.

Poyatos Matas, G.: «Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa», *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2019.

Rodríguez González, S.: «La perspectiva de género en la aplicación de las normas por la Sala de Social del Tribunal Supremo», *Trabajo y Derecho*, núm. 76, 2021.

Rodríguez Hernández, J.: «La perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social», *Diario La Ley*, núm. 1024, 2023.

Rivas Vallejo, P.: «Las beneficiarias de pensiones SOVI pueden causar prestaciones en favor de familiares», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2020.

Rodríguez Escanciano, S.: *La salud mental de las personas trabajadoras: tratamiento jurídico preventivo en un contexto productivo postpandémico*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2022.

Rodríguez Santos, E.: «El cuadro de enfermedades profesionales», en AA. VV. (González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., Coords.): *Las enfermedades profesionales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.

Rodríguez-Piñero Royo, M.: «Las enfermedades del trabajo», *Relaciones Laborales*, T. II, 1995

Rojo Torrecilla, E.: «Permiso de lactancia. Derecho del padre trabajador sin estar condicionado por la falta de actividad laboral de la madre», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2022.

Segoviano Astaburuaga, M. L.: «Juzgar con perspectiva de género: perspectiva de TJUE, TC y TJ», en AA.VV.: *La incidencia de género en la jurisprudencia social. Especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de igualdad y su aplicación por los Tribunales españoles. Perspectiva de la Unión Europea*, Madrid (Cuadernos Digitales de Formación CGPJ), Vol. 17, 2020.

Sempere Navarro, A. V.: «La protección de la enfermedad profesional: planteamiento para su modificación», *Aranzadi Social*, T. V, 2001.

Villar Cañada, I. M.: «La necesaria interpretación del Sistema de Seguridad [Social] desde un enfoque de género», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 26, 2021.

Vogel, L.: «Desigualdad de género y enfermedades profesionales en Bélgica», *Laboreal*, Vol 11, núm. 2, 2015.

CAPÍTULO XIII

SALUD LABORAL Y GÉNERO. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Beatriz Agra Viforcos
TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Sumario: 1.- Introducción. La morbilidad diferencial; 2.- Factores de diferencia entre mujeres y hombres especialmente relevantes para la salud laboral; 2.1.- Diferencias biológicas; 2.2.- Diferencias derivadas de factores socioculturales; 3.- Dificultades/condicionantes para introducir la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales; 4.- La perspectiva de género en la legislación española de seguridad y salud laboral y en las más recientes estrategias en la materia; 5.- Reflexión final; 6.- Bibliografía.

1.- Introducción. La morbilidad diferencial

Discriminar es tratar de forma desigual situaciones dignas de idéntica consideración, pero también lo es igualar cuanto es distinto. Por ende, no todo trato dispar debe ser reputado discriminatorio.

Efectuada esta clarificación inicial es menester preguntarse si al amparo de la misma pueden quedar justificados regímenes jurídicos disímiles para hombres y mujeres en el ordenamiento social. Interrogante planteado muchos años atrás y que ha merecido una repuesta incuestionable: existen diferencias biológicas entre sexos y socioculturales entre géneros capaces de sustentar un tratamiento no uniforme que sirve, justamente, al propósito de dar un cumplimiento real a la regla de no discriminación. Es posible

detectar numerosas muestras de ello: protección de la maternidad, acciones positivas, incentivos al disfrute masculino de los derechos de conciliación… El interrogante salta a la vista: ¿es extensible este razonamiento a la órbita de la prevención de riesgos en el trabajo?

Aunque las diferencias entre hombres y mujeres en relación con la enfermedad no hayan despertado el interés de la ciencia médica hasta prácticamente la última década del siglo XX, hoy nadie puede dudar de la existencia de lo que ha venido a ser calificado como morbilidad diferencial[1], con potencial para extender sus efectos, como no podía ser de otro modo, hasta la salud laboral.

Existen enfermedades que solo padece un sexo (en general, cuantas afectan al aparato reproductor), otras con mayor prevalencia en hombres o en mujeres (cáncer de mama, hematocromatosis…), con superior gravedad en ellas o en ellos (así, el covid-19) o, en fin, patologías que se presentan de forma diferente (como el infarto) o con distintos factores de riesgo para cada grupo (sirva de ejemplo la conexión entre menopausia y accidentes cerebrovasculares). Todo ello implica también en muchos casos la necesidad de tratamientos o posologías no coincidentes, como diversa puede ser, asimismo, la intensidad de los efectos secundarios de la medicación (extremo confirmado en el caso de la quimioterapia) o la eficacia de algunos fármacos (aspirina en problemas vasculares masculinos, no, en cambio, en los femeninos).

En cualquier caso, es importante recordar que, bajo un modelo de salud biopsicosocial, no solo deben ser tenidos en cuenta los condicionantes biológicos, sino también otros psicológicos y sociales, cuya trascendencia para la seguridad y salud laboral en modo alguno puede ser desdeñada, conforme habrá ocasión de comprobar en las páginas siguientes.

2.- Factores de diferencia entre mujeres y hombres especialmente relevantes para la salud laboral

La conexión entre riesgos y género no es nueva para la investigación iuslaboralista. Esta trabazón se ha situado en el foco de atención de la doctrina desde finales de los noventa[2], pero en los últimos años los estudios

1 Entendiendo por tal (en cuanto hace a la singularidad de la mujer —como sección de la población cuya realidad se ha visto históricamente invisibilizada—), «el conjunto de enfermedades, motivos de consulta y factores de riesgo que merecen una atención específica para las mujeres, sea porque solo en ellas se pueden presentar dichos problemas o porque son mucho más frecuentes en el sexo femenino», Valls Llobet, C.; Banqué, M.; Fuentes, M. y Ojuel, J.: «Morbilidad diferencial entre mujeres y hombres», *Anuario de Psicología*, Vol. 39, núm. 1, p. 10.

2 Por citar solo algunas muestras significativas, Pérez Del Río, T. y Ballester Pastor, M.A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid (La Ley), 1999; Gil Pérez, M. E.: «Mujer y salud laboral», en AA.VV.: *Mujer y trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2003, pp. 129-156; Igartua Miró, M.T.: «Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer», *Temas Laborales*, núm. 91, 2007, pp.

sobre la introducción de la perspectiva de género en la acción preventiva se han multiplicado de manera exponencial[3], en algunos casos vinculando la necesidad de esta intervención con un proceso paralelo de reformulación del Derecho del Trabajo a la luz de fenómenos disruptivos recientes como la digitalización de la economía y del empleo[4]. Esta extensa labor ha permitido

263-296; Fernández Docampo, B.: «La salud laboral desde una perspectiva de género», en VV. AA. (Lousada Arochena, J.F., Coord.): *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, pp. 323-350; Igartua Miró, M.T.: «Prevención de riesgos laborales en clave de género en Andalucía», *Temas Laborales*, Vol. 3, núm. 100, 2009, pp. 1313-1352; Rivas Vallejo, M.P.: «Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 74, 2009, pp. 227-286 o Martínez Hernández, M.L.: «La igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo: la obligada atención al sexo en la garantía de una protección eficaz de las mujeres trabajadoras», *Lan Harremanak*, núm. 23, 2010, pp. 21-39.

3 Entre muchos, Moreno Solana, A.: «La incorporación de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 270, 2023, pp. 293-302; Blázquez Agudo, E.M.: «La prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 155, 2023, pp. 99-122; Ramos Quintana, M.I.: «La salud de las mujeres en las relaciones de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 100, 2022, pp. 115-140; Pérez Campos, A.I.: «La incidencia del género en la prevención de riesgos laborales», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. LIV, 2021, pp. 119-145; Ruiz Santamaría, J.L.: «Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, núm. 4, 2020, pp. 319-357; Agra Viforcos, B.: «La perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales», en AA.VV. (Rodríguez Sanz De Galdeano, B., Coord.): *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 275-307; AGRA Viforcos, B.: «Mujer y salud laboral», en AA.VV. (Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M.R., Dirs.): *La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva*, Madrid (Sepín), 2019, pp. 121-146; Vallejo Da Costa, R.: *Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos*, Albacete (Bomarzo), 2019; Moreno Solana, A.: «Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 4, 2018, pp. 149-170; Garrigues Giménez, A.: «Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2017, pp. 763-785; Nieto Rojas, P.: «Dimensión de género en el tratamiento convencional de la seguridad y salud laboral» en AA.VV. (Blázquez Agudo, E.M., Dir.): *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Madrid (Universidad Carlos III), 2017, pp. 75-84; Nieto Rojas, P.: «Género, prevención de riesgos y negociación colectiva», *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2017, pp. 165-182 o, por no seguir, Olarte Encabo, S.: «La discriminación en materia de prevención de riesgos laborales», en AA.VV. (Sánchez Trigueros, C., Dir.): *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Madrid (Ministerio de Empleo y Seguridad Social), 2016, pp. 375-390.

4 Montes Adalid, G.M.: «Empleo digital, conciliación y salud psicosocial de la mujer trabajadora», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, núm. 2, 2023, pp. 186-213; De La Casa Quesada, S.: «Teletrabajo, género, riesgos psicosociales: una tríada a integrar en las políticas preventivas», *Revista de Trabajo y Segu-*

constatar cómo la apuntada disparidad biológica o psicosocial en ocasiones justificará una regulación distinta (con actuaciones de prevención o de protección diversas, de ser preciso), pero siempre exigirá, al menos, una gestión preventiva que no deje de lado la realidad de las trabajadoras[5].

Como ya se avanzó, entre ellos y ellas se dan diferencias biológicas a partir de las cuales su salud se ve damnificada de forma desigual por la incidencia de análogos agentes; asimismo, perviven estereotipos consolidados merced a los cuales se verán amenazados por peligros distintos o lo harán en un grado dispar. Facetas ambas merecedoras de un estudio más detenido.

2.1.- Diferencias biológicas

En el grupo primero ocupan un lugar notorio los elementos que pueden dañar la reproducción, toda vez que el antagonismo más evidente entre hombres y mujeres en lo que atañe a su condición biológica viene dado por sus respectivos aparatos reproductores. En consecuencia, y en la medida en que estos ofrecen sustanciales diferencias, «los riesgos que obran en detrimento de la salud reproductiva no coinciden necesariamente»[6].

No parece este el foro apropiado para un análisis pormenorizado de los componentes ambientales que actúan en exclusiva o con mayor o menor intensidad sobre unos y otras provocando esterilidad y subfertilidad, propensión a anomalías en fetos futuros, etc. Ahora bien, sí ha de destacarse, primero, una peculiaridad de la gónada femenina que hace aún más trascendente su protección: el número limitado de células germinales, sin reposición posible. Y, segundo, el hecho de que sea el útero el órgano que albergará, de producirse la fecundación, el embrión, motivo por el cual, además de lo indicado, es preciso atender específicamente a los elementos del trabajo que contribuyan a predisponer al aborto o al parto de niños muertos, a alumbramientos prematuros, a gestar hijos bajos de peso, víctimas de desórdenes varios o proclives al cáncer infantil[7].

---

ridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 459, 2021, pp. 83-112; Agra Viforcos, B.: «La brecha digital por razón de género. Especial referencia a sus implicaciones en la seguridad y salud laboral», *Diritti fondamentali.it (rivista on-line)*, núm. 1, 2020 o Todolí Signes, A.: «Riesgos laborales derivados del uso de algoritmos: impacto de género», en AA.VV. (Rivas Vallejo, M.P., Dir.): *Riesgos laborales derivados del uso de algoritmos: impacto de género*, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2022, pp. 333-350.

5 Moreno Solana, A.: «Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes», cit., p. 154.

6 «Desde un punto de vista fisiológico, las diferencias relativas a la función reproductiva constituyen el aspecto más visible de las dispares necesidades de protección de la salud experimentadas por hombre y mujeres», Martínez Yáñez, N.M.: «Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo», *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, p. 163.

7 NTP 542: *Tóxicos para la reproducción femenina*, 2000. Sin negar, claro está, que también resulta esencial proteger al varón frente a los específicos riesgos que puedan amenazar su salud repro-

Rompiendo la tradicional ausencia de alusión normativa al respecto, el artículo 25.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)[8], brinda un recordatorio a los empresarios, quienes habrán de tener en cuenta en las evaluaciones los factores «que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias». La referencia explícita y separada al hombre y a la mujer hace patente que el legislador asume sin ambages su disparidad, algo que en esta materia es, sin duda, forzoso.

Avanzando en el *iter* de la reproducción humana, se llega a un desenlace que sí ha contado desde hace mucho tiempo con el interés de la ley: la maternidad real y efectiva. Tal y como clarifica la ciencia médica, el embarazo es causa de cambios anatómicos, fisiológicos y psicológicos que repercuten en una reseñable fragilidad ante algunas características del entorno, a lo cual hay que añadir, para tomar decisiones de prevención y protección específicas, la posibilidad de que aquellas afecten a la salud o viabilidad del no nato. Dando unos pasos hasta el nacimiento, han de tenerse en cuenta los estados de agotamiento y vulnerabilidad asociados al parto y la eventual transmisión al niño, a través de la alimentación, de patógenos propios del empleo de la madre[9].

En atención a tal realidad, el ordenamiento laboral español tipifica una respuesta expresa, diseminada a lo largo de tres de sus subsectores normativos: la regulación de la relación individual consagra permisos parentales por nacimiento de hijos y por cuidado del lactante que se completan con el amparo proporcionado desde de la protección social; las prescripciones procedentes de la legislación preventiva también encuentran colofón en la tutela de Seguridad Social para las hipótesis en las que la continuidad en el trabajo deviene temporalmente imposible.

Por cuanto aquí importa, el precepto básico es el artículo 26 LPRL, que otorga cobertura a la gestación y a la lactancia natural de menores de nueve meses mediante un esquema trifásico que se desencadena a partir de los resultados vertidos por la evaluación de riesgos[10]. De este modo, identifi-

---

ductiva, en los términos indicados por la NTP 441: *Tóxicos para la reproducción masculina*, 1997.

8 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995), disponible en https://www.boe.es/eli/es/l/1995/11/08/31

9 Sobre todos estos cambios y circunstancias, Garrigues Giménez, A.: «Maternidad y obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», *Tribunal Social*, núm. 162, 2004, pp. 9 y 10 o, con superior detalle, NTP 914: *Embarazo, lactancia y trabajo: promoción de la salud*, 2011.

10 Que debe efectuarse aun cuando no exista ninguna mujer embarazada en la empresa [MORENO GENÉ, J. y Romero Burillo, A.M.: *Maternidad y salud laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, p. 43], en tanto tal eventualidad puede producirse en cualquier momento

cada alguna amenaza para tales situaciones, deberá el empresario adaptar las condiciones de la mujer (o del varón trans, cabe concluir), de forma que solo el fracaso de tal opción primera habilitará el recurso al siguiente cauce de tutela, dado por la movilidad funcional.

En esta segunda fase se contempla ya una intervención pública (certificado de los Servicios Médicos del INSS —o la Mutua, en su caso— previo informe del médico del Servicio Público de Salud), como prudencia ante un imperioso recurso a la vía postrera: la suspensión del contrato en los términos establecidos en el citado artículo 26 LPRL y los artículos 45.1.e) y 48.7 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)[11]. Situación acompañada del acceso a las prestaciones de Seguridad Social[12] reguladas en los artículos 186-189 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)[13], y, en su desarrollo, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema para la maternidad, la paternidad y el riesgo durante el embarazo o la lactancia[14]. No obstante, los

y se trata de una situación de especial sensibilidad que, al contrario que otras, admite cierta previsibilidad de efectos nocivos. Sin perjuicio siempre, claro está, de que, merced al artículo 4.2.c) del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, sea preciso actualizar la evaluación inicial una vez conocida la existencia de una gestación (o lactancia) en curso para, a partir de ahí, establecer las medidas de protección adecuadas al caso concreto, Garrigues Giménez, A.: *La maternidad y su condición jurídico laboral y de Seguridad Social*, Madrid (CES), 2004, p. 64 o Pérez Del Río, T. y Ballester Pastor, A.: *Mujer y salud laboral*, cit., pp. 52 y 53.

11 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015), disponible en https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con

12 Analizadas en, por todos, Ceinos Suárez, A.: «Riesgo durante el embarazo y la lactancia natural», en AA.VV. (García Murcia, J. y Castro Argüelles, M.A., Dirs.): *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid (Reus), 2021, pp. 149-188; García Testal, E.: «Riesgo durante el embarazo o la lactancia natural de un menor de nueve meses», en AA.VV. (Fernández Prats, C.; García Testal, E. y López Balaguer, M., Coords.): *Los derechos de conciliación en la empresa: la corresponsabilidad como objetivo para la igualdad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 57-78; Ballester Pastor, M.A.: «La prevención laboral efectiva frente al riesgo durante la lactancia: historia, estado de la cuestión y expectativas», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, pp. 187-218 o Rios Mestre, J.M.: «Prestación por riesgo durante el embarazo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, pp. 107-134.

13 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se hace lo propio con el de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015), disponible en https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con

14 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009), disponible en https://www.boe.es/eli/es/rd/2009/03/06/295/con

datos parecen mostrar que la suspensión y el recurso a la protección social continúa siendo la medida preventiva prioritaria, a pesar de la clara voluntad del legislador de configurarla como *ultima ratio*[15].

Entronca con lo explicitado cuanto versa en torno al sistema endocrino, no en vano el tema hormonal y la función de procreación mantienen una ligazón fundamental. Ofrece, sin embargo, singularidad bastante como para justificar una referencia particularizada que permita hacer constar las evidentes diferencias que se dan entre trabajadores y trabajadoras en lo relativo a la acción e interacción de las variadas hormonas existentes en el organismo y en la eventual actuación de posibles alteradores endocrinos: desigualdad entre andrógenos y estrógenos y consecuencias dispares debido al contenido graso más alto en las mujeres (y a la liposolubilidad de aquellos disruptores), a la diversidad en los procesos de detoxificación o al distinto y complejo equilibrio hormonal femenino a lo largo de las sucesivas etapas de la vida[16].

Las dolencias musculoesqueléticas están abiertas, asimismo, a un examen similar, no circunscrito tan solo a la segregación ocupacional, diseño de puestos, exposición extralaboral…, sino ampliado hacia lo fisiológico, que conecta, por ejemplo, con la inferior fuerza muscular, tamaño y capacidad aeróbica de la mujer y, otra vez, con condicionantes derivados de su rol reproductivo[17].

2.2.- Diferencias derivadas de factores socioculturales

Mientras al hablar de características biológicas se acepta como natural la repercusión de la variable sexo en la salud laboral y en la prevención de riesgos, las socioculturales mantienen una conexión que, a menudo, se muestra orlada de cierta sutileza, lo que dificulta su localización e identificación. Sea como fuere, son múltiples las desigualdades en el empleo que derivan en una distinta incidencia de dichos peligros; tantas que, por sistemática, se centrará la mirada en algunos muy significativos o que han sido acreedores de una destacada reflexión por parte de la doctrina. Así, entre otros posibles factores de diferencia, procede hacer mención, al menos, a la doble jornada, la precariedad, la segregación —horizontal y vertical— y la discriminación.

Estadísticamente, la doble jornada sigue siendo un problema femenino, a causa, en esencia, de la falta de una plena incorporación del varón al terreno

15 Moreno Solana, A.: «Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes», cit., p. 155.

16 NTP 758: *Alteradores endocrinos: exposición laboral*, 2007.

17 NTP 657: *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres I: exposición y efectos diferenciales*, 2004.

doméstico[18]. Ella será, por ende, la principal víctima de la interacción entre las faenas no remuneradas de atención al hogar y/o a la familia y las desarrolladas bajo retribución; elemento a calibrar para entender el impacto diferenciado del trabajo en la salud de unos y otros empleados[19].

El problema alcanza máxima trascendencia desde el instante en que la doble presencia puede germinar en secuelas negativas en quien ha de afrontarla, minorando su fortaleza, debido tanto a la sobrecarga y al esfuerzo que representa[20], como al imaginable sentimiento de culpa y al conflicto de rol (basado en el tiempo, en la tensión, en la conducta y/o en la energía) que trae aparejados esta duplicidad[21].

Concurren aquí sendas orientaciones jurídico-laborales: de un lado, las acciones para la prevención de riesgos y, de otro, la regulación de derechos de conciliación (que faciliten y hagan menos traumático compaginar las dos esferas) o dirigida al fomento de la corresponsabilidad. Todo ello sin olvidar que solo el avance hacia una sociedad igualitaria erradicará el planteamiento de género en este ámbito, al homogeneizarse el perfil de los obligados a enfrentarse a las dificultades derivadas de compatibilizar ambos espacios vitales.

La precariedad, por su parte, ha sido identificada como motivo de alarma hace décadas, a partir de su potencial lesivo en el plano psicosocial y por su conexión innegable con el padecimiento de un superior número de accidentes y enfermedades. Y, una vez más, el componente «género» opera como integrante habitual de la precarización (dada la minusvaloración del trabajo retribuido de la mujer y la apuntada necesidad de conciliar) y, por ende, de un mayor perjuicio a la salud de las trabajadoras.

Mención expresa merecen en este punto el trabajo a tiempo parcial y el temporal. En cuanto compete a este último, se constata como las salidas y entradas del mercado laboral relacionadas con las cargas familiares acaban por redundar en una mayor tasa femenina de temporalidad. Este dato eleva la importancia de la solución ofrecida por el legislador en el artículo 28 LPRL, el cual, a través de una respuesta homogénea (independiente del tipo de contrato de duración determinada y de los porqués subyacentes) se centra en

18 Delgado, A.A. y Abellana, M.R.: «Mujer y salud: una mirada desde lo laboral», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 5, 2009, p. 527.

19 Así se pronuncia en estudio ya clásico de Vogel, L.: «¿Cómo vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo? Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 14, 1999, p. 144.

20 Cantarero Abad, L.: «Género y estrés laboral», *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2005, p. 134.

21 Rodríguez Muñoz, A.: «Riesgos psicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género», en AA.VV. (Blázquez Agudo, E.M., Dir.): *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Madrid (Universidad Carlos III), 2017, p. 22.

reconocer a los temporales idéntico derecho a la protección que a los indefinidos y en fortalecer, respecto a los primeros, los deberes empresariales de formación (artículo 18 LPRL) e información (artículo 19 LPRL).

En cambio, la jornada parcial (uno de cuyos rasgos es la feminización, por razones idénticas a las ya señaladas) no ha obtenido ninguna cautela específica en la LPRL, ante lo cual solo cabe una conclusión posible: equiparación con el contrato a tiempo completo. Procede concluir que hubiera sido adecuada también una tutela reforzada que, en última instancia, beneficiaría de manera particular a las asalariadas, inmersas en muy superior medida en la parcialidad.

Como tercera variable relevante se ha efectuado mención a la división sexual del trabajo. Este rasgo constituye uno de los determinantes esenciales de su organización, pues, por lo general, aquel no es mixto: ellos y ellas «no se ven distribuidos de modo igual entre los sectores de actividad, los puestos, los niveles de responsabilidad y las formas de empleo»[22], pues, todavía hoy, persiste una demarcación que conduce a pensar en oficios de mujeres y de hombres[23]. Esta segregación, y realización de tareas diferentes, implica, como es lógico, la exposición a distintos factores y a efectos en la salud no equiparables[24].

La calificada como horizontal exige volver la vista a los sectores y ocupaciones donde hay mayor presencia de mujeres o de hombres para, bastando con una mirada superficial, observar una superior actualización de daños ergonómicos y psicosociales en ellas y mecánicos y —con menor distancia— higiénicos en ellos. Circunstancia vinculada al mentado reparto del trabajo, tanto en ramas económicas como en funciones concretas dentro de cada una.

Los trastornos musculoesqueléticos constituyen prueba señera, pues se aprecian divergencias en la zona afectada (mayor dispersión en ellas —hombros, cuello y miembros superiores— y un elevado sufrimiento lumbar en el caso masculino), el momento de la lesión (en ellas a una edad más avanzada),

22 Vogel, L. «¿Cómo vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo? Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa», cit., p. 140.

23 Alonso González, A.: «La mujer: un recurso humano claramente subempleado»*, Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 213, 2000, p. 124 o Romero Coronado, M.A.: *Nuevos retos en la salud laboral de la mujer*, Barcelona (Atelier), 2017, p. 83.

24 Álvarez Montero, A.: «Prevención de riesgos laborales con perspectiva de género», en AA.VV. (Molina Hermosilla, O., Ed.): *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, Albacete (Bormarzo), 2010, p. 14; Vogel, L.: *La salud de la mujer trabajadora en Europa. Desigualdades no reconocidas*, Bruselas (ISTAS), 2023, p. 227; Gil Pérez, M.E.: «Mujer y salud laboral», cit., pp. 145-150; Rivas Vallejo, P. «Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral», cit., pp. 227 y ss. o Martínez Yáñez, N.M. «Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo», cit., p. 161.

el tipo de trastorno (por movimientos repetitivos frente a sobreesfuerzos), el reconocimiento legal (en el binomio enfermedad-accidente) o el sector de actividad donde acontece (construcción, metal, industria automovilística, etc. en un colectivo; textil, comercio, sanidad, servicios sociales, limpieza, manufacturas, etc. en el otro) [25].

En la vertical, además, será preciso tener especial cuidado ante las amenazas emanadas de la subordinación[26], plasmadas en situaciones de acoso descendente o en la presencia de otros riesgos para la *psique* humana, como son una menor posibilidad de participación, la inferior autonomía, la proliferación de discriminaciones varias, etc.[27].

En fin, y para concluir, la discriminación constituye *per ser* un mal que se cierne sobre la salud de quien la padece y, cómo no, obliga a asumir un enfoque de género, dado que entre los móviles más extendidos destaca el vinculado al sexo o el género de la víctima[28]. Algunas manifestaciones de ello ya han sido mencionadas (cuantas acaban por reflejarse en precariedad, doble jornada, segregación, acoso[29]…) y otras han de ser referenciadas para completar la imagen que desea proporcionarse; es el caso de las desigualdades injustificadas en las condiciones laborales, incluidas las retribuciones[30].

Para concluir, cabe sentar que la prevención de riesgos suele enfrentarse a gran parte de estas situaciones mediante la disciplina dada por la Psicosociología Aplicada; atalaya desde la que cualquier examen que se pretenda de aquel estigma como desencadenante de daños para las mujeres, habrá de

---

25 NTP 657: *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres I: exposición y efectos diferenciales*, 2004.

26 «Las mujeres están más expuestas a la intimidación en el lugar de trabajo, a lo que debemos añadir que muchas de las condiciones de trabajo están más estrechamente relacionadas con la posición laboral en la jerarquía o sector profesionales, que el género por sí mismo», Moreno Solana, A.: «Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes», cit., p. 154.

27 Rodríguez Muñoz, A.: «Riesgos psicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género», cit., p. 20.

28 Cabe afirmar, pues, que la discriminación opera, *per se*, como factor de riesgo psicosocial específicamente femenino, Molina Navarrete, C.: «El impacto laboral de la 'Ley de igualdad de sexos': lo que queda después de vender el 'humo político'», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 290, 2007, p. 105.

29 «La segregación en el trabajo no se limita a distribuir a hombres y mujeres en situaciones diferentes», también genera «relaciones de dominación y opresión» [Vogel, L.: «¿Cómo vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo? Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa», cit., p. 140] a partir de las cuales la mujer se encuentra en el contexto óptimo (de inestabilidad, subordinación, etc.) para ser víctima de acoso moral y/o sexual, Rodríguez Muñoz, A. «Riesgos psicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género», cit., p. 20.

30 Martínez Yáñez, N.M.: «Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo», cit., p. 163.

tener en cuenta la singularidad que presentan los colectivos especialmente vulnerables: madres solas, víctimas de violencia machista, aquejadas de una discriminación múltiple o interseccional (por discapacidad, inmigración…), etc. En todo caso, las acciones a desarrollar deben venir presididas por la transversalidad, en tanto deben confluir las políticas antidiscriminatorias, los planes de igualdad, las medidas de conciliación, los protocolos contra el acoso y la política preventiva de la organización.

3.- Dificultades/condicionantes para introducir la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales

El reconocimiento de las diferencias y de la idoneidad de una orientación de género en lo atinente a la prevención de riesgos, no debe impedir una revisión de las dificultades concurrentes todavía hoy y que lastran la posibilidad de una gestión preventiva que atienda a tal factor, pues una de secuelas señeras es la habitual opacidad de muchas de las amenazas que afectan con especial intensidad a la salud de las mujeres[31].

En primer lugar, procede citar el tradicional androcentrismo de la medicina (y la consiguiente desatención a la aludida morbilidad diferencial), pues históricamente la ciencia médica ha mostrado algunos sesgos que han invisibilizado a la mujer; así, ha sido usual no incluir representación femenina en las investigaciones o no diferenciar los resultados en atención al sexo[32]. Este problema se reproduce en el trabajo, donde hasta fechas recientes se han venido obviando las diferencias entre mujeres y hombres en los estudios sobre riesgo laboral.

De este modo, a la tendencia a omitir el género en las evaluaciones y las planificaciones preventivas se suma un nuevo problema, pues quienes pretendan romper con esta regla e incorporar tal variable al diseño y aplicación de sus estructuras de protección van a tropezar con limitaciones metodológicas, sobre todo en sendas hipótesis: por una parte, en la valoración de la

31 En la exposición siguiente se toma como base fundamental las consideraciones vertidas por el INSST en la NTP 658: *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres II: recomendaciones preventivas*, 2004.

32 «La mayoría de las actividades sanitarias —investigaciones, experimentos, estadísticas, protocolos sanitarios de atención al paciente y tratamientos médicos— no ha tenido en cuenta de manera suficiente el factor sexo, asumiendo un punto de vista aparentemente neutral que sin embargo suele perjudicar a las mujeres», circunstancia a partir de la cual procede exigir «que los estudios relativos a la salud, así como las actividades relacionadas con la prevención, detección y tratamiento de las patologías, tengan en cuenta las diferencias derivadas directa o indirectamente del sexo de las personas», MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. «Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo», cit., pág. 158.

diferente incidencia del riesgo entre sexos en sectores y ocupaciones masculinizados, debido a la falta de estudios que tengan en cuenta el género; por otra, en la de los peligros característicos de las tareas feminizadas, por la histórica desatención a los mismos.

En segundo término, debe efectuarse oportuna mención a la naturaleza de algunos riesgos comúnmente femeninos. Más en concreto, es preciso incidir en la complejidad que suele plantear el reconocimiento de la vinculación entre la lesión y un hecho o momento concreto (consecuencia, en gran parte, de la segregación ocupacional), pues en las mujeres, en mayor grado que en los hombres, aquella es multicausal y de manifestación paulatina, mientras que en ellos es más común que lo haga de forma súbita y repentina; ejemplo palmario de lo cual son los trastornos musculoesqueléticos. Además, esta circunstancia opera en avisa combinación con la existencia de tópicos e ideas preconcebidas sobre la ligereza de los puestos feminizados, en un contexto propicio para que se instalen prácticas cotidianas de menosprecio involuntario al trabajo de la mujer[33].

En fin, el diseño neutro de la normativa preventiva también contribuye al escenario actual. La legislación ofrece un marco en el que, en general (y con las salvedades que serán apuntadas más adelante), las cuestiones de salud se afrontan partiendo de un trabajador abstracto, alguien sin género (ni edad); pero el referente implícito e inconsciente, sin embargo, sigue siendo masculino. Sirvan de muestra el diseño de los equipos de protección o, de nuevo, los ya citados trastornos musculoesqueléticos, en relación con los cuales no puede dejar de llamar la atención que el ordenamiento regule solo uno de los tres factores fundamentales, el manejo manual de cargas (con especial atención al daño dorsolumbar), mientras que las posturas forzadas o sostenidas y los movimientos repetitivos (más presentes en las categorías mayoritariamente ocupadas por mujeres) no cuentan con legislación propia y singular.

Todos estos elementos confluyen para generar un escenario en el cual ser mujer (amén de la temporalidad, la extranjería o la ausencia de delegado de prevención) se asocia de forma directa con «una menor gestión y efecti-

33 Recuérdese que «la menor visibilidad de los agentes que dañan la salud de las mujeres, y el hecho de que sus consecuencias inmediatas casi nunca sean mortales, pueden haber contribuido a su subestimación en la prevención de riesgos laborales, que tradicionalmente ha girado en torno a la seguridad industrial, la higiene en el trabajo y la medicina del trabajo, orientadas todas ellas hacia la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, en su mayoría también de signo masculino. Sólo en los últimos años, con el crecimiento del sector servicios, la ergonomía, que aglutina buena parte de los riesgos que afectan a los trabajos feminizados, se ha abierto paso como la cuarta rama de la prevención de riesgos […] A pesar de todo, estas cuestiones siguen ocupando un discreto segundo plano en el conjunto de la prevención de riesgos laborales», Martínez Yáñez, N.M.: «Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo», cit., p. 162.

vidad» de la seguridad y salud[34]. En este contexto desfavorable, las trabas subsistentes no han de frustrar el empeño de los poderes públicos por introducir la perspectiva de género en sus planes sobre prevención de riesgos laborales, ni impedir que los empresarios, en cumplimiento de su deuda de seguridad, hagan lo posible por tener en cuenta las desigualdades que existan, por adoptar acciones para la garantía de la paridad de trato (incluidas las relativas a conciliación) y por establecer mecanismos eficaces con la vista situada en erradicar el acoso en sus diversas modalidades.

4. La perspectiva de género en la legislación española de seguridad y salud laboral y en las más recientes estrategias en la materia

A la luz de los datos, no cabe duda de que desde la legislación de seguridad y salud ha de tenerse en cuenta el género, tanto para incrementar la eficacia de las políticas y acciones preventivas (públicas y privadas), como para evitar la «invisibilidad» de los riesgos femeninos y la consiguiente discriminación.

La conexión entre la cuestión y la meta de la igualdad se hizo patente a nivel legal años atrás, pues, como señaló el artículo 27 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[35], las administraciones públicas han de garantizar «el igual derecho a la salud de hombres y mujeres, a través de la integración activa, en los objetivos y en las acciones de la política de salud, del principio de igualdad de trato, evitando que, por sus diferencias biológicas o por los estereotipos sociales, se produzcan discriminaciones entre unas y otros». Será puesta de manifiesto, de nuevo, en la más genérica Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la

34 Moreno Solana, A.: «Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes», cit., p. 153. Planteada «la hipótesis de que existe una desigualdad de géneros en relación a las actividades preventivas», los resultados conducen a la siguiente conclusión: «concluimos nuestro estudio corroborando la hipótesis […] Y al alcanzar los objetivos planteados confirmamos que la mujer trabajadora muestra una significativa desventaja respecto al hombre en las actividades preventivas relacionadas con la vigilancia de la salud, control de los riesgos en el puesto de trabajo, así como en formación e información. Y por todo lo expuesto podemos decir que en la actualidad todavía no se ha establecido el enfoque de género en los aspectos de salud y seguridad en el trabajo», Gayoso Doldan, M.; Rodríguez Tupayachi, S.; Fernández Felipe, M.C. y De La Cruz Cantos, M.L.: «Desigualdad de género en las actividades de prevención de riesgos laborales», *Medicina y Seguridad del Trabajo*, Vol. 61, núm. 238, 2015, p. 16.

35 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007), disponible en https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/03/22/3/con

igualdad de trato y la no discriminación[36], cuyo artículo 4.4 exige a las políticas de igualdad tener en cuenta el impacto de la discriminación en las niñas, dada su capacidad para obstaculizar el acceso a derechos como, entre otros, la salud.

El espíritu de aquel artículo 27 de la Ley Orgánica 3/2007 encontró cabida en la normativa preventiva, en tanto esta norma también procedió a introducir un apartado cuarto en el artículo 5 LPRL, en cuya virtud aquellas administraciones «promoverán la efectividad del principio de igualdad entre hombres y mujeres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores». Asimismo, y de nuevo al calor de la legislación de igualdad, el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro[37], contempla, como contenido de estos, posibles medidas preventivas con perspectiva de género.

Junto a estas previsiones generales, es preciso hacer mención también a como en la regulación de algunos factores de riesgo específico ya se ha integrado la perspectiva de género. La prueba más clara, reclamada por el condicionante biológico, viene dada por la regulación de la maternidad en el artículo 26 LPRL y en la normativa conexa (recuérdese, ET, LGSS y Real Decreto 295/2009). Pero no es el único caso, en tanto también asumen aquel enfoque la regulación del acoso sexual y por razón de sexo, a localizar, además de en los citados ET, Ley Orgánica 3/2007 y Ley 15/2022, en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual[38].

La inclusión de aquella perspectiva es, en definitiva, una obligación insoslayable por motivos de eficacia, pero también porque emana de la esencia misma del modelo legal de prevención; algo de lo que no se abstraen ni la estrategia europea de seguridad y salud, ni su equivalente español.

La Unión Europea ya había reclamado una seguridad y salud sensible al género tanto en sus marcos estratégicos de igualdad (aparecía ya en la Estrategia comunitaria para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 y sigue

36 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE núm. 167, de 13 de junio de 2022), disponible en https://www.boe.es/eli/es/l/2022/07/12/15/con

37 Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE núm. 272, de 14 de octubre de 2020), disponible en https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/10/13/901/con

38 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022), disponible en https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con

haciéndolo en la vigente, adoptada para el período 2020-2025), como en los de prevención (al menos desde el diseñado para 2007-2012), por lo que no puede causar sorpresa alguna el peso que aquel extremo adquiere en el vigente *Marco Estratégico de la Unión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo 2021-2027* (MEUE)[39]. Este importante texto programático asume claramente que la necesidad de reconocer «las diferencias y las desigualdades de género, y la lucha contra la discriminación en la mano de obra, son fundamentales para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores y las trabajadoras, también cuando se evalúen los riesgos en el trabajo. Por ejemplo, la pandemia puso de relieve los riesgos de tener herramientas y equipos mal adaptados», en tanto muchas veces «las mujeres del sector sanitario tenían que llevar equipos de protección individual diseñados para los hombres».

Asume el ente supranacional que la perspectiva de género debe tenerse en cuenta en cuantas medidas comunitarias y estatales se promuevan, aceptando las diferencias entre mujeres y hombres y teniendo en cuenta que ellas se enfrentan a mayores retos de seguridad y salud laboral, especialmente en los sectores sanitario y asistencial. Además, «se alentará la adopción de medidas encaminadas a evitar el sesgo de género a la hora de evaluar los riesgos y establecer prioridades de actuación garantizando para ello: i) la representación de hombres y mujeres en las consultas de los trabajadores; ii) la adaptación de la formación a la situación personal de cada empleado; y iii) el reconocimiento de los riesgos en profesiones que tradicionalmente se han pasado por alto o se han considerado 'trabajos ligeros' (por ejemplo, cuidadores o limpiadores)». El MEUE también insta a la Comisión a respaldar la toma de conciencia sobre el acoso y el sesgo de género y a legislar contra la violencia hacia la mujer, al tiempo que reclama a todos los Estados miembros la ratificación del Convenio 190 y la Recomendación 206, adoptados por la OIT en el año 2019[40]. Les pide, igualmente, que «promuevan consideraciones de género en el diseño, la aplicación y la elaboración de informes».

Ya en España, la perspectiva de género alcanza una trascendencia crucial en la *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027* (EESST)[41]; muy superior, sin duda, a la que había disfrutado bajo sus pre-

39 *Marco Estratégico de la Unión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo 2021-2027*, disponible en ttps://osha.europa.eu/es/safety-and-health-legislation/eu-strategic-framework-health-and-safety-work-2021-2027

40 C190 —Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) y R206— Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 206), disponibles en https://www.ilo.org/es/normas-internacionales-del-trabajo#standards. La adhesión de España al Convenio 190 tuvo lugar a través del *Instrumento de adhesión al Convenio sobre eliminación de la violencia y el acoso en el lugar de trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019* (BOE núm. 143, de 16 de junio de 2022), disponible en https://www.boe.es/eli/es/ai/2019/06/21/(1)

41 *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027*, disponible en https://www.insst.es/el-instituto-al-dia/estrategia-espa %C3 %B1ola-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-2023-2027

cedentes. El texto de 2007-2012 no iba más allá de mencionar el género como una variable a considerar, entre otras muchas, en el planteamiento de acciones concretas para la protección de determinados colectivos; el de 2015-2020, por su parte, aludía a las consecuencias asociadas a la creciente incorporación de la mujer al trabajo y contemplaba una línea de actuación para impulsar la integración de aspectos de género en la actividad preventiva, sobre todo en los sectores más feminizados.

La actual EESST va mucho más allá, como demuestra el hecho de que por primera vez aparezca como objetivo específico (el cinco) el de «introducir la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo». Constata, como paso previo, la existencia de una creciente voluntad social de erradicar las brechas existentes, sin que la prevención pueda considerarse ajena al proceso. Para lograr éxitos en este campo es necesario avanzar en un mayor conocimiento con enfoque de género, visibilizando riesgos «que pudieran no valorarse lo suficiente e incluso no ser tenidos en cuenta, tanto en actividades feminizadas como masculinizadas», habida cuenta de que una mejor información, «que permita conocer en qué medida pueden afectar, de manera diferente, a mujeres y hombres, facilitará la adopción de medidas preventivas más eficaces».

La EESST hace mención a las diferencias que reflejan los datos sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales una vez desagregados por sexo, pero también reconoce que «poco se ha avanzado en el conocimiento de las causas que las motivan», entre las que se citan la diversidad de roles en cuanto a la asignación de puestos, una mayor o menor concienciación sobre los riesgos, los desequilibrios en las tareas domésticas o la biología misma. Por otra parte, añade el documento, «los cambios en los modelos de organización del trabajo, así como la evolución demográfica, pueden derivar en nuevos sesgos en cuanto a las actividades realizadas preferentemente por hombres y mujeres, así como en los riesgos a los que están expuestos, pudiendo ser exacerbados estos, en algunas ocasiones, por la influencia de otros factores más vinculados a la esfera familiar o privada de las personas».

A partir de tales consideraciones asume como prioridad la de «promover la integración de la perspectiva de género, desde un enfoque transversal e integral, en el conjunto de políticas preventivas, implicando para ello a todos los agentes involucrados en la mejora de la prevención de riesgos laborales, tanto en el ámbito institucional como en la empresa, poniendo el foco especialmente en la protección de los colectivos más vulnerables». Voluntad que se refleja en cinco grandes líneas de actuación[42]:

42 Analizadas por los recientes estudios de Pérez Campos, A.I.: «La perspectiva de género en la estrategia de seguridad y salud en el trabajo: un avance necesario», en AA.VV. (Fernández Collados, M.B. y González Martínez, J.A., Coords.): *La prevención de riesgos laborales a propósito de la estrategia de seguridad y salud laboral 2023-2027*, Cizur Menor (Aranzadi), 2024, pp. 137-166 o Romeral Fernández, J.: «Estrategia Española de Seguri-

Primera, revisión del marco normativo para integrar la perspectiva de género en la gestión preventiva y garantizar una igual protección de todos los trabajadores, hombres o mujeres. Esto incluye la reforma de la LPRL y su normativa de desarrollo (en cuanto hace al Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención[43], por lo menos los contenidos formativos de los anexos IV, V y VI y los listados no exhaustivos de riesgos durante el embarazo y la lactancia de los anexos VII y VIII), acciones específicas para atajar la violencia y el acoso en el espacio laboral (en consonancia con los mentados Convenio 190 y Recomendación 206), la actualización del cuadro de enfermedades profesionales en clave de género[44] y la revisión de los procedimientos para mejorar la protección de las mujeres embarazadas o durante la lactancia, homogeneizando los criterios del INSST con los de gestión de la prestación del INSS. Asimismo, prevé mejorar la tutela preventiva de todas las trabajadoras, pero de forma especial en las ramas de actividad donde su porcentaje sea más destacado.

Segunda, diferenciación de género en los procesos de toma de datos y análisis de la información sobre condiciones de trabajo y salud y en los estudios que se realicen. Es decir, se promoverá la inserción de la perspectiva de género en las fuentes de información que proveen indicadores y en las encuestas, su consideración en las políticas de investigación (y en el diseño y elaboración de estudios y documentos sobre prevención) y el análisis de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales teniéndolo en cuenta. Se instará, igualmente, el desarrollo de indicadores y acciones con tal perspectiva. Por último, en el diseño de cuantas intervenciones planteen, las administraciones públicas tendrán en cuenta los datos desagregados por razón de sexo.

Tercera, transversalidad de la perceptiva de género en la gestión de la prevención. Esta línea de acción abarca el promover la acción sobre los riesgos específicos de género (por su elevada prevalencia entre las mujeres, tales como doble presencia, violencia, acoso o discriminación por razón de sexo…); el fortalecer la formación de los profesionales en prevención, los trabajadores y todos los implicados en la mejora de las condiciones de trabajo para lograr la plena integración de la mentada perspectiva en la actividad preventiva (en particular, programas sobre violencia y acoso, con atención al

dad y Salud en el Trabajo 2023-2037 desde la perspectiva de género», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 480, 2023, pp. 61-83.

43 Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE núm. 27, de 21 de enero de 1997), disponible en https://www.boe.es/eli/es/rd/1997/01/17/39/con

44 Sobre las implicaciones jurídicas de la cuestión, imprescindible el reciente trabajo de Igartua Miró, M.T.: «El enfoque de género y la enfermedad profesional: reflexiones desde el ordenamiento español», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, núm. 2, 2023, pp. 6-41.

uso de nuevas tecnologías); el desarrollar criterios, guías o herramientas para ayudar a las empresas en esta integración (en especial en las evaluaciones y en las medidas preventivas —incluyendo la violencia sexual—) y el incorporar la prevención de riesgos laborales en los planes de igualdad.

Cuarta, actuaciones de sensibilización sobre la necesidad de integrar la perspectiva de género de manera transversal en las políticas preventivas. Se efectúa una mención específica a las actividades feminizadas que la pandemia ha destacado como esenciales y que en ocasiones cuentan con mayor precarización de las condiciones de empleo y trabajo.

Y quinta, prácticas de vigilancia y control. Así, inclusión del enfoque de género en la acción de la ITSS sobre seguridad y salud, planificación de campañas de inspección en sectores y actividades feminizadas (sobre todo en las órbitas psicosocial y ergonómica o por cuanto hace a exposición a reprotóxicos, cancerígenos y mutágenos), intervenciones de asistencia técnica, vigilancia y control en sectores masculinizados, elaboración de una instrucción sobre la consideración al género en las actividades preventivas (y promoción de la formación y concienciación al respecto) y potenciación de actuaciones para fiscalizar el deber empresarial de disponer de protocolos para prevenir y abordar el acoso sexual y por razón de sexo.

No concluyen, empero, en este objetivo 5 las previsiones de la EESST con relevancia en el tema aquí analizado. A las indicadas procedería añadir otras dispersas a lo largo del documento, entre las cuales hay que destacar las dirigidas a las autónomas, como parte de un objetivo 4 centrado en «reforzar la protección de las personas trabajadoras en situación de mayor riesgo y vulnerabilidad». Su cita se produce al aludir a la voluntad de promocionar acciones instructivas orientadas a la gestión de los riesgos teniendo en cuenta las necesidades y particularidades del trabajo por cuenta propia, con singular atención a las enfermedades sufridas por las mujeres, incorporando las nuevas realidades (laborales, tecnológicas, sanitarias…) bajo las que realizan su actividad e incluyendo las contingencias derivadas de embarazos de riesgo, riesgos para las embarazadas y tratamientos de fertilidad.

Asimismo, mención expresa merece lo planificado (también dentro del objetivo 4) para los sectores sanitario, sociosanitario y asistencial, dada su alta feminización. Señala la EESST que «el envejecimiento de la población acentuará, inevitable y significativamente, el incremento de actividades relacionadas con el cuidado y la asistencia de personas, que por otra parte son ya la tercera sección de actividad que ocupa el mayor número de población afiliada, rondando una de cada diez personas trabajadoras. Estas actividades pueden prestarse en establecimientos de asistencia residencial o en los hogares familiares, además de la propia actividad sanitaria en centros de salud y hospitales».

Esto hace más acuciante la necesidad de otorgar la debida protección a los trabajadores del colectivo, teniendo en cuenta que, sin perjuicio de la

presencia de otras posibles amenazas (mecánicas, físicas o químicas), tres son los riesgos «estrella» en estos ámbitos: el biológico (como hizo patente la pandemia), el psicosocial (en general, y el *burnout* y la violencia, en particular) y, sobre todo en determinadas tareas, el ergonómico. De hecho, el escenario actual ya invita a una pronta intervención, no en vano, tal y como recuerda la EESST, los informes de siniestralidad elaborados por el INSST «han venido destacando desde hace años la actividad 'asistencial en establecimientos residenciales' como máxima prioridad por su elevada siniestralidad»; situación que empeoró con el covid-19, en tanto «la vulnerabilidad ante el riesgo biológico, los factores sociodemográficos y aquellos ligados a las características de los puestos […] y las condiciones de trabajo y su organización, han jugado, desafortunadamente, un importante papel en el impacto de la pandemia sobre el sector». Por cuanto hace a la actividad de servicios sociales, se destaca sobre todo la dificultad para la gestión preventiva cuando aquella se presta en domicilios particulares.

A este respecto, si el MEUE pretende asumir «una visión de conjunto sobre su seguridad y salud en el trabajo», pero también, de forma más restringida, abordar «activamente los peligros del sector sanitario mediante el establecimiento y la aplicación de procedimientos de trabajo seguro y la impartición de formación adecuada», la EESST, por su parte, destaca «la importancia de seguir profundizando en el análisis de los riesgos y en la adopción de medidas que mejoren las condiciones de seguridad y salud en el sector sociosanitario y asistencial» (tomando en consideración la perspectiva de género y otros determinantes sociodemográficos) y propone dar los siguientes pasos:

Primero, promover la generación de conocimiento de los factores de riesgo psicosocial (en especial el *burnout* y el estrés postraumático), ergonómico y biológico a los que están expuestos estos colectivos y trabajar en la elaboración y difusión de procedimientos de trabajo seguros, con propuestas de mejora en gestión preventiva. También profundizar en el conocimiento de los patrones de siniestralidad y patologías relacionadas con el trabajo y las condiciones bajo las cuales se presta en el sector sociosanitario, difundiéndolo mediante informes específicos.

Segundo, impulsar acciones para identificar situaciones de deterioro de la salud mental de estos trabajadores asociadas a la pandemia (estrés, ansiedad, depresión, *burnout*…) para garantizar un seguimiento psicológico y un tratamiento adecuados.

Tercero, promover la colaboración entre las administraciones públicas laborales, sanitarias y de políticas sociales para mejorar la gestión de la prevención; en particular, potenciar la formación preventiva, con perspectiva de género, tanto de la dirección como de la plantilla.

Cuarto, incorporar a las actuaciones de la ITSS en estos sectores la realización de funciones de asistencia técnica sobre la necesidad de integrar la consideración al género en las políticas preventivas de la empresa. Tales

actuaciones habrán de incidir igualmente sobre la exposición a riesgos de origen psicosocial y organizativo.

Y quinto, elaborar (el INSST) documentos técnicos sobre prevención de riesgos en estos ámbitos, identificando metodologías de evaluación específicas, con especial atención a los riesgos psicosociales y ergonómicos de las personas con responsabilidades de cuidado.

A todo lo anterior se suman las medidas ubicadas en la línea de actuación destinada a la «aprobación de criterios orientativos para gestión de los riesgos en los servicios de asistencia a domicilio» y las previsiones dirigidas al personal al servicio del hogar familiar, de suma importancia y actualidad, dado que el régimen jurídico de esta relación laboral especial ha sido reformado no hace mucho tiempo, poniendo fin a su histórica exclusión del ámbito de aplicación de la LPRL. La situación cambió con el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre[45], que modificó el artículo 3 LPRL para aseverar su inclusión y añadió a esta ley una nueva disposición adicional, la 18.ª, en cuya virtud estos trabajadores también «tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente»[46]. En consonancia, la disposición final 6.ª del mentado Real Decreto-ley 16/2022 otorgaba al Gobierno un plazo de seis meses desde su publicación para dictar la norma reclamada por la nueva disposición adicional 18.ª LPRL.

La EESST pretende mejorar el panorama un poco más mediante varias acciones de futuro, tales como la adopción de medidas acordes con cuanto dispone el Convenio 189 de la OIT (2011)[47]; la elaboración de criterios prác-

45 Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (BOE núm. 216, de 8 de septiembre de 2022), disponible en https://www.boe.es/eli/es/rdl/2022/09/06/16/con

46 Sobre esta importante novedad de la legislación preventiva, Eliche Moral, D.M.: «La prevención de riesgos laborales de las personas al servicio del hogar», en AA.VV. (Guerrero Padrón, T., Dir.): *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Aspectos críticos de su regulación*, Murcia (Laborum), 2024, pp. 219-240; Méndez Úbeda, M.C.: «Sobre la prevención de riesgos laborales para las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar: algunos cambios recientes y otros todavía pendientes», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. extra 2, 2023, pp. 202-218 o Ayala Del Pino, C.: «La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre», *Lex Social: revista de derechos sociales*, Vol. 12, núm. 2, 2022, pp. 1-33.

47 C 189 —Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189)—, disponible en https://www.ilo.org/es/normas-internacionales-del-trabajo#standards. La adhesión de España al Convenio 189 tuvo lugar a través del *Instrumento de adhesión al Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, hecho en Ginebra el 16 de junio de 2011* (BOE núm. 79, de 3 de abril de 2023), disponible en https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/06/16/(2).

ticos para orientar a los empleadores en la gestión de los riesgos laborales (sobre todo los de naturaleza ergonómica y psicosocial), teniendo en cuenta las peculiaridades del lugar de trabajo y las dificultades de vigilancia y control existentes o, en fin, la realización, por parte del INSST, de actuaciones de promoción de la prevención para con el colectivo (también el desarrollo de herramientas de apoyo a la gestión).

5.- Reflexión final

Ante tan ambiciosas metas, es importante satisfacer unos mínimos imprescindibles para el éxito del empeño.

Para empezar, cualquier intento por reconstruir el modelo legal de seguridad y salud en el trabajo en clave de género (y con él la forma en que las empresas afrontan la gestión preventiva) exige partir de un conocimiento real y veraz de las implicaciones que este factor presenta en la prevención de riesgos. Es preciso que se obtenga información desagregada por razón de sexo, así como la inclusión de la perspectiva de género en todos los estudios que se realicen, pues estas acciones obran como condiciones básicas de cara a superar el tradicional androcentrismo del saber científico, así como para poder convertir las declaraciones genéricas en medidas específicas y concretas.

Con este último afán, también es fundamental prestar especial atención al género en las evaluaciones de riesgos, dada su condición de elemento diagnóstico nuclear para el diseño de las actuaciones a seguir en la empresa: una evaluación sensible a la situación de las trabajadoras es el paso previo ineludible para una planificación y una actuación debidamente ajustada a sus necesidades.

Ahora bien, está claro que para lograr resultados óptimos debe concurrir el compromiso y la férrea voluntad de todos los implicados: las empresas y cuantos las integran, los interlocutores sociales y los poderes públicos. Todo ello aderezado con una superior presencia femenina en roles de liderazgo respecto a la temática de la seguridad y salud, como forma de garantizar que la diversidad sea atendida en la formulación misma de las políticas y en la toma de decisiones relevantes.

6.- Bibliografía

Agra Viforcos, B.: «La perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales», en AA.VV. (Rodríguez Sanz De Galdeano, B., Coord.): *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Cizur Menor (Pamplona), 2020, pp. 275-307.

«Mujer y salud laboral», en AA.VV. (Rodríguez Escanciano, S. y Martínez Barroso, M.R., Dirs.): *La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva*, Madrid (Sepín), 2019, pp. 121-146.

«La brecha digital por razón de género. Especial referencia a sus implicaciones en la seguridad y salud laboral», *Diritti fondamentali.it (rivista on-line)*, núm. 1, 2020.

Alonso González, A.: «La mujer: un recurso humano claramente subempleado»*, Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 213, 2000, pp. 121-148.

Álvarez Montero, A.: «Prevención de riesgos laborales con perspectiva de género», en AA.VV. (Molina Hermosilla, O., Ed.): *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, Albacete (Bormarzo), 2010, pp. 105-128.

Ayala Del Pino, C.: «La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre», *Lex Social: revista de derechos sociales*, Vol. 12, núm. 2, 2022, pp. 1-33.

Ballester Pastor, M.A.: «La prevención laboral efectiva frente al riesgo durante la lactancia: historia, estado de la cuestión y expectativas», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, pp. 187-218.

Blázquez Agudo, E.M.: «La prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 155, 2023, pp. 99-122.

Cantarero Abad, L.: «Género y estrés laboral», *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2005, pp. 1419-1430.

Ceinos Suárez, A.: «Riesgo durante el embarazo y la lactancia natural», en AA.VV. (García Murcia, J. y Castro Argüelles, M.A., Dirs.): *Contingencias y prestaciones de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid (Reus), 2021, pp. 149-188.

De La Casa Quesada, S.: «Teletrabajo, género, riesgos psicosociales: una tríada a integrar en las políticas preventivas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 459, 2021, pp. 83-112.

Delgado, A.A. y **Abellana, M.R**.: «Mujer y salud: una mirada desde lo laboral», *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 5, 2009, pp. 503-530.

Eliche Moral, D.M.: «La prevención de riesgos laborales de las personas al servicio del hogar», en AA.VV. (Guerrero Padrón, T., Dir.): *Derecho del*

Trabajo y Seguridad Social. Aspectos críticos de su regulación, Murcia (Laborum), 2024, pp. 219-240.

Fernández Docampo, B.: «La salud laboral desde una perspectiva de género», en AA.VV. (Lousada Arochena, J.F., Coord.): *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Madrid (Ministerio de Trabajo e Inmigración), 2008, pp. 323-350.

García Testal, E.: «Riesgo durante el embarazo o la lactancia natural de un menor de nueve meses», en AA.VV. (Fernández Prats, C.; García Testal, E. y López Balaguer, M., Coords.): *Los derechos de conciliación en la empresa: la corresponsabilidad como objetivo para la igualdad*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2019, pp. 57-78.

Garrigues Giménez, A.: «Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2017, pp. 763-785.

La maternidad y su condición jurídico laboral y de Seguridad Social, Madrid (CES), 2004.

«Maternidad y obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», *Tribunal Social*, núm. 162, 2004, pp. 7-25.

Gayoso Doldan, M.; Rodríguez Tupayachi, S.; Fernández Felipe, M.C. y De La Cruz Cantos, M.L.: «Desigualdad de género en las actividades de prevención de riesgos laborales», *Medicina y Seguridad del Trabajo*, Vol. 61, núm. 238, 2015, pp. 4-17.

Gil Pérez, M. E.: «Mujer y salud laboral», en AA.VV.: *Mujer y trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2003, pp. 129-156.

Igartua Miró, M.T.: «El enfoque de género y la enfermedad profesional: reflexiones desde el ordenamiento español», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, núm. 2, 2023, pp. 6-41.

«Prevención de riesgos laborales en clave de género en Andalucía», *Temas Laborales*, Vol. 3, núm. 100, 2009, pp. 1313-1352.

«Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer», *Temas Laborales*, núm. 91, 2007, pp. 263-296.

Martínez Hernández, M.L.: «La igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo: la obligada atención al sexo en la garantía de una protección eficaz de las mujeres trabajadoras», *Lan Harremanak*, núm. 23, 2010, pp. 21-39.

Martínez Yáñez, N.M.: «Algunas consideraciones sobre igualdad por razón de género en el marco de la seguridad y salud en el trabajo», *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, pp. 155-189.

Méndez Úbeda, M.C.: «Sobre la prevención de riesgos laborales para las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar: algunos cambios recientes y otros todavía pendientes», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. extra 2, 2023, pp. 202-218.

Molina Navarrete, C.: «El impacto laboral de la 'Ley de igualdad de sexos': lo que queda después de vender el 'humo político'», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 290, 2007, pp. 99-158.

Montes Adalid, G.M.: «Empleo digital, conciliación y salud psicosocial de la mujer trabajadora», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, núm. 2, 2023, pp. 186-213.

Moreno Gené, J. y **Romero Burillo, A.M**.: *Maternidad y salud laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

Moreno Solana, A.: «La incorporación de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 270, 2023, pp. 293-302.

«Salud laboral y mujer trabajadora: cuestiones más recientes», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, núm. 4, 2018, pp. 149-170.

Nieto Rojas, P.: «Dimensión de género en el tratamiento convencional de la seguridad y salud laboral» en AA.VV. (Blázquez Agudo, E.M., Dir.): *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Madrid (Universidad Carlos III), 2017, pp. 75-84.

«Género, prevención de riesgos y negociación colectiva», *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2017, pp. 165-182.

NTP 441: *Tóxicos para la reproducción masculina*, 1997.

NTP 542: *Tóxicos para la reproducción femenina*, 2000.

NTP 657: *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres I: exposición y efectos diferenciales*, 2004.

NTP 658: *Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres II: recomendaciones preventivas*, 2004.

NTP 758: *Alteradores endocrinos: exposición laboral*, 2007.

NTP 914: *Embarazo, lactancia y trabajo: promoción de la salud*, 2011.

Olarte Encabo, S.: «La discriminación en materia de prevención de riesgos laborales», en AA.VV. (**Sánchez Trigueros, C**., Dir.): *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Madrid (Ministerio de Empleo y Seguridad Social), 2016, pp. 375-390.

Pérez Campos, A.I.: «La perspectiva de género en la estrategia de seguridad y salud en el trabajo: un avance necesario», en AA.VV. (**Fernández Collados, M.B**. y **González Martínez, J.A**., Coords.): *La prevención de riesgos laborales a propósito de la estrategia de seguridad y salud laboral 2023-2027*, Cizur Menor (Aranzadi), 2024, pp. 137-166.

Pérez Campos, A.I.: «La incidencia del género en la prevención de riesgos laborales», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Vol. LIV, 2021, pp. 119-145.

Pérez Del Río, T. y **Ballester Pastor, M.A**.: *Mujer y salud laboral*, Madrid (La Ley), 1999.

Ramos Quintana, M.I.: «La salud de las mujeres en las relaciones de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 100, 2022, pp. 115-140.

Rios Mestre, J.M.: «Prestación por riesgo durante el embarazo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, pp. 107-134.

Rivas Vallejo, M.P.: «Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 74, 2009, pp. 227-286.

Rodríguez Muñoz, A.: «Riesgos psicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género», en AA.VV. (Blázquez Agudo, E.M., Dir.): *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Madrid (Universidad Carlos III), 2017, pp. 16-25.

Romeral Fernández, J.: «Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2037 desde la perspectiva de género», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 480, 2023, pp. 61-83.

Romero Coronado, M.A.: *Nuevos retos en la salud laboral de la mujer*, Barcelona (Atelier), 2017.

Ruiz Santamaría, J.L.: «Aspectos jurídicos esenciales en materia de prevención de riesgos laborales sobre la protección de la salud y seguridad de la mujer trabajadora», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 8, núm. 4, 2020, pp. 319-357.

Todolí Signes, A.: «Riesgos laborales derivados del uso de algoritmos: impacto de género», en AA.VV. (Rivas Vallejo, M.P., Dir.): *Riesgos labo-*

rales derivados del uso de algoritmos: impacto de género, Cizur Menor (Thomson Reuters Aranzadi), 2022, pp. 333-350.

Vallejo Da Costa, R.: *Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos*, Albacete (Bomarzo), 2019.

Valls Llobet, C.; Banqué, M.; Fuentes, M. y **Ojuel, J**.: «Morbilidad diferencial entre mujeres y hombres», *Anuario de Psicología*, Vol. 39, núm. 1, pp. 9-22.

Vogel, L.: *La salud de la mujer trabajadora en Europa. Desigualdades no reconocidas*, Bruselas (ISTAS), 2023.

Vogel, L.: «¿Cómo vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo? Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 14, 1999, pp. 135-162.

Cód. 04

COLEX

LA EDITORIAL JURÍDICA DE REFERENCIA PARA LOS PROFESIONALES DEL DERECHO **DESDE 1981**

Paso a paso | Códigos comentados | Vademecum

Formularios

Flashes formativos

Colecciones científicas

DESCUBRA NUESTRAS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

TRABAJO Y GÉNERO
TRANSICIONES JUSTAS HACIA LA IGUALDAD LABORAL REAL

Pese al tiempo transcurrido desde la consagración constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres y sin dejar de reconocer los avances derivados de la regulación normativa, la realidad de las relaciones laborales está todavía lejos de ofrecer un panorama de verdadero equilibrio y de efectiva igualdad para las mujeres. Al tiempo, la reconversión productiva asociada a las ineludibles exigencias de lucha contra el cambio climático puede provocar nuevas brechas de género. Ante este panorama, es necesario buscar las explicaciones concretas de esta preterición laboral en aras a corregir este abrupto devenir, adoptando una perspectiva propositiva capaz de introducir mejoras *ad futurum*.

A tal efecto, se ha llevado a cabo un análisis multifactorial de las circunstancias que inciden en las altas tasas de pobreza femenina y de precariedad laboral, el rostro femenino de los cuidados, la segregación ocupacional, el trabajo informal, el emprendimiento sin red, fórmulas de economía social, la parcialidad y la temporalidad, la siniestralidad laboral, la ordenación sexista de la clasificación profesional, la inexistente promoción vertical, las exigencias de constante disponibilidad, la mera formalidad en la corresponsabilidad, la particular problemática de los territorios rurales, el ecofeminismo o, entre otros, los dobles o triples estigmas que padecen las mujeres que acarrean una discriminación interseccional. Asimismo, se han propuesto vías de avance y buenas prácticas para la erradicación de las discriminaciones múltiples obrantes por razón de sexo y género en el contexto productivo actual apostando por el fomento del empleo de las mujeres en unas condiciones de trabajo dignas.

AUTORES

Concepción Morales Vállez, Belén del Mar López Insua, Nora M.ª Martínez Yáñez

Susana Rodríguez Escanciano, Rodrigo Tascón López, Natalia Ordóñez Pascua

M.ª de los Reyes Martínez Barroso, Diego Megino Fernández

Henar Álvarez Cuesta, Francisco Xabiere Gómez García, M.ª Ángeles González Bustos

Juan José Fernández Domínguez, Beatriz Agra Viforcos

GOBIERNO DE ESPAÑA MINISTERIO DE IGUALDAD

Instituto de las MUJERES

ISBN: 978-84-1194-601-8

9 788411 946018