

# Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres

**CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS (DIRECTORA)**

**FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO**

**DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO (COORDINADORES)**



Derecho del Trabajo  
y Seguridad Social



UN DECENIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL  
SOBRE LA LEY DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

# COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director

**Antonio V. Sempere Navarro**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV  
del Tribunal Supremo

**Yolanda Cano Galán**, Letrada del Gabinete del Tribunal Supremo y Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

**María Emilia Casas Baamonde**, Catedrática de la Universidad Complutense, presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

**Aurelio Desdentado Bonete**, Magistrado del Tribunal Supremo (jubilado).

**Joaquín García Murcia**, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

**Emilio Jiménez Aparicio**, Abogado del Estado.

**Lourdes López Cumbre**, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

**Eduardo Rojo Torrecilla**, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona.

**Carmen Sánchez Trigueros**, Catedrática de la Universidad de Murcia.

# UN DECENIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL SOBRE LA LEY DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

---

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

Directora

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO  
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Coordinadores

Autores

Aguilera Izquierdo, Raquel  
Alarcón Castellanos, María del Mar  
Areta Martínez, María  
Baviera Puig, Inmaculada  
Bravo Santamaría, Susana  
Carrillo López, Aurelia  
Cristóbal Roncero, Rosario  
Fernández Collados, M.<sup>a</sup> Belén  
Fernández Orrico, Fco. Javier  
Folgozo Olmo, Antonio  
Gallego Moya, Fermín  
García Blanca, José Manuel  
González Martínez, José Antonio  
Guindo Morales, Sara  
Gutiérrez Pérez, Miguel  
Hierro Hierro, Francisco Javier  
Kahale Carrillo, Djamil Tony

López Insua, Belén del Mar  
Maldonado Montoya, Juan Pablo  
Martín Jiménez, Rodrigo  
Monereo Pérez, José Luis  
Pagán Martín-Portugués, Fulgencio  
Palomino Saurina, Pilar  
Peña García, M.<sup>a</sup>Valvanuz  
Pérez Campos, Ana I.  
Polo Sánchez, María Cristina  
Ríos Mestre, José María  
Rodríguez Iniesta, Guillermo  
Rubio Sánchez, Francisco  
Ruiz González, Carlota M.<sup>a</sup>  
Sánchez Trigueros, Carmen  
Selma Penalva, Alejandra  
Sempere Navarro, Antonio V.



COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2018

Primera edición: diciembre de 2018



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [www.boe.es](http://www.boe.es), apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 043-18-011-1

ISBN: 978-84-340-2508-0

Depósito legal: M-39085-2018

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

# ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
Abreviaturas .....	25
Presentación .....	27
1. ACOSO SEXUAL. <i>Guillermo Rodríguez Iniesta</i> .....	59
I. Introducción .....	60
II. Noción o elementos que configuran o delimitan la figura del acoso sexual .....	60
1. La normativa europea frente al acoso .....	60
2. La doctrina constitucional. Su incidencia .....	61
3. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo .....	61
4. La labor interpretativa de los Tribunales Superiores de Justicia .....	62
5. La incidencia de la doctrina científica.....	63
III. Situaciones constitutivas de acoso sexual .....	64
1. Existencia de acoso .....	64
1.1 Derivadas de comportamiento de compañeros de trabajo.....	64
1.2 Derivadas del empresario o superiores a subordina- dos .....	67
1.3 Acoso sexual a terceros o por terceros.....	72
2. Inexistencia.....	72
IV. Prueba .....	76

	Páginas
1. Inversión de la carga de la prueba .....	76
2. Medios de prueba .....	76
2.1 Declaración de la víctima .....	76
2.2 Uso de medios electrónicos de grabación audio- video .....	77
2.3 Indicios .....	77
3. Presunción de inocencia .....	78
V. Cuestiones colaterales .....	79
1. Contingencia determinante de la baja por incapacidad temporal derivada de acoso .....	79
1.1 Síndrome depresivo ansioso ante el acoso sexual del jefe .....	79
1.2 Incidencia de patologías previas. Antecedentes de patologías psíquicas .....	79
2. Garantías de indemnidad .....	79
VI. Obligaciones de la empresa .....	80
1. Responsabilidades empresariales .....	81
2. Incidencia de la inacción empresarial en las prestaciones de la Seguridad Social .....	83
VII. La reparación del daño consecuencia de la vulneración de dere- chos .....	83
1. La indemnización y su complejidad .....	83
2. Compatibilidad indemnización por extinción del contrato con daños y perjuicio materiales y morales causados .....	85
3. Viabilidad de la reclamación de daños al compañero aco- sador .....	85
VIII. Aspectos procedimentales y judiciales .....	86
1. La carta de despido y sus requisitos .....	86
2. La prescripción de la falta .....	87
3. Interrupción de la prescripción con la concurrencia de procesos judiciales .....	88
4. Ejercicio de acciones una vez extinguida la relación laboral.	89
5. Competencia de la Jurisdicción Laboral .....	90
Bibliografía .....	91

	Páginas
2. ACOSO POR RAZÓN DE GÉNERO. <i>Aurelia Carrillo López</i> .....	93
I. Introducción .....	93
II. Concepto .....	94
III. Bien jurídico protegido .....	99
IV. Protección jurídica .....	101
V. Conclusiones .....	106
Bibliografía .....	107
3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL. <i>Carlota M.<sup>a</sup> Ruiz González</i> .....	109
I. El derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en el sistema de clasificación profesional .....	109
II. El actual sistema de clasificación profesional .....	111
III. La necesidad de concurrencia de una distinción, exclusión o preferencia .....	113
1. La realización de diferentes funciones dentro del grupo profesional .....	115
2. La realización de las mismas funciones en diferentes grupos profesionales .....	116
3. La atribución de mejoras salariales a determinados grupos de trabajadores de la empresa .....	116
4. La prestación de servicios en distintos centros de trabajo como causa de desigualdad de trato .....	117
IV. La aplicación del principio de igualdad en la clasificación profesional por parte de los Convenios colectivos .....	118
Bibliografía .....	119
4. CONTRATACIÓN. <i>Rosario Cristóbal Roncero</i> .....	121
I. Ideas previas .....	121
II. Políticas activas para favorecer el acceso al empleo .....	123
1. Incentivos a la contratación .....	125
2. Cláusulas de acción positiva en el acceso al empleo .....	128
Bibliografía .....	132
5. DESCANSO SEMANAL. <i>María del Mar Alarcón Castellanos</i> .....	135
I. Régimen jurídico y principales características del descanso semanal .....	135

	Páginas
II. Duración mínima, cómputo, distribución y acumulación del descanso. Especial referencia a la imposibilidad de acumular el descanso semanal con el descanso diario .....	138
III. Momento del disfrute del descanso .....	142
IV. Retribución del descanso semanal .....	146
Bibliografía .....	147
6. DISCAPACIDAD. <i>Fco. Javier Fernández Orrico</i> .....	149
I. Doble discriminación laboral: por ser mujer y por razón de discapacidad .....	149
II. Supuestos de discriminación laboral .....	151
1. Sobre si existe discriminación por denegar un subsidio en el supuesto de maternidad subrogada .....	152
2. Discriminación transferida o por asociación .....	154
3. La importancia del ajuste razonable .....	155
Bibliografía .....	156
7. DISCRIMINACIÓN DIRECTA. <i>María Areta Martínez</i> .....	159
I. Los elementos que definen la discriminación directa por razón de sexo .....	160
1. Introducción .....	160
2. Elemento causal .....	161
3. Elemento objetivo .....	165
4. Elemento subjetivo .....	167
5. Elemento temporal .....	169
II. La discriminación directa por razón de sexo en materias de empleo y la ocupación .....	169
1. Acceso al empleo .....	170
1.1 Introducción: marco normativo .....	170
1.2 Oferta de empleo .....	171
1.3 Proceso de selección de personal .....	173
A) Distinta estatura requerida a hombres y mujeres. ....	173
B) ¿Distinta baremación de pruebas físicas para hombres y mujeres? .....	174
C) Imposibilidad de realizar el ejercicio de la oposición por circunstancias de fuerza mayor .....	175

	Páginas
D) Solicitud de datos personales en las entrevistas de trabajo .....	176
E) Currículum vitae anónimo o ciego .....	177
1.4 Momento inmediatamente anterior a la contratación.	177
2. Transcurso de la relación laboral .....	179
2.1 Ascensos y promoción profesional .....	179
2.2 Formación profesional en el trabajo .....	180
2.3 Uniformidad en la vestimenta de trabajo .....	181
2.4 Retribución .....	181
A) Introducción .....	181
B) Cómputo de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por maternidad biológica para el devengo de la retribución variable .....	183
C) Mantenimiento de la retribución de origen cuando una trabajadora cambia de puesto por riesgo durante el embarazo .....	184
D) Retribución igual por un mismo trabajo (o de igual valor), sin atender exclusivamente al criterio del esfuerzo físico .....	186
E) Devengo de la retribución correspondiente a la plaza aunque la funcionaria no haya tomado posesión por estar disfrutando de licencias vinculadas al embarazo y/o maternidad .....	186
3. Extinción del contrato de trabajo .....	187
3.1 Introducción .....	187
3.2 Tutela cualificada y nulidad automática de los despidos objetivo y disciplinario .....	188
3.3 Tutela ordinaria y nulidad por discriminación de los despidos objetivo y disciplinario .....	190
3.4 Inclusión nula de trabajadora embarazada o que ha dado a luz en la relación de trabajadores afectados por un despido colectivo .....	192
3.5 Tutela ordinaria y nulidad por discriminatorio del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba .....	196
3.6 Extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador discriminado .....	198
Bibliografía .....	198

	Páginas
8. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. <i>Francisco Rubio Sánchez</i> .....	201
I. Concepto .....	201
1. Normativa europea .....	201
2. Régimen jurídico interno .....	204
II. Supuestos más frecuentes .....	208
1. Acceso al empleo .....	208
2. Condiciones de trabajo .....	208
3. Retribuciones .....	209
4. Promoción profesional .....	210
5. Trabajos a tiempo parcial y reducciones de jornada .....	217
6. Permisos y excedencias .....	218
7. Despido .....	221
9. DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN. <i>Ana I. Pérez Campos</i> .....	225
I. Introducción .....	225
II. Discriminación por asociación. Delimitación conceptual .....	227
III. Discriminación por asociación en la jurisprudencia del TJUE ..	229
1. Orígenes. Caso Coleman .....	229
2. Evolución jurisprudencial. Ampliación de los motivos de discriminación por asociación .....	233
2.1 Acceso al empleo .....	234
2.2 Orientación sexual .....	235
2.3 Origen racial y étnico .....	236
IV. Discriminación por asociación en España .....	239
1. Su incidencia en el Derecho del Trabajo español .....	239
2. Tutela judicial: aplicación e interpretación .....	240
2.1 Discriminación por asociación y discapacidad .....	240
2.2 Discriminación por asociación y violencia de género.	241
2.3 Discriminación por asociación y libertad sindical.	242
V. Conclusiones .....	243
Bibliografía .....	244
10. DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO. <i>José Antonio González Martínez</i> .....	247

	Páginas
I. Introducción .....	247
II. La jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por embarazo .....	248
1. Base histórica: las directivas antidiscriminatorias .....	248
2. Cronología jurisprudencial comunitaria .....	249
III. Plasmación de la discriminación por embarazo en la jurisprudencia constitucional .....	252
1. Planteamiento .....	252
2. Fundamento constitucional .....	253
IV. La doctrina judicial ordinaria sobre discriminación por embarazo .....	261
1. Supuestos extintivos de la relación laboral .....	261
2. Discriminaciones retributivas .....	265
3. Análisis de la cuestión en el empleo temporal .....	266
4. El <i>ius variandi</i> del empresario y su incumplimiento resolutorio de la relación laboral .....	267
Bibliografía .....	269
11. DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD. <i>Alejandra Selma Penalva</i> .....	271
I. Definición legal de discriminación por maternidad y críticas al modelo .....	271
II. Configuración jurisprudencial de la «discriminación por maternidad» .....	277
III. Ejemplos en la jurisprudencia más reciente .....	282
1. Discriminación en la retribución .....	282
2. Ascensos y maternidad .....	284
3. La maternidad y el despido colectivo .....	287
4. Cargas familiares y traslados .....	289
5. Discriminación por maternidad y prevención de riesgos laborales .....	292
6. El «móbbing» por maternidad .....	293
IV. Cuestiones pendientes de respuesta .....	297
Bibliografía .....	303

	Páginas
12. EXCEDENCIA FORZOSA. <i>Fulgencio Pagán Martín-Portugués</i> .....	305
I. Regulación .....	305
II. La Administración Pública .....	306
III. Reingreso. Despido Nulo. Daños morales .....	307
IV. Prescripción del derecho. Legitimación para recurrir .....	310
V. Tratamiento: La excedencia forzosa y por cuidado de hijo .....	312
VI. Denegación del derecho .....	316
13. EXCEDENCIA VOLUNTARIA. <i>Antonio Folgoso Olmo</i> .....	323
I. La excedencia voluntaria .....	323
1. Requisitos para el ejercicio del derecho .....	324
2. Situación de excedencia voluntaria .....	325
3. Prórroga y reincorporación .....	328
4. Cuestiones problemáticas en cuanto a la existencia de vacantes .....	331
5. Consecuencias de la negativa injustificada de la empresa a la reincorporación .....	334
II. La excedencia para cuidado de hijos y de familiares .....	335
1. Características comunes .....	336
2. La excedencia por cuidado de hijos .....	338
3. La excedencia por cuidado de familiares .....	339
4. Ejercicio del derecho .....	340
5. Compatibilidad con el trabajo .....	341
6. Reincorporación tras la excedencia y consecuencias de la negativa .....	344
14. JORNADA. <i>M.<sup>a</sup> Valvanuz Peña García</i> .....	349
I. Introducción .....	349
II. Objetivos de la LOI .....	351
III. Conceptos básicos de la ley .....	353
IV. Jornada laboral en la LOI .....	354
1. Medidas en el ámbito de la Seguridad Social .....	358
2. Distribución de la jornada antes de la LOI .....	358
3. Distribución de la jornada después de la LOI .....	363
4. Análisis Jurisprudencial .....	365
V. Reforma laboral de 2012 .....	370
VI. Conclusiones .....	371
Bibliografía .....	371

	Páginas
15. MOVILIDAD FUNCIONAL. <i>Inmaculada Baviera Puig</i> .....	373
I. La movilidad funcional en el contexto de las reformas .....	373
1. El marco legal .....	373
2. Doctrina de los tribunales .....	375
II. Conductas discriminatorias vinculadas al cambio de funciones. ....	377
1. El marco legal .....	377
2. Cambio injustificado de puesto de trabajo por embarazo. ....	380
3. Doctrina de los tribunales relativa al cambio de funciones con motivo de la reincorporación al trabajo .....	381
III. El cambio de funciones por riesgo durante el embarazo y la lac- tancia natural .....	383
1. Riesgo durante el embarazo .....	384
2. Riesgo durante la lactancia natural .....	385
Bibliografía .....	386
16. MOVILIDAD GEOGRÁFICA. <i>Francisco Javier Hierro Hierro</i> .....	387
I. A modo de introducción: concretando la parcela de estudio .....	387
II. Aspectos generales sobre la movilidad geográfica y la igualdad entre mujeres y hombres .....	388
1. Un breve exordio: repasando la regulación y presentando los principios informadores .....	388
2. La doctrina judicial: supuestos y resoluciones (no siem- pre en favor de la conciliación de la vida familiar, profe- sional y personal) .....	391
2.1 Derecho de consorte: la necesaria identidad de em- presas .....	391
2.2 Otras circunstancias personales o familiares concu- rrentes: reducción de jornada por cuidado de me- nor, mantenimiento de la unidad familiar .....	393
A) Movilidad a instancia del empresario .....	393
B) ... y la solicitada por el trabajador .....	397
2.3 Criterios de permanencia vs preferencia en los tras- lados .....	398
III. Un camino por recorrer .....	398
Bibliografía .....	399

	Páginas
17. ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO. <i>Juan Pablo Maldonado Montoya</i> .....	401
I. Introducción .....	401
II. Concepto de tiempo de trabajo .....	403
III. Registro de horario .....	407
IV. Tiempos de descanso .....	408
1. Descanso intra-jornada .....	408
2. Descanso diario .....	409
3. Descanso semanal .....	411
4. Descanso anual .....	412
V. Reducción del tiempo de trabajo .....	416
VI. Adaptación de jornada .....	417
Bibliografía .....	421
18. PARIDAD REPRESENTATIVA. <i>Antonio V. Sempere Navarro</i> .....	423
I. Delimitación .....	423
1. La «Presencia o composición equilibrada» .....	423
2. De la composición equilibrada a la paridad representativa. ....	424
2.1 Precisión .....	424
2.2 Normas autonómicas .....	425
A) Aragón .....	425
B) Castilla-La Mancha .....	425
C) Cataluña .....	426
D) Galicia .....	426
2.3 Normas estatales .....	426
3. Preceptos cuya interpretación se examina .....	427
II. Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	428
1. El principio es bidireccional .....	428
III. Tribunal Constitucional .....	429
1. Examen de la Ley Orgánica de Universidades .....	429
2. Examen de la LOREG .....	430
3. Examen de la Ley Vasca 4/2005, de 18 febrero .....	430

4.	Examen de la Ley 3/2004, de 25 febrero, del Sistema Universitario Vasco .....	431
IV.	Tribunal Supremo .....	432
1.	Nombramiento de Magistrados .....	432
2.	Ingreso en el Cuerpo de Subalternos de la Xunta .....	432
V.	Audiencia Nacional .....	432
1.	Impugnación del Convenio Colectivo de Conservas .....	432
2.	Acceso al Cuerpo Superior de Administradores .....	433
VI.	Tribunales Superiores .....	433
1.	Comisión para acceso a Cátedra .....	433
2.	Pruebas para ingreso en la Ertzaintza .....	434
	Bibliografía .....	435
19.	PERÍODO DE PRUEBA. <i>Fermín Gallego Moya</i> .....	437
I.	Introducción .....	437
II.	Desistimiento y respeto a los derechos fundamentales .....	439
III.	Protección del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo de la mujer trabajadora .....	444
IV.	Protección de los derechos fundamentales: indicios e inversión de la carga de la prueba .....	449
V.	La nulidad objetiva <i>ex lege</i> en ciertos despidos y el desistimiento.	453
1.	Doctrina judicial .....	458
2.	Doctrina del Tribunal Supremo .....	459
3.	Doctrina del Tribunal Constitucional .....	463
VI.	Consideraciones críticas .....	467
	Bibliografía .....	470
20.	PERMISO POR LACTANCIA. <i>Carmen Sánchez Trigueros</i> .....	473
I.	Regulación básica .....	474
II.	Naturaleza y finalidad .....	476
III.	Requisitos para el nacimiento del derecho y dinámica de su reconocimiento .....	477
IV.	El debate sobre la titularidad (originaria o derivada) del derecho.	479
V.	Derecho necesario relativo .....	482
VI.	Retribución .....	483

	Páginas
VII. Modalidades de disfrute .....	484
1. Ausencia durante una hora .....	486
2. Dos ausencias de una hora total .....	487
3. Reducción de la jornada en media hora .....	487
4. Acumulación del derecho en jornadas completas .....	488
VIII. Concreción horaria .....	490
IX. Términos del disfrute .....	492
X. Duración del permiso .....	492
XI. Compatibilidad con otras instituciones .....	493
XII. Mecanismos de tutela .....	496
XIII. Propuestas de <i>lege ferenda</i> .....	496
Bibliografía .....	497
21. PERMISO POR PATERNIDAD. <i>M.ª Belén Fernández Collados</i> .....	499
I. Introducción .....	499
II. Situaciones protegidas .....	501
1. Nacimiento de hijo/a o paternidad biológica .....	501
2. Adopción .....	503
3. Guarda con fines de adopción o acogimiento .....	504
III. Prestación económica, beneficiarios y plazo de solicitud del permiso .....	505
IV. Periodo de suspensión o permiso .....	508
V. Compatibilidad entre el disfrute del permiso de maternidad y paternidad .....	512
VI. Calificación de la extinción de la relación laboral conectada con el disfrute del permiso por paternidad .....	515
Bibliografía .....	518
22. PERMISO POR MATERNIDAD. <i>Belén del Mar López Insua</i> .....	521
I. La maternidad y su protección social ante los nuevos modelos de familia .....	521
II. Maternidad y Seguridad Social: planteamiento general y perspectiva de conjunto .....	527
III. Una nueva prestación: La «maternidad por subrogación» .....	532
1. La maternidad subrogada como una nueva realidad social. ....	539
2. Antecedentes y sentencias favorables .....	541

3.	Trasfondo y cambio de rumbo en la doctrina del Tribunal Supremo .....	543
IV.	Conclusiones .....	545
	Bibliografía .....	547
23.	PERMISO POR RAZONES DE GUARDA LEGAL. <i>Pilar Palomino Saurina</i> .....	555
	I. Regulación jurídica .....	555
	II. Beneficiarios .....	556
	III. Concreción horaria .....	558
	IV. El preaviso .....	560
	V. Consecuencias salariales y de seguridad social derivadas de la reducción de jornada .....	561
	VI. Ejercicio del derecho .....	562
	Bibliografía .....	563
24.	PLANES DE IGUALDAD. <i>José Luis Monereo Pérez y Sara Guindo Morales</i> .....	565
	I. Introducción: la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral .....	565
	II. Los planes de igualdad .....	567
	III. Balance y perspectivas: conclusiones .....	578
	Bibliografía .....	579
25.	PROMOCIÓN PROFESIONAL. <i>María Cristina Polo Sánchez</i> .....	583
	I. Bases normativas previas .....	583
	II. Dos cuestiones de partida con incidencia en la promoción: la negativa a contratar en función del género y la naturaleza de la actividad desarrollada .....	588
	III. Actitudes empresariales contrarias al ascenso .....	591
	IV. La maternidad como factor limitativo en la progresión y mejora de la carrera profesional .....	595
	1. Reincorporación tras la maternidad .....	595
	2. La excedencia: un instrumento de dudosas garantías en la promoción de la trabajadora .....	602
	3. Incumplimiento de formalidades administrativas .....	604

	Páginas
4. Verificación de la aptitud para ocupar un puesto de nivel superior .....	609
5. La inaccesibilidad a los incentivos económicos y complementos salariales .....	611
Bibliografía .....	613
26. SELECCIÓN DE PERSONAL. <i>José María Ríos Mestre</i> .....	615
I. Aspecto normativo .....	615
II. El principio de igualdad en la contratación .....	617
III. Discriminación en la contratación .....	618
1. Discriminación directa .....	618
2. Discriminación positiva y discriminación inversa .....	619
3. Valoración de las contrataciones previas .....	620
IV. Elementos de la discriminación en la selección de personal .....	621
1. Supuestos y factores .....	621
2. Planteamiento de la prueba selectiva .....	621
3. Paridad en los órganos selectivos .....	622
4. Embarazo, parto y cesárea .....	624
5. Características físicas .....	627
6. Titulación académica .....	628
V. Tutela judicial frente a la discriminación en la selección de personal .....	628
1. Competencias .....	629
2. Legitimación activa .....	630
2.1 Sindicato .....	630
2.2 Sección sindical .....	634
3. Legitimación pasiva .....	634
4. Consecuencias .....	635
27. REDUCCIÓN DE JORNADA. <i>Susana Bravo Santamaría</i> .....	637
I. La reducción de jornada como parte del derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Referencia al ámbito nacional e internacional .....	637
II. La reducción de jornada para el cuidado de los hijos .....	643
1. El concepto de guarda legal .....	645

	Páginas
2. Los titulares del derecho: los trabajadores por cuenta ajena .....	646
3. El interés del menor .....	647
4. Los hijos como causantes del derecho .....	648
4.1 El nacimiento con hospitalización .....	648
4.2 El hijo menor de 12 años .....	649
4.3 El hijo menor de 18 años .....	650
III. La reducción de jornada para el cuidado de familiares .....	652
IV. La reducción de jornada de las víctimas de violencia de género. ....	652
V. La actuación del empresario: motivación razonada de la denegación de la solicitud .....	653
VI. La actuación del empleado durante la reducción .....	654
VII. El módulo temporal: la jornada de trabajo diaria y la concreción horaria. Especial consideración del turno de trabajo .....	655
VIII. La reducción de jornada y de salario .....	660
Bibliografía .....	661
Informes y otros documentos político-jurídicos .....	661
28. RETRIBUCIÓN. <i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i> .....	663
I. Introducción .....	663
II. Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	666
III. Tribunal Constitucional .....	668
IV. Tribunal Supremo .....	670
V. Tribunal Superior de Justicia .....	672
VI. Conclusiones .....	681
Bibliografía .....	685
29. SALUD LABORAL. <i>José Manuel García Blanca</i> .....	687
I. Introducción .....	687
II. La LPRL inicial: ¿trabajos iguales, riesgos desiguales? .....	689
III. La LOI: novedad o retoque normativo .....	691
IV. Alcance de las modificaciones de la LOI en la LPRL .....	693
1. La promoción por la Administración Pública la igualdad en las políticas de seguridad y salud .....	693
2. La protección de la igualdad entre hombres y mujeres en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tras la LOI ...	694
2.1 La protección de la maternidad .....	694
2.2 Punto de partida: ¿existe riesgo para la mujer? .....	696

	Páginas
2.3 Adaptación del puesto de trabajo .....	703
2.4 Cambio de puesto o cometido .....	704
2.5 La suspensión del contrato por riesgo por embarazo: exención de la obligación de trabajar .....	706
2.6 Extensión de la suspensión a la situación de lactancia natural (art. 188 y 189 LGSS) .....	711
2.7 La STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto «Otero Ramos» (RTJCE 2017, 194) .....	714
Bibliografía .....	715
30. SUSPENSIÓN DE CONTRATO POR MATERNIDAD Y FALLECIMIENTO DEL HIJO. <i>Raquel Aguilera Izquierdo</i> .....	717
I. Situaciones protegidas: maternidad, adopción, acogimiento y tutela .....	718
II. Opción de descanso a favor del otro progenitor .....	721
III. Revocación de la opción a favor del otro progenitor .....	723
IV. Discriminación .....	724
1. Despido nulo .....	724
2. Otros supuestos .....	725
V. Realización de trabajos durante el período de suspensión del contrato por maternidad .....	727
VI. Titularidad del derecho .....	728
VII. Compatibilidad de los períodos de suspensión del contrato por maternidad y paternidad .....	736
VIII. Duración del período de suspensión del contrato por maternidad .....	736
Bibliografía .....	739
31. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL. <i>Miguel Gutiérrez Pérez</i> .....	741
I. El trabajo a tiempo parcial como forma de ocupación predominantemente femenina .....	741
II. Prohibición de discriminación en materia de condiciones laborales en el trabajo a tiempo parcial .....	744
1. Retribución de las horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial .....	744
2. La retribución de los pluses o complementos en relación a los trabajadores a tiempo completo .....	746

	Páginas
3. Cómputo de la antigüedad de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo .....	749
4. Las vacaciones anuales retribuidas en caso de transformación de la jornada de tiempo completo a tiempo parcial ..	750
5. La diferente regulación de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial .....	750
III. La prohibición de discriminación en materia de seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial .....	751
1. Los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial .....	751
2. La integración de las lagunas de cotización en el acceso a la jubilación y a la incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial .....	755
Bibliografía .....	762
32. VACACIONES. <i>Rodrigo Martín Jiménez</i> .....	765
I Marco normativo .....	765
1. Normativa internacional .....	765
1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos.	765
1.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales .....	766
1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos («Pacto de San José») .....	767
1.4 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo .....	767
2. Normativa comunitaria .....	769
3. Normativa nacional: la Ley Orgánica de Igualdad .....	770
II Criterios judiciales .....	771
1. STJCE de 18 marzo 2004 (TJCE 2004/69) .....	772
2. STC 324/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006/324) .....	772
3. STS de 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005/10084) .....	775
3.1 Hechos .....	775
3.2 Argumentación .....	776
4. STSJ de Cantabria de 22 de febrero de 2006 (AS 2006/371) .....	777

	Páginas
4.1 Hechos .....	777
4.2 Argumentación .....	778
5. STSJ de Galicia de 29 de septiembre de 2015 (AS 2015/1921) .....	780
5.1 Hechos .....	780
5.2 Argumentación .....	780
6. STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2015 (AS 2015/325).	781
6.1 Hechos .....	781
6.2 Argumentación .....	782
III Conclusiones .....	783
Bibliografía .....	783

## ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEP	Centro Europeo de las Empresas y de la Participación Pública
CES	Unión Europea del artesanado y pequeñas y medianas empresas
DGRG	Dirección General de Registros Generales
DOCE	<i>Diario Oficial de la Comunidad Europea</i>
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
ET	Estatuto de los Trabajadores
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social
IT	Incapacidad Temporal
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LE	Ley de Empleo
LETA	Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo
LGDPD	Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LIONDAU	Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad
LISMI	Ley de Integración Social del Minusválido
LISOS	Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LOI	Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres

■ UN DECENIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL SOBRE LA LEY DE IGUALDAD...

LOIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
MIR	Médicos Internos Residentes
ODM	Marco para Acelerar los Objetivos de Desarrollo del Milenio
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PPIINA	Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción
RD 295/2009	Real Decreto 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
S.	Sentencia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SOVI	Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
UE	Unión Europea
UNICE	Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa

## PRESENTACIÓN

**0.** Hace ahora algo más de una década (coincidiendo con el «*Año Europeo para la Igualdad de Oportunidades para todos*») aparecía publicada la Ley Orgánica 3/2007, de 3 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Su objeto confeso, contenido en el apartado primero de su artículo 1, no es otro que hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Para ello propone actuar decididamente en la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural.

A lo largo de sus setenta y ocho artículos, treinta y una disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales pretende incorporar un enfoque transversal del principio de igualdad (dogma fundamental de este texto), proyectando su contenido sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística, con la vocación de erigirse en la nada desdeñable tarea de ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres (E. de M.).

Para que su proclama tenga eficacia inmediata (sin perjuicio del carácter programático de sus principios), la norma incorpora un relevante y extenso contenido, básicamente dirigido a la modificación de numerosos textos normativos (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa..., y así hasta más de una veintena de disposiciones legales).

No es de extrañar, por tanto, que en aquel momento fueran muchos los autores que ocuparon su tiempo y dedicaron sus conocimientos a la exégesis de la nueva norma publicada [VV. AA. *Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres* (Mercader Uguina, J. R., Coord.), Tirant lo Blanch, 2007; VV. AA.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Sala Franco, T., Ballester Pastor, M.<sup>a</sup> A., Baño León, J. M.<sup>a</sup>, Embid Irujo, J. M., y Goerlich Peset, J. M.<sup>a</sup>, Coords.), Wolters Kluwer, 2008 o Castro Argüelles, M.<sup>a</sup> A., *Igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de Ley Orgánica 3/07, de 22 de marzo*, Thomson & Civitas, 2008].

Tendencia que se ha sostenido a lo largo del tiempo [Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales entre la Ley y la negociación colectiva*, Editorial Reus, 2010; VV. AA.: *Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Rubio, A. Coord.<sup>a</sup>), Consejo General del Poder Judicial/Generalitat de Catalunya, 2011 o VV. AA.: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres. Un estudio sobre el impacto institucional de la aplicación de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el sistema español de relaciones laborales y de protección social (2008-2011)* (Palomeque López, M. C., Coord.), Ratio Legis, 2012].

Buena parte de quienes hoy se congregan en torno a la obra que ahora se prologa ya lo hicieron entonces [VV. AA.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Sánchez Trigueros, C., y Sempere Navarro, A. V., Codirs.), Thomson & Aranzadi, 2008]. Fue aquel el momento de la aproximación sistemática a la norma, analizando de manera individualizada y completa cada uno de sus preceptos para que su consulta fuera ágil, fresca y revistiera, abarcando los diversos sectores del ordenamiento afectados, el halo de transversalidad perseguido por el texto legal.

Este interés mostrado a lo largo de los años por los estudios de igualdad entre géneros, y de su impacto en el campo de las relaciones laborales ha sido, como se ha reseñado, sobresaliente y continuado en aproximaciones constantes.

Parece oportuno, por tanto, que superada la efeméride de la primera década de la promulgación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, se vuelva sobre ella. A lo que se une, no puede por menos que mencionarse, la existencia de numerosos movimientos que empoderan a la mujer y caminan abruptamente hacia la igualdad efectiva entre mujeres y hombres ante la falta de resultados reales en ciertos ámbitos (por citar solo uno de estos ejemplos y quizá el más viral recientemente, el movimiento *#MeToo*).

Queda mucho por hacer y las iniciativas de todo signo se suceden. Todos los esfuerzos son necesarios.

\* \* \* \* \*

El tiempo transcurrido, el sosiego que da la lejanía del foco académico, así como los tiempos por venir en la materia [*cf.*: comparecencia del Candidato a la Presidencia del Gobierno (Sánchez Pérez-Castejón) en la Moción de censura al Gobierno presidido por don Mariano Rajoy Brey, «BOCG. Congreso de los Diputados», serie D, número 358, de 29 de mayo de 2018. (Número de expediente 082/000002) en la que este asume «[...] ante esta Cámara la necesidad de impulsar la ley de igualdad salarial, así como una ley que asegure la igualdad de género en el empleo, en el acceso, en la permanencia de las mujeres, en la formación y en la promoción interna de las mujeres trabajadoras en las empresas, removiendo todos los obstáculos que la impidan y la dificulten» –BOCG *Congreso de los Diputados*–, núm. 126, de 31 de mayo de 2018, pág. 24] ofrecen una oportunidad magnífica para retornar al análisis de lo sucedido.

Pero no se quiere ahora realizar una hermenéutica lineal, eso es, el seguidismo o paralelismo de la norma, la interpretación apegada al precepto diez años después y su evolución histórica o contextual, sobre la oportunidad o el valor de los principios y de las tendencias; sino que su objetivo es netamente pragmático.

Atentos a la práctica de los tribunales en el orden social, sin que falten algunas referencias en el campo contencioso-administrativo o en otros órdenes, en toda su estructura (autonómicos y nacionales, pero también sin negar el recurso a la doctrina de los tribunales internacionales cuyas resoluciones especialmente en esta materia son destacables), esta monografía persigue una aportación al valor inmediato del texto, a su incidencia en el caso individualizado y concreto. Todo ello, mediante el análisis de los criterios emanados de los Tribunales y sin perjuicio de que a veces se aluda a ciertas normas o resoluciones administrativas.

Se busca el acercamiento, en definitiva, a cuál ha sido la efectividad real y plena de la norma, es decir, conocer sus consecuencias en la praxis jurídica efectuada por los tribunales en sus términos más amplios y ofreciendo al lector la visión más completa.

\* \* \* \* \*

Para ello, la obra que ahora se presenta se aleja de la sistemática de la disposición legal y se estructura en treinta y dos capítulos, que se correspon-

den con otras tantas voces en las que se analiza por tópicos la incidencia que la Ley Orgánica de referencia ha desplegado sobre estas materias.

Estas áreas temáticas son las que a continuación se relacionan,

1. Acoso sexual.
2. Acoso por razón de sexo.
3. Clasificación profesional.
4. Contratación.
5. Descanso semanal.
6. Discapacidad.
7. Discriminación directa.
8. Discriminación indirecta.
9. Discriminación por asociación.
10. Discriminación por embarazo.
11. Discriminación por maternidad.
12. Excedencia forzosa.
13. Excedencia voluntaria.
14. Jornada.
15. Movilidad funcional.
16. Movilidad geográfica.
17. Ordenación del tiempo de trabajo.
18. Paridad representativa.
19. Periodo de prueba.
20. Permiso de lactancia.
21. Permiso de paternidad.
22. Permiso por maternidad.
23. Permiso por razones de guarda legal.
24. Planes de igualdad.
25. Promoción profesional.
26. Pruebas de selección.
27. Reducción de jornada.
28. Retribución.
29. Salud laboral.
30. Suspensión de contrato por parto o hijo fallecido.
31. Trabajo a tiempo parcial.
32. Vacaciones.

De su estudio se han ocupado, de modo mayoritario, profesores universitarios, los cuales han sido acompañados en esta tarea por profesionales jurídicos de otros ámbitos. La combinación de personas procedentes de diversos

territorios o esferas competenciales enriquece el estudio, aportando contrastes y matices difícilmente alcanzables sin esta mezcolanza.

\* \* \* \* \*

1. El profesor Rodríguez Iniesta aborda el acoso sexual. Concreta sobre este particular que una síntesis de los criterios elaborados por la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia sobre qué debe entenderse como acoso sexual puede verse en la siguiente definición: «la conducta de perseguir o fatigar a una persona ocasionándole molestias y trabajos mediante propuestas de naturaleza sexual que resultan ofensivas para la víctima»<sup>1</sup>.

En definitiva, los requisitos o elementos que lo caracterizan son los siguientes<sup>2</sup>: 1.º «Una manifestación de claro contenido sexual o libidinoso, ya sea de forma física o de palabra, directa o a través de insinuaciones que claramente persigan aquella finalidad», sin que el acto inicial «pueda constituirlo un comportamiento amistoso o actitud amorosa por parte del empresario», de un delegado de éste o de un superior jerárquico, «pues ambos calificativos, salvo en circunstancias que puedan modificar su naturaleza, no llevan consigo situaciones vejatorias u ofensivas, sino al contrario, expresiones de afecto o intimidad perfectamente admisibles»; y 2.º «Ha de exigirse también la concurrencia del segundo elemento esencial, cual es la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer –o el varón– afectada –afectado–, al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario, pues en caso contrario, lo que para una persona puede ser ofensivo, para otra puede ser simplemente incómodo y para una tercera absolutamente indiferente».

Tras la delimitación de sus rasgos definitorios, prosigue su trabajo con un prolijo estudio de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia sobre esta conducta reprochable, recogiendo aquellas situaciones que son constitutivas de acoso, ya derivadas de comportamientos de compañeros de trabajo, del empresario o superiores o de terceros (mediante acciones físicas, verbales o de ambas naturalezas); los elementos de prueba requeridos; las obligaciones de la empresa sobre el particular; la posible responsabilidad por el incumplimiento empresarial y las cuestiones procedimentales y judiciales.

El casuismo que presenta la materia es desentrañado y magistralmente expuesto por el profesor Rodríguez Iniesta.

---

<sup>1</sup> STSJ de Galicia de 23 de julio de 1994 (AS 1994, 2861).

<sup>2</sup> STSJ de Galicia de 9 de febrero de 1995 (AS 1995, 587).

2. La Doctora Carrillo López analiza el acoso por razón de género. Perfil como elementos que integran este concepto los siguientes:

1. Debe ser un comportamiento objetivamente humillante o vejatorio. Entre otras se pueden considerar conductas de acoso cambiar de ubicación a la víctima, limitar su comunicación, separarla de sus compañeros, cuestionar sus decisiones, juzgar de manera ofensiva su trabajo, ataques a la vida privada, gritar, insultar o criticar su trabajo. Debiendo concurrir elementos objetivos de humillación o trato vejatorio, no basta con la percepción subjetiva de la víctima. La conducta debe ser lo suficientemente grave desde un punto de vista objetivo.

2. Además, el acoso debe producirse en función del sexo de una persona, la mayoría de las veces se trata de una mujer, manifestándose un desprecio hacia ella, desconfiando de sus capacidades.

3. Dicho comportamiento menoscaba la dignidad, la igualdad u otros derechos fundamentales.

4. El comportamiento tiene como objeto o consecuencia la vulneración de los derechos, pero el elemento intencional es irrelevante. Es suficiente la existencia de un nexo de causalidad entre el comportamiento del acoso y el resultado prohibido por la norma.

5. Que se ocasione un perjuicio a la víctima. Para que pueda reprobarse y sancionarse es suficiente con la existencia de un comportamiento humillante o vejatorio que por difícil que resulte objetivarlos siempre ocasionará un daño moral, cuya cuantificación se modulará en función del daño psíquico producido.

6. Debe tratarse de un comportamiento repetido. Aunque se ha relativizado mucho este requisito por las Directivas europeas y las leyes de transposición, no obstante, es preciso que exista una cierta duración en el tiempo, ya que un acto puntual no da lugar a acoso, salvo que produzca un efecto nocivo que persiste en el tiempo. La frecuencia del acoso debe ser relativa en función de las circunstancias concretas de cada caso.

7. Sujeto activo, puede ser el empresario, un compañero o incluso un tercero ajeno a la empresa (trabajador de otra empresa o un cliente). Se distingue, por tanto, un acoso vertical y otro horizontal en función de la posición de esta o distinta situación jerárquica con respecto de la víctima.

Que se produzca en el ámbito de la organización y dirección del empresario. Así, el artículo 8.13 bis de la LISOS considera como infracción laboral muy grave el acoso por motivos discriminatorios, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que el empresario lo conozca y no

adopte las medidas necesarias para impedirlo. En este sentido el artículo 177.1.º de la LRJS incluye en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas las pretensiones que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios.

**3.** La joven Doctora Ruiz González se adentra en la voz de la clasificación profesional. Determina, siguiendo la doctrina judicial, las reglas interpretativas sobre cómo identificar la diferencia o preferencia de trato, siendo necesario<sup>3</sup>:

1. La superación de lo que habitualmente se ha denominado «*juicio de identidad*», es decir, la necesidad de acreditar la existencia de un nivel suficiente de similitud respecto a la situación de la que se invoca el agravio.

2. Seguidamente, y una vez superada la citada prueba, si se produce la paridad, el elemento diferenciador ha de ser racional «*juicio de racionalidad*», esto es, ha de tener la consistencia de un *fumus boni iuris*, sin arbitrariedad.

De este modo, podrá alegarse inexistente el trato desigual cuando concurren dos elementos:

— El «*juicio causal o finalista*», que implica la existencia de una causa objetiva y razonable, y

— El «*juicio de adecuación o proporcionalidad*», que implica que la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido sean adecuados a estos objetivos y no resulten especialmente gravosos para los afectados.

Ejemplos de lo contrario será cuando el argumento presentado por la empresa sea la indisponibilidad de baños para señoras en el centro de trabajo como causa para su no contratación<sup>4</sup>. Al igual que la exclusión en ciertos trabajos a las mujeres se base en el esfuerzo físico que requiere el desarrollo de las tareas, constituyendo un trato desigual, y siendo solamente admitido como válido este criterio de trato desigual cuando se combine con otros rasgos neutros que lleven a considerar proporcional y justificada tal exclusión<sup>5</sup>.

**4.** La contratación es la voz asignada a la profesora Cristóbal Roncero. Se centra en algunas de las medidas y líneas de actuación que promueven tanto la LOI como la Ley de Empleo a través de los distintos instrumentos de políti-

<sup>3</sup> STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 498112).

<sup>4</sup> STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 22 de diciembre de 2008 (AS 2009, 310).

<sup>5</sup> SSTSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 25 de febrero de 2014 (AS 2014, 1218) y 19 de diciembre de 2014 (AS 2015, 1589).

cas activas de empleo. En particular, los incentivos a la contratación de mujeres y las acciones positivas de resultado a través de la negociación colectiva en los términos previstos en el artículo 17. 4 ET constituyen su foco de atención, sin entrar en el análisis de los planes de igualdad reservado a otro capítulo.

El repaso a las bonificaciones a la contratación de mujeres, acompasado con el estudio de la implicación que la negociación colectiva ha supuesto en la consecución de la igualdad laboral constituyen las líneas angulares de este trabajo. En efecto, el convenio colectivo, reseña, es una opción adecuada e idónea para incorporar y desarrollar el principio de igualdad en las relaciones laborales a través de la regulación de cláusulas convencionales destinadas a la promoción de la aplicación efectiva de principio de igualdad de trato en el acceso al empleo entre mujeres y hombres. Afirmación que se confirma porque:

— El convenio colectivo desempeña una función reguladora de las relaciones laborales en los espacios que la ley deja a la negociación colectiva.

— El convenio colectivo cumple una función individualizadora, regulando las condiciones por las que han de regirse las relaciones singulares de trabajo, incluidas en su ámbito de aplicación.

— El convenio colectivo es un instrumento de equilibrio de las posiciones entre empresarios y trabajadores, que posee la gran ventaja de ser un medio flexible para ajustar condiciones de trabajo.

**5.** Por su parte, la profesora Alarcón Castellanos asume el descanso semanal. Especial atención merece sobre esta materia la STS 23 de octubre de 2013 (Rec. 2/2013) en la que se sostiene que los descansos semanal y diario constituyen mínimos de derecho necesario, tienen finalidades distintas y, por tanto, se deben disfrutar de manera diferenciada, por sus respectivas y distintas finalidades, que los hacen autónomos, de manera que el disfrute del descanso diario no puede constituir una reducción, en ningún caso, del descanso semanal.

El íter procedimental y argumental de este proceso sirve de núcleo para el trabajo que ofrece, aderezado con pronunciamientos de la Audiencia Nacional acerca del momento del descanso semanal respecto de trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, donde el elemento segregador por sexos es ampliamente conocido.

Concluye su aportación con una breve referencia a los aspectos retributivos del descanso.

**6.** Fernández Orrico, en otro tiempo fiscalizador en el campo de las relaciones laborales, ahora profesor universitario y fiel e inagotable colaborador

en obras colectivas de diverso orden jurídico-laboral, interrelaciona discapacidad e igualdad de trabajo. Su punto de vista es eminentemente internacional. Su apoyo, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De una parte, reseña el concepto de «discapacidad» ofrecido por el TJUE en el sentido de la Directiva 2000/78 con relación a la denegación del subsidio por maternidad en el supuesto de gestación por sustitución, sin que tal circunstancia pueda enjuiciarse como discriminatoria a la luz de la Directiva comunitaria. Esto es, la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él. En el presente asunto no se deduce de la resolución de remisión que la afección que aqueja a la Sra. Z. haya originado por sí misma la imposibilidad de que la interesada ejecute su trabajo o haya constituido una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional. Por lo que de acuerdo a la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por razón de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.

De otra parte, recoge el supuesto en el que se reconoce como discriminación la discapacidad que no afectaba a la trabajadora sino a un familiar o allegado, como sucede con el asunto C-303/06, Sra. Coleman *v.* Attridge Law, Steve Law.

Concluye, por tanto, que para la jurisprudencia europea lo fundamental no es tanto el grado de discapacidad, sino las repercusiones que tiene en la inserción sociolaboral. Se incorpora así una novedosa categoría jurídica como es la discriminación transferida que supone una ampliación de la tutela de la discriminación a aquellas personas asociadas con personas con discapacidad, como sucede con cuidadores, precisamente por el particular riesgo de discriminación en el trabajo que tienen estos últimos.

7. La profesora Areta Martínez, con el rigor y minuciosidad habituales, encara la discriminación directa por razón de sexo. Señala al respecto que durante la última década (2007-2017) los tribunales han realizado una intensa labor en orden a delimitar el significado y alcance de los elementos que definen esta, en general, y en los ámbitos del empleo, la ocupación y la Seguridad Social, en particular. La discriminación directa por razón de sexo puede definirse por la concurrencia de los siguientes elementos:

— Elemento causal. La causa de la discriminación directa es el sexo de la persona y/o circunstancias directamente relacionadas con el sexo.

— Elemento objetivo. La discriminación directa comporta un trato diferente (distinto) entre hombres y mujeres, que resulta menos favorable (perjudicial) para las personas de un sexo.

— Elemento subjetivo. La LOI define la discriminación directa desde la posición de la persona que la sufre, que puede ser una mujer o un hombre.

— Elemento temporal. La LOI señala que la discriminación directa puede ser presente (sea), pasada (haya sido) o futura (pudiera ser).

Sentado lo anterior, detalla cada uno de los aspectos precedentes para acto seguido adentrarse en los elementos discriminatorios en materia de empleo y ocupación. Aspectos como las ofertas de empleo dirigidas a un solo sexo, las diferencias en estatura o condiciones físicas, la imposibilidad de realizar el ejercicio de la oposición por circunstancias de fuerza mayor, solicitud de datos personales en las entrevistas de trabajo, la oportunidad de los currículos ciegos o anónimos, vestimenta en el trabajo, promoción profesional, retribución..., esto es, toda una arenga de situaciones en la que afloran situaciones discriminatorias conforma su estudio.

El cual se cierra con una amplia referencia a nuevas situaciones discriminatorias en la extinción del contrato: por situación de embarazo, tratamiento de fecundación in vitro, en caso de expedientes de regulación de empleo...

**8.** Alejado en esta ocasión del ámbito de la gestión deportiva en la que ha desarrollado en los últimos años buena parte de su actividad profesional, el profesor Rubio Sánchez se aproxima a la siempre compleja delimitación de la discriminación indirecta. Esta, dispone el autor, se pone de manifiesto cuando una persona sufre una situación de desventaja por la aplicación de una práctica, criterio o tratamiento que aparentemente es neutro. Es una discriminación camuflada, que no se puede comprobar directamente y por lo general es más difícil de probar. Teniendo en cuenta que la discriminación directa está expresamente prohibida por la Constitución y por la Ley, la discriminación indirecta no deja de ser frecuente, teniendo un efecto negativo sobre las personas (principalmente mujeres) que la sufren.

Ejemplifica, entre otras muchas, estas situaciones en materia de acceso al empleo, condiciones de trabajo, retribuciones, despido.

En particular, y con relación a las condiciones de trabajo señala que carece de justificación objetiva y razonable y, por tanto, es discriminatoria, la práctica empresarial que impone a las enfermeras y auxiliares de planta y consultas externas de un centro sanitario la obligación de utilizar el uniforme consistente en falda, delantal, cofia y medias, sin posibilidad de optar por el pijama sanitario que había sido restringido al personal masculino y, curiosamente, al

personal femenino de otros departamentos hospitalarios. En análogo sentido se ha pronunciado la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia refiriéndose, en este caso, a la imposición de determinado tipo de calzado exclusivamente para el personal femenino<sup>6</sup>.

En igual sentido se consideran nulos los preceptos de convenios colectivos que vulneren el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo al crear una categoría que realiza las mismas funciones que la ya existente, pero con menor retribución y mayor número de ocupación para mujeres, con reducción de salarios<sup>7</sup>.

En ocasiones, la discriminación indirecta ha tenido su origen en la distribución de un complemento denominado «condición más beneficiosa», encubierta bajo la distinta clasificación profesional, mayoritariamente solo a hombres. En este orden de cosas, la doctrina jurisprudencial avaló la decisión empresarial consistente en la distribución del importe total previsto para el referido complemento entre toda la plantilla, sin distinción de sexo, frente a la que había reclamado algún trabajador<sup>8</sup>.

**9.** De construcción pretoriana y en especial de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06, asunto Coleman), la discriminación por asociación es la cuestión tratada por la profesora Pérez Campos. Buena conocedora de los particularismos comunitarios asevera que el TJUE ha conseguido, en fin, que el derecho social europeo tenga una presencia real y efectiva en los Estados miembros.

Tras la aproximación al asunto Coleman, la autora presenta los posibles interrogantes futuros que ha planteado esta nueva figura y su posterior reflejo en la normativa española.

En primer lugar, se cuestiona si cabría plantear si la doctrina de este supuesto es trasladable al resto de las causas de discriminación (por origen racial o étnico, religión, orientación sexual, etc.) o por el contrario limita su campo de aplicación a la discapacidad. El TJUE ha avanzado en los últimos años en la construcción de esta figura trasladando sus efectos a otras causas de discriminación, incluso en algunos supuestos de manera un tanto forzada. Se analizan los asuntos *Accept*, *Parris* o *Chez Razpredelenie* para asentar esta postura.

En segundo lugar, quedaría abierta la incertidumbre sobre el grado de parentesco que debe existir entre quien alega trato discriminatorio y la persona discapacitada.

---

<sup>6</sup> STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2015 (AS 2015/1317).

<sup>7</sup> STSJ de Galicia de 29 de mayo de 2014 (AS 2014/1968).

<sup>8</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 13 de diciembre de 2013 (AS 2013/264).

Sobre la incidencia de la doctrina comunitaria en la jurisprudencia nacional destaca, junto a otras, la STSJ de Cataluña de 23 de junio de 2011 (AS 2011, 1942), sobre despido nulo de una trabajadora por solicitar una ayuda para cónyuge discapacitado.

La relevancia de la sentencia se sitúa en la delimitación del valor de la prueba indiciaria, a efectos de la existencia de discriminación por discapacidad. La sala de lo social señala que la finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, fundamentos jurídicos 2 y 3). Así pues, refiere a la existencia de indicios evidentes de discriminación por discapacidad, consistentes en:

- La superación del período de prueba un mes antes del despido.
- La no amonestación ni sanción por bajo rendimiento con anterioridad al despido.
- El breve lapso temporal mediante entre la petición de la ayuda por cónyuge discapacitado y el acaecimiento del despido (un mes escaso).
- El inmediato reconocimiento de la improcedencia del despido.
- La poca antigüedad de la trabajadora, que abarata su despido.

**10.** Un nuevo elemento de discriminación, ahora por embarazo, es la causa analizada por el profesor González Martínez. Se pregunta al inicio de su participación si desde la literalidad de la norma este supuesto está lo suficientemente protegido, a pesar de contar, a veces, con un heterogéneo y desordenado conjunto de derechos.

La respuesta en sede judicial, sostiene el autor, arroja como resultado un entramado jurisprudencial que, por su variedad y número, permite aventurarse a decir que la interpretación jurisprudencial a veces fuerza la letra de la norma.

De nuevo se observa en este capítulo que la jurisprudencia comunitaria ha servido de avanzadilla en la consecución de derechos. Se afana el autor en presentar en orden cronológico estos pronunciamientos.

Acto seguido perfila la doctrina constitucional y ordinaria, en aspectos como el empleo temporal, retribución o extinción de la relación laboral.

Sobre este último, y haciendo suya la doctrina del TS, resume en los siguientes términos:

- a) La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

*b)* Para ponderar las exigencias que el artículo 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que, de hecho, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante, junto a la desigualdad retributiva, con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

*c)* La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo», por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha, a la que se retrotrae la protección, ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

*d)* La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia (conocimiento empresarial), que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

*e)* Todo ello lleva a entender que el precepto es configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.

**11.** Continuando la senda discriminatoria, la profesora Selma Penalva ahonda en esta causa cuando la misma tiene su origen en la maternidad. Perfilada, en primer lugar, su concepto conforme a la práctica jurisprudencial más reciente, la cual viene entendiendo que se ha producido un episodio de discriminación por maternidad en toda decisión empresarial adoptada en perjuicio de una mujer trabajadora que se encuentre además incluida en uno de los siguientes tres grupos:

— Haber hecho uso en algún momento durante la vida de su relación laboral del derecho a suspender el contrato de trabajo por circunstancias rela-

cionadas con el hecho biológico del embarazo o el parto. En este grupo quedarían comprendidas aquellas medidas que por su propia naturaleza son exclusivamente femeninas (IT derivada de embarazo o suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o la lactancia<sup>9</sup>), y también aquellas que actualmente quedan configuradas como principalmente femeninas (como lo es, por el momento, la prestación por maternidad).

— Haber disfrutado, en cualquier momento durante la vigencia de su relación laboral, de una de las medidas de suspensión del contrato o reducción de la jornada de trabajo por motivos familiares previstas en la legislación laboral. Dentro de este grupo quedarían también comprendidas aquellas situaciones en las que se perjudique a un sujeto que haya hecho uso de uno de los permisos retribuidos reconocidos en la legislación vigente por motivos de conciliación de la vida personal y laboral de las personas trabajadoras.

— Como formas indirectas de discriminación por maternidad, quedarían encuadradas las decisiones empresariales aparentemente neutras pero que, en concreto, resulten especialmente gravosas para los trabajadores que tengan cargas familiares, solo por el hecho de tenerlas, independientemente de que éstos hayan hecho uso o no de uno de los derechos que la legislación laboral reconoce en materia de conciliación de la vida familiar y laboral.

Tras ello, en segundo lugar, analiza un buen número de pronunciamientos judiciales en los que se constata esta discriminación. Por citar solo alguno de ellos, en materia retributiva, los jueces y tribunales han empezado a estimar que, si el cambio de puesto de trabajo (al perderse los pluses salariales vinculados a las condiciones de trabajo del anterior) derivado de riesgo en el embarazo o la lactancia, conduce a abonar a la trabajadora un salario inferior a la cuantía de la prestación que hubiese recibido de declararse la suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o la lactancia al no encontrarse un puesto equivalente se le está produciendo un perjuicio económico, claramente incompatible con la protección íntegra de sus derechos laborales durante la situación de maternidad a la que obliga no solo la Directiva europea 92/85, sino también, la LOI<sup>10</sup>.

**12.** Con la mirada que da el ejercicio de la profesión de Abogado, compaginada con la labor docente, el profesor Pagán Martín-Portugués estudia la voz excedencia forzosa. Tras una primera aproximación a supuestos de excedencia forzosa por cargo público, el autor analiza el alcance de esta situación

---

<sup>9</sup> SAN de 13 de noviembre de 2013 (AS/2013/3023).

<sup>10</sup> STS de 24 de enero de 2017 (JUR/2017/47494).

en los supuestos de cuidado de hijo. Trae a colación para ello varios pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia. Señala, conforme a esta doctrina, y en especial sobre la solicitud de readmisión al puesto de trabajo, que la excedencia para el cuidado de hijos merece especial protección, y se encuentra en un régimen jurídico cercano a la excedencia forzosa, con derecho a la reserva del puesto de trabajo, por lo que si el reingreso ha de solicitarse sin este condicionamiento temporal no pueden los convenios colectivos fijar requisitos no establecidos por la legislación, y todo en la medida que ha de ser respetada la jerarquía de fuentes del derecho establecida por el artículo 9 de la Constitución Española y el artículo 3 del ET, y es por cuanto que el requisito restrictivo, desarrollado en el artículo 21 del convenio colectivo de aplicación, que establece un mes de antelación, sea vedado y por tanto no resulte admisible, por cuanto procede a la estimación del recurso presentado por la trabajadora, procediendo a proteger el derecho que deriva la custodia de un hijo, con el cuidado que comporta, y todo pese a que se articulara inicialmente una reducción de jornada, para seguidamente formalizar una excedencia para el cuidado de un hijo.

**13.** La excedencia, ahora voluntaria y en clara conexión con lo apuntado en el apartado anterior, es la materia de estudio del práctico del Derecho Folgoso Olmo. Tras una visión amplia y general sobre esta institución, aborda los supuestos singulares por cuidado de hijos y de familiares.

Señala sobre este particular que esta excedencia tiene unas particularidades correspondientes a la mayor protección que los intereses en juego merecen, tratándose en definitiva de facilitar todo lo posible la conciliación de la vida familiar con el trabajo y eliminar cualquier distanciamiento entre la situación del trabajador en activo y de aquél que disfruta de la excedencia por cuidado de hijos o familiares<sup>11</sup>. El derecho al cuidado de hijos es uno de los derechos asociados a la maternidad de la mujer trabajadora y, por tanto, si se limita ese derecho o se perjudica o relega a la trabajadora a consecuencia de su ejercicio se provoca una situación de clara discriminación por razón de sexo expresamente prohibida, pues esos obstáculos dificultarán el mantenimiento (así como el acceso) de las mujeres en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones con los hombres<sup>12</sup>. En igual medida ocurre con el cuidado de familiares dado que, tradicionalmente, se ha tratado de una materia reservada al sexo femenino.

---

<sup>11</sup> STS de 28 de junio de 2002 (RJ 2002, 9080).

<sup>12</sup> STC de 5 de noviembre (RTC 2007, 233).

Entre los distintos elementos analizados en este trabajo, y sobre la duración de la excedencia, fija que se acepta que el trabajador inste el reingreso antes de dicha fecha. En primer lugar, porque se trata de un derecho individual del que puede desistirse; en segundo lugar, porque la propia ley reconoce el derecho a fraccionar el período de excedencia; y, en tercer lugar, porque la finalidad de la norma (conciliar la vida personal y laboral de los trabajadores) ha de dotar de la flexibilidad y adaptabilidad en el ejercicio del derecho que sirvan al cumplimiento de tal fin de modo que, en lo que respecta a su duración, únicamente está sujeta a la previsión legal de un máximo de tres años, sin que se condicione cómo haya de ser la forma de petición o de disfrute<sup>13</sup>.

Del mismo modo, y también en aplicación de la interpretación tuitiva de la norma que corresponde en virtud de los intereses y derechos en juego, se ha considerado que el hecho de sobrepasar un día el período de excedencia voluntaria por cuidado de hijos, excediendo así el período respecto del que se prevé la reserva de puesto de trabajo, no determina el decaimiento en su derecho ni enerva ni impide su derecho al reingreso concedido dada su voluntad inequívoca y expresada de reingreso por terminación de la excedencia voluntaria por cuidado de hijos<sup>14</sup>.

**14.** Desde el mundo de la judicatura Peña García tiene la ardua tarea de aproximarse a las materias conexas a la jornada. Con una lectura cronológica analiza la cuestión con anterioridad y con posterioridad a la LOI. En lo que ahora interesa, destaca la lectura restrictiva de los artículos 34.8 y 37 ET. Referencia en esa línea, entre otras, la STSJ de Madrid 27 de enero de 2009 (AS 2009/1122), en la que se desestima la petición de realización del trabajo solo de lunes a viernes, siendo denegado por circunstancias organizativas y por falta de concreción de circunstancia alguna que en interés del menor motive el nuevo cambio horario interesado, al entender, que la actora, si no trabaja nunca los fines de semana, los demás empleados deberían de trabajar más veces sábados y domingos, y la empresa tendría que alterar todo el sistema de organización del trabajo.

En igual sentido, trae a colación la STSJ de Madrid 26 de enero de 2009 (AS 2009/1121) que estima que la petición de la demandante no tiene encaje material en el artículo 37.5 del ET, ya que lo que la parte actora solicitaba, no era realmente una concreción horaria, resultante de la reducción de jornada por motivos familiares, sino, que con base a tales razones, pretendía, una variación del horario de trabajo, pasando a desempeñar un turno de trabajo fijo de mañana, en lugar del régimen rotatorio de que fue el pactado al inicio de plan prestación de servicios.

---

<sup>13</sup> STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2013 (AS 2013, 1575).

<sup>14</sup> STSJ de Andalucía, Málaga de 29 de octubre de 2016 (JUR 2016, 40).

La STSJ de Cantabria de 31 de julio de 2015 (Recurso 315/15, Sentencia 637/15, AS 2016/146), por último, estima que la trabajadora que tiene a su cuidado directo a un menor (familia monoparental), la forma de efectuar la reducción ha de ser sobre la jornada diaria y no sobre la calculada en cómputo anual o semanal. No es admisible la acumulación de la jornada semanal reducida de lunes a viernes ya que no es lo mismo jornada de trabajo que turno de trabajo.

**15.** El mecanismo de flexibilidad interna de la empresa ocupado por la movilidad funcional atañe a la profesora Baviera Puig. La presentación del marco general de esta, seguida por las resoluciones de los tribunales marcan la estructura de su trabajo. Destacable son las sentencias que recoge con relación a la falta de discriminación por la condición de madre y estar embarazada (los cuales han quedado contrarrestados por la concesión empresarial de las licencias y permisos legales), en el caso de una trabajadora que no fue reintegrada en el puesto tras la reincorporación de su segunda baja maternal. La terminación del mandato del Presidente y su reelección, con la consiguiente renovación de su equipo de confianza, unido a la insatisfacción por la actuación profesional de la demandante, llevaron a la alteración de sus funciones, dejando el cargo orgánico de confianza, para recuperar su inicial cargo técnico de asesor. Por ello, se le asignó un nuevo despacho y se le adaptaron las condiciones inherentes al nuevo puesto, respetándosele la antigüedad y retribución anterior. En consecuencia, la empresa actuó dentro de los límites de su poder de organización y dirección, por lo que no cabe deducir ni una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni que su trabajo como asesora estuviera desprovisto de contenido, ni que se hubiera producido una conducta hostigadora por parte de la empleadora, discriminando a la trabajadora por razón de su condición de mujer y madre.

En sentido contrario, sí vulnera los derechos fundamentales el caso de una trabajadora que presentó síntomas de alergias para el trabajo en laboratorio, y que una vez se le facilitaron los equipos preventivos fue trasladada de puesto y pasó a realizar las funciones de administrativa de almacén, disponiendo de un ordenador contra la pared, en situación de cierto aislamiento, para pasar datos de facturas, no habiendo realizado esta actividad previamente en la empresa. Al respecto, el tribunal consideró que con la prohibición de discriminación por maternidad quedaban limitadas las potestades organizativas y disciplinarias del empresario, y que la salud de la mujer trabajadora había de ser «compatible con la conservación de sus derechos profesionales». En consecuencia, el perjuicio ocasionado por el embarazo o la sucesiva maternidad

constituye un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. Lo cual ha quedado aquí acreditado<sup>15</sup>.

**16.** El profesor Hierro Hierro, junto a la labor de coordinador de la obra, asume el acercamiento a otro supuesto de movilidad. Ahora geográfica. Bien pudiera parecer, marca en los albores de su colaboración, algo liviano y quizá con escasa, menor o ninguna transcendencia en el ámbito de la doctrina científica laboralista el estudio de esta figura.

Así pudiera desprenderse sin gran esfuerzo intelectual del hecho de que los pronunciamientos que durante este espacio temporal se han producido empleando el binomio igualdad entre mujeres y hombres/movilidad geográfica han de cuantificarse en términos numéricos como bajos, siendo relativamente pequeño. Posiblemente, y sin dar una cifra cerrada, esa unión fija y directa pretendida apenas pueda apreciarse en algo más de una decena de sentencias.

De modo amplio afronta, con carácter prioritario, el derecho de consorte, al ser aquí donde se han suscitado interrogantes acerca del cumplimiento de las exigencias fijadas por el precepto legal (identidad de empresas entre ambos cónyuges).

Así, de esta parte, las sentencias habidas han exigido con rotundidad y pulcritud el requisito de que ambos trabajadores fueran integrantes de la misma empresa. Se ha negado de este modo el traslado solicitado cuando de manera genérica y absolutamente abierta, y sin más que por el hecho de estar casada con la custodia a su favor del hijo del anterior matrimonio y tener su domicilio en localidad distinta de su centro de trabajo, se había denunciado la infracción de Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución Española y artículo 7.1 del Código Civil. Y ello, por cuanto en el ámbito de la relación laboral no existen otros derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar que aquellos que sean objeto de reconocimiento por las fuentes propias de la relación laboral (art. 3.1 del ET), esto es, por la ley, el convenio o el pacto individual<sup>16</sup>, sin que obstaran tal planteamiento las normas que de carácter programático se establecen entre otros en los artículos 14.8 y 44 de la LOI en todo caso y que desde el punto

---

<sup>15</sup> STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2013 (AS 2013, 241), FJ 6.º

<sup>16</sup> SSTSJ de Castilla-La Mancha de 16 de noviembre de 2009 (AS 2009, 2639); Comunidad Valenciana de 12 de julio de 2012 (AS 2012, 2457) y 8 de julio de 2014 (JUR 2014, 258255) y Galicia de 15 de marzo de 2013 (AS 2013, 1928).

vista jurisdiccional habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas jurídicas<sup>17</sup>.

No puede extraerse de los principios informadores de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, así como de sus antecedentes y posterior desarrollo, un reconocimiento a los trabajadores de derecho alguno a trasladarse de una localidad a otra con quebrantamiento de las normas convencionales pactadas en materia de movilidad geográfica y con perjuicio para terceros con mejor derecho sin que resulte aplicable al caso el artículo 40.3 de la Ley Sustantiva (derecho de cónyuge), exigiéndose la identidad de empresa entre ambos cónyuges<sup>18</sup>.

**17.** El profesor Maldonado Montoya tiene como envite la voz ordenación del tiempo de trabajo. Trae a colación la justicia europea; y también la doctrina de los tribunales internos. Estos matizan progresivamente el contenido del artículo 34.5 ET, cuya literalidad resulta hoy desbordada por la realidad y entra en contradicción con la Directiva 2003/88/CE. Así, el Tribunal Supremo considera tiempo de trabajo el destinado a recoger el uniforme en lugar distinto al de trabajo<sup>19</sup>. Con mayor claridad es para el alto tribunal tiempo de trabajo, por serlo efectivo, el invertido por los enfermeros para transmitirse entre sí información médico-sanitaria de los pacientes en los cambios de turno de trabajo, en tanto que se trata de obvia actividad profesional, resulta de absoluta necesidad –que no ya mera conveniencia– para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermos ingresados, y se lleva a cabo en el respectivo puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el respectivo turno<sup>20</sup>.

En esa misma línea, la doctrina judicial entiende que el tiempo de trabajo «comienza cuando fichan la entrada al trabajo y termina cuando fichan la salida y a partir de ese momento llevan a cabo una serie de actividades propias de su actividad laboral e impuestas por la empresa. Estas actividades no se imponen por la empresa por capricho sino que obedecen a necesidades propias de la actividad que desarrolla la empresa y a la que se incorpora el trabajo de los demandantes, pero eso no justifica su exclusión de la consideración como tiempo de trabajo, antes al contrario, pues se trata de tiempo durante el cual los trabajadores realizan funciones propias de su actividad laboral en la empresa e

<sup>17</sup> STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2015 (AS 2016, 40).

<sup>18</sup> STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2013 (AS 2013, 3228).

<sup>19</sup> STS 24 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 4696), empresa de vigilancia que ordena a los vigilantes a recoger el uniforme a lugar distinto al de trabajo. Esta sentencia está en la línea de evolución iniciada ya iniciada por las SSTS de 24 de junio de 1992 (RJ 1992, 4669) y 18 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 9667).

<sup>20</sup> STS de 20 de junio de 2017 (RJ 2017, 3112). En ese mismo sentido, STSJ de Andalucía, Granada, de 21 de abril de 2016 (AS 2016, 1244).

indispensable para el ejercicio de tal actividad dadas las peculiaridades de tal actividad empresarial a la que se incorpora su trabajo»<sup>21</sup>.

Junto a ello se cuestiona acerca de los tiempos de descanso, la reducción del tiempo de trabajo.

**18.** La paridad representativa es la materia asignada al profesor y Magistrado Sempere Navarro. Aunque en esta obra se persigue el examen de los criterios sentados por los Tribunales, parece conveniente e ilustrativo realizar una sumaria exposición del tenor de las normas que se relacionan con los preceptos de la LOI analizados, lo que ocupa las primeras páginas de la contribución realizada.

Cual bajada de peldaños, se muestran los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la materia objeto de atención.

Por aportar una resolución que afecta a buen número de los participantes en esta obra y al ámbito al que se circunscribe, es interesante destacar que la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades alberga previsiones relacionadas con la paridad en la composición de los órganos de selección, habiéndose cuestionado su validez<sup>22</sup>. La doctrina constitucional ha establecido lo siguiente<sup>23</sup>:

— Queda a criterio de cada Universidad, a falta de una indicación concreta en la LOU sobre el específico porcentaje de equilibrio que debe alcanzarse, decidir si toman como referencia el que contiene la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2007 antes indicado (porcentaje que es vinculante «a los efectos de esta ley») u otro más cercano a la paridad.

— El precepto no prescinde del mérito y capacidad, que han de darse por cumplidas en quienes entran a formar parte de los órganos de gobierno y representación; es decir, operando siempre desde el presupuesto de la capacidad y el mérito suficientes de unos y otras.

— No resulta desproporcionado exigir la explicación de las razones «fundadas y objetivas» que impidan en un caso concreto cumplir con aquel equilibrio, cuando tal eventualidad suceda.

---

<sup>21</sup> STSJ de Islas Baleares de 4 de abril de 2014 (AS 2014, 1439).

<sup>22</sup> Los impugnantes censuran que la representación de los distintos sectores de la comunidad universitaria en los órganos de gobierno «propicie la presencia equilibrada de hombres y mujeres», lo que, de ser entendido «como necesidad sistemática de presencia de unas y otros, independientemente de su mérito y capacidad» sería inconstitucional.

<sup>23</sup> STC 176/2015 de 22 de julio.

**19.** En la conjunción del ejercicio profesional con la docencia se mueve también Gallego Moya. Destacable sobre el período de prueba es su concreción de la STC 173/2013, de 10 de octubre.

En ella, el Alto Tribunal analiza el supuesto de una trabajadora embarazada cuyo contrato es resuelto por el empresario durante el período de prueba, sin que constase el conocimiento, por éste, del estado de embarazo de su empleada. Debía resolverse si la nulidad «reforzada» podía extenderse, también, al cese en período de prueba, o si, por el contrario, dicha limitación desnaturaría la propia institución.

Descartada la existencia, en este caso, de un panorama discriminatorio (dado que no consta el conocimiento del embarazo por el empresario, amén de que con la misma fecha fue cesado un compañero varón, lo que impediría apreciar desigualdad prohibida), la respuesta a la cuestión básica a resolver es negar la extensión de las garantías de nulidad «objetiva» o «reforzada» a este supuesto, por entender que la protección establecida en el artículo 55.5.b ET queda residenciada en el estricto ámbito del despido; y ello porque entre el despido con nulidad objetiva y la resolución contractual durante el período de prueba, existen diferencias sustantivas que justifican su tratamiento dispar, que es reforzado en el caso del despido, en tanto decisión necesariamente causal y motivada, cuya trascendencia para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas resulta indudablemente mayor. El intérprete constitucional se encarga de recordar, no obstante, que esta configuración no priva a las resoluciones durante el período de prueba de sus garantías antidiscriminatorias, de manera que, pese a no requerir éstas una expresión de causa o motivación, serán nulas si encierran un móvil discriminatorio.

**20.** Buena conocedora de la figura, la profesora Sánchez Trigueros se ocupa de la voz permiso por lactancia. Contextualiza este, régimen jurídico, naturaleza y finalidad, requisitos..., para a reglón seguido encarar los diversos problemas jurídicos que encierra.

En este campo trae los debates sobre la concreción horaria, modalidades de disfrute.

Reseñable es su conclusión sobre el particular: la redacción actual del precepto es objetivamente mejorable y, muy probablemente, se encuentra muy superada por la realidad. Entre sus propuestas:

— Valorar la necesidad de cambiar la propia denominación del permiso, desvinculándolo nominalmente de la lactancia, y anudándolo –incluso nominalmente– al período de puerperio.

— Tomar en cuenta el conjunto de situaciones merecedoras de protección y que, no obstante, han quedado fuera del ámbito de protección de la norma. Puede pensarse en los supuestos en que sean otros familiares los que asuman temporalmente la guarda del menor (como los abuelos, por no poder hacerse cargo los padres temporalmente del cuidado de los menores), y que se encontrarían privados de este derecho.

— La conveniencia de articular nuevos sistemas de ordenación del disfrute del derecho, apartados de los mecanismos previstos en la ley, y que le dotasen de una mayor flexibilidad que, en definitiva, sería compatible con la finalidad real del mismo. Sería el caso, por ejemplo, de la sustitución por un crédito horario a favor de los progenitores.

— Eliminar la limitación en cuanto al disfrute del permiso alternativo, de forma que pueda ejercitarse de manera simultánea por ambos cónyuges, lo que coheriría con la tutela del bien jurídico protegido del cuidado del menor, así como reduciría los efectos perjudiciales para la madre en cuanto a que sigue siendo la beneficiaria fundamental del mismo.

— Incentivar el ejercicio masculino del derecho o de evitar perjuicios para la madre que lo ejercita, a cuyo efecto podría aceptarse la asunción de la retribución por medio del establecimiento de una prestación con cargo a la Seguridad Social o reducción de los gastos sociales con cargo a dicho período.

— Bonificar a las empresas que habiliten medios específicos para facilitar la lactancia (tales como implantación de salas específicas para ello).

**21.** El permiso por paternidad es la labor de la profesora Fernández Collados. Desentraña todos los aspectos conflictivos que sobre el mismo se plantean. En especial, remarca cómo la LOI blinda el disfrute del permiso de paternidad garantizando que el empresario no pueda tomar represalias contra quienes se acogen a este derecho<sup>24</sup>, dada su vinculación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de género. Con ello, la LOI viene a transponer, en este concreto aspecto, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, en relación con la figura del permiso por paternidad.

En consecuencia, aunque el despido se funde en motivos disciplinarios o en una extinción por causas objetivas, sea colectivo o individual, el legislador calificará como nulo el despido durante el periodo de suspensión del contrato por paternidad, o notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo, e incluso el despido de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar el periodo de suspensión del contrato por

---

<sup>24</sup> STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2015 (JUR 2015, 60561).

paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor (art. 55.5 ET). La nulidad del despido se produce porque el empresario, aun respetando formalmente los mandatos legales, adopta medidas en apariencia ajustada a la legalidad, pero encaminadas a dificultar, evitar o adoptar represalias contra el trabajador por haber hecho uso –o pretender hacerlo–, de un derecho incluido en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>25</sup>.

No obstante, se trata de una presunción *iuris tantum*, lo que significa que el despido será nulo salvo que se declare su procedencia por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho al permiso por paternidad, eso sí, procederá la inversión de la carga de la prueba, ya que como señala el artículo 96.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS) «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad»<sup>26</sup>.

**22.** Un nuevo permiso, por maternidad, es el encomendado a la profesora López Insua. Su relación con la protección social hace que pronto gire su actuación hacia la prestación por maternidad, vinculándola a la figura en entredicho y tan en boga en los últimos tiempos de la gestación por sustitución.

Se emplea en el análisis de la STS 19 de octubre de 2016, en la cual se analiza el alcance de la protección por maternidad en la «Directiva 92/85/CE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia», en conexión con el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español.

El Tribunal Supremo estudia exhaustivamente la normativa comunitaria (en concreto, la Directiva 92/85/CEE y la 2006/54/CEE –sobre igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo–) en relación con el artículo 177 de la vigente LGSS– (antiguo art. 133 de la LGSS/1994). Y se llega a la siguiente conclusión: «... resulta claro que aunque la maternidad por sustitución no tiene en el Derecho de la Unión la misma protección que la maternidad natural, esta circunstancia no sería óbice para que el Derecho español pudie-

<sup>25</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de febrero de 2016 (JUR 2016, 53946).

<sup>26</sup> SSTC 87/2004, de 10 de mayo (RTC 2004, 87) y 138/2006, de 8 de mayo (RTC 2006, 138).

ra –en su caso– atribuirle la misma consideración a los efectos legales; máxime cuando –y esta es otra diferencia entre los supuestos a contrastar– el Derecho comunitario únicamente contempla como objeto de protección la gestación propiamente dicha, en tanto que nuestra legislación de Seguridad Social atribuye los mismos efectos a la adopción y al acogimiento, lo que –al menos a efectos dialécticos– pudiera dar una cierta cobertura argumental a la pretendida aplicación analógica de la prestación en los supuestos de maternidad subrogada; cuestión esta que no vamos a analizar en el presente procedimiento, precisamente por impedirlo la falta de contradicción» (ver el Fundamento de Derecho Segundo en su apartado 5).

Pronunciamiento seguido, entre otras, por las SSTS de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016.

**23.** La profesora Palomino Saurina y el permiso por razones de guarda legal forman un nuevo capítulo. Señala la autora que tras la reforma de 2012 se modificó el régimen jurídico de ejercicio del derecho, limitando las facultades del trabajador, puesto que a partir de ese momento se permite su subordinación a los criterios establecidos por los representantes de los trabajadores y empresario en el convenio colectivo. Y así, a la hora de fijar las condiciones del ejercicio del derecho se deben tener en cuenta requisitos de tipo formal que se refieren a la comunicación de la decisión a la dirección de la empresa con una antelación prudencial, y otros de contenido, dentro de los cuales hay que tomar en consideración las necesidades organizativas de la empresa sin olvidar los intereses de los compañeros de trabajo cuyo horario puede quedar modificado por la decisión del trabajador de solicitar la reducción de su jornada<sup>27</sup>.

En todo caso, la reducción de jornada ha de aplicarse sobre la jornada diaria y no sobre la calculada en cómputo anual o semanal. Por ello, cuando se ejercita el derecho de reducción por guarda legal, esta reducción debe proyectarse sobre todos los días en los que el trabajador o trabajadora tiene que prestar sus servicios profesionales sin excluir el sábado<sup>28</sup>. Y es que, la referencia a la jornada de trabajo diaria no permite excluir de la prestación de servicios un día concreto de la semana si la jornada pactada entre empresario y trabajador obliga al trabajo en ese día ya que esa exclusión supondría reducir la jornada de trabajo en un porcentaje del 100%. De este modo, en la actualidad no es

---

<sup>27</sup> SSTSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 32210) y 14 de julio de 2016 (AS 2016, 1458).

<sup>28</sup> STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2016 (AS 2016, 805).

admisible legalmente la acumulación de la jornada semanal reducida de lunes a viernes, dejando libre el sábado para conciliar vida laboral y familiar<sup>29</sup>.

**24.** A los profesores Monereo Pérez y Guindo Morales se les encomienda la tarea de estudiar la aplicación práctica de los planes de igualdad. Tras recordar algunas cuestiones esenciales que puedan servir para definir el marco jurídico regulador en que surge la litigiosidad concerniente a los Planes de Igualdad, asientan que son escasas (aunque en los últimos años han aumentado) las ocasiones en las que el poder judicial se ha pronunciado al respecto debido a diversas circunstancias.

Mención especial merece en su estudio la reciente y relevante SAN de fecha 11 de diciembre de 2017<sup>30</sup> relativa a la cuestión de índole jurídica de la determinación del alcance de la equiparación de derechos entre trabajadores de empresas usuarias y trabajadores que prestan servicios en las mismas habiendo sido contratados por Empresas de Trabajo Temporal. Expresa esta (en su F. 4.º) que «toda medida que se encuentre contemplada en un plan de igualdad tiene como finalidad primordial lograr el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo, materias estas en las que de conformidad con lo expuesto anteriormente la finalidad perseguida por el artículo 11 (último párr.) de la LETT, es la equiparación total entre trabajadores contratados por la usuaria y trabajadores cedidos».

Prosiguiendo con el marco jurídico regulador de los Planes de Igualdad, también se refieren al F. J. 3.º de la SAN de fecha 17 de enero de 2013<sup>31</sup>, donde se concreta que «las empresas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral».

**25.** A Polo Sánchez atañe la promoción profesional. Es, justamente, en el desarrollo de los procesos de selección para ocupar vacantes de nivel superior donde las empresas pueden crear una discriminación que, en principio, no existía en el momento inicial de la contratación. A medida que aumentan las

---

<sup>29</sup> STSJ de Cantabria de 31 de julio de 2015 (AS 2016, 146).

<sup>30</sup> (JUR 2017/309408).

<sup>31</sup> (AS 2013/227).

responsabilidades del puesto a ejercer, hay empresas que se decantan por trabajadores varones en la creencia de que la implicación con los objetivos de la empresa no va a experimentar alteraciones derivadas de las cargas familiares que una mujer, en mayor proporción que el hombre, suele soportar.

Como paradigma de esta situación marca la STSJ Canarias (Las Palmas) de 25 de julio de 2017<sup>32</sup>, en la que se plantea un supuesto de competencia entre varios candidatos, integrantes todos ellos de la plantilla de la empresa, que son preseleccionados para la cobertura de un puesto que exigía *preferentemente* una determinada titulación y que son valorados por la consultora que efectuó la evaluación de idoneidad prácticamente al mismo nivel, puesto que se hallaban en condiciones de igualdad curricular y méritos. En el momento de elegir, la empresa optó por el varón, opción, en principio, legítima, porque en realidad él sí poseía la titulación no obligatoria pero sí estimada más adecuada. Esta decisión no fue aceptada por la trabajadora, que defendía su mayor preparación global, la cual, a su criterio, le hacía merecedora de la obtención de ese puesto.

El TSJ no desciende a valorar en detalle los méritos de cada uno, sino que resuelve el asunto en base a lo dispuesto en una de las cláusulas del convenio colectivo aplicable en la empresa (art. 37), que indica que en caso de empate de méritos entre candidato y candidata, como medida de promoción del principio de igualdad, se deberá facilitar la incorporación de mujeres en las vacantes de aquellos puestos en los que se encuentren subrepresentadas. Cree el Tribunal que el dato de esa menor presencia femenina es un factor objetivo previo a la concesión de una vacante y que, en tanto que discriminación indirecta, que lo es, permite hacer visibles discriminaciones opacas o no evidentes que aún hoy en día aparecen soterradas bajo estereotipos y prejuicios banalizados, que nadie se ocupa de erradicar y que impiden la consecución de una igualdad material. En su argumentación, el órgano jurisdiccional destaca las nuevas formas en que la discriminación se manifiesta en nuestra sociedad actual, de modo indirecto, sutil, oculta tras decisiones aparentemente neutras que se resisten a abandonar esa falta de equilibrio en cuanto a la presencia de la mujer en ciertos puestos de trabajo, resultado que se perpetúa con el tiempo sin que se adopten soluciones al respecto.

**26.** La selección de personal y los posibles elementos discriminatorios que se producen entorno a ella competen a Ríos Mestre. Una vez más, la combinación entre el ejercicio profesional y la docencia trasluce en su trabajo.

---

<sup>32</sup> Rec. 520/2017. AS/2017/1618.

A modo de ejemplo, y entre los muchos casos en los que esta cuestión se plantea, en especial con relación a determinadas características físicas identifica el supuesto en el que una empresa implanta unas recomendaciones ergonómicas elaboradas por una empresa alemana donde se contienen recomendaciones en relación con el diseño de los puestos de conducción para autobuses, y en la que se indica como altura de los conductores un mínimo de 158 centímetros y un máximo de 2 metros. La empresa ha elaborado una norma interna mediante la que se definen las características técnicas del puesto de conducción en los autobuses, donde se asume la recomendación ergonómica. La trabajadora que se presenta al proceso de selección tiene una talla de 145 cm de altura. Por tanto, basta examinar la referida recomendación y todas las cotas que influyen en el puesto de conductor de autobuses, para ver que la estatura influye claramente tanto en la capacidad de visión, como en el alcance de los elementos necesarios para una conducción correcta y segura del vehículo. El hecho de que la empresa establezca una talla mínima o máxima a la hora de contratar a los trabajadores no es algo que se fundamente en ningún capricho arbitrario, sino que encuentra su justificación en un problema de seguridad y de salud, siendo plenamente libre para acordar los criterios o requerimientos de manera unilateral. Por último, el hecho de que la trabajadora disponga de la correspondiente habilitación administrativa para conducir autobuses no permite concluir, por sí sola, que su estatura es compatible con el manejo seguro del vehículo, dado que no es el carnet de conducir lo que va a determinar la idoneidad para el puesto, al tratarse éste de un requisito indispensable, pero nunca suficiente<sup>33</sup>.

**27.** Desde la praxis jurídica y su vinculación con el ámbito sindical Bravo Santamaría se acerca a la reducción de jornada.

En este campo delimita que la reducción de jornada por cuidado de menores es un derecho individual del trabajador que, aunque pueda perjudicar la capacidad organizativa del empresario en alguna medida, no es posible rechazar sin motivo o causa alguna, de tal manera que no es válida una mera respuesta, sin motivación y sin el razonamiento adecuado, o una respuesta evasiva, incoherente, o que sitúe al trabajador en indefensión.

En este sentido la doctrina de los tribunales ha venido analizando determinadas situaciones que pueden o no ser válidas, como respuesta del empresario:

— No es válido contestar, que la petición de la trabajadora provocaría un grave problema de organización, sin concretar el empresario nada más<sup>34</sup>, pu-

<sup>33</sup> STSJ de Cataluña, Social, 6005/2010, de 22 de septiembre (AS 2010, 1887).

<sup>34</sup> STSJ de Madrid de 19 de julio de 2017 (AS 2017/1876).

diendo incluso dicha respuesta producir la vulneración del derecho de igualdad de trato (...) si es radical la negativa a la solicitud, y si no se oferta ninguna alternativa a su fundada petición, sin que tampoco figure como probada una total oposición de las restantes compañeras para modificar sus turnos o que todas ellas estén en similares circunstancias familiares que impidan atender la petición<sup>35</sup>.

— Tampoco puede la denegación de la reducción de jornada «carecer de una motivación seria, o no contestarse, ni haber hecho un análisis detallado de la imposibilidad de acceder a lo solicitado, sobre todo si existían compañeros que tenían concedida la solicitada»<sup>36</sup>.

**28.** Al profesor Kahale Carrillo, propulsor en origen de la idea que ahora toma cuerpo, se le asigna la voz retribución. Al igual que otros trabajos expuestos mantiene la presentación de su colaboración con una escalera por la doctrina de los tribunales: TJUE, TC...

Con relación a la jurisprudencia indica que el Alto Tribunal, en cuanto al abono del plus en el departamento en el que solo trabajan mujeres en cuantía muy inferior a sus compañeros de otros departamentos, mayoritariamente conformado por hombres, y de igual nivel salarial; que esta diferencia de trato, en ausencia de cualquier explicación o justificación razonable que le diera sentido, tiene carácter discriminatorio. De forma objetiva, esa diferenciación establecida por el empleador privado, instrumentada mediante una concesión aparentemente neutra, entraña un trato retributivo que discrimina peyorativamente a quienes prestan servicios en un departamento ocupado exclusivamente por mujeres. Hasta el punto de que ellas, en clara y exagerada disparidad con sus compañeros varones mayoritariamente destinados en los otros departamentos, perciben unas sumas significativamente inferiores (en ningún caso alcanzan siquiera el 10% de las que se cobra en los departamentos mayoritariamente ocupados por hombres) a las de aquellos<sup>37</sup>.

**29.** García Blanca atiende a la salud laboral. En este sentido establece que es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo por parte de la trabajadora<sup>38</sup>, por lo que la evaluación de riesgos realizada por el

---

<sup>35</sup> STSJ de Andalucía/Granada de 5 de abril de 2017 (AS 2017/1201).

<sup>36</sup> STSJ de Islas Canarias/Las Palmas de 15 de febrero de 2016 (JUR/2016/150813).

<sup>37</sup> STS de 14 de mayo de 2014, rec. núm. 2328/2013.

<sup>38</sup> SSTS de 17 (3) de marzo de 2011 (RJ 2011, 3421) (RJ 2011, 3424) (RJ 2011, 3423), 18 (4) de marzo de 2011 (RJ 2011, 3552) (RJ 2011, 3552) (RJ 2011, 5812) y (RJ 2011, 5811), 17 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3421), 3 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4500) y 21 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7060); 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1467), 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5116), 21 de junio de 2012 (RJ 2012,

servicio de prevención de la empresa es el medio idóneo para ello. No cabe confundir, no obstante, esta actividad preventiva con meros documentos genéricos sobre riesgos, sino que consiste en un estudio específico del puesto de trabajo en concreto y de los trabajadores, por lo que cobra razón de ser el mandato impuesto a los Servicios de Prevención Propios o Ajenos de determinar en las evaluaciones de riesgos este aspecto [arts. 4.1.b) RSP] y a su vez, la obligación empresarial de acomodar el puesto o la jornada –si procede– a la nueva realidad biológica de la trabajadora (arts. 25 y 26.1 LPRL).

Por tanto, el análisis de la situación de riesgos es casuístico; sin que sea posible establecer de forma automática cuándo en presencia de un agente o condición existe una situación de riesgo, o cuándo no.

Enumera en este sentido innumerables supuestos: operaria acolchadora cuyo puesto requiere mover y levantar rollo de 50 kg; oficial metalúrgica embarazada de gemelos; trabajos en cámara frigorífica; dependienta que debe permanecer largos periodos en bipedestación y deambulación prolongada en su puesto de trabajo, estando diagnosticada de embarazo de alto riesgo por fecundación in vitro; empleada de pescadería que tiene que levantar a lo largo de la jornada y de forma repetida peso y cuyo embarazo deriva de un proceso de fecundación in vitro por una situación de esterilidad de origen desconocido...

**30.** La suspensión del contrato por parto o fallecimiento de hijo es asignada a la profesora Aguilera Izquierdo.

Entre otras cuestiones, aporta la doctrina del Tribunal Supremo<sup>39</sup> que ha considerado no ajustada a Derecho una cláusula de un convenio colectivo que fija una retribución variable extra convenio que consiste en un plan de incentivos vinculado al número de jornadas productivas realizadas en cómputo anual, sin que se computen para el cálculo de las jornadas los días de trabajo comprendidos en las seis semanas inmediatamente posteriores al parto que disfrutaran las trabajadoras por razón de la suspensión del contrato por maternidad.

Señala el Tribunal Supremo que «si una medida empresarial que otorga peor derecho a las trabajadoras que tienen su contrato suspendido por materni-

---

8964), y 21 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3825); 24 de junio de 2013 (RJ 2013, 6110), 13 de marzo de 2015 (RJ 2015, 4275). En sede de suplicación pueden verse las SSTSJ de Madrid, 20 de enero de 2016 (AS 2016, 390), 18 de abril de 2016 (AS 2016, 791), 19 de diciembre de 2016 (AS 2016, 1809), 24 de abril de 2017 (JUR 2017, 153372); STSJ de Galicia de 13 de febrero de 2014 (AS 2014, 487), 26 de enero de 2015 (AS 2015, 614), 18 de abril de 2016 (AS, 2016, 791), 17 de febrero de 2017 (AS 2017, 188); STSJ de Castilla y León/Burgos de 18 de noviembre de 2016 (AS 2016, 17); STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2016 (AS 2016, 394); STSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de marzo de 2014 (AS 2014, 1062), 8 de enero de 2015 (AS 2015, 502); STSJ de Navarra de 19 de diciembre de 2014 (AS 2014, 519); STSJ de Asturias de 29 de noviembre de 2013 (AS 2013, 3147).

<sup>39</sup> STS de 27 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3148).

dad constituye una discriminación por razón de sexo, con más razón habrá que insistir en tal sentido cuando se alude a las seis semanas posteriores al parto, a las que el legislador otorga un perfil obligatorio, alejándolo del puro derecho de ejercicio absolutamente opcional para la madre».

Asimismo, el Tribunal Supremo<sup>40</sup> ha considerado contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal, así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos. Se trata de una empresa que tiene establecido un sistema de retribuciones variables, en el que se distingue el denominado incentivo general de operaciones y el igualmente llamado incentivo de éxito comercial (prima de producción). Considera la empresa demandada que ninguno de tales incentivos se devenga durante el periodo en que no existe actividad laboral, lo que, en consecuencia, motiva que no los abone en relación a los periodos de baja por maternidad o por riesgo durante el embarazo, provocando con ello que, tras la reincorporación, las trabajadoras afectadas no perciban esa partida salarial hasta el momento de abono de los periodos que, nuevamente, hayan comenzado a devengar (en los términos en que está fijado el momento del pago para cada uno de los dos incentivos controvertidos).

**31.** Gutiérrez Pérez desde el prisma del trabajo parcial se cuestiona sobre aspectos tales como las retribuciones, cómputo de antigüedad, prestaciones del sistema de protección social...

Sobre este último elemento, es importante con relación a las reglas sobre el cómputo de los periodos de carencia de los trabajadores a tiempo parcial para tener derecho a prestaciones la sentencia del intérprete constitucional que vino a declarar no ajusta a la norma suprema y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima contenida en la anterior Ley General de la Seguridad Social, RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994/1825), al considerar que no permitían superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el artículo 14 CE, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no han conseguido evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir<sup>41</sup>.

Respecto a una de las referidas reglas, atender a los días teóricos de cotización obtenidos mediante la operación de dividir el número de horas trabaja-

---

<sup>40</sup> STS de 10 de enero de 2017 (AS 2017, 38).

<sup>41</sup> STC 61/2013, de 14 de marzo (RTC 2013,61); STC 71/2013, de 8 de abril (RTC 2013, 71); STC 72/2013, de 8 de abril (RTC 2013, 72) y STC 116/2013, de 20 de mayo (RTC 2013, 116).

das entre cinco, la jurisprudencia constitucional ha venido a señalar que más que tratarse, propiamente, de una corrección del principio de proporcionalidad estricta, nos encontramos ante un procedimiento de cálculo más preciso técnicamente para la aplicación de dicho principio. En todo caso, el resultado de su aplicación será que los trabajadores a tiempo completo acreditarán como cotizados el total de días naturales del período trabajado, mientras que los trabajadores a tiempo parcial acreditarán un número de días inferior, determinado por el número de horas trabajadas. Por tanto, la norma seguía manteniendo una diferencia de trato en el cómputo de los períodos cotizados entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, basada en la aplicación de un criterio de proporcionalidad, referido no solo a la cuantía de las bases reguladoras, sino también al cálculo de los períodos de carencia. Criterio que el Tribunal Constitucional no ha considerado justificado por las exigencias de contributividad del sistema<sup>42</sup>.

**32.** Por último, el profesor Martín Jiménez se ocupa de la voz vacaciones. Tras un rápido repaso a su marco regulatorio, incide en los pronunciamientos judiciales, reseñando la STJCE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004/69), que tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado n.º 33 de Madrid y establece –para resolver la solicitud de vacaciones de una trabajadora (Sra. Merino) después de la finalización del permiso de maternidad– que el derecho a vacaciones es un principio de Derecho social comunitario que no admite excepciones y que la finalidad de las vacaciones es distinta de la del permiso de maternidad, por lo que no es posible el solapamiento de ambos descansos.

Pronunciamiento al que siguen resoluciones del Tribunal Supremo y varios Tribunales Superiores de Justicia. Sobre estos últimos se destaca la STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2015 (AS 2015/325), en la que se plantea una demanda de conflicto colectivo solicitando la interpretación de un precepto convencional, a cuyo tenor «el trabajador, previo aviso y justificación, tendrá derecho a permisos retribuidos durante el tiempo y supuestos siguientes: Nacimiento o adopción: 4 días laborables». La empresa interpreta si cuando se inicia el permiso el trabajador no está de vacaciones y las inicia después, el permiso no se interrumpe y conserva las vacaciones. Por el contrario, entiende que, si la causa del permiso se origina una vez iniciado el período de vacaciones, éstas no se interrumpen y se pierde el permiso retribuido por nacimiento.

---

<sup>42</sup> STC 61/2013, de 14 de marzo (RTC 2013, 61) o STC 71/2013, de 8 de abril (RTC 2013, 71).

■ UN DECENIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL SOBRE LA LEY DE IGUALDAD...

El Convenio, para el TSJ, se alinea claramente con las finalidades de la LOI. Parece claro, pues, que la intención de los negociadores colectivos fue «blindar el permiso por nacimiento de hijo o adopción a los descansos semanales y a los días festivos y, por la misma lógica, también a las vacaciones, es decir a conceder, precisamente con la finalidad de fomentar la corresponsabilidad, cuatro días netos sea cual sea el momento en que se produzca el hecho causante».

Septiembre de 2018.

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO  
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO  
CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

# ACOSO SEXUAL

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Noción o elementos que configuran o delimitan la figura del acoso sexual.*—1. La normativa europea frente al acoso. 2. La doctrina constitucional. Su incidencia. 3. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. 4. La labor interpretativa de los Tribunales Superiores de Justicia. 5. La incidencia de la doctrina científica.—III. *Situaciones constitutivas de acoso sexual.* 1. Existencia de acoso. 1.1 Derivadas de comportamiento de compañeros de trabajo. 1.2 Derivadas del empresario o superiores a subordinados. 1.3 Acoso sexual a terceros o por terceros. 2. Inexistencia.—IV. *Prueba.* 1. Inversión de la carga de la prueba. 2. Medios de prueba. 2.1 Declaración de la víctima. 2.2 Uso de medios electrónicos de grabación audio-video. 2.3 Indicios. 3. Presunción de inocencia.—V. *Cuestiones colaterales.* 1. Contingencia determinante de la baja por incapacidad temporal derivada de acoso. 1.1 Síndrome depresivo ansioso ante el acoso del sexual del jefe. 1.2 Incidencia de patologías previas Antecedentes de patologías psíquicas. 2. Garantías de indemnidad.—VI. *Obligaciones de la empresa.* 1. Responsabilidades empresariales. 2. Incidencia de la inacción empresarial en las prestaciones de la Seguridad Social.—VII. *La reparación del daño consecuencia de la vulneración de derechos.* 1. La indemnización y su complejidad. 2. Compatibilidad indemnización por extinción del contrato con daños y perjuicio materiales y morales causados. 3. Viabilidad de la reclamación de daños al compañero acosador.—VIII. *Aspectos procedimentales y judiciales.* 1. La carta de despido y sus requisitos. 2. La prescripción de la falta. 3. Interrupción de la prescripción con la concurrencia de procesos judiciales. 4. Ejercicio de acciones una vez extinguida la relación laboral. 5. Competencia de la Jurisdicción Laboral.—*Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

En general el acoso moral por parte del empresario o responsable de la empresa y de los compañeros, viene a suponer un atentado contra la dignidad de una persona, creando además un entorno hostil e intimidatorio que tiene como finalidad destruir sus redes de comunicación, perturbar el ejercicio de sus labores y minar su reputación y quizás con un objetivo –por la parte empresarial– no declarado, buscar que el acosado acabe abandonando el lugar de trabajo, en definitiva una extinción del contrato gratuita. Ese ataque a la dignidad se deriva de forma directa de la intencionalidad de causar el daño el cual, por sí solo, deja a la víctima en situación de clara desventaja respecto a sus compañeros, afectando a necesidades básicas del individuo, del ser humano, como son la necesidad de formar y sentirse parte del grupo (afiliación a la empresa como grupo humano), y la necesidad de que esta pertenencia sea respetada (estatus en el grupo)<sup>1</sup>. Las manifestaciones del acoso son muy variadas, como por ejemplo, implantación de medidas organizativas –no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc. –medidas de aislamiento social –impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc.–, medidas de ataque a la persona de la víctima –críticas hirientes, vejaciones, burlas, subestimaciones, etc.–, medidas de violencia física, agresiones verbales –insultos, amenazas, rumores sobre la víctima, etc. Pues bien, una manifestación de este hostigamiento en la persona del trabajador es la figura del acoso sexual que se introdujo en nuestro ordenamiento laboral mediante la Ley 3/1989, de 3 de marzo y que básicamente va a venir caracterizada por someter al trabajador a ofensas físicas o verbales o ambas a la vez de naturaleza sexual que en su expresión más grave será la de pedir favores sexuales con amenaza de un mal, tal y como recoge el artículo 184 del Código Penal.

## II. NOCIÓN O ELEMENTOS QUE CONFIGURAN O DELIMITAN LA FIGURA DEL ACOSO SEXUAL

### 1. La normativa europea frente al acoso

El acoso sexual aparece definido por primera vez en el artículo 2.2 de la Directiva 2002/73 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de sep-

---

<sup>1</sup> STSJ de Madrid 918/2006, de 28 de noviembre (AS 2007, 523).

tiembre de 2002<sup>2</sup> relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres como *«la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»*, añadiendo en su apartado 3.º que cualquier conducta de este tipo automáticamente ha de ser considerada como un acto discriminatorio por razón de sexo.

El comportamiento gravita en torno al carácter *«no deseado»* del mismo y sobre el hecho de tener como objetivo o consecuencia el atentado a la dignidad y la existencia de un clima hostil; lo que comporta que para la calificación del ilícito resulte indiferente lo que el sujeto ofensor aprecie con relación a su conducta, puesto que de lo que se ha de partir es de lo que percibe la víctima, ya que es este carácter subjetivo y *«no deseado»* lo que constituye la esencia del acoso.

## 2. La doctrina constitucional. Su incidencia

El TC ha acogido un concepto más complejo de acoso, incorporando elementos objetivos que permitirán advertir la presencia del mismo ante conductas constatadas de gravedad objetiva, como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no solo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada<sup>3</sup>.

## 3. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo

Por su parte la noción de acoso sexual que finalmente resultó acogida por artículo 7.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, es una transcripción literal del contenido en la Directiva 73/2002 que, en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 2, aclara que cualquier conducta por parte de la víctima, sea porque rechace la actitud discriminatoria, sea porque se someta a la misma, no podrá ser utilizada para tomar decisiones que le afecten. Ello implica que, ante situaciones en las que se produzcan conductas discriminatorias por razón de sexo, sus víctimas go-

---

<sup>2</sup> Que modificó la Directiva 76/207/CEE del Consejo.

<sup>3</sup> STC 224/1999, de 13 de diciembre (RTC 1999, 224).

zan de una protección global, al quedar invalidadas todas aquellas represalias o actuaciones que hayan sido viciadas por la conducta discriminatoria, incluso en los casos en que haya sido la propia víctima quien haya tomado la decisión. Y por otro lado debe tenerse en cuenta que el apartado 5 del artículo 2 de la Directiva alienta a los Estados y a los interlocutores sociales a «*adoptar medidas para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo*», mencionando expresamente a los convenios colectivos entre los instrumentos eficaces para erradicar las conductas y prácticas discriminatorias en el trabajo.

En resumen, para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal tálante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. Pero teniendo en cuenta que la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no solo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. De aquí que el carácter hostil no puede depender tan solo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso. Quedando fuera de tal consideración aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida o previamente deseada, consentida o al menos tolerada<sup>4</sup>.

#### 4. La labor interpretativa de los Tribunales Superiores de Justicia

Una síntesis de los criterios elaborados por la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia puede verse en la siguiente definición de que debe entenderse como acoso sexual «la conducta de perseguir o fatigar a una persona ocasionándole molestias y trabajos mediante propuestas de naturaleza sexual que resultan ofensivas para la víctima»<sup>5</sup>; y en la fijación de unos requisitos o elementos que lo caracterizan<sup>6</sup>: 1.º) «Una manifestación de claro contenido

---

<sup>4</sup> STSJ de Madrid 306/2006, de 27 de marzo (AS 2006, 1687).

<sup>5</sup> STSJ de Galicia de 23 de julio de 1994 (AS 1994, 2861).

<sup>6</sup> STSJ de Galicia de 9 de febrero de 1995 (AS 1995, 587).

sexual o libidinoso, ya sea de forma física o de palabra, directa o a través de insinuaciones que claramente persigan aquella finalidad», sin que el acto inicial «pueda constituirlo un comportamiento amistoso o actitud amorosa por parte del empresario», de un delegado de éste o de un superior jerárquico, «pues ambos calificativos, salvo en circunstancias que puedan modificar su naturaleza, no llevan consigo situaciones vejatorias u ofensivas, sino al contrario, expresiones de afecto o intimidación perfectamente admisibles»; y 2.º) «Ha de exigirse también la concurrencia del segundo elemento esencial, cual es la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer –o el varón– afectada –afectado–, al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario, pues en caso contrario, lo que para una persona puede ser ofensivo, para otra puede ser simplemente incómodo y para una tercera absolutamente indiferente».

## 5. La incidencia de la doctrina científica<sup>7</sup>

Por su parte la doctrina científica viene distinguiendo entre «chantaje sexual» y «acoso sexual ambiental»<sup>8</sup>. El primero se produce cuando el trabajador es requerido sexualmente, explícita o implícitamente, por el empresario o un superior jerárquico, con la promesa de experimentar una mejora, o la amenaza de sufrir un mal, en sus condiciones y expectativas laborales, en función de que acepte o no al requerimiento formulado. El acoso sexual ambiental se produce cuando el sujeto activo del acoso crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador, sin que tal contaminación del am-

---

<sup>7</sup> En general puede verse: MONTOYA MELGAR, A., «El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico», capítulo III, de obra colectiva *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, dirigida por Sánchez Trigueros, C., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 59 a 74; QUESADA SEGURA, R., «El acoso sexual y el acoso por razón de género en la negociación colectiva», capítulo IX de la obra colectiva anteriormente citada, pp. 185 a 210; ALTÉS TÁRREGA, J. A., *El acoso sexual en el trabajo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

<sup>8</sup> Véase:

— MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, *NTP 507: Acoso Sexual en el trabajo*; España, 1999; Se puede consultar en [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/501a600/ntp\\_507.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/501a600/ntp_507.pdf).

— MINISTERIO DE IGUALDAD, *Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral*, Madrid, 2010; se puede consultar en <http://www.igualdadennlaempresa.es/enlaces/webgrafia/docs/acoso-sexual-y-acoso-por-razon-de-sexo-en-el-ambito-laboral-2010.pdf>.

— VICENTE PACHÉS, F., *El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del derecho internacional y el derecho comunitario europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

biente de trabajo conlleve una específica repercusión negativa en la permanencia en el trabajo o en las condiciones laborales <sup>9</sup>.

### III. SITUACIONES CONSTITUTIVAS DE ACOSO SEXUAL

#### 1. Existencia de acoso

##### 1.1 DERIVADAS DE COMPORTAMIENTO DE COMPAÑEROS DE TRABAJO <sup>10</sup>

Son situaciones de acoso:

##### a') *Físico*

Lo es ponerle las manos por debajo de la cintura cuando sube las escaleras con el pretexto de empujarla la manosea, lo que hace de forma reiterada y con la oposición sistemática de ella; encontrándose sentada en una banqueta alta pone la mano en los muslos y rodillas con tocamientos en dichas partes del cuerpo con reiteración e igualmente con rechazo de la trabajadora, etcétera <sup>11</sup>; acorrallar contra la pared a la compañera y hacer tocamientos por todo el cuerpo de manera lasciva y humillante, llegando a conseguir en una ocasión bajarle los pantalones de la uniformidad, al objeto de profundizar en los tocamientos <sup>12</sup>; coger por la cintura a la trabajadora y besuquearla y manosearla aprovechando la soledad de aparcamiento <sup>13</sup>.

##### b') *Verbal*

Se consideran como tales dirigir mensajes, llamadas, frases, expresiones, gestos, miradas insinuantes como: silbidos, reiteradas llamadas de teléfono en el mismo centro de trabajo, comentarios inapropiados como «tengo ganas de abrazarte» <sup>14</sup>; eres un bombón», «estas mejor vestida», «estoy soltero pero entero», pasar por delante de la mesa donde realizada su trabajo se agacha y le dice «hoy las llevas blancas»... Mmmm, me encantan los besitos con vaselina, por no hablar de una felación...». «... A mí me encanta hacer eso en el clítoris

---

<sup>9</sup> STSJ de Murcia de 6 de abril de 1998 (AS 1998, 2255).

<sup>10</sup> A continuación, se recogen de los hechos noticiados en las diversas resoluciones judiciales más destacadas o significativas y acreditativas de la existencia de acoso sexual.

<sup>11</sup> STSJ de Madrid 306/2006, de 27 de marzo (AS 2006, 1687).

<sup>12</sup> STSJ de Islas Baleares 128/2016, de 29 de marzo (AS 2016, 782).

<sup>13</sup> STSJ de Murcia 113/2005, de 24 de octubre (AS 2005, 3554).

<sup>14</sup> STSJ de Islas Canarias, Las Palmas 2137/2007, de 27 de diciembre (AS 2008, 877).

(moviendo la lengua),...»<sup>15</sup>; «como me pones», «te echaría un polvo», «chúpame la polla»<sup>16</sup>; «ya sabes que me gustas y me encantaría poder acariciarte, llenarte de besos,...»<sup>17</sup>; bajarse la ropa y mostrarle los genitales diciéndole: «Ésta la quieren muchas»<sup>18</sup>; pintar genitales en pedidos que ella tenía que repasar, mandarle post-its con mensajes alusivos a lo sexi que estaba, ¿Qué sujetador te has puesto hoy?»<sup>19</sup>; «Se ha bajado del carro para montarse encima de una bata; ni ella misma sabe de quién es su hijo». «Se me abrió el velero del pantalón, mejor que me lo abroche porque estas dos me la van a chupar»<sup>20</sup>; dirigirse a su compañera contándole de forma detallada sus respectivas relaciones sexuales y sus contactos con prostitutas<sup>21</sup>; asomarse por debajo de la mesa y decirle: «¡que botas tan bonitas llevas; a otra le comenté «¿cuánto hay que pagar por verte desnuda»<sup>22</sup>; dibujos realizado a través de notas post-it, en forma de corazón como te amo, además de preciosa eres inteligente, estoy loco por tí, ..., y mensajes telefónicos y de wasaps de claro contenido amoroso<sup>23</sup>; trabajador con retraso mental ligero, que pretende convencer a su compañera para que formasen pareja, diciéndole palabras cariñosas y de elogio, ..., en una ocasión llegó a abrazarla un momento por detrás, dándole un beso en el hombro, lo que ella le reprochó, etc.<sup>24</sup>; «¡Mira cómo se me dispara la polla cada vez que te veo el culo!», y otras frases de índole parecida<sup>25</sup>.

### c') *Físicos y verbales*

En múltiples ocasiones se combina el acoso con tocamientos, frases, etc.: «eres una tía fantástica una tía estupenda»; y luego se acerca por atrás y aprieta su cuerpo contra el mostrador, etc.<sup>26</sup>; insinuarse y proponerle tener relaciones sexuales y con posterioridad cuando volvieron a subir a la guagua le tocó el culo, etc..<sup>27</sup>; intentar tocar el pelo de su acompañante queriendo retirárselo de la cara con una caricia, y preguntarle si «tenía problemas en el cuerpo» o estando tomando café le pregunta si estaba casada, si dormía sola o acompaña-

<sup>15</sup> TSJ de Islas Canarias 700/2011, de 16 de mayo (AS 2011, 2641).

<sup>16</sup> STSJ de Islas Canarias 665/2009, de 1 de septiembre (AS 2009, 2800).

<sup>17</sup> STSJ de Andalucía 2429/2009, de 23 de junio (AS 2009, 1777).

<sup>18</sup> STSJ de Andalucía 2662/2008, de 22 de julio (AS 2009, 737).

<sup>19</sup> STSJ de Cataluña 4144/2005, de 6 de mayo (AS 2005, 1864).

<sup>20</sup> STSJ de Galicia 5790/2014, de 19 de noviembre (JUR 2015, 32514).

<sup>21</sup> STSJ de Galicia 2188/2014, de 21 de abril (JUR 2014, 208356).

<sup>22</sup> STSJ de Madrid 464/2004, de 18 de mayo (AS 2004, 2430).

<sup>23</sup> STSJ de Madrid 807/2016, de 7 de noviembre (JUR 2017, 17976).

<sup>24</sup> STSJ de Andalucía 3186/2009, de 22 de septiembre (JUR 2009, 461337).

<sup>25</sup> STSJ de Murcia 1498/1998, de 15 de diciembre (AS 1998, 7020).

<sup>26</sup> STSJ de Cataluña 8038/2001, de 22 de octubre (AS 2002, 33).

<sup>27</sup> STSJ de Islas Canarias 781/2000, de 20 de noviembre (AS 2000, 4308).

da o si le daba un beso<sup>28</sup>; agresiones verbales y físicas de carácter sexual en las personas de varias compañeras de trabajo, como las de «tú lo que necesitas es echar un buen polvo», «ya que estás ahí agachada, si quieres me la puedes chupas, meter la mano entre las piernas a otra trabajadora, que estaba agachada limpiando cuando pasó por detrás, etc.<sup>29</sup>; se dirige habitualmente a sus compañeras de trabajo, con frase como «Me dejas que te chupe el coño; cuándo me vas a dejar que te lo chupe; provocando roces y tocamientos en reiteradas ocasiones, etc.<sup>30</sup>; poniéndole una mano en la nuca le toco las nalgas con la otra mano, y le dirige expresiones tales como «vaya postura que tienes, qué cuerpo tienes, ojalá tuviera veinte años menos, qué culo tienes, yo sé lo que te hace falta a ti, etc.»<sup>31</sup>; requerimientos de tipo sexual como si te pilló te cepillo, ... quien te echara un polvo y estando a solas en el almacén le toco un pecho<sup>32</sup>; pregunta a las compañeras de qué color llevas las bragas, la talla del sujetador,... pedir hacer el amor,.. tocarle las tetas y el culo,..., etc.<sup>33</sup>; insinuaciones y observaciones sobre el grado de satisfacción sexual que él le podía procurar, señalándose sus órganos sexuales, la insatisfacción que él intuía que tenían las trabajadoras ante lo que él suponía falta de pericia sexual de los novios<sup>34</sup>; mostrar a la compañera una caja de preservativos abierta le espetándole: «dime como son, que tú los has probado», tocándole en otra ocasión con sus manos el culo<sup>35</sup>; comentarios de carácter sexual e imprudentes llegando incluso en un momento dado a intentar forzar a la trabajadora conminándola a darle un beso en la boca quien se negó de forma insistente<sup>36</sup>; cuando estaba barriendo el almacén le dijo que «estaba muy buena» y que podían ir luego a tomar una copa y a bailar, tras lo cual la agarró por las nalgas y se restregó con ella<sup>37</sup>.

#### d') *Otros*

Otras situaciones de acoso son: colocar en el tablón de anuncios del hall de la empresa el teléfono de una compañera, sin su consentimiento, ofreciendo relaciones, recibiendo la trabajadora dos llamadas a su teléfono móvil de clien-

---

<sup>28</sup> TSJ de Galicia 5119/2014, de 17 de octubre (AS 2014, 3282).

<sup>29</sup> STSJ de Islas Baleares 532/2004, de 26 de octubre (AS 2004, 3568).

<sup>30</sup> STSJ de C. Valenciana 1099/2004, de 7 de abril (AS 2004, 1796).

<sup>31</sup> STSJ de Andalucía 525/2004, de 12 de marzo (AS 2004, 1367).

<sup>32</sup> STSJ de Galicia de 17 de junio de 2005 (JUR 2005, 194865).

<sup>33</sup> STSJ Asturias 2130/2004, de 25 de junio (JUR 2004, 258007).

<sup>34</sup> STSJ de Cataluña 4064 /2004, de 20 mayo (JUR 2004, 193122).

<sup>35</sup> STSJ de Extremadura 704/2003, de 21 de noviembre (JUR 2004, 57906).

<sup>36</sup> STSJ de Galicia de 7 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 71575).

<sup>37</sup> STSJ de Comunidad Valenciana 117/1999, de 23 de abril (AS 1999, 5809).

tes del supermercado para quedar con ella<sup>38</sup>; realizar fotografías por debajo de la falda de las compañeras y poner el móvil entre los muslos de una de ellas<sup>39</sup>.

## 1.2 DERIVADAS DEL EMPRESARIO O SUPERIORES A SUBORDINADOS

Entre ellos podrían señalarse<sup>40</sup>:

### a') *Físico*

Director que lleva a cabo, tocamientos ocasionales y comentarios verbales de naturaleza sexual no deseados por las destinatarias, sin que sea de recibo, a estos efectos, la manifestación del acosador de que no se denuncian los acosos por las trabajadoras en su momento<sup>41</sup>; subgerente que coge a una trabajadora sobre los hombros, volteándola posteriormente y además intenta de besar a la actora en el aparcamiento<sup>42</sup>; tocar el trasero, alusiones sexuales como que podía acostarse con él, seguir felizmente casada y que ello reforzaría la vida matrimonial, provocando roces físicos continuos<sup>43</sup>; la del supervisor que cuando bajaba de la oficina por un escalera que exige hacerlo de espaldas, la cogió por los glúteos, etc.<sup>44</sup>; abrazos no deseados que no queda enervado con el argumento empresarial de inexistencia de ofensa<sup>45</sup>; gerente que en su despacho le rozó y después intenta besarla<sup>46</sup>; encargado que se arrima la misma aludiendo de manera directa y cruda a sus pechos, tocándoselos y dándole un beso en la boca<sup>47</sup>; encargado de la tienda, se acercó a la caja en la que se encontraba la trabajadora, comenzó a frotarse, a agarrarla por la cintura y a tocarle el culo a la citada trabajadora<sup>48</sup>; copropietario de la empresa que coge a la trabajadora por la cintura y sin consentimiento de ella le desabrocha los pantalones tejanos y se los baja, acto seguido hace lo propio con las bragas y la agarra de las nalgas al tiempo que le dice «hoy tengo ganas de comerte», la

<sup>38</sup> STSJ de Cantabria núm. 218/2008, de 25 de marzo (AS 2008,1570).

<sup>39</sup> TSJ de Andalucía 531/2008, de 11 de febrero (AS 2009, 1210).

<sup>40</sup> A continuación, se recogen una selección de los hechos noticiados en las diversas resoluciones judiciales más destacadas o significativas acreditativos de la existencia de acoso sexual.

<sup>41</sup> STSJ de Madrid, 782/2002, de 26 de noviembre (AS 2003, 1344).

<sup>42</sup> STSJ de Cataluña 4393/2002, 11 de junio (AS 2002, 2417).

<sup>43</sup> STSJ de Galicia de 23 de enero de 2001 (AS 2001, 6).

<sup>44</sup> STSJ de Galicia de 28 de noviembre de 2000 (AS 2000, 3969).

<sup>45</sup> STSJ de Galicia de 28 enero 2000 (AS 2000, 65).

<sup>46</sup> TSJ de Cataluña 3814/2014, de 26 de mayo (AS 2014, 1955).

<sup>47</sup> TSJ de Andalucía, Sevilla 884/2013, de 14 de marzo (AS 2013,1418).

<sup>48</sup> TSJ de Castilla-La Mancha 314/2012, de 15 de marzo (AS 2012,1396).

trabajadora se lo quitó de encima y abandonó el lugar de trabajo dirigiéndose a su casa<sup>49</sup>.

b') *Verbal*

Dirigirse y manifestarle de forma constante y reiterada que la quiere, que quería abrazarla, acostarse con ella, que le gustaba su cuerpo; que si su marido no la dejaba embarazada lo hacia él, etc.<sup>50</sup>; realizar continuas insinuaciones y propuestas de carácter sexual, obteniendo respuesta de rechazo absoluto a tales proposiciones; cogerla y abrazarla siendo rechazado por la trabajadora<sup>51</sup>; pedir que se deje echar fotografías, para lo que primero le pidió que se quitara la chaqueta, luego que se sentara cruzando las piernas y finalmente que se colocara en la posición en que mejor se viera el escote, después de efectuar diversos comentarios sobre sus caderas y pechos<sup>52</sup>; presidente del consejo de administración que le dirige comentarios de índole sexual sobre la situación íntima de pareja<sup>53</sup>; director de centro que realiza continuos comentarios e insinuaciones verbales y físicas de contenido sexual a las trabajadoras<sup>54</sup>.

Encargado mañre camareras a las que somete a insinuaciones como si era casada o soltera, que si es madre soltera, invitándola insistentemente a salir con él, etc.<sup>55</sup>; superiores jerárquicos que requieren favores sexuales y en la reuniones eran continuos comentarios soeces, procaces y groseros, siempre de contenido sexual explícito, así como requerimientos expresos de mantenimiento de relaciones sexuales<sup>56</sup>; director de almacén que se dirige a la trabajadora en términos tales como «necesito una mujer como tú, así cañera, que mi mujer no me da sexo», manifestándole que quería acostarse con ella, a lo que ella se negó<sup>57</sup>; jefe de personal que se dirige a la trabajadora indicándole que estaba muy guapa, lo «sexy» que estaba si se pintaba los labios, que tenía unas piernas muy bonitas, que viniera en minifalda si tenía calor, que se desabrochara un botón de la camisa para que le viera los pechos, que se levantara del puesto de trabajo para verle las piernas o que acudiera al trabajo con menos

---

<sup>49</sup> STSJ de Asturias 1204/2008, de 23 de mayo (AS 2008, 2287).

<sup>50</sup> STSJ de Galicia de 15 septiembre de 2000 (AS 2000, 2798)

<sup>51</sup> STSJ de Galicia de 24 de enero de 2000 (AS 2000, 60).

<sup>52</sup> TSJ de Cataluña 502/2016, de 29 de enero (AS 2016, 605).

<sup>53</sup> TSJ de Cataluña 1474/2015, de 26 de febrero (AS 2015, 1130).

<sup>54</sup> TSJ de Madrid 1047/2014, de 22 de diciembre (AS 2015, 459); similar STSJ de Cataluña 773/2014, de 25 de noviembre (AS 2015, 230).

<sup>55</sup> TSJ de Islas Canarias 590/2011, de 30 de junio (AS 2011, 2670).

<sup>56</sup> STSJ de Cataluña 2390/2011, 1 de abril (AS 2011, 1604).

<sup>57</sup> STSJ de Cataluña 3501/2010, de 25 de febrero (AS 2010, 901).

ropa<sup>58</sup>; encargado de la empresa y superior jerárquico de las demandantes, que dirige, frases groseras de claro contenido sexual, así como sucesivos requerimientos para que mantuvieran relaciones sexuales con él<sup>59</sup>; delegado territorial de la empresa que comienza hacer comentarios como, sobre lo guapa que estaba, sobre la vida sexual que mantenía con su marido y llegar incluso a rozarle un pecho con la excusa de coger una cosa que estaba encima de la mesa del despacho de la actora<sup>60</sup>; jefe que somete a reiterados comentarios de contenido sexual: que culo tienes, mi mujer no me da de comer, cuando te acuestas con tu novio quien se queda satisfecho, etc.<sup>61</sup>; jefe de ventas que realiza insistentes llamadas telefónicas a las Sra. X con el aparente motivo de tratar de temas de trabajo y se dedica manifestarle sus sentimientos amorosos<sup>62</sup>.

### c') *Físicos y verbales*

En este caso se combinan los abusos verbales y físicos: Superior jerárquico que acosa a varias trabajadoras con insinuaciones no deseadas, acercamientos de carácter sexual tocamientos obscenos (del pecho y del culo), o con ocasión en que le salía la etiqueta de las bragas, fue por detrás y con la excusa de ponérsela le metió toda la mano para tocarle el culo<sup>63</sup>; director de sucursal bancaria que se dirige a la trabajadora con términos tales que «cariño»; «que guapa estás hoy» y parecidos; luego le solicitó que le diera un abrazo y un beso en la boca y al mismo tiempo la cogió por la cintura e intentaba estrecharla contra su cuerpo<sup>64</sup>; empresario que realiza tocamientos y le dirige palabras de menosprecio y contenido libidinoso<sup>65</sup>; director de hotel que de forma reiterada dirige frases a las trabajadoras en el lugar de trabajo como: estas muy rica, tienes los pechos caídos, cuando sale de trabajar iba a follar con su novio, tienes un culo bonito, ...; y realiza tocamientos de pecho, piernas y caderas, palmaditas en el culo o besar en el cuello, etc.<sup>66</sup>; jefe que inicia un comportamiento de acercamiento a la trabajadora preguntándole si está contenta y entonces le acaricia el pelo, y luego en ocasiones la coge de un brazo y la lleva a la trastienda rodeándola abraza e intenta besarla<sup>67</sup>; empresario que invita insis-

<sup>58</sup> STSJ de Cataluña 5445/2008, de 2 de julio (AS 2008, 2313).

<sup>59</sup> STSJ de Valencia 3003/2006, de 10 de octubre (AS 2007, 1033)

<sup>60</sup> STSJ de Islas Canarias 555/2007, de 13 de abril (AS 2007, 2295).

<sup>61</sup> SJS de Alicante 511/2011, de 20 de octubre (AS 2011, 2937).

<sup>62</sup> STSJ de Cataluña 6789/1999, de 6 de octubre (AS 1999, 4202).

<sup>63</sup> TSJ de Cataluña 359/2011, de 20 de enero (AS 2011/1008).

<sup>64</sup> STSJ de Extremadura 99/2008, de 21 de febrero (AS 2008, 1349).

<sup>65</sup> STSJ de Madrid 658/2007, de 18 de mayo (AS 2007, 2413)

<sup>66</sup> STSJ de Islas Canarias 1011/2005, de 29 de septiembre (AS 2005, 2670).

<sup>67</sup> STSJ de Andalucía 1560/2005, de 15 de junio (AS 2008, 2842).

tentamente a comer a la trabajadora, mirándola con deseo y en ocasiones tocándole la mano; comenta con otros empleados que si accede a sus deseos sexuales ni a ella ni a su madre le faltará de nada; un día estando en uno de los pisos en que trabajaba la trabajadora intenta despojarla de la ropa y le toca los pechos<sup>68</sup>; encargado cuya conducta con las trabajadoras se traduce en abrazos, besos, tocamientos ocasionales comentarios no deseados<sup>69</sup>; empresario que al mes de iniciar la prestación de servicios la trabajadora le cogía de la cintura, tocándole los glúteos y abrazándola contra él, etc.<sup>70</sup>; gerente que mira de forma continua y obsesiva a la trabajadora dirigiendo su mirada a pechos y culo y que procura arrimarse a la trabajadora frotándose físicamente llegando a tocarle el culo con la mano<sup>71</sup>; socio y administrador hizo comentarios de como «sois la cola de la villavesa» y «sois la delantera de la cafetería» y otras expresiones de esa guisa, sugerentes y libidinosas. En algunas ocasiones, también, y en la barra del establecimiento toca con sus manos el cuerpo de la actora y en otras lo ha rozado aproximando el suyo<sup>72</sup>; gerente que de forma continua y permanente sobre las trabajadoras les dirige frases y expresiones como «te haría un hijo ahora mismo» «vaya tetas que tienes» o «debes tener frío porque llevas los pezones en punta» o numeritos como en la fiesta anual que organizaba la empresa para conmemorar las fiestas navideñas., era «costumbre» que totalmente desnudo y perseguir por las oficina al personal femenino, etc.<sup>73</sup>; encargado que a varias trabajadoras y en reiteradas ocasiones intimida, acorrala contra la pared y les hace tocamientos por todo el cuerpo de manera lasciva y humillante<sup>74</sup>; subordinada suya, a la que somete en intentos continuos de acercarse a ella, intentando tocamientos físicos, entrando en el vestuario de mujeres cuando estaba sola, intentando besarla en una ocasión sin conseguirlo, pidiéndole insistentemente que fuera a comer con él y en alguna ocasión que dejara a su marido, etc.<sup>75</sup>.

e') *Acoso sexual de intercambio o de chantaje*

Este se produce cuando el sujeto activo de la conducta de acoso sexual condiciona una decisión negativa o positiva en el terreno de la relación laboral a la respuesta de la víctima de acoso sexual. La propuesta de chantaje puede ser

---

<sup>68</sup> STSJ de Andalucía 1581/2005, de 15 de junio (AS 2008, 2976).

<sup>69</sup> STSJ de Madrid 256/2006, de 7 de marzo (AS 2006, 1317).

<sup>70</sup> STSJ de Castilla-La Mancha 990/2003, de 16 de mayo (AS 2003, 3422)

<sup>71</sup> STSJ de Madrid 517/2007, de 13 de junio (JUR 2007, 252673).

<sup>72</sup> STSJ de Navarra 42/1999, de 5 de febrero (AS 1999, 515).

<sup>73</sup> STSJ de Cataluña 4517/1998, de 30 de junio (AS 1998, 3177).

<sup>74</sup> SJS de Palma de Mallorca de 9 de octubre de 2005 (AS 2015, 2395).

<sup>75</sup> STSJ de Cataluña 8116/2009, de 9 de noviembre (JUR 2010, 51225).

explícita o implícita. Es explícita cuando existe una solicitud de carácter sexual directa o expresa. Por contra es implícita en aquellos casos en los que, si bien la víctima no ha recibido directamente el requerimiento sexual, otros trabajadores de su mismo sexo y en idénticas circunstancias ven afectadas sus condiciones de trabajo en función de la aceptación de la solicitud sexual, por lo que cabría deducir la posibilidad de mejora o perjuicio en las condiciones laborales en función de la respuesta de la víctima. Situaciones de este tipo son: la del encargado que desde el inicio de la relación laboral le dirige frases «Estás muy buena», «tú deberías acostarte conmigo», «he comprado un colchón nuevo y deberíamos probarlo», «necesito satisfacer mis necesidades sexuales», etc., pasando a tocamientos en diversas partes del cuerpo: introducir la mano por los huecos de los botones de la blusa para tocar el pecho, y por debajo de la falda; cogerla a la fuerza y sentarla encima de él; mirar por debajo de la falda cuando ella se subía a un taburete y alargaba el brazo para cerrar el pestillo que había en la parte superior de la puerta; y que al negarse la demandante a tales requerimientos sexuales, le ha dado un trato despectivo a su persona y con respecto al trabajo que desempeñaba, delante de sus compañeras, causando graves perjuicios psíquicos en la actora con crisis de ansiedad, renunciando voluntariamente al trabajo e irse a vivir con sus padres a Córdoba <sup>76</sup>; como la trabajadora continuaba negándose a salir con él, comenzó en el desarrollo diario del trabajo a darle continuas y solapadas órdenes de limpieza ya que antes de que tuviera tiempo de finalizar una le mandaba la siguiente, siguiéndole de cerca por la cafetería para vigilar y controlar como lo hacía, le ensuciaba las áreas recién limpiadas y los cuartos de baño, tanto el de hombre como el de mujeres al que también entraba, adoptando la práctica de orinarse fuera del inodoro y mancharlo para que lo tuviera que limpiar nuevamente, etc.». <sup>77</sup>.

#### d') *Otros*

Otras situaciones también a considerar como de acoso es la del socio y directivo que instala y hace uso prolongado de mecanismos para observar y grabar a las trabajadoras en el baño o en su puesto de trabajo, siempre de forma que le permitiera ver y obtener imágenes de zonas corporales y actos relacionados con su sexo o con aspectos reservados de la persona <sup>78</sup>; o entrar en la oficina, donde se encontraba la trabajadora y sacarse el pene y hacer movi-

<sup>76</sup> STSJ de Andalucía 2222/2003, de 4 de diciembre (AS 2004, 947).

<sup>77</sup> STS de 15 diciembre de 2008 (RJ 2009, 1612).

<sup>78</sup> STSJ de Asturias de 3 de febrero de 2004 (AS 2004, 1684).

mientos con el <sup>79</sup>; la conducta del maître que efectuar tocamientos en las nalgas a las alumnas de la escuela de restauración <sup>80</sup>.

### 1.3 ACOSO SEXUAL A TERCEROS O POR TERCEROS

Dentro de esta figura del acoso sexual también quedan comprendidas conductas de terceros en contra de los trabajadores o viceversa. Y así se considera que hay acoso en la agresión sufrida por la trabajadora causada por un envió numerosas notas manuscritas a la actora en la que mostraba sus sentimientos de amor hacia ella y su interés e intención de mantener una relación sentimental, ante lo cual la actora se sintió acosada por el mismo <sup>81</sup>; o la del trabajador que muestra sus genitales a las alumnas mientras les sonríe y en otra ocasión masturbándose delante de ella <sup>82</sup>; la conducta del médico que en controles médicos rutinarios pide a las pacientes que se quiten la camiseta, pantalón para la exploración dejando las cortinas persistiendo el actor en su conducta después de haber sido requerido e informado por los cargos de la empresa de «la forma de explorar a las mujeres para preservar su intimidad <sup>83</sup>.

## 2. Inexistencia

Para que exista un acoso sexual ambientalmente constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. Si bien debe de tenerse en cuenta que la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no solo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean

---

<sup>79</sup> STSJ de Cataluña 8494/2000, 20 de octubre (AS 2001, 10882).

<sup>80</sup> STSJ de Cataluña 309/2000, de 14 de enero (AS 2000, 1592).

<sup>81</sup> STSJ de Murcia 262/2016, de 18 de abril (JUR 2016, 109020)

<sup>82</sup> STSJ de Castilla y León 711/2015, de 16 de octubre (JUR 2015, 252285).

<sup>83</sup> STSJ de Andalucía 3036/2009, de 15 de septiembre (JUR 2009, 453856); En ámbito del sector público y agresiones sexuales a pacientes véase STSJ de Madrid –cont. advo.– 1623/2009, de 24 de julio (JUR 2010, 30961).

fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas, y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas<sup>84</sup>.

De aquí que deba de tenerse en cuenta que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo. El tipo básico, por otro lado, no exige la existencia de relación de superioridad, pudiéndose dar entre iguales o en relación inversa de inferioridad<sup>85</sup>.

Por ello no se considera que hay acoso cuando lo que hubo fue un intento de seducción por parte del actor a una trabajadora, lo que no es sino una manifestación natural dentro de las relaciones humanas que, también lógicamente puede producirse en el seno de las empresas en el que conviven, durante más tiempo que en otros lugares, personas que pueden sentirse atraídas, siendo o no correspondidas por otras, siempre, obviamente, que no se exceda del uso comúnmente aceptado y que se respete la libertad del otro, no utilizando una situación preponderante para forzarle o coaccionarle a mantener una relación no deseada o se le intimide o asedie de forma desmedida<sup>86</sup>; o el trato cariñoso y expresiones y propuesta no libidinosas de superior jerárquico, que únicamente revela un sentimiento de cariño o amor y/o un deseo de entablar una relación amistosa o afectiva, cuando los términos en que están redactadas demuestran un total respeto a la destinataria, sin expresiones ni atisbo alguno de índole sexual, ni de prepotencia en el campo laboral, con amenaza más o menos velada, de un perjuicio en este ámbito para el supuesto de rechazo o de no compartir idénticos sentimientos su receptora<sup>87</sup>; o cuando se trata de correos que se remitían recíprocamente recurrente y que además no se hacían desde el lugar de trabajo, sino desde el domicilio al domicilio particular, al correo electrónico previamente convenido; teniendo en cuenta que fue ella la que inició los envíos y en ningún momento anterior a su despido manifestó la recurrente oposición, malestar, queja, repulsa durante el tiempo que dice sufrió acoso sexual<sup>88</sup>; o la conducta del trabajador que tras cumplir la jornada laboral y quedar a cenar con una compañera y le ofrece proposición sexual que tiene lugar entre adultos, en su tiempo libre, sin que condicionen la misma, expresa o tácitamente, favores o desfavores profesionales, en modo alguno puede ser calificada como acoso sexual; será a lo más, una «proposición indecente» laboralmente irrelevante; ni tampoco un comentario admirativo y general sobre

---

<sup>84</sup> STSJ de Madrid 857/2002, 17 de diciembre (AS 2003, 1507).

<sup>85</sup> STSJ de Andalucía 341/2004, de 29 de enero (AS 2005, 462).

<sup>86</sup> TSJ de Madrid 1181/2004 de 28 de diciembre (AS 2004/3732).

<sup>87</sup> STSJ de Madrid 857 /2002, de 17 de diciembre (AS 2003, 1507).

<sup>88</sup> STSJ de Madrid 548/2002, de 19 de junio (AS 2002, 2245).

la esbeltez de la juventud o el propósito de rememorar la velada anterior, en la que la trabajadora manifestó su gusto por la Colonia Loewe y tras un comentario anatómico simular lejos de sentirse ofendida, cenó con el actor, paseó con él y se despidió del mismo sin signo alguno de alteración; en definitiva con mayor o menor gusto el actor se ha limitado a efectuar una técnica halagadora como piropo prolegómeno<sup>89</sup>; o se considera cuando lo que el trabajador hace es comentar que había un rumor de que estaba embarazada de él; y por qué el resto de comentarios que hacía el codemandado, aunque eran de pésimo gusto y en todo caso de absoluta improcedencia, de todas formas fueron hechos con el simple ánimo de bromear –zafiamente, añadiríamos– y como dotados de tal intención eran recibidos, a lo que parece, por la generalidad del personal; a excepción de la actora, comprensiblemente<sup>90</sup>; por otro lado la remisión del correo con contenidos pornográficos encontrándose el actor de baja por IT y por tanto sin obligación de prestar servicios a la demandada y empleando medios que no le supusieron coste adicional alguno, no son constitutivos de acoso<sup>91</sup>; no se aprecia acoso laboral por tratarse de conductas derivadas de roces y conflictividad laboral, y los mensajes son todo menos acosadores, la relación de amistad o de algo más, de existir es admitida y no hay en ningún momento rechazo ni explícito, ni implícito porque los mensajes son contestación a los que ella envía y que desconocemos su contenido, lo que sí podría revelar el rechazo<sup>92</sup>; si bien la actuación del encargado es inapropiada por las formas utilizadas, en cuanto vejación pública, llegando a utilizar expresiones como «la niña rubia», «tía buenísima» y otras similares, pero esas actuaciones, sin ninguna connotación de carácter sexual, resultan insuficientes para considerar la existencia del acoso que se denuncia<sup>93</sup>; el interés que pudiera tener supuesto acosador en profundizar la relación de amistad entablada con la demandante y quizás su deseo de convertirla en otro tipo de relación más íntimo no es suficiente para apreciar la existencia de acoso sexual cuando no existe ningún acto revelador de dicho interés que posea un claro contenido sexual o libidinoso y que se pueda tachar de ofensivo al atentar contra la dignidad de la trabajadora accionante,<sup>94</sup> no es conducta suficientemente grave la consistente en coger a la trabajadora del brazo, decirle que la quería y que estaba muy guapa<sup>95</sup>; solo consta que jefe y empleada trabajaban por motivos de trabajo viajaban juntos,

---

<sup>89</sup> STSJ de Madrid 199/2000, de 4 de abril (AS 2000, 2215).

<sup>90</sup> STS de Galicia de 27 de enero de 2005 (AS 2005, 268).

<sup>91</sup> SJS 60/2003, de 11 de febrero (AS 2003, 707).

<sup>92</sup> STSJ de Galicia 5815/2011, de 21 de diciembre (AS 2012, 75).

<sup>93</sup> STSJ de Madrid 476/2009, de 8 de julio (AS 2009, 2331).

<sup>94</sup> STSJ de Valencia 1812/2006, de 24 de mayo (AS 2006, 3134).

<sup>95</sup> STSJ de Islas Canarias 38/2006, de 18 de enero (AS 2006, 543).

que a veces pernotaban y fuera del domicilio y con objeto de ahorrar costes – idea que partió de la supuesta ofendida- dormían en la misma habitación, hechos que eran conocidos por el novio de la trabajadora, sin que pusiera reparo alguno, manteniéndose la relación de amistad entre los tres<sup>96</sup>; no cabe considerar como tales la conducta del Director del Hotel que se concreta en invitar a las trabajadoras a pasar junto con él a una dependencia separada de la recepción por un panel de cristal (en la que hay una televisión, un sofá y mobiliario diverso), para charlar o ver la televisión y, en ocasiones, para enseñarles joyas o contarles vivencias que había experimentado en sus viajes al extranjero, tratando de tener intimidad y confianza con ellas, llegando incluso a cogerles la mano y a adularlas o piroppearlas buscando un acercamiento físico, molestándose si no le era permitida<sup>97</sup>; –no lo es cuando estamos ante una relación consentida por las dos personas adultas implicadas en ella, en la que la mujer, a pesar de haber manifestado al demandante que tenía novio, acepta el profuso trato con su compañero que ha tenido lugar, siendo ella quien toma la iniciativa en casi el doble de ocasiones, al menos, telefónicamente<sup>98</sup>; no lo es realizar un regalo de cumpleaños de contenido sexual sino consta acreditado que su finalidad fuera obtener un favor o acercamiento sexual ni perjudicar laboral o profesionalmente al obsequiado, ni crear un ambiente intimidatorio, degradante u ofensivo<sup>99</sup>; no tiene la suficiente gravedad la conducta de compañera que toca el culo a otro compañero aunque fuera condenada por una falta de vejaciones<sup>100</sup>; utilizar expresiones en los mensajes telefónicos como «*muy sexy y atractiva*», «*musa de la belleza*», «*pensaré en ti*» o (eres) «*importante para mí*» no puede calificarse como objetivamente grosero o zafio para situarnos en el terreno del acoso verbal o sexual con los efectos de crear un ambiente intimidatorio, ofensivo o humillante para la mujer, con vulneración de su derecho a la dignidad<sup>101</sup>; no lo son las desavenencias o conflictos laborales<sup>102</sup> o retributivos que ni siquiera han sido provocados por la empleadora<sup>103</sup>; la llamada telefónica a la compañera indicándole que estaba enamorado de ella y que quería iniciar una relación no permite afirmar que esa manifestación creó un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo para esa mujer<sup>104</sup>; tampoco se entiende

---

<sup>96</sup> STSJ de Madrid 804/2005, de 2 de noviembre (AS 2005, 3353).

<sup>97</sup> STSJ de Islas Canarias 147/2005, de 2 de marzo (AS 2005, 871).

<sup>98</sup> STSJ de Madrid 26/2005, de 25 de enero (AS 2005, 24).

<sup>99</sup> SJS de Vitoria 29/2012, de 26 de enero (AS 2012, 1805).

<sup>100</sup> STSJ de Castilla-La Mancha 68/3017, de 19 de enero (AS 2017, 3950).

<sup>101</sup> STSJ de Andalucía 2039/2016, de 21 de diciembre (AS 2016, 1885).

<sup>102</sup> STSJ de Galicia 2164/2008, de 6 de junio (AS 2008, 1995).

<sup>103</sup> STSJ de Castilla La Mancha 1414/2011, de 20 de diciembre (AS 2012, 374)

<sup>104</sup> STSJ de Andalucía 617/2009, de 2 de abril (JR 2013, 242473).

acreditada la situación de acoso por la propia reacción de la supuesta ofendida ya que si efectivamente se consideraba intimidada, vejada y sexualmente perseguida por el Gerente del «Hospital X», no se comprende por qué no informó oportunamente del acoso padecido a los órganos encargados de la dirección y representación de la entidad mercantil frente a la que deduce petición de condena solidaria, demorando la puesta en conocimiento de tales gravísimos hechos hasta una fecha posterior a la de su despido disciplinario en el que, por otra parte, no se advirtió por el Juez calificador del cese conexión alguna con el supuesto acoso sexual denunciado por la trabajadora<sup>105</sup>.

#### IV. PRUEBA

##### 1. Inversión de la carga de la prueba

Para que se produzca la inversión de la carga de la prueba y trasladarla al supuesto acosador, no es suficiente que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, es necesario un mínimo principio probatorio o indicios que vayan más allá que la simple alegación de parte y que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de tal afirmación, es decir un principio de prueba verosímil y si no se aportan indicios de la supuesta situación de acoso no puede invertirse la carga de la prueba<sup>106</sup>.

##### 2. Medios de prueba

Son medios válidos de prueba:

###### 2.1 DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

Las declaraciones de la víctima o perjudicado son hábiles cuando deba aplicarse en un proceso laboral por acoso sexual teniendo en cuenta que en

---

<sup>105</sup> STSJ de Murcia 460/1998, de 6 de abril (AS 1998, 2255).

<sup>106</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana 3038/2000 (AS 2001, 500), STSJ de Cataluña 4796/2000, 31 de mayo (AS 2000, 1937); STSJ de Andalucía 2260/2010, de 19 de julio (JUR 2010, 345041); STSJ de Andalucía 550/2006, de 15 de febrero (JUR 2006, 243711); STSJ de Cataluña 7394/2002, de 18 de noviembre (JUR 2003, 19231); STSJ Castilla-La Mancha 537/2002, de 25 de marzo (JUR 2002, 169092); STSJ de Cataluña 3901/2001, de 8 de mayo (JUR 2001, 197649); véase también STC 136/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 136).

muchas ocasiones los hechos suelen ser practicados de forma oculta cuando nadie está presente<sup>107</sup>. Si bien, cuando sea la única prueba se exigirá una cuidada y prudente ponderación de su credibilidad para dotarlas de plena fiabilidad como prueba de cargo, a saber<sup>108</sup>: 1) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusado-víctima, anteriores a los hechos de autos, que pudiera conducir a la deducción de la concurrencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privara al testimonio de la aptitud para generar el estado subjetivo de certidumbre en que la convicción jurídica estriba<sup>109</sup>; 2) Verosimilitud de las imputaciones vertidas; 3) Corroboraciones periféricas de carácter objetivo de tales imputaciones<sup>110</sup>; y 4) Persistencia de la incriminación, que, si es prolongada en el tiempo, deberá carecer de ambigüedades y contradicciones<sup>111</sup>.

## 2.2 USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS DE GRABACIÓN AUDIO-VÍDEO

Son admisibles y no constituyen vulneración alguna de los derechos fundamentales de supuesto sino una actuación legítima en defensa de sus intereses, siendo además un medio adecuado y razonable para poder hacer valer sus derechos ante la Justicia<sup>112</sup>.

## 2.3 INDICIOS

Los indicios nacen de hechos o actitudes del acusado que permiten suponer su tendencia sexual o libidinosa y no son el hecho de haber comido con el presidente de la entidad y haberse intercambiado los teléfonos; ni la declara-

<sup>107</sup> STS de 19 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2504) y SSTS 16 (RJ 1991, 118) y 17 de enero de 1991 (RJ 1991, 141), 29 de abril de 1997 (RJ 1997, 3380), 1350/1998 de 11 de noviembre, 991/1999 de 19 de junio, 159/2000, de 28 de junio, 29 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8265), 23 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8789) y 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7046) y doctrina del TC [SSTC 201/1989 (RTC 1989, 201), 173/1990 (RTC 1990, 173), 229/1991 (RTC 1991, 229), entre otras], STSJ de Madrid 314/2004, de septiembre (AS 2004, 2714).

<sup>108</sup> Se han señalado también por la Sala 2.ª del TS en SS. de 5 de abril (RJ 1992, 2739) y 5 de junio de 1992 (RJ 1992, 4857) y de 26 de mayo de 1993 (RJ 1993, 4321), 15 de abril y 23 de octubre de 1996, y la 991/1999 de 19 de junio (RJ 1999, 5972), 159/2000 de 28 de junio, 29 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 8265), 23 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8789) y 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 7046); STSJ de Islas Canarias 459/2001, de 31 de mayo (AS 2001, 4569).

<sup>109</sup> STS de 24 de 6 junio de 2000 (RJ 2000, 5792).

<sup>110</sup> STSJ de Madrid 320/2016, de 8 de abril (AS 2016, 855).

<sup>111</sup> STSJ de Andalucía 341/2004, de 29 de enero (AS 2005, 462).

<sup>112</sup> STSJ de Madrid 320/2016, de 8 de abril (AS 2016, 855).

ción de dos letrados que habían asistido a la trabajadora en el proceso de separación que tuvo, ya que son testigo referenciales y sin conocimientos médicos<sup>113</sup>; la Juez *a quo* en su pormenorizada y bien elaborada sentencia estudia todos y cada uno de los datos esgrimidos ahora por la recurrente, llegando a la razonable conclusión de que no ha quedado acreditada una inicial conducta libidinosa, de claro contenido sexual ofensivo o intimidatorio; a lo más, excesos verbales en sus manifestaciones elogiosas de adulación y cariño o la simple manifestación del deseo de una relación afectiva<sup>114</sup>; la existencia de probabilidades de que en el trabajo de azafata de congresos y ferias se produzcan proposiciones sexuales por parte de clientes, pues ello conlleva a una suerte de presunción incompatible con las reglas más elementales del proceso y con la seguridad jurídica<sup>115</sup>; no cabe sin más deducirlo de que hubiera roces cuando pasaba junto a su jefe en la barra ya que de la testifical asumida por el juez *a quo* que el local es de escasa dimensiones por lo que es difícil que dos personas no se toquen cuando una pasa junto a la otra y ninguno de los testigos ha observado que el demandado comportamientos impropios con la actora<sup>116</sup>.

### 3. Presunción de inocencia

La jurisdicción penal y la laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones la misma conducta, no siendo aplicable al proceso laboral el principio de «presunción de inocencia», lo que permite la existencia de supuestos en que el sobreseimiento de la causa penal, en aplicación de tal principio no suponga la declaración de improcedencia del despido, cuando está, por ejemplo, en juego la veracidad de la declaración de denunciante o denunciado, ello no implica, que versando el proceso laboral sobre la extinción de un contrato de trabajo sin derecho a indemnización. Solo una sentencia penal firme que declare la inexistencia de los hechos o la no autoría por el denunciado, sería de tener en cuenta<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> STSJ de Extremadura 47/2002, de 29 de enero (AS 2002, 944).

<sup>114</sup> STSJ de Madrid 194/2001, de 13 de marzo (AS 2001, 1767).

<sup>115</sup> STSJ de la C. Valenciana 1042/2001, de 22 de febrero (AS 2001, 3337).

<sup>116</sup> STSJ de la C. Valenciana 930/2000, de 9 de marzo (AS 200, 3128).

<sup>117</sup> STSJ de Cantabria 1110/2001, de 17 de septiembre (AS 2001, 4065); STC 18 de marzo de 1992 (RTC 1992, 33); STSJ de Valencia 3003/2006, de 10 de octubre (AS 2007, 1033); STSJ de Cataluña 2983/1999, de 21 de abril (AS 1999, 1042); STSJ de Andalucía 1998, 7758).

Véase también la STEDH de 23 enero de 2018 caso Güç contra Turkey (JUR 2018/29299), sobre una sanción disciplinaria de inhabilitación a funcionario absuelto de cargos penales por acoso.

## V. CUESTIONES COLATERALES

### 1. Contingencia determinante de la baja por incapacidad temporal derivada de acoso

#### 1.1 SÍNDROME DEPRESIVO ANSIOSO ANTE EL ACOSO DEL SEXUAL DEL JEFE

Cuando queda acreditado que a la actora como consecuencia de aquel acoso se le desencadenó un síndrome ansioso depresivo reactivo a problemas laborales, por el que causó baja laboral el 18 de julio de 1995, lo que supone que sea es constitutiva de accidente de trabajo, al existir un nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico que padece<sup>118</sup>.

#### 1.2 INCIDENCIA DE PATOLOGÍAS PREVIAS ANTECEDENTES DE PATOLOGÍAS PSÍQUICAS

Su incidencia es similar a la que se aplica en supuestos de accidentes de trabajo por enfermedades preexistentes por ellos si acreditado el acoso la existencia de patologías previas (depresión postparto, diagnóstico de trastorno de personalidad) no excluye que la situación de baja sea considerada imputable a ello tal y como ya recoge el art. 115.1.f) LGSS, siempre que se objetive la existencia del acoso y sus efectos separado o separables de las previas dolencias sobre las que incide<sup>119</sup>.

### 2. Garantías de indemnidad

La garantía de indemnidad acogida por nuestro Tribunal Constitucional afirma que «El derecho de tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, en virtud de la cual del ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. Así en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela

---

<sup>118</sup> STSJ de Galicia de 24 de enero de 2000 (AS 2000, 60).

<sup>119</sup> STSJ de Madrid 234/2009, de 7 de mayo (AS 2009, 1679).

de los Jueces y Tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos<sup>120</sup>. De aquí que se produce una vulneración de tal garantía si la trabajadora ha acreditado la existencia de indicios racionales fácticos sobre la vulneración del derecho a la garantía de indemnidad alegado, como son las circunstancias plenamente acreditadas de la denuncia efectuada ante la Comisaría de Policía y el despido acordado por la empresa el día inmediatamente después, mediante una carta en la que no se le imputaba ningún hecho, motivo o causa para despedir y en la que la empresa reconocía expresamente la improcedencia del despido<sup>121</sup>; y en sentido contrario no cabe su invocación cuando, no se alegue dato o indicio alguno del que pueda deducirse tal improcedente actuar de la empresa<sup>122</sup>.

## VI. OBLIGACIONES DE LA EMPRESA

Al empresario le incumben unos deberes a tenor del art. 4.2.e) ET relativo a una protección frente a las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual, lo que implica que deba adoptar medidas de prevención del acoso sexual y, en cuanto se compruebe un acoso sexual, medidas de sanción, lo que, conviene precisar, no obliga a la empresa a sancionar con la sola denuncia de acoso sexual, sino a adoptar, ante una denuncia, las medidas de investigación y de protección de la víctima razonablemente exigibles, y, atendiendo a la investigación realizada, la imposición, si se entiende procedente, de las sanciones disciplinarias adecuadas<sup>123</sup>.

Ahora bien ninguna responsabilidad patronal cabe fijar si no hay antecedente alguno de enfrentamientos, tensión o siquiera sospechas, que pudieran haber puesto a la empresa en guardia sobre la posibilidad de incidentes entre estos dos trabajadores y, por otra parte, y si la empresa reaccionó de forma inmediata mediante una comunicación en la que no solo recriminaba al code mandado su conducta, sino que adoptó dos medidas para evitar que se repitiesen, medidas concretas, no genéricas, de naturaleza preventiva, pero eficaces: prohibir que el codemandado coordinara a la trabajadora y prohibir que coincidieran en turnos. La exigencia de responsabilidad patronal en este caso ya

---

<sup>120</sup> SSTC 14/1993 (RTC 1993,14); 140/1999 (RTC 199, 140) y 5/2003 (RTC 2003, 5).

<sup>121</sup> STSJ de Andalucía 883/2007, de 19 de abril (AS 2007, 3405).

<sup>122</sup> STSJ de Madrid 26/2005, de 25 de enero (AS 2005, 24).

<sup>123</sup> Ver STJCE de 13 de diciembre 1989 (TJCE 1989, 80), también STC 224/1999, de 13 de diciembre y STS de 15 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1612); siendo la más habitual el despido del agresor ver en este sentido STSJ Navarra 133/2018, de 10 de mayo (JUR 2018/136314); STSJ de Galicia 19 de marzo de 2018 (JUR 2018/136214); y STS Castilla La Mancha 1489/2017, de 23 de noviembre (JUR 2018/12473).

entraría, entonces, en el difícil campo de la objetivación de la responsabilidad, la cual quiebra el principio de la responsabilidad por culpa, y esta objetivación está reservada para supuestos concretos previstos en las Leyes (como por ejemplo para el supuesto de accidente de trabajo) <sup>124</sup>.

## 1. Responsabilidades empresariales

Las responsabilidades empresariales derivan de lo recogido en el artículo 48 de la LO 3/2007, «*las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo*». La imperatividad de la norma, al hablar de «deberán promover», supone claramente una obligación de la empresa de adoptar medidas preventivas. Por ello y teniendo en cuenta el cabal conocimiento de la empresa de la situación existente entre la trabajadora y sus compañeros de trabajo es el elemento que pone en conexión la extinción contractual con el factor protegido, en el caso de estos autos la dignidad de la trabajadora a través de la vulneración del principio de igualdad y del derecho a la intimidad <sup>125</sup>.

Si la empleadora no ha establecido canales de comunicación entre sus trabajadores y la titularidad de la empresa que, de manera confidencial y con un tratamiento serio, permitieran evitar situaciones de acoso sexual entre las personas sujetas al ámbito de organización de la actividad laboral debe de pechar con la responsabilidad de los actos constitutivos de acoso <sup>126</sup>.

Debe de tenerse en cuenta que a efectos probatorios «el empresario debe ser capaz de documentar los pasos que ha adoptado para prevenir y corregir rápidamente la conducta de acoso sexual, esto es: 1.º) la existencia y difusión de una política de acoso sexual y de un procedimiento de queja; 2.º) el desarrollo entre los trabajadores de una política formativa y existencias de instrucciones sobre la materia; 3.º) las investigaciones a cabo desde la notificación de la conducta; y 4.º) las medidas de reacción tomadas al respecto. Debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico contempla especialmente en el

<sup>124</sup> STSJ 695/2013, de 4 de noviembre (JUR 2014, 117313).

<sup>125</sup> STSJ de Galicia 2188/2014, de 21 de abril (JUR 2014, 208356); STSJ de Cataluña 5376/2012, 17 de julio (JUR 2012, 297124); véase también STC 250/2007, de 17 de diciembre (RTC 2007, 250). En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador véase TSJ Madrid –cont. advo.– 11/2001, de 20 de enero (RJCA 2001, 876); STSJ de Cataluña –cont. advo.– 235/2007, de 26 marzo (JUR 2007, 290604).

<sup>126</sup> STSJ de Galicia de 29 abril de 2005 (AS 2005, 1511); SSTSJ de Galicia de 16 de marzo de 2018 (AS2018/1107) y 9 de noviembre de 2017 (JUR 2017/310424).

artículo 1903 del CC, un régimen de responsabilidad vicaria del empresario al proclamar en su número tercero «que los dueños o directores de un establecimiento o empresa son responsables respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones, salvo que lograr probar haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»<sup>127</sup>.

Así las cosas, cabría concluir que en los supuestos de acoso sexual el empresario resultará: a) «cuasi objetivamente» responsable *ex* artículo 96.14 ET por la existencia de acoso en su ámbito funcional de organización y dirección con las matizaciones en los casos de que se desarrolle fuera de los parámetros temporal y locacional ordinarios y de que adopto todas las medidas objetivas y razonablemente posibles de forma previa, coetánea o posterior al hecho infractor para prevenir en su caso reparar el acoso; y b) directa o indirectamente responsable civil, a menos que pueda demostrar en base a tales indicios, que no incurrió en culpa alguna o que su conducta culposa no fue causa del daño infligido a la víctima<sup>128</sup>.

De aquí que la imposición a las trabajadoras de una convivencia, día tras día de trabajo, con la persona que a pesar de haber cometido atentados tan graves contra la intimidad y dignidad de ellas es mantenido en sus atribuciones directivas y en sus símbolos de poder –verbigracia, el despacho que ocupaba y desde el cual observada a las trabajadoras entrar en el aseo– constituye un acto inaudito y de intolerable afrenta a la demandante y a las demás empleadas, en cuya producción participan directamente como responsables tanto el director como los demás órganos societarios y de gobierno de la empresa<sup>129</sup>. Por ello cabe considerar que no hubo adopción de medidas si cuando la empresa tuvo conocimiento de los hechos no los investigó y la medida que propuso de traslado de la misma al centro de trabajo de Marbella resultaban más perjudiciales para la víctima que para el acosador, siendo especialmente revelador que no consta que la empresa haya adoptado medida disciplinaria alguna contra el trabajador autor de los hechos a pesar de la indudable gravedad de los mismos<sup>130</sup>. Ni tampoco cuando la trabajadora pone en conocimiento de la empresa el acoso mediante notas manuscritas y declaraciones de mantener una relación sentimental y esta se limita a indicarle que formule una denuncia sin

---

<sup>127</sup> STS de 13 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7170); SSTSJ de Galicia de 17 de febrero de 1995 (AS 1995, 597), de Canarias de 7 de enero de 1998 (AS 1998, 5126).

<sup>128</sup> STSJ de Cataluña 4393/2002, de 11 de junio (AS 2002, 2417); SJS Vigo 248/2001, de 24 de mayo (AS 2001, 1233); STSJ de Madrid 751/2005, de 31 de octubre (AS 2006, 725).

<sup>129</sup> STSJ de Asturias 1204/2008, de 23 de mayo (AS 2008, 2287).

<sup>130</sup> STSJ de Andalucía 222/2003, de 4 diciembre (AS 2004, 947).

poner en marcha protocolo alguno de actuación<sup>131</sup>, o bien cuando aún sido conocidas lejos de adoptar las oportunas medidas para poner fin a la reprochable conducta de su encargado, las toleró<sup>132</sup>.

## 2. Incidencia de la inacción empresarial en las prestaciones de la Seguridad Social

La falta de un protocolo de actuación<sup>133</sup> supondrá que los trabajadores no estén formados específicamente pero ello es irrelevante en la medida en que existe una norma elemental de convivencia cuya infracción constituye delito penal notoriamente conocido por todos, de modo que no puede entenderse que esta falta de advertencia específica produjera por relación de causalidad en una materia de conocimiento común la consecuencia dañosa en la trabajadora. Y por ello y ante un caso de acoso puntual no cabe entender que se den las condiciones para aplicar el artículo 123 de la LGSS para la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad, ya que la lesión no se produjo por causa de esta inexistencia, sino por causa de una actuación penal de un compañero de trabajo en actuación notoriamente conocida como delictiva por todos, y en que por tanto una eventual la advertencia previa por parte de la empresa no añadía elemento especial alguno<sup>134</sup>.

## VII. LA REPARACIÓN DEL DAÑO CONSECUENCIA DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS

### 1. La indemnización y su complejidad

La indemnización es consecuencia de vulneración de derechos fundamentales y de la necesidad de plena reparación judicial del contenido esencial de dichos derechos fundamentales, y, en este sentido, el artículo 55, apartado 1.d de la LOTC establece, como un contenido de la sentencia de amparo constitucional, el «restablecimiento del recurrente en la integridad de su dere-

<sup>131</sup> STSJ de Murcia 262/2016, de 18 de abril (JUR 2016, 109020).

<sup>132</sup> STSJ de Islas Canarias 741/1998, de 29 de septiembre (1998, 4284).

<sup>133</sup> SJS de Madrid 60/2003, 11 de febrero (AS 2003, 707).

<sup>134</sup> STSJ de Cataluña 1473/2014, de 25 de febrero (AS 2014/815). En el ámbito de la prestación de servicios en la Administración Pública y la posible incidencia de situación de acoso que provocó una jubilación por incapacidad véase STSJ de Cataluña –cont. adv.– 446/2008, de 4 de junio (JUR 2008, 274252).

cho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación» –letra c–. Su cuantificación deberá satisfacer, conjuntamente con las demás posibles condenas en cada caso litigioso, el criterio de la plena reparación del derecho fundamental vulnerado<sup>135</sup>. Ante la falta de norma legal expresa que valore con criterios económicos el daño o establezca límites, la única regla aplicable es que esa indemnización debe ser adecuada, proporcionada y suficiente para conseguir la compensación plena. Al litigante que afirma la existencia del daño le corresponde ofrecer unas bases para su valoración dineraria, pero es el Juzgador de instancia el encargado de ajustar su decisión a tal regla y, dado que debe dar traducción económica a algo que como el daño moral no la tiene directamente, debe acudir inicialmente a módulos o criterios indirectos, aproximativos y convencionales<sup>136</sup>. La dificultad para realizar esa operación nace de la complejidad que presenta el concepto de daño moral, que comprende o abarca «toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito (o hasta haber sido víctima de un ataque a su prestigio y reputación...»<sup>137</sup>. Por ello el juez a quo si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas dispone de un amplio margen con el objeto de determinar la indemnización procedente –art. 180.1 LPL– y su evaluación debe ser respetada siempre que proporcione los hechos para conocer el alcance del daño, no incurra en el vicio de incongruencia, concediendo más o cosa distinta de lo pedido, razone, aunque sea sucintamente, la decisión, y la indemnización que señale no resulte a todas luces inadecuada, desproporcionada o contraria al requisito de suficiencia<sup>138</sup>. El *quantum* debe tomar en cuenta datos trascendentales como son, el hecho de que la actora estuvo protegida por el subsidio de incapacidad temporal y que desde la reincorporación al trabajo ha percibido su correspondiente retribución, y todas las circunstancias concurrentes, de lugar y tiempo, situación de superioridad del causante del daño, así como criterios de proporcionalidad en relación con las indemnizaciones que se acostumbra a señalar en casos semejantes, incluso en el supuesto de figuras delictivas más graves<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> STSJ de Galicia de 29 de abril de 2005 (AS 2005, 1511).

<sup>136</sup> En este sentido puede verse la STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242).

<sup>137</sup> STS –sala de lo civil– de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242).

<sup>138</sup> STSJ de Asturias 1482/2004, de 30 de abril (AS 2004, 2112).

<sup>139</sup> Ver STS, Sala 2.ª 5 de abril 1994 (RJ 1994, 2878); STSJ de Galicia de 17/2/95 (AS 1995, 597); STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2001 (AS 2001, 1661); STSJ de Galicia, de 15 de septiembre de 2000 (AS 2000, 2798) y STS de Galicia de 7 de mayo de 2002 (AS 2002, 3541); STSJ de Las Palmas, Canarias de 7 de enero de 1998 (AS 1998, 5126); STSJ de Madrid 314/2004, de 1 de septiembre (AS 2004, 2714); STSJ de Madrid 517/2007, de 13 de junio (JUR 2007, 252673); STSJ de Islas Canarias 695/2013, de 4 noviembre (JUR 2014, 117313); Ver STS de 20 de abril de 1992 (RJ 1992, 2662) y STSJ de Islas Canarias 555/2007, de 13 abril (AS 2007, 2295).

## 2. **Compatibilidad indemnización por extinción del contrato con daños y perjuicio materiales y morales causados**

No solo deben ser valorados los daños y perjuicios derivados de la extinción, sino, también, los daños materiales y morales que comporta la enfermedad psíquica que, a consecuencia del comportamiento empresarial, tiene que soportar el trabajador que postula la extinción de su contrato laboral y que, por si mismos, constituyen la violación de un derecho fundamental<sup>140</sup>.

En consecuencia, acreditada la situación de acoso laboral y la lesión del derecho fundamental, y los daños morales que la misma ha comportado y que se concretan en la merma de sus condiciones físicas y psíquicas, y en la pérdida del poder adquisitivo derivado no solo de la no subida salarial, sino también del pase a la situación de incapacidad temporal, con los gastos adicionales derivados del pago de honorarios de abogados para la defensa de sus derechos, y de asistencia médica, se ha de confirmar la indemnización adicional postulada y concedida, dado que los criterios empleados son razonables y se motiva adecuadamente su concesión<sup>141</sup>.

Ahora bien si bien cabe apreciar conjuntamente perjuicios materiales y morales, especialmente cuando aquéllos derivan de éstos, sin embargo cuando unos y otros se planteen en vías procesales independientes, con tratamiento específico en cada una de ellas debe declararse la improcedencia de tomar en cuenta a efectos indemnizatorios los daños materiales que pudieran derivarse de una eventual pérdida del puesto de trabajo, puesto que este aspecto sería objeto de indemnización, en su caso, con cargo al empresario y en el pleito sobre despido o rescisión de contrato a ejercitar oportunamente, por lo no cabe ahora determinar una indemnización por daños materiales cuantificada en base a la pérdida del puesto de trabajo<sup>142</sup>.

## 3. **Viabilidad de la reclamación de daños al compañero acosador**

Cabe la posibilidad de dirigir la demanda de responsabilidad contra la empresa y un compañero de trabajo al que imputaba el acoso sexual<sup>143</sup>. Si bien

---

<sup>140</sup> STS de 17 de mayo de 2006 (RJ 2006, 7176); STS 7 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2195); STSJ de Cataluña 5209/2002, de 15 de julio (AS 2002, 2881).

<sup>141</sup> STSJ de Madrid 918/2006, de 28 de noviembre (AS 2007, 523); STSJ de Cataluña 4272/2004, de 2 de junio (AS 2004, 2641); TSJ Islas Canarias 173/2008 de 19 de febrero (AS 2008, 1418); en similares términos STSJ Asturias 1523/2007, de 13 de abril (AS 2007, 1938); STSJ de Galicia de 23 de enero de 2001 (AS 2001, 6); TSJ C. Valenciana 534/2004, de 19 de febrero (AS 2004, 1850).

<sup>142</sup> STSJ de Galicia de 28 de noviembre de 2000 (AS 2000, 3969)

<sup>143</sup> STSJ de Cataluña 4847/2001, de 6 de junio (AS 2001, 1661), STSJ de Cataluña 8805/2000, de 27 de octubre (AS 2000, 4546).

y lo concerniente a la jurisdicción competente no debe olvidarse que la doctrina de los TSJ no es unánime<sup>144</sup> y así hay TSJ que entienden que no es competente el orden social de la jurisdicción para conocer de una reclamación contra otro trabajador por daños derivados de un accidente laboral, «porque no es una de las cuestiones promovidas entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo» a las que se refiere el artículo 2, letra a de LPL<sup>145</sup>, el Tribunal Supremo<sup>146</sup> tiene declarado que la acción de reclamación de indemnización dirigida contra un tercero ajeno a la relación laboral es competencia del orden social de la jurisdicción, cuando incluso ya el contrato de trabajo se había extinguido, con mayor motivo hay competencia para conocer de la acción ejercitada frente a otro trabajador de la misma empresa, por un supuesto acoso sexual que tiene lugar en el puesto de trabajo y con ocasión del desempeño de las tareas propias del mismo<sup>147</sup>.

## VIII. ASPECTOS PROCEDIMENTALES Y JUDICIALES

### 1. La carta de despido y sus requisitos

La carta debe de tener un contenido informativo suficiente, no causando indefensión la falta de especificación de fechas concretas<sup>148</sup>; ni tampoco es obligatorio una descripción exhaustiva de la conducta seguida por el trabajador, pues la carta de despido ni tiene formalidades sacramentales, ni tiene más

---

<sup>144</sup> Por ejemplo, STSJ Extremadura de 29 de abril de 1998 (AS 1998, 1648) y STSJ Aragón de Superior de Justicia de Aragón de 27 de septiembre de 1999 (AS 1999, 3077), que declaran la incompetencia de la Jurisdicción Social.

<sup>145</sup> En sentido contrario, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 5 de febrero de 1999 admite, sin tan siquiera cuestionársela, la competencia de este orden para conocer de la acción dirigida contra un directivo de la empresa por acoso sexual; al igual que las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 1 de octubre de 1998 y 7 de noviembre de 1997, y las del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de marzo (AS 1998, 948) y 6 de abril de 1998 (AS 1998, 2255). Ya de forma expresa, la cuestión de la competencia del orden social de la jurisdicción en esta materia es abordada y resuelta en sentido afirmativo en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 y 20 de marzo de 1998 (AS 1998, 337), y 17 de febrero de 1995 (AS 1995, 597). Como se razona en la primera de ellas, la competencia de la Jurisdicción del Orden Social para conocer de esta cuestión, resulta de lo dispuesto en los artículos 2.1, 175 a 181 de la LPL, pues esta Jurisdicción conocerá de las cuestiones que se promuevan por cualquier trabajador en demanda de tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en relación a conductas que se producen dentro del ámbito de las relaciones jurídico-laborales, incluida la reparación de las consecuencias derivadas del acto lesivo, con la indemnización que procediera (art. 180.1 de la LPL), teniendo que ser parte demandada la persona que causa la lesión, aun teniendo la condición de trabajador.

<sup>146</sup> STS de 18 de abril de 2000 (RJ 2000, 3970).

<sup>147</sup> ????

<sup>148</sup> STSJ de Madrid 1047/2014, de 22 de diciembre (AS 2015, 459).

finalidad que la de ofrecer al trabajador la posibilidad de defensa, para lo que basta que se den las referencias suficientes para identificar la conducta reprochada que proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa<sup>149</sup>. Ninguna indefensión le produce la omisión en la carta de despido del nombre de las trabajadoras denunciantes, ya el actor, tenía un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputaban por la empresa, integrándose de este modo el contenido de la carta de despido, ya que era perfecto conocedor de las trabajadoras a las que había acosado<sup>150</sup>.

## 2. La prescripción de la falta

La regla de partida para el cómputo del plazo largo de prescripción es la de que ésta comienza a contar desde que se cometió la falta y no desde que la empresa tuvo conocimiento de la misma<sup>151</sup>. Siendo éste el principio y la norma, existen situaciones en las que aplicar esta previsión en su literalidad haría imposible la persecución de determinadas faltas, cual es el caso de las faltas continuadas o de las faltas ocultadas por el propio trabajador prevaliéndose de las facultades otorgadas por su situación personal en la empresa. En el caso de las faltas continuadas, conceptuando como tales aquellas que «responden a una conducta que se prolonga en el tiempo, a través de una pluralidad de hechos consecutivos dotados de unidad de propósito que corresponden al mismo tipo de infracción», dada la unidad de propósito que las mueve, el TS ha dicho de forma reiterada que el plazo de prescripción de los seis meses no comienza el día en que se cometió cada falta sino el día en que se cometió la última «pues es a partir de ese último hecho cuando cesa esa conducta continuada que debe ser apreciada de forma conjunta a efectos de su sanción», bien sea por abandono voluntario de dicha conducta, bien por la investigación de tal conducta llevada a cabo por el empresario<sup>152</sup>.

<sup>149</sup> STSJ de Madrid 669/2013, de 22 de julio (AS 2013, 2707); STSJ Cantabria 1110/2001, de 17 de septiembre (AS 2001, 4065); STSJ de Madrid 113/2000, de 28 de febrero (AS 2000, 2380).

<sup>150</sup> Ver STS de 21 de septiembre de 194 (RJ 1993, 9976) y STSJ de Madrid 782/2002, de 26 de noviembre (AS 2003, 1344), STSJ de Madrid 478/2003, 3 de junio.

<sup>151</sup> STSJ de Andalucía 3483/2000, de 11 de diciembre (AS 2001, 1054).

<sup>152</sup> STSJ de Galicia 5119/2014, de 17 de octubre (AS 2014, 3282); STS de 13 de octubre de 1989 (RJ 1989), STSJ de Cataluña 3814/2014, de 26 de mayo (AS 2014, 1995).

No cabe querer remontarse a la fecha de comisión de las faltas para el inicio de la prescripción, por tratarse de hechos ocultados por el trabajador, al que no puede favorecer la demora de las trabajadoras en poner los hechos en conocimiento de la empresa, teniendo en cuenta la carga intimidatoria que este tipo de hechos genera sobre sus víctimas, cuyo autor se prevale de su posición jerárquica en la empresa para llevarlos a cabo en la convicción de que quedarán impunes, por el miedo de las afectadas a las consecuencias de su denuncia <sup>153</sup>.

### 3. Interrupción de la prescripción con la concurrencia de procesos judiciales

En la perspectiva jurídica y respecto a esta causa de interrupción de la prescripción de las faltas laborales por la tramitación de un procedimiento penal, el Tribunal Supremo ha dicho que la razón esencial que la justifica es que, cuando esas faltas son o pueden ser constitutivas de delito es en el proceso penal que se siga a tal efecto donde mejor se podrá determinar y conocer la realidad y circunstancias de los hechos acaecidos en relación a tales faltas, y por ello es totalmente conforme a la Ley y a la lógica el que el plazo de la citada prescripción laboral quede interrumpido hasta que se dicte sentencia en ese proceso penal, para que de este modo el empresario proceda al despido del trabajador con pleno conocimiento de causa y con fundamento en los datos que objetivamente constata esa sentencia. El Tribunal Supremo declara también que la interrupción de la prescripción permanecerá hasta que se dictase sentencia y fuera firme, «pero siempre y únicamente cuando tal resolución sea necesaria para el descubrimiento, concreción e imputación de la falta, por ello si la empresa esperó a la finalización del proceso penal, cuyo resultado ha sido esencial para conocer los hechos determinantes de la condena del actor y del posterior despido disciplinario <sup>154</sup>.

Ahora bien debe tenerse en cuenta que la jurisdicción penal y la laboral operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar en ocasiones la misma conducta, no siendo aplicable al proceso laboral el principio de «presunción de inocencia», lo que permite la existencia de supuestos en que el sobreseimiento de la causa penal, en aplicación de tal principio no suponga la declaración de improcedencia del despido, cuando está, por ejemplo, en juego la veracidad de la declaración de denun-

---

<sup>153</sup> STSJ de Cataluña 359/2011, de 20 de enero (AS 2011, 1008).

<sup>154</sup> STSJ de Castilla y León. 1789/2006, de 22 de noviembre (AS 2007, 49).

ciante o denunciado, ello no implica, que versando el proceso laboral sobre la extinción de un contrato de trabajo sin derecho a indemnización (limitando el artículo 86.3 de la LPL y doctrina que interpreta este precepto en el sentido de que solo la sentencia penal firme que declara la inexistencia de los hechos o la no autoría por el denunciado, pueden alterar el resultado del proceso laboral), para la aplicación, de acuerdo al relato fáctico que es objeto de este recurso, de la doctrina que interrumpe la prescripción de la falta <sup>155</sup>.

#### 4. Ejercicio de acciones una vez extinguida la relación laboral

La aplicación del artículo 50.1 ET es posible en este caso, pese a la terminación de la relación laboral previamente a la fecha en que se dicta la sentencia sobre acoso ya ha sido objeto de atención positiva por parte del TS <sup>156</sup> al considerar, «Las acciones nacidas de las causas de extinción del contrato laboral por voluntad del trabajador fundamentado en un incumplimiento contractual del empresario, artículos 49.10 y 50 del ET y de la decisión del empresario mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador—artículos 49.11 y 54 del Estatuto de los Trabajadores—, son diametralmente distintas e incompatibles entre sí; de forma que el ejercicio de la primera exige que la relación laboral que el trabajador pretende resolver se encuentre viva, excepción hecha de que exista riesgo físico cierto o notorio agravio a su dignidad; mientras que el ejercicio de la acción de despido supone que previamente se ha extinguido la relación laboral por decisión unilateral del empresario, y el trabajador interesa que el órgano jurisdiccional declare nulo o improcedente el despido y, con ello, que la relación laboral se encuentre subsistente y en pleno vigor <sup>157</sup>. Esa excepcional previsión que apunta el Tribunal Supremo sobre la posible extinción de la relación contractual *ex* artículo 50 pese a que entre la fecha de producción de los incumplimientos empresariales y la de la sentencia que así lo constata pueden haber terminado los servicios, es aplicable en este caso, ya que concurre precisamente el supuesto considerado por la jurisprudencia (acoso sexual empresarial gravemente atentatorio contra la dignidad de la trabajadora), y, además, como apunta tácitamente el recurso, la jubilación del empresario ha sido una precipitada escapatoria para eludir las consecuencias que precisamente pudieran resultar en su contra tras el ejercicio

<sup>155</sup> STSJ de Cantabria 1110/2001, de 17 de septiembre (AS 2001, 4065); STSJ de Cataluña 5209/2002, de 15 julio (AS 2002, 2881); TSJ de Islas Baleares 128/2016, de 29 de marzo (AS 2016/782).

<sup>156</sup> Ver STS de 30 de abril de 1990 (RJ 1990, 3509).

<sup>157</sup> Ver STS de 7 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8019).

de la acción de extinción. Es altamente significativo en tal sentido el que la papeleta de conciliación pre procesal por extinción contractual esté datada el 20 de octubre de 2006 y la jubilación se produzca acto seguido, el 31 de octubre de 2006, con claros indicios de fraude procesal. Esta última fecha se toma teniendo en cuenta que la recurrente entiende que la jubilación por parte del empresario, persona física, encubre un despido, mientras esta Sala considera que la decisión de cierre del negocio acordada por el empleador no puede calificarse como tal, pues, si bien es cierto que, como se ha dicho, la jubilación se precipitó ante la reclamación de la demandante, no es menos verdad que se produjo en la realidad. Por ello los efectos de esta extinción contractual serán dobles: por un lado, no evitará que prospere la demanda de extinción *ex* artículo 50 ET; por otro, la desestimación de la acción de despido acarreará que solo se tome en cuenta el período de servicios mantenido hasta que se produjo esta situación <sup>158</sup>.

## 5. Competencia de la Jurisdicción Laboral

No es atendible la alegación de incompetencia de la jurisdicción social para enjuiciar el presente litigio y ligado a ello su falta de legitimación pasiva, por no ser ya trabajador de la empresa demandada, lo que debe rechazarse pues en la demanda rectora de este procedimiento se acciona por vulneración de derechos fundamentales, al amparo del artículo 18.1 de la Constitución Española, y artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, que consagra «el derecho de los trabajadores al respeto de su intimidad y la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual», conforme al artículo 181 de la LPL, y su conocimiento viene atribuido a la jurisdicción social, sin que pueda aceptarse, tal como pretende el recurrente, que en un mismo procedimiento no puedan ser distintos trabajadores actor y demandado, ya que siendo competente la jurisdicción social para conocer del presente litigio dada la relación laboral existente, deberán ser parte todos aquellos que, unidos por dicho nexo, puedan verse afectados por la resolución que se dicte y es evidente que el recurrente, dados los hechos que, como por él cometidos, se declaran probados, cuando era trabajador de la empresa demandada y superior jerárquico de la actora, trabajadora de la misma empresa, y que no se discuten <sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> STSJ de Madrid 658/2007, de 15 de octubre (AS 2007, 3486).

<sup>159</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana 3786/2005, de 29 de noviembre (AS 2006, 3016).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTÉS TÁRREGA, J. A., *El acoso sexual en el trabajo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MINISTERIO DE IGUALDAD, *Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral*, Madrid; 2010; se puede consultar en <http://www.igualdadenaempresa.es/enlaces/webgrafia/docs/acoso-sexual-y-acoso-por-razon-de-sexo-en-el-ambito-laboral-2010.pdf>
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, *NTP 507- Acoso Sexual en el trabajo*; España; 1999; se puede consultar en [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/501a600/ntp\\_507.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/501a600/ntp_507.pdf)
- MONTOYA MELGAR, A., «El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico», capítulo III, de obra colectiva *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, dirigida por Sánchez Trigueros, C., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- QUESADA SEGURA, R., «El acoso sexual y el acoso por razón de género en la negociación colectiva», capítulo IX de la obra colectiva *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, dirigida por Sánchez Trigueros, C., Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- VICENTE PACHÉS, F., *El acoso sexual y el acoso por razón de sexo desde la perspectiva del derecho internacional y el derecho comunitario europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.



# ACOSO POR RAZÓN DE GÉNERO

AURELIA CARRILLO LÓPEZ  
Doctora en Derecho  
Fiscal Sustituta del TSJ de Murcia

*«La conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización<sup>1</sup>.»*

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Concepto.*–III. *Bien jurídico protegido.*–IV. *Protección jurídica.*–V. *Conclusiones.*–*Bibliografía.*

## I INTRODUCCIÓN

La violencia de género constituye un grave problema social, y su lucha por erradicarla hace que pase de ser un drama invisible, a ser considerado como un asunto del cual debe necesariamente ocuparse el legislador<sup>2</sup>.

La violencia contra las mujeres constituye una de las manifestaciones más graves de la discriminación por razón de sexo y se produce tanto en el sector público como en el privado. Se exterioriza de dos formas: el acoso se-

---

<sup>1</sup> Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004 (RCL 2004/2661).

<sup>2</sup> MELLA MENDEZ, L., «La política autonómica gallega sobre violencia de género: perspectiva laboral», en AA. VV., *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012, p. 201.

xual y el acoso por razón de género<sup>3</sup>. Según establece el artículo 1.3.º de la LOIVG<sup>4</sup>, la violencia de género comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Estamos ante una situación de grave discriminación de las mujeres en todo el mundo, incluidos los denominados países desarrollados, integrantes o no de la UE. Es común la afirmación de que la norma jurídica no es suficiente para eliminar esta situación de discriminación, pero puede convertirse en un instrumento de esencial importancia para conseguir ese objetivo<sup>5</sup>.

Múltiples generaciones de mujeres han sido víctimas de un comportamiento ofensivo basado en su sexo, pero sólo en las últimas décadas se ha procedido a otorgar una calificación jurídica a esta conducta. Como indicara Catherine Mackinnon «*el acoso sexual no es una novedad. Lo novedoso es el derecho en materia de reparación*»<sup>6</sup>.

## II. CONCEPTO

Es preciso hacer una matización de carácter terminológico, así en algunas ocasiones se habla de violencia de género o por razón de género y en otras de violencia por razón de sexo, de igual manera que a veces se habla de violencia contra la mujer o de violencia contra la mujer basada en el sexo. Como acabamos de exponer, la LOVG utiliza el concepto de violencia de género.

Sin embargo, las normas de transposición de las Directivas europeas sobre el acoso discriminatorio aluden al acoso por razón de sexo y no por razón de género<sup>7</sup>. La mayoría de la doctrina habla indistintamente de una y otra. Pese a ello, en la tramitación de la LOI<sup>8</sup>, se pidió cambiar la expresión de acoso por razón de sexo por acoso por razón de género, basando dicha petición en que el termino sexo se refiere a las características biológicas diferenciales que existen entre las mujeres y los hombres que son de orden físico e indican el

---

<sup>3</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., «La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso por razón moral por razón de género», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 91, 2007, p. 175 a 177.

<sup>4</sup> LOVG 1/2004, de 28 de diciembre (RCL 2004/2661).

<sup>5</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., «La discriminación por razón de género. Las fuentes reguladoras», *Actum Social*, núm. 11, El Derecho, 2008, p. 1.

<sup>6</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., «El acoso sexual y el acoso moral por razón de género y su tratamiento procesal», en AA. VV., *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social*, CGPJ, 2005, p. 142.

<sup>7</sup> Vid. Las Directivas europeas 89/391/CE, 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE.

<sup>8</sup> RCL 2007/586.

sexo masculino o femenino de la persona, y que el termino «género» es una circunstancia social, que depende de las distintas culturas y creencias de la sociedad, como conjunto de expectativas que la sociedad deposita en relación a los distintos comportamientos que deberían tener hombres y mujeres, mas acorde con la terminología que utiliza la LOIVG, pero esa enmienda no prosperó, por lo que la LOI<sup>9</sup> utiliza la terminología basada en el Derecho Europeo, con el inconveniente de que no toma en consideración el debate sobre la distinción entre el sexo y el género<sup>10</sup>, pero con la ventaja de que permite la protección de la violencia contra el hombre. De esta forma se elimina una de las grandes críticas contra la LOIVG. Ciertamente es que la violencia afecta sobre todo a las mujeres, pero también hay que luchar contra la violencia que ejerce la mujer sobre el hombre.

Conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la LOI, constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Y acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. De lo que se deduce que no es necesario el propósito, basta con que se produzca el efecto de atentar contra la dignidad del trabajador. No menciona el carácter no deseado del comportamiento. De igual manera, ha suprimido los adjetivos «hostil» y «humillante» que recoge la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio<sup>11</sup>.

En todo caso se considerarán discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Y también se considerará también acto de discriminación por razón de sexo, el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo<sup>12</sup>.

«La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación»<sup>13</sup> define el acoso como la situación en que se produce un comportamiento no deseado

<sup>9</sup> RCL 2007/586 Ley Orgánica núm. 3/2007, de 22 de marzo (RCL 2007/586).

<sup>10</sup> GIL Y GIL, J. L., «Violencia de género y acoso por razón de sexo», en AA. VV., *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 133 y ss.

<sup>11</sup> LCEur 2006/1696.

<sup>12</sup> KAHALE CARRILLO, D., «El acoso (laboral, sexual y por razón de sexo)», en AA. VV., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, pp. 391 y ss.

<sup>13</sup> LCEur 2006/1696.

relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio hostil, degradante, humillante u ofensivo<sup>14</sup>. El concepto de discriminación incluye el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo<sup>15</sup>, y a la orden de discriminar a personas por razón de sexo<sup>16</sup>.

El problema del acoso se ha abordado también en el marco de las estrategias europeas de seguridad y salud, como, por ejemplo, mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012). A través del diálogo social, los sindicatos y organizaciones empresariales europeas han contribuido a la información, sensibilización, prevención y protección contra los riesgos psicosociales<sup>17</sup>.

En España, los acuerdos interconfederales para la negociación colectiva han incorporado los acuerdos marco sobre el estrés y sobre el acoso y la violencia en el trabajo<sup>18</sup>.

El legislador español ha transpuesto diversas las Directivas europeas<sup>19</sup>, por medio de la «Ley de Prevención de Riesgos Laborales»<sup>20</sup>, en la «Ley de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades» (regulación del acoso por motivos discriminatorios no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), y en la LOI (acoso sexual y el acoso por razón de sexo).

La Ley 62/2003 de 30 de diciembre<sup>21</sup> y la LOI, han modificado diversos artículos del ET<sup>22</sup> con la finalidad de otorgar al trabajador protección jurídica frente al acoso discriminatorio. Así el artículo 4.2.e) del ET establece que los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración

---

<sup>14</sup> Artículo 2.1.c: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por «acoso»: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

<sup>15</sup> Artículo 2.2.a: «A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo».

<sup>16</sup> Artículo 2.2.b: «A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá la orden de discriminar a personas por razón de su sexo».

<sup>17</sup> Se han firmado 2 acuerdos autónomos: uno sobre el estrés en 2004 y otro sobre el acoso y la violencia, en 2007.

<sup>18</sup> El capítulo VII, sobre seguridad y salud en el trabajo, del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005 (ANC 2005) señala que las organizaciones empresariales y sindicales firmantes del mismo comparten el acuerdo sobre el estrés en el lugar de trabajo y lo incorpora como Anexo.

<sup>19</sup> Las Directivas europeas 89/391/CE, 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE.

<sup>20</sup> Ley n.º 31/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995/3053).

<sup>21</sup> Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (*Boletín Oficial del Estado* del día 31 de diciembre de 2003).

<sup>22</sup> Estatuto de los Trabajadores de 2015, Real Decreto Legislativo 2/2015, de fecha 23 de octubre (RCL 2015/1654).

debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo».

Y también modificó el artículo 81 de la LPL<sup>23</sup> para dar cabida a la prohibición del tratamiento discriminatorio y del acoso, por tanto, las demandas por acoso debían tramitarse por el procedimiento de tutela de derechos fundamentales de los artículo 175 y ss. de la LRJS. En la LRJS se detallan los aspectos procesales de la protección contra el acoso y las medidas cautelares que puede solicitar el trabajador víctima de acoso (art. 177 y ss.).

El acoso por razón de género al igual que las demás formas de acoso discriminatorio constituyen en la actualidad una causa de despido disciplinario recogida en el artículo 54.2.g) del ET<sup>24</sup>.

Podríamos definir el acoso por razón de género como un comportamiento repetido, objetivamente humillante o vejatorio, realizado en función del sexo de una persona, que menoscaba la dignidad, la igualdad u otros derechos fundamentales, ocasione o no un daño o perjuicio a la víctima, y que tiene como objetivo o consecuencia la vulneración de los derechos laborales, del que es autor el empresario, un compañero de trabajo o incluso un tercero, y que se produce en el marco de una relación laboral<sup>25</sup>.

Elementos que integran el concepto:

1. Debe ser un comportamiento objetivamente humillante o vejatorio. Entre otras se pueden considerar conductas de acoso cambiar de ubicación a la víctima, limitar su comunicación, separarla de sus compañeros, cuestionar sus decisiones, juzgar de manera ofensiva su trabajo, ataques a la vida privada, gritar, insultar o criticar su trabajo. Debiendo concurrir elementos objetivos de humillación o trato vejatorio, no basta con la percepción subjetiva de la víctima. La conducta debe ser lo suficientemente grave desde un punto de vista objetivo.

2. Además, el acoso debe producirse en función del sexo de una persona, la mayoría de las veces se trata de una mujer, manifestándose un desprecio hacia ella, desconfiando en sus capacidades. Se trata por tanto de un acto discriminatorio.

3. Dicho comportamiento menoscaba la dignidad, la igualdad u otros derechos fundamentales.

<sup>23</sup> Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (RCL 1995/1144).

<sup>24</sup> ROALES PANIAGUA, E., «El acoso moral en el trabajo: causa inespecífica de despido disciplinario» (a propósito de la STJ de Cataluña de 17 de julio de 2009), *Aranzadi Social*, BIB 2010/141, p. 3 y ss.

<sup>25</sup> GIL Y GIL, J. L., *Violencia de género y acoso...*, op. cit., p. 146.

4. El comportamiento tiene como objeto o consecuencia la vulneración de los derechos, pero el elemento intencional es irrelevante. Es suficiente la existencia de un nexo de causalidad entre el comportamiento del acoso y el resultado prohibido por la norma.

5. Que se ocasione un perjuicio a la víctima. Para que pueda reprobarse y sancionarse es suficiente con la existencia de un comportamiento humillante o vejatorio que por difícil que resulte objetivarlos siempre ocasionara un daño moral, cuya cuantificación se modulara en función del daño psíquico producido.

6. Debe tratarse de un comportamiento repetido. Aunque se ha relativizado mucho este requisito por las Directivas europeas y las leyes de transposición, no obstante, es preciso que exista una cierta duración en el tiempo, ya que un acto puntual no da lugar a acoso, salvo que produzca un efecto nocivo que persiste en el tiempo. La frecuencia del acoso debe ser relativa en función de las circunstancias concretas de cada caso.

7. Sujeto activo, puede ser el empresario, un compañero o incluso un tercero ajeno a la empresa como podría ser un trabajador de otra empresa, un cliente. Se distingue por tanto un acoso vertical y otro horizontal en función de la posición de esta o distinta situación jerárquica con respecto de la víctima.

8. Que se produzca en el ámbito de la organización y dirección del empresario. Así el artículo 8.13 bis de la LISOS<sup>26</sup> considera como infracción laboral muy grave el acoso por motivos discriminatorios, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que el empresario lo conozca y no adopte las medidas necesarias para impedirlo. En este sentido el artículo 177.1.º de la LRJS<sup>27</sup>, incluye en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, las pretensiones que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios.

El comportamiento debe producirse en el marco de una relación laboral. Es decir, con ocasión y en el lugar de trabajo, durante la jornada laboral, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario.

Es necesario comprender el acoso desde un punto de vista lo mas objetivamente posible, ya que no toda percepción subjetiva de acoso lo será jurídicamente. El comportamiento ha de ser objetivamente humillante o vejatorio, aunque la víctima no padezca daño en la salud, es suficiente con que atente los

---

<sup>26</sup> Real Decreto Legislativo núm. 5/2000 de 4 de agosto (RCL 2000/1804).

<sup>27</sup> Ley núm. 36/2011 de 10 de octubre (RCL 2011/1845).

derechos de la persona. Así se diferencia el acoso de otras conductas o actitudes arbitrarias del empresario<sup>28</sup>. Para poder hablar de acoso es preciso que exista un ejercicio anormal, irregular o irrazonable de las prerrogativas y poderes empresariales<sup>29</sup>.

El Derecho de la Unión Europea, no exige ninguno de los requisitos exigidos en Derecho interno para considerarlo como acoso:

1. No requiere una duración determinada del comportamiento, con lo cual se relativiza la nota de la reiteración, siendo suficiente con que se produzca el hostigamiento, la duración o frecuencia, exigible en todo caso, deberá determinarla el interprete en cada caso en concreto.

2. Tampoco requiere un daño efectivo a la salud, siendo suficiente que se haya producido el acoso, por lo que no requiere un informe medico o psiquiátrico.

3. No requiere que los sujetos activos tengan una finalidad u objetivo, es suficiente que los efectos sufridos por la víctima constituyan un atentado a su dignidad o hayan creado un entorno intimidatorio, degradante, humillante u ofensivo.

De esta forma, las Directivas europeas facilitan la prueba de la existencia del acoso, según las reglas tradicionales de la carga de la prueba en los supuestos de atentado a los derechos fundamentales del trabajador.

### III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El acoso por razón de género vulnera varios derechos fundamentales, la dignidad, la no discriminación también la seguridad y la salud laboral<sup>30</sup>. Aunque no exista un daño a la salud, el acoso siempre supone un ataque a la dignidad de la persona (art. 10 de la CE que protege la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes)<sup>31</sup>, y en el ámbito del Derecho del trabajo la

---

<sup>28</sup> KAHALE CARRILLO, D., «El acoso laboral en España: las diferencias con las actitudes arbitrarias del empresario», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, ADAPT University Press, 2015, p. 13 y ss.

<sup>29</sup> GIL Y GIL, J. L., *Violencia de género y acoso ...*, op. cit, p. 158.

<sup>30</sup> MONTROYA MELGAR, A., «El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, núm. 140, 2008, pp. 751 y ss.

<sup>31</sup> Vid. artículo 26.2 de la Carta Social Europea revisada en 1966 establece «para garantizar el ejercicio efectivo de todos los trabajadores a la protección de la dignidad en el trabajo, las Partes se comprometen, previa consulta con las organizaciones de empresarios y trabajadores, a promover la sensibilización, la información y la prevención por lo que respecta a actos censurables o explícitamente hostiles y

dignidad ocupa un lugar privilegiado como valor supremo en el ejercicio de los derechos y deberes que regulan las relaciones laborales<sup>32</sup>. El respeto a la dignidad del trabajador es el límite genérico al ejercicio de los poderes del empresario, así el artículo 4.2.e) del ET establece que los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a las ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

En mayoría de los casos el acoso supone un atentado a la integridad física y moral de la persona (art. 15 de la CE), pero también podrá suponer una lesión del derecho al honor o a la intimidad (art. 18 de la CE), de la libertad de expresión y comunicación (art. 20 de la CE) o del derecho al trabajo, la estabilidad en el empleo o la promoción profesional (art. 35.1 y 40.2 CE). Además, el acoso por razón de género supone una discriminación (art. 14 CE, art. 7.3 de la LOI y art. 17.1 del ET) que puede lesionar gravemente la seguridad y salud de los trabajadores (art. 40.2 y 43 de la CE). Las víctimas de acoso pueden sufrir lesiones físicas y psíquicas que provoquen una incapacidad temporal e incluso una incapacidad permanente, pudiendo aplicarse la normativa sobre prevención de riesgos laborales<sup>33</sup>, pudiendo calificarse como accidente de trabajo. Sin embargo, no es precisa la existencia de un daño a la salud o integridad moral para que exista acoso. El comportamiento vejatorio o humillante puede no afectar a la salud de la víctima y por eso no deja de ser acoso, por lo que no es elemento necesario la existencia de una lesión del derecho a la seguridad y salud, por lo que el tradicional bien jurídico (la seguridad y salud del trabajador) se ha ido trasladando a la protección de la discriminación y de la dignidad y los derechos fundamentales en el trabajo<sup>34</sup>.

Por tanto, la consideración de la violencia en el trabajo como violación del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la prohibición

---

ofensivos dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo, y a adoptar las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra dichas conductas».

<sup>32</sup> También el TC, en Sentencia 53/1985 de 11 de abril, reconoce, con carácter general, a todas las personas la dignidad como un «valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»; acepción de dignidad que junto a la expuesta en la STC 192/2003, ha de inspirar nuestro ordenamiento jurídico y, dentro del mismo, las distintas relaciones que concurren en la esfera de la dependencia trabajador-empendedor.

<sup>33</sup> Así, el artículo 4.2 de la LPRL establece que «se entiende por riesgo laboral la posibilidad de que un trabajador sufra un daño derivado del trabajo». Y el artículo 4.3 de la LPRL considera daños derivados del trabajo «las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo».

<sup>34</sup> PEREZ DEL RÍO, T., «La violencia de género en el trabajo: elementos conceptuales y recepción normativa», *La Ley*. Madrid, 2006, pp. 14 y ss.

de discriminación por razón de sexo, permite la aplicación de procedimientos de tutela mas eficaces que cuando se violan otro tipo de derechos<sup>35</sup>.

#### IV. PROTECCIÓN JURÍDICA

Para una efectiva protección jurídica frente al acoso es preciso adoptar medidas no solo coercitivas sino, fundamentalmente, de carácter preventivo<sup>36</sup>. En este sentido la «Carta Social Europea de 1966»<sup>37</sup> en su artículo 2.2 hace referencia a la importancia de promover la sensibilización, información y la prevención contra los actos que producen acoso en el trabajador. En el mismo sentido se pronuncia la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, estableciendo que debe alentarse a los empresarios y a los responsables de la formación profesional a tomar medidas para combatir toda clase de discriminación por razón de sexo y, en particular, a tomar medidas contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el lugar de trabajo y el acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción, de conformidad con la legislación y la practica nacionales.

Además de atentar contra la dignidad de la persona, el acoso influye en el rendimiento del trabajador y en su salud física y psíquica, y puede producir baja laboral o bien obligar al trabajador a solicitar la extinción del contrato. Además, el acoso también degrada el ambiente laboral. La función de la prevención es fundamentalmente impedir que se desarrollen situaciones de acoso en la empresa que siempre será mucho mas beneficioso para todos.

El Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo alude a la necesidad de que las empresas manifiesten de forma clara que no toleraran dichas actuaciones, y recoge una mención, en su parte introductoria, a que las normas de la Unión Europea y nacionales definan la obligación del empresario de proteger a los trabajadores contra el acoso y la violencia en el

---

<sup>35</sup> Vid. KAHALE CARRILLO, D.: «El acoso laboral desde la óptica jurisprudencial», *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016.

<sup>36</sup> CABEZA PEREIRO, J.: «La salud psicológica y social de los trabajadores: prevención de riesgos psicosociales», en Monereo Pérez, J. L. (director y coordinador), *Los servicios de prevención de riesgos laborales. Evolución y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2009; CAVAS MARTÍNEZ, F., «Breves consideraciones sobre la prevención de los riesgos psicosociales», en Sánchez Trigueros (direct.) y Gonzalez Díaz, F. A., y Hierro, F. J. (coordin.), *Los riesgos psicosociales: teoría y práctica*, Aranzadi, 2009, pp. 101 y ss.

<sup>37</sup> RCL 1980/1436.

lugar del trabajo<sup>38</sup>. En aplicación del principio de igualdad y la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, sobre medidas para fomentar la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo. El acuerdo prever una serie de aspectos orientativos en los que podría basarse un procedimiento adecuado, así como la discreción y la confidencialidad, la diligencia en la investigación de las quejas, los principios de audiencia, imparcialidad y trato correcto hacia las personas involucradas, o la necesidad de que las quejas deban apoyarse en una información detallada.

El empresario debe organizar el trabajo de forma que se respeten los derechos fundamentales de los trabajadores. El empresario en su función de velar por los derechos y deberes de los trabajadores, y el principio de buena fe le obliga al empresario a de acomodar razonablemente el sistema productivo, para facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. La buena fe no solo es el fundamento de determinados deberes accesorios que prevén la ley y el convenio colectivo, sino que sirve para que en supuestos de insuficiencia de la norma se solventen las nuevas necesidades de limitación y control del empresario.

El deber de buena fe del empresario que se base en un deber de protección de la dignidad y derechos fundamentales del trabajador se concreta en el deber legal de protección de la seguridad u salud del trabajador<sup>39</sup>.

El derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo supone la existencia de un correlativo deber por parte del empresario de proteger a los trabajadores frente los riesgos laborales (art. 14. 1 de la LPRL), debiendo cumplir las obligaciones derivadas de la normativa de prevención de riesgos laborales. Además, el empresario esta obligado a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14.2 LPRL). Es una obligación genérica del empresario la de emplear todos los medios posibles de seguridad en beneficio de sus trabajadores, con una estricta observancia de las normas prevención de riesgos laborales.

Una vez se ha producido la situación de acoso, bien porque no se han establecidos medidas preventivas o bien porque no han sido suficientes, el procedimiento jurisdiccional que debe utilizarse es el de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 177 a 184 de la LRJS)<sup>40</sup>, pudiendo obtener en caso de ser estimada la demanda, el cese inmediato del comporta-

---

<sup>38</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., «El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo» *Revisita Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 11/2007, (BIB 2007/1298), p. 14.

<sup>39</sup> GIL Y GIL, J. L., *Violencia de género y acoso...*, op. cit., p. 175.

<sup>40</sup> Vid. AGRA, B.; FERNÁNDEZ, R., y TASCÓN, R., *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Laborum, Murcia, 2004, p. 161.

miento, la nulidad del acto y la reposición de la víctima a la situación anterior a producirse la lesión con una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Además, el artículo 180.4 de la LRJ, permite como «medida cautelar» la suspensión de la relación o la exoneración de la prestación de servicios<sup>41</sup>.

El acoso por razón de género es un acoso discriminatorio, y por tanto se rige por el conjunto de normas de lucha contra la discriminación y especialmente las relativas a la declaración de nulidad del acto y la distribución de la carga de la prueba. Por tanto, en los procedimientos de despido, en caso de estimarse la demanda, se declara la nulidad, no la improcedencia de este, con las consecuencias que se derivan de ello tales como la readmisión del trabajador y la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios ocasionados<sup>42</sup>.

Uno de los mayores problemas que presentan estos procedimientos por vulneración de derechos fundamentales es precisamente el de la prueba, el trabajador debe aportar los elementos o indicios suficientes de los que pueda presumirse la existencia de una situación de acoso, y a partir de ese momento se produce una inversión de la carga de la prueba<sup>43</sup>, corresponderá por tanto al empresario probar que las acciones descritas no son constitutivas de acoso, debiendo aportar la debida justificación objetiva y razonable de las medidas empleadas así como la proporcionalidad de las mismas.

La LRJS menciona expresamente el concepto de acoso (no la anterior LPL<sup>44</sup>), en su artículo 96 establece que en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnica, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Y en los procesos de vulneración de derechos fundamentales, establece el artículo 181.2 de la citada LRJS que, en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de

---

<sup>41</sup> Vid. MUNIN SÁNCHEZ, L. M., «La víctima de violencia de género ante el proceso laboral», en AA. VV., *Violencia de género y derecho del trabajo*, La Ley, pp. 742 y ss.

<sup>42</sup> STS de 3 de octubre de 2007 (rec. 309/2006).

<sup>43</sup> Vid. PEÑACOBÁ, E., «Sobre la prueba del acoso sexual en procesos por despido», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2012, (BIB 2012, 76), pp. 1 a 15; SÁNCHEZ PÉREZ, J., «El acoso sexual y su proyección en las relaciones laborales», *Revista de Información Laboral*, núm. 8, Aranzadi, 2015, p. 7.

<sup>44</sup> Artículo 96 LRJS, una vez probada por el trabajador la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, el empresario debía destruir dicha presunción.

las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Como se puede observar esta distribución de la carga beneficia claramente la posición de las víctimas del acoso discriminatorio. La LRJS en su artículo 95.3 establece la posibilidad de que el Juez en dicho proceso podrá recabar recurrir a informes de expertos.

El trabajador víctima de acoso puede solicitar la extinción del contrato de trabajo<sup>45</sup>, con derecho a la indemnización que se establece para el despido disciplinario por desconforme lo dispuesto<sup>46</sup> en el artículo 50 del ET, ya que se considera un incumplimiento contractual grave por parte del empresario. Pero el trabajador para poder resolver la relación contractual con derecho a indemnización debe interponer demanda ante el Juzgado de lo social y que sea estimada por el juez<sup>47</sup>.

En el supuesto de que se despida al trabajador víctima de acoso por razón de género, el despido deberá ser declarado nulo y el empresario deberá readmitir al trabajador con abono de los salarios de tramitación (art. 55 del ET).

La *STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2008*<sup>48</sup>, es la primera sentencia que contempla un despido por acoso sexual después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, que basándose en la Directiva 2002/73/CE, concluye admitiendo la existencia de acoso sexual en la conducta del actor, por lo que estima el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa contra la sentencia de instancia, declarando, en consecuencia, procedente el despido.

Hasta la entrada en vigor de la LO 3/2007, de 22 de marzo, las situaciones de acoso sexual se contemplaban dentro del supuesto más general de la transgresión de la buena fe contractual, causa específica de despido disciplinario de acuerdo con el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, ahora existe una causa concreta de despido disciplinario en el párrafo g) del apartado 2 del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores que contempla «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual y el acoso relacionado con el sexo, al empresario o a las personas que trabajen en la empresa»<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Vid. STSJ Sala de lo Social de las Islas Canarias de 28 de septiembre de 2009 (AS 2010/185): planteada la extinción de un contrato de trabajo, ex artículo 50 del ET, el trabajador debe continuar en la prestación de servicios hasta que la sentencia resuelva sobre la extinción, siendo la misma constitutiva.

<sup>46</sup> Vid. STS de 20 de septiembre de 2007, rec. 3326/2006 (RJ 2007/8304).

<sup>47</sup> Vid. URRITIKOTXEA BARRUTIA, M., «Extinción del contrato de trabajo por acoso e indemnización adicional por daños. Comentario al Auto de 15 de septiembre de 2004». *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 1, 2005 (BIB 2005/801), pp. 1 y ss.

<sup>48</sup> AS 2008 /1570.

<sup>49</sup> ROALES PANIAGUA, E., «El acoso moral en el trabajo: causa inespecífica de despido disciplinario», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, volumen 2, núm. 19, 2010, pp. 31 y ss.

Conforme establece doctrina tradicional, las indemnizaciones por despido o por resolución contractual a instancias del trabajador son incompatibles con un nuevo resarcimiento basado en normas de Derecho civil, por lo que la indemnización legal absorbe una posible responsabilidad por daños y perjuicios causados al trabajador<sup>50</sup>.

El empresario debe ejercitar el poder disciplinario para evitar una responsabilidad por omisión que podría exigírsele en caso contrario. El empresario debe sancionar al trabajador acosador<sup>51</sup>. El acoso por razón de género supone un incumplimiento contractual grave y culpable, sancionable con el despido disciplinario, por su carácter discriminatorio (art. 54.2 del ET). Las sanciones disciplinarias deben ser proporcionadas a las faltas por lo que el despido debe considerarse la última ratio a la que recurrirá el empresario cuando no sean posibles otras alternativas menos graves. Así, el artículo 8.13 bis de la LISOS<sup>52</sup> considera el acoso como infracción laboral muy grave requiriendo para ser sancionado como tal, que el empresario no hay adoptado las medidas necesarias para impedirlo<sup>53</sup>, pudiendo sancionarlo con una multa en función de la gravedad de la infracción.

Además, el sujeto activo acosador (empresario u otro trabajador) pueden incurrir en responsabilidad penal<sup>54</sup>, puesto que el CP a partir de la Reforma de 22 de junio de 2010<sup>55</sup>, en el artículo 173.2 tipifica la conducta de acoso laboral, considerando como tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier relación laboral o funcional que humille a que lo sufre, imponiendo sanciones de grave ofensa a la dignidad<sup>56</sup>.

Con la prevención y sanción de las consecuencias derivadas del acoso por razón de sexo, el ordenamiento jurídico contribuye a la defensa de la dignidad y de los derechos fundamentales del trabajador, por lo que luchar contra la violencia por razón de sexo es luchar para conseguir que las mujeres consigan

<sup>50</sup> En este sentido se pronuncia STS de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006/6133).

<sup>51</sup> Vid. STSJ de Madrid de 21 de enero de 2008 (AS 2008/947).

<sup>52</sup> RCL 2000/1804.

<sup>53</sup> Vid. STC 74/2007 [RTC 2007/74]: excluye la responsabilidad del empresario, por falta de conocimiento de los hechos, en un supuesto de acoso psicológico llevado a cabo por un compañero de la víctima.

<sup>54</sup> TRUJILLO PONS, F., «La nueva reforma del Código Penal como posible estímulo a la esperada regulación preventiva del acoso moral en el lugar de trabajo», *Revista de Información Laboral*, núm. 7, Aranzadi, Pamplona, 2016.

<sup>55</sup> RCL 1995/3170.

<sup>56</sup> Artículo 173.2 del CP castiga con penas de prisión de seis meses a dos años, a los que en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

la plena integración en el mundo laboral, asegurando su propia autonomía, imprescindible para acabar con este tipo de violencia en todos los ámbitos.

La jurisprudencia considera la discriminación por razón de sexo como una causa de justa resolución de la relación laboral<sup>57</sup>, pero no siempre se califica como acoso por razón de género, por lo que es preciso una regulación general del acoso en el ámbito jurídico laboral español.

## V. CONCLUSIONES

La LOI se autodefine como preventiva y promocional de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, no sólo es una Ley sancionadora, sino y esencialmente, una Ley que entre sus objetivos aparece el combatir de forma activa y positiva, conductas y hábitos de tal naturaleza en el lugar de trabajo.

El acento se pone en la existencia del elemento objetivo, más que en el subjetivo donde la conducta es indeseada por la apreciación de quien la recibe, mediante la introducción de elementos, medibles objetivamente, y cuya existencia permite calificar el acto del acoso como aquel que se da fuera de los estándares de conducta habituales y como atentatorio de la dignidad de la mujer.

El carácter discriminatorio de estas conductas se manifiesta por afectar notoriamente a la mujer como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad y debilidad, y reside en el hecho de que la persona que recibe la ofensa la recibe como consecuencia de la minusvaloración que el sujeto agresor tiene del sexo femenino. Eso es lo determinante y sobre ello reaccionan las leyes antidiscriminatorias.

Considerado el acoso por razón de género un comportamiento pluriofensivo, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la dignidad, a la integridad física y moral y a la intimidad, debemos destacar que los esfuerzos legislativos realizados no solo para otorgar protección a las víctimas sino también destinados a la prevención de las situaciones de acoso, y es especial la importancia de la LOI, pero aun queda mucho por hacer, ya que no siempre las víctimas son capaces de reconocer su condición de tal, considerando molesto y desagradable pero que no alcanzan a calificar como acoso.

La LOI incorporó protocolos de prevención e intervención frente a las situaciones de acoso sexual y acoso por razón de género como un nuevo ins-

---

<sup>57</sup> En este sentido, la STSJ de Madrid de 31 de enero de 2011 (AS 2011/936); Vid. KAHALE CARRILLO, D., «El acoso laboral desde la óptica jurisprudencial», *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016.

trumento aplicable a las empresas para hacer frente a este tipo de situaciones, sien embargo en la actualidad son numerosas las empresas que carecen de este protocolo. Es cierto que se ha iniciado un camino en el que es preciso seguir avanzando, siendo precisa una mayor colaboración entre los organismos e instituciones públicas vinculados con temas de igualdad y prevención de riesgos para la elaboración de protocolos mas completos<sup>58</sup>. Es preciso un mayor compromiso y esfuerzo para prevenir una situación que vulnera derechos fundamentales de las personas y que sigue sin otorgársele la importancia que tiene en el ámbito de las relaciones laborales.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGRA, B., FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN, R., *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Laborum, Murcia, 2004.
- CABEZA PEREIRO, J., «La salud psicológica y social de los trabajadores: prevención de riesgos psicosociales», en Monereo Pérez, J. L. (director y coordinador) *Los servicios de prevención de riesgos laborales. Evolución y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2009.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., «Breves consideraciones sobre la prevención de los riesgos psicosociales», en AA. VV., *Los riesgos psicosociales: teoría y practica*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- «El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 11, Pamplona, 2007.
- GIL Y GIL, J. L., «Violencia de género y acoso por razón de sexo», en AA. VV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012.
- KAHALE CARRILLO, D., «El acoso laboral desde la óptica jurisprudencial», *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016.
- «El acoso (laboral, sexual y por razón de sexo)», en AA. VV., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.
- «El acoso laboral en España: las diferencias con las actitudes arbitrarias del empresario», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, núm. 3, 2015.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., «El acoso sexual y el acoso moral por razón de género y su tratamiento procesal», en AA. VV., *Riesgos psicosociales y su incidencia en las Relaciones Laborales y Seguridad Social*, CGPJ, 2005.

---

<sup>58</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y ARETA MARTÍNEZ, M., «La elaboración y negociación de los planes de igualdad. Análisis practico de la situación actual», *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 19, 2009.

- MELLA MÉNDEZ, L., «La política autonómica gallega sobre violencia de género: perspectiva laboral», en AA. VV.: *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012.
- MONTOYA MELGAR, A., «El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, núm. 140, 2008.
- MUNIN SÁNCHEZ, L. M., «La víctima de violencia de género ante el proceso laboral», en AA: VV., *Violencia de género y derecho del trabajo*, La Ley.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: «La discriminación por razón de género. Las fuentes reguladoras», *Actum Social*, núm. 11, El Derecho, 2008.
- «La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso por razón moral por razón de género», *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 91, 2007.
- *La violencia de género en el trabajo: elementos conceptuales y recepción normativa*, La Ley. Madrid, 2006.
- PEÑACOBIA VILLAR, E., «Sobre la prueba del acoso sexual en procesos por despido», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, Pamplona, 2012.
- ROALES PANIAGUA, E., «El acoso moral en el trabajo: causa inespecífica de despido disciplinario. A propósito de la STJ de Cataluña de 17 de julio de 2009», *Aranzadi Social*, Pamplona, 2010.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J., «El acoso sexual y su proyección en las relaciones laborales», *Revista de Información Laboral*, núm. 8, Aranzadi, 2015.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «La violencia de género en el ámbito laboral», *Revista de Derecho*, volumen 15, 2014.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y ARETA MARTÍNEZ, M., «La elaboración y negociación de los planes de igualdad. Análisis práctico de la situación actual», *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 19, 2009.
- SANCHEZ TRIGUEROS, C., y KAHALE CARRILLO, D. T., «Las enfermedades psicosociales y su consideración como enfermedad de trabajo», *Revista Anales del Derecho*, Murcia, 2016.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., y HIERRO F. J., *Los riesgos psicosociales: teoría y practica*, Aranzadi, 2009.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- TRUJILLO PONS, F., «La nueva reforma del Código Penal como posible estímulo a la esperada regulación preventiva del acoso moral en el lugar de trabajo», *Revista de Información Laboral*, n.º 7, Aranzadi, Pamplona, 2016.
- URRITIKOTXEA BARRUTIA, M., «Extinción del contrato de trabajo por acoso e indemnización adicional por daños. Comentario al Auto de 15 de septiembre de 2004», *Revista Doctrinal Aranzadi*, núm. 1, Aranzadi, Pamplona, 2005.

# CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

CARLOTA M.<sup>a</sup> RUIZ GONZÁLEZ

Doctora en Derecho  
Profesora Sustituta del Área de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. *El derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en el sistema de clasificación profesional.*—II. *El actual sistema de clasificación profesional.*—III. *La necesidad de concurrencia de una distinción, exclusión o preferencia.* 1. La realización de diferentes funciones dentro del grupo profesional. 2. La realización de las mismas funciones en diferentes grupos profesionales. 3. La atribución de mejoras salariales a determinados grupos de trabajadores de la empresa. 4. La prestación de servicios en distintos centros de trabajo como causa de desigualdad de trato.—IV. *La aplicación del principio de igualdad en la clasificación profesional por parte de los Convenios colectivos.*—Bibliografía.

## I. EL DERECHO A LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL SISTEMA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos legales de carácter nacional e internacional. En el Estado español, la Constitución (RCL 1978,2836), reconoce en dos de sus artículos tal atribución, proclamando en concreto, el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (art. 14) y la obligación de los poderes públicos de promover condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2).

Asimismo, la igualdad se configura como un principio fundamental en la Unión Europea, tanto es así, que desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, de 1 de mayo de 1999 (RCL 1999,1205 ter), este derecho se ha configurado como un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.

Desde ese año, numerosas han sido las disposiciones normativas adoptadas sobre la materia. Merece destacar, la Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre de 2002 (LCEur 2002,2562), de reforma de la Directiva 76/207/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y las condiciones de trabajo (LCEur 1976,44), y la Directiva 2004/113/CE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el acceso a bienes y servicios y su suministro (LCEur 2004,3568), las cuales han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por la segunda de las fuentes reguladoras de la materia de carácter nacional, en concreto, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (RCL 2008,586).

Como puede apreciarse de la lectura de los mencionados textos legales, nada se refiere expresamente sobre la aplicación del principio de igualdad en el sistema de clasificación profesional, limitándose la citada normativa a consagrar dicho principio especialmente en el ámbito del «*empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional*», lo que indirectamente tiene reflejo en el sistema de organización profesional de los trabajadores en la empresa.

No ocurrió lo mismo con el Convenio 111 de la OIT, adoptado el 25 de junio de 1958 (RCL 1968,2101), el cual consagra el deber de evitar la discriminación en el ámbito del empleo, desglosando este principio la Directiva 2006/54 (LCEur 2006,1696), en los términos siguientes: No será admitida ninguna discriminación, directa ni indirecta en los sectores públicos o privados, incluidos los organismos públicos en relación con «*a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta ajena o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de jerarquía profesional, incluida la promoción. b) El acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica*».

Siguiendo esta línea la LOI ha venido a expresar en sus artículos 1 y 5 el deber de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en materia de acceso al empleo, formación profesional, promoción profesional, condiciones de trabajo, etc. No obstante, el citado artículo 5 reconoce la no existencia de diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debi-

do 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 el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Esto lleva a concluir, que solo habrá discriminación cuando exista una «*distinción, exclusión o preferencia*»<sup>1</sup>, es decir, cuando se otorgue un tratamiento perjudicial para la víctima, sin necesidad de recurrir a una comparación en cuanto a categoría profesional se refiere. Ese resultado podrá consistir en la pérdida de derechos que se poseen, la no adquisición de derechos a los que aspira, etc., pero debe darse, en todo caso, un trato diferente para entender concurrente un supuesto discriminatorio.

A continuación se analizan concretos supuestos de aplicación de dicho principio al ámbito de la clasificación profesional, no sin antes mencionar, aunque de forma somera, las características que dicha materia presenta.

## II. EL ACTUAL SISTEMA DE CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

Uno de los objetivos que han presidido las últimas reformas legislativas operadas en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, ha sido el de permitir una gestión cada vez más flexible de los recursos humanos en la empresa, todo ello por entenderse que una actuación de este tipo podría ser un mecanismo preventivo frente al riesgo que supone la pérdida de empleo<sup>2</sup>.

En este sentido la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (RCL 212,945), ya insistía en la necesidad de garantizar «*tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo*», para ello establecía la norma un conjunto de medidas cuya pretensión legal era la de «*fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa*», entre las cuales se encontraba la modificación del sistema de clasificación profesional, pasando a tener como única referencia el grupo profesional con el «*objetivo de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz*».

---

<sup>1</sup> STSJ de Andalucía (Granada), de 22 de febrero de 2012 (AS 2012, 2054). Al respecto añade la citada Sentencia que la nota esencial de la discriminación es el efecto peyorativo, el perjuicio objetivo de los intereses de la víctima, sin que importe la concurrencia de intención de perjudicar en el sujeto que la pone en práctica, incluso si ese sujeto posee razones económicas creíbles para ponerla en práctica.

<sup>2</sup> Es la opinión de VALLE MUÑOZ, F. A., «La incidencia de la reforma laboral de 2012 en la clasificación profesional y en la movilidad funcional», *Revista de Derecho Social*, núm. 60, 2012, p. 33.

En cuanto al concepto de clasificación profesional determina la doctrina constitucional consiste en un «*mecanismo jurídico que conecta al trabajador con el conjunto normativo regulador de su nexo contractual: delimita la prestación en principio exigible, confiere un tratamiento retributivo específico e incide en el tiempo de prestación del trabajo, en la duración del período de prueba, en la cotización y prestaciones del sistema de Seguridad Social y en el ejercicio de los derechos de representación colectiva*»<sup>3</sup>.

Es por ello, que puede deducirse de esta definición que en materia de clasificación profesional los intereses de empresarios y trabajadores no son coincidentes, porque mientras al trabajador le interesa gozar de un sistema de clasificación delimitado y preciso frente al poder de dirección del empresario, a éste le interesa que la función del trabajador sea lo más flexible y ampliable, de modo que la prestación laboral pueda ampliarse en cualquier momento encomendando al trabajador tareas que desborden el margen de la misma.

En cuanto a las características del actual sistema de clasificación profesional<sup>4</sup>, pueden señalarse a partir de su configuración legal las siguientes:

En primer lugar, el nuevo artículo 22.2 ET señala que mediante convenio colectivo, bien en su defecto mediante acuerdo de empresa, el sistema de clasificación profesional se configura a través de la figura de los grupos profesionales, los cuales deberán agrupar «*de manera unitaria las aptitudes profesionales, titulaciones y el contenido general de la prestación; y, podrán incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador*»<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> STC 20/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 20). En similares palabras se manifiestan posteriormente las SSTSJ de País Vasco, de 9 de enero de 2001 (AS 2001, 49), y de Asturias, de 23 de mayo de 2013 (AS 2003, 3309).

<sup>4</sup> Un comentario sobre las modificaciones introducidas en materia de clasificación profesional por la Ley 3/2012 puede verse en FABREGAT MONFORT, G., «La clasificación profesional y la movilidad funcional tras la Ley 3/2012», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2013, p. 3.

<sup>5</sup> Sobre este aspecto se ha manifestado la doctrina judicial, afirmando que los grupos profesionales deben construirse sobre dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo: «El elemento objetivo, relacionado con el contenido de las tareas a realizar; y, el subjetivo, con las condiciones que deben reunir los trabajadores para desempeñar aquellas funciones. En ambos casos deben presentar un perfil unitario, esto es, que respondan a una misma concepción funcional de las tareas. A partir de ahí, por titulaciones deben entenderse aquellos títulos oficiales que habilitan para el ejercicio de una profesión. Las aptitudes profesionales se refieren a la cualificación o competencia profesional del trabajador para desempeñar distintas funciones. Finalmente la unidad en el contenido general de la prestación hace referencia al conjunto de tareas objetivas que integran las funciones del grupo profesional. La identidad en el contenido general de la prestación permite la determinación jurídica de las funciones exigibles, limitando la amplitud funcional con la que puede diseñarse el grupo». STSJ de Cataluña, de 4 de enero de 2010 (JUR 2010, 115488), en sentido similar posteriormente se expresa la SAN de 13 de marzo de 2014 (AS 2014, 746).

En segundo lugar, se ha procedido equiparar la prestación laboral al grupo profesional, de modo que el actual artículo 22.4 ET señala *«por acuerdo entre el trabajador y el empresario... se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas»*.

En tercer lugar, se reconoce la posibilidad de polivalencia funcional entre grupos profesionales, de modo que el artículo 22.4 ET *in fine* determina *«Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo»*.

En cuarto lugar se incorporan nuevos criterios de clasificación profesional, entre ellos cita el artículo 22.2 ET *«las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador»*, debiendo ajustarse tal definición a *«criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres»*.

Como última característica en la materia cabe citar se la preferencia que se otorga Convenio de empresa como marco privilegiado en la negociación de los sistemas de clasificación profesional (art. 22.1 ET).

### III. LA NECESIDAD DE CONCURRENCIA DE UNA DISTINCIÓN, EXCLUSIÓN O PREFERENCIA

Uno de los requisitos necesarios para la concurrencia de trato desigual entre trabajadores en el sistema de clasificación profesional es la necesidad de que exista distinción, exclusión o preferencia infundada de un empleado respecto del otro.

En este sentido determina la doctrina judicial ciertas reglas interpretativas sobre cómo identificar esa diferencia o preferencia de trato, siendo necesario en concreto<sup>6</sup>:

— La superación de lo que habitualmente se ha denominado *«juicio de identidad»*, es decir, la necesidad de acreditar la existencia de un nivel suficiente de similitud respecto a la situación de la que se invoca el agravio, y

---

<sup>6</sup> STSJ de Cataluña, de 30 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 498112).

— Seguidamente, una vez superada la citada prueba, comprobar si se produce la paridad pues el elemento diferenciador ha de ser racional «*juicio de racionalidad*», es decir, ha de tener la consistencia de un *fumus boni iuris*, sin arbitrariedad.

Por otra parte, y con apoyo legal en el citado artículo 5 LOI, continua afirmando la jurisprudencia que podrá alegarse inexistente el trato desigual cuando concurren dos elementos adicionales:

— El «*juicio causal o finalista*», que implica la existencia de una causa objetiva y razonable, y

— El «*juicio de adecuación o proporcionalidad*», que implica que la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido sean adecuados a estos objetivos y no resulten especialmente gravosos para los afectados.

Asimismo, añade la doctrina del TS que el principio de igualdad no es absoluto, sino relacional, en el sentido que requiere, de un lado que «*como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas*» y, de otro lado que «*las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso*»<sup>7</sup>.

Por último una vez verificados estos presupuestos habrá que determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma, y para ello hay que tener en cuenta que 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 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello.

Por todo ello, en conclusión puede afirmarse que el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y, para introducir diferencias entre ellos, tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con

---

<sup>7</sup> SSTS de 9 de junio de 2009 (RJ 2009, 4172), de 12 de abril de 2011 (RJ 2011, 3828) y de 20 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3896). En similares palabras posteriormente se expresa la SAN de 25 de febrero de 2014 (AS 2014, 488).

critérios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

### 1. La realización de diferentes funciones dentro del grupo profesional

Siguiendo los elementos de juicio anteriormente citados, en el ámbito de la clasificación profesional, la distinta titulación, las específicas y exclusivas funciones que realice el trabajador o la retribución asignada, hacen suponer la no existencia de un indicio de trato desigual, incluso cuando los trabajadores comparados se encuentren clasificados en la misma categoría. Ello se debe, determina la jurisprudencia, a que dentro de un mismo nivel profesional pueden existir diferentes trabajos, con diferente valor profesional, lo que hará posible un trato diferente entre trabajadores, que no implicará en este sentido, discriminación alguna<sup>8</sup>.

Cosa distinta será, tal y como argumenta la jurisprudencia comunitaria, el otorgamiento de trato desigual en el acceso al empleo basado en una circunstancia no profesional de los trabajadores, como puede ser la mayor protección que se considera ofrecen los hombres frente a las mujeres en determinados puestos militares. Al respecto alega el TJUE, que en ningún caso las argumentaciones que puedan presentar las partes serán consideradas justificadas y proporcionales, dando lugar directamente a un supuesto de discriminación<sup>9</sup>.

En sentido similar se manifiesta la doctrina judicial española, entendiendo que el argumento presentado por una empresa sobre la indisponibilidad de baños para señoras en el centro de trabajo como causa para su no contratación, es un claro supuesto de trato de desigual a las mujeres en el acceso a un puesto de trabajo<sup>10</sup>.

También cuando la exclusión en ciertos trabajos a las mujeres se base en el esfuerzo físico que requiere el desarrollo de las tareas, constituyendo en los mismos términos anteriores un trato desigual, y siendo solamente admitido

<sup>8</sup> STSJ de Cataluña, de 10 de mayo de 2013 (AS 2013, 1856). También puede verse la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 28 de noviembre de 2014 (JUR 2014, 12972).

<sup>9</sup> STJUE de 6 de marzo de 2014, Caso Loredana Napoli contra Ministero della Giustizia (TJCE 2014, 57). Similar fundamentación jurídica tiene la STJUE de 16 de julio de 2015, Caso Konstantinos Maïstrellis contra Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthroponon Dikaiomaton (TJCE 2015, 306).

<sup>10</sup> SSTSJ de Islas Canarias (Las Palmas), de 22 de diciembre de 2008 (AS 2009, 310), y de Andalucía (Granada), de 22 de febrero de 2012 (AS 2012, 2054).

como válido este criterio de trato desigual cuando se combine con otros rasgos neutros que lleven a considerar proporcional y justificada tal exclusión <sup>11</sup>.

## **2. La realización de las mismas funciones en diferentes grupos profesionales**

Puede ocurrir, por el contrario, que dos categorías profesionales incluyan trabajos de similares o iguales características, esto dará lugar a la solicitud por parte de los trabajadores clasificados en la categoría inferior a que el empresario proceda a su reclasificación y atribución del salario que reciben los trabajadores de la superior categoría.

Sobre este aspecto mantiene el Tribunal Supremo <sup>12</sup>, que resulta jurídicamente correcto que en un convenio colectivo se establezcan categorías diferentes por razón de la titulación y con una distinta remuneración, aunque el trabajo a realizar en una y otra pueda ser el mismo, pues nada impide que un trabajador con una titulación determinada pueda ser contratado para realizar una actividad de menor entidad que aquella que correspondería a dicha titulación, siendo evidente que no solo por ello tiene derecho a cobrar automáticamente el salario de quienes desempeñen el trabajo propio de la misma y hayan sido contratados atendiendo a tal circunstancia con una categoría superior.

## **3. La atribución de mejoras salariales a determinados grupos de trabajadores de la empresa**

Igualmente, se determina por la doctrina judicial que las mejoras salariales debidas a concesiones unilaterales del empresario a uno o a un grupo de trabajadores y no así a otros o todos, no vulnera inicialmente el principio de igualdad reconocido constitucionalmente si no se debe a razones discriminato-

---

<sup>11</sup> SSTSJ de Islas Canarias (Las Palmas), de 25 de febrero de 2014 (AS 2014, 1218) y de 19 de diciembre de 2014 (AS 2015, 1589).

<sup>12</sup> SSTS de 26 de enero de 2009 (RJ 2009, 2867), 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2111), de 14 de enero de 2010 (RJ 2010, 3400), de 4 de febrero de 2010 (RJ 2010, 2829) y (RJ 2010, 3400), de 12 de abril de 2011 (RJ 2011, 6090) y, de 27 de junio de 2011 (RJ 2011, 3828). En el mismo sentido, SSTSJ de Comunidad Valenciana, de 15 de julio de 2010 (AS 2010, 2902), Aragón, de 22 de noviembre de 2010 (AS 2011, 630), Andalucía (Granada), de 3 de marzo de 2011 (JUR 2011, 98458), y de 21 de marzo de 2012 (JUR 2012, 247293), de Islas Canarias (Las Palmas), de 27 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 164145), de Extremadura, de 28 de junio de 2013 (AS 2013, 2036), de Galicia, de 30 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 271122), y Cataluña, de 22 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 51774).

rias. De este modo, puede ocurrir que en una misma empresa se atribuya determinados complementos salariales a ciertos trabajadores, en atención a las concretas características del puesto de trabajo que realizan <sup>13</sup>.

No obstante la atribución de estas mejoras, determina la jurisprudencia, requiere del cumplimiento de ciertos requisitos, en concreto:

- El respeto a los mínimos retributivos legales y convencionales.
- Que el empresario abone la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, por prestaciones de trabajo de igual valor (art. 28 ET).
- No se pretenda suplantarse la negociación colectiva, y
- No se incurra en la prohibición de discriminación por razón de sexo, afiliación sindical, etc., en cuyo caso, la obligación de un trato igual viene establecido expresamente en la CE y en el ET.

En el mismo sentido se manifiesta la regulación convencional, estableciendo la necesidad de lograr la máxima observancia del principio de no discriminación en materia retributiva por razón de género, de modo que quede garantizado la misma retribución para un trabajo de igual valor y mismas condiciones objetivas y personales <sup>14</sup>.

Luego no es un trato desigual contrario a la Constitución, establecer solo para ciertos trabajadores el abono, por ejemplo, de los trienios, y a otros trabajadores no, siempre y cuando dicha diferencia en retribución se base no en circunstancias personales de los trabajos, sino en aspectos profesionales del trabajo a realizar.

#### 4. La prestación de servicios en distintos centros de trabajo como causa de desigualdad de trato

Otro de los motivos en los cuales viene reflexionando la jurisprudencia en cuanto a trato desigual en la clasificación profesional, afecta a la cuestión sobre si el distinto encuadramiento profesional de trabajadores que prestan idénticas funciones vulnera o no el principio de igualdad constitucional, cuando la

---

<sup>13</sup> SSTS 11 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 7043), de 9 de junio de 2009 (RJ 2009, 4172), y de 14 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2808). Siguen este criterio las SSTSJ de Andalucía (Granada), de 21 de marzo de 2012 (JUR 2012, 247293), de Islas Canarias (Las Palmas), de 27 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 164145), de 18 de febrero de 2013 (JUR 2013, 161704), y de 30 de enero de 2017 (JUR 2017, 80586), Andalucía (Sevilla), de 28 de noviembre de 2014 (JUR 2014, 12972) y Andalucía (Málaga), de 21 de abril de 2016 (JUR 2016, 121936).

<sup>14</sup> Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, Resolución de 18 de mayo 2017 (RCL 2017, 715).

única justificación del trato desigual se fundamenta en la realización de la prestación laboral en diferentes centros de trabajo.

En este caso, determina la doctrina judicial<sup>15</sup>, resulta indudable que el hecho de asignar diferente categoría profesional según se trabaje en uno u otro centro de trabajo de la empresa no es razonable y, por lo tanto, no resulta aceptable en el ordenamiento constitucional. Todo ello por no poderse considerar, que la pertenencia a distinto centro no puede ser en sí misma considerada una razón que justifique el diferente encuadramiento, por cuanto que su base objetiva no puede servir de término de justificación, no superando por tanto el juicio de igualdad.

#### IV. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL POR PARTE DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Por último, junto al trato jurisprudencial que recibe el principio de igualdad en su proyección sobre la clasificación profesional, cabe citar el tratamiento que también recibe la materia por la negociación colectiva. La cual se proyecta prácticamente en la mayoría de los Convenios desde tres puntos de vista.

La primera manifestación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito convencional viene determinado por la inclusión de dicho principio en la definición y estructuración del sistema de clasificación profesional. De este modo, determinan los Convenios colectivos que dicho sistema tendrá por objeto *«facilitar la gestión de los recursos humanos en las empresas, así como el desarrollo profesional de los trabajadores en igualdad de oportunidades, considerando que entre ambas actuaciones ha de conseguirse una correspondencia positiva»*<sup>16</sup>.

En segundo lugar, y en cuanto a los criterios de clasificación profesional, los Convenios colectivos configuran su estructura atendiendo a los parámetros enunciados en el artículo 22 ET, es decir: aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación. Los cuales determina la negociación colectiva se deberán basar *«en criterios comunes para los trabajadores de*

---

<sup>15</sup> STSJ de Galicia, de 13 de abril de 2009 (AS 2009, 1625). Posteriormente, en el mismo sentido, se manifiesta la STS de 16 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 6153) y STSJ de Cataluña, de 13 de abril de 2017 (AS 2017, 630).

<sup>16</sup> Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, Resolución de 18 de mayo de 2017 (RCL 2017, 715). También en idéntico sentido, XV Convenio colectivo para el comercio de flores y plantas (RCL 2016, 603), y VI Convenio colectivo general de aparcamientos y garajes, de 27 de abril de 2017 (RCL 2017, 638).

*ambos*»<sup>17</sup>, excluyéndose por tanto cualquier discriminación por razón de sexo. Esta precisión determina que podrán acceder a cualquier puesto de trabajo de los enunciados en el sistema de clasificación cualquier hombre o mujer que reúna los requisitos profesionales exigidos, sin que la pertenencia a uno u otro sexo pueda constituir causa justificativa de exclusión en el acceso.

Por último, prevé la negociación colectiva en el proceso de fijación de los objetivos de igualdad en la empresa, que es elemento relevante en el mismo la realización de diagnósticos de situación, cuya finalidad será la de obtener datos desagregados por sexo en relación a diversos aspectos, entre los que se encuentra la clasificación profesional. Todo ello a efectos de constatar la posible existencia de situaciones de desigualdad de trato u oportunidades entre hombres y mujeres carentes de una justificación objetiva y razonable<sup>18</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

FABREGAT MONFORT, G., «La clasificación profesional y la movilidad funcional tras la Ley 3/2012», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2013.

VALLE MUÑOZ, F. A., «La incidencia de la reforma laboral de 2012 en la clasificación profesional y en la movilidad funcional», *Revista de Derecho Social*, núm. 60, 2012.

---

<sup>17</sup> Convenio colectivo estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, Resolución de 14 de julio de 2015 (RCL 2015, 128). En términos similares, pueden verse, entre muchos, por ejemplo el V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, Resolución de 6 de mayo de 2015 (RCL 2015, 756) y el Convenio colectivo del sector del transporte discrecional y turístico de viajeros por carretera de las Illes Balears, Resolución de 5 de junio de 2014 (LIB 2014, 135).

<sup>18</sup> Convenio Colectivo del sector Transporte Sanitario de Navarra, Resolución de 13 de octubre de 2014 (LNA 2014, 305).



# CONTRATACIÓN

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. *Ideas previas.*—II. *Políticas activas para favorecer el acceso al empleo.*  
1. Incentivos a la contratación. 2. Cláusulas de acción positiva en el acceso al empleo.—*Bibliografía.*

## I. IDEAS PREVIAS

El principio de libertad económica incorpora la regla de la libre contratación, que se garantiza en los artículos 10. 1 y 38 de la Constitución Española. En este sentido, se entiende que el empresario tiene libertad para encomendar las tareas de la empresa a quien quiera, y el trabajador, a su vez, tiene también libertad para ofrecer sus servicios a cualquier empresario. Junto a esta libertad de contratación y, dentro del Derecho del Trabajo, como necesaria irradiación del artículo 14 CE, rige el principio de prohibición de no discriminación —proclamado en los artículos 4.2.c), el artículo 17.1 ET, así como el artículo 12 LOLS—, y el principio de igualdad, consagrado en el artículo 9.2 CE.

En el ámbito internacional, el Convenio núm. 11 OIT, discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por España en 1967, obliga a los Estados firmantes a formular y llevar a cabo una política nacional que proporcione, por métodos adecuados, las condiciones y las prácticas nacionales, para lograr la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, y eliminar cualquier discriminación a este respecto. También, el ar-

título 157.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea otorga la base específica para la adopción de medidas destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación. Igualmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 prevé el principio de igualdad ante la ley, así como la prohibición de discriminación (artículos 20 y 21).

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres procede a desarrollar los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, a los que concede «carácter fundamentador»<sup>1</sup>, ya que recoge, de forma expresa, el contenido de esos dos preceptos en el primer párrafo de su Exposición de Motivos. Asimismo, sitúa como piedra angular de la Ley, que «nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres», la prevención de las conductas discriminatorias y la previsión de las políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad.

En efecto, la LOI presta especial atención a la satisfacción de la igualdad de género en los ámbitos específicos «del empleo privado, objeto de una relación laboral, y de la prestación de servicios en el empleo público»<sup>2</sup>. A cada uno de estos sectores de empleo en los que puede desarrollarse la actividad productiva de las mujeres dedica dos Títulos independientes. Así, encomienda el Título IV, a la regulación del «derecho al trabajo en igualdad de oportunidades», y el Título V, al principio de igualdad en el empleo.

Uno de los objetivos en materia de política activa de empleo, recogidos en la Estrategia Española de Empleo de Activación para el empleo (artículo 4 bis Ley de Empleo), es la «Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo» (eje 4 de la Estrategia) que comprende las actuaciones dirigidas a promover la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso y permanencia y promoción en el empleo».

Y es que a pesar de que las mujeres han mejorado su nivel de formación en las últimas décadas y obtienen mejores calificaciones que los hombres<sup>3</sup>, la tasa de empleo no se refleja en el ámbito laboral. Otro rasgo claro y diferenciador entre mujeres y hombres, en el contexto del empleo y de las condiciones de trabajo, se encuentra en la segregación horizontal y vertical del mercado de

---

<sup>1</sup> MONTOTOY MELGAR, A., «Significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en Montotoy Melgar, A. (Dir.) *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Civitas, Madrid, 2007, p. 41.

<sup>2</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Políticas Sociolaborales e Igualdad de Género», en Montotoy Melgar, A. (Dir.) *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Civitas, cit., p. 278.

<sup>3</sup> *Mujeres y Hombres en España*, Estudio del Instituto Nacional de Estadística, en colaboración con el Instituto de la Mujer el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y diversas universidades, referenciado en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, p. 51.

trabajo, en una mayor temporalidad en el empleo de mujeres y en la mayor incidencia de contratos a tiempo parcial. A esta evidencia se añade el hecho de que las mujeres acceden, en mucho menor número que los hombres, a puestos de responsabilidad, aun cuando sus niveles educativos, como ya se ha señalado, son actualmente, y en general, superiores<sup>4</sup>.

Es cierto que se están dando pasos dirigidos a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, mediante la adopción de medidas y estrategias encaminadas a la erradicación de las desigualdades, sin embargo, siguen perdurando diferencias importantes en las distintas dimensiones que determinan las características del acceso de la mujer en el mercado laboral, y por ende, de su participación<sup>5</sup>.

\* \* \* \* \*

En este capítulo nos centraremos en algunas de las medidas y líneas de actuación, que promueven tanto la LOI como la Ley de Empleo a través de los distintos instrumentos de políticas activas de empleo, que tratan de garantizar y alcanzar la igualdad efectiva y efectiva entre mujeres y hombres en el acceso y permanencia en el empleo. En concreto, las medidas que vamos a estudiar se refieren a los incentivos a la contratación de mujeres y a las acciones positivas de resultado a través de la negociación colectiva en los términos previstos en el artículo 17.4 ET, sin entrar a analizar los Planes de igualdad, que serán estudiados en otro Capítulo de este libro.

## II. POLÍTICAS ACTIVAS PARA FAVORECER EL ACCESO AL EMPLEO

Para favorecer la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, se establece como objetivo concreto la mejora de la empleabilidad y de la perma-

---

<sup>4</sup> Datos obtenidos del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, p. 50-53, en <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf>

<sup>5</sup> En efecto, la menor tasa de temporalidad actual y la igualación entre sexos de ella, no implica por sí misma, una mejora relativa de las condiciones de trabajo de las mujeres. Dado que indicadores asociados, como la frecuencia de los contratos temporales de corta duración, arrojan resultados más altos para las mujeres, y dado que estos se producen en presencia de mayores tasas de paro femeninas, vinculados además a un menor nivel formativo, a la edad y a determinadas ocupaciones, cabe pensar que se siguen dando, con mayor peso que entre los varones, situaciones laborales que suponen una más débil inserción femenina, concentrada en determinados nichos del mercado de trabajo (Informe CES 2/2014, *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, pp. 45-51 y 173); ello explicaría las menores tasas de participación laboral en grupos concretos de mujeres: de edad mediana, de baja formación, con frecuentes periodos fuera del empleo. Otra de los rasgos característicos del empleo femenino es el mayor peso del trabajo a tiempo parcial, en *La participación laboral de la Mujeres en España*, CES, Informe 5/2016, pp. 63-65.

nencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo<sup>6</sup>.

Se parte de un principio general incorporado en el artículo 42 de la LOI, según el cual las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios, el de aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Este propósito lo encontramos en el vigente diseño legal de la política de empleo, contenido en la Ley 3/2015, de 23 de octubre, Ley de Empleo (en adelante, LE), que enumera entre sus objetivos generales, los de «garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación (...)», y «asegurar políticas de integración laboral dirigidos a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral». En esta línea, además, el artículo 30 de la Ley de Empleo incluye, entre los colectivos prioritarios de esas políticas, a las mujeres como destinatarias de las medidas de fomento del empleo (junto a jóvenes, parados de larga duración, personas con responsabilidades familiares, personas con discapacidad o en situación de exclusión social e inmigrantes).

En realidad, estas acciones, encaminadas a la consecución de la igualdad real y efectiva de las mujeres en el acceso al empleo, se presentan como medidas antidiscriminatorias para corregir la situación de nula o escasa presencia en un determinado ámbito de empleo. Encuentran cobertura, por un lado, en el artículo 9.2 CE, y por otro, en el artículo 11 LOI, con un alcance más general y no solo limitado al ámbito laboral; en el que se invoca el derecho constitucional de igualdad para conceptuar dichas medidas de acción positiva o afirmativa «como específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres»<sup>7</sup>.

En efecto, tales medidas suponen la concesión de ventajas particulares mediante una acción positiva o discriminación favorable por tratarse de colectivos elegidos, que requieren de la protección singular del legislador<sup>8</sup>.

Junto a estos instrumentos prototípicos de las políticas activas de empleo, y en consonancia con la promoción de acciones destinadas a corregir situaciones de las mujeres de patente desigualdad con respecto a los hombres, el artículo 47 LOI faculta a la negociación colectiva a establecer «medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación

---

<sup>6</sup> CASTRO ARGÜELLES, M. A./ÁLVAREZ ALONSO, D., *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo* Civitas, Madrid, 2007, p. 110.

<sup>7</sup> MONTOYA MELGAR, A., «Significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en Montoya Melgar, A. (Dir.) *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., p. 75.

<sup>8</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 26.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid 2017, p. 452.

efectiva del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. En similares términos, se expresa el artículo 17.4 ET, pero estableciendo «reservas y preferencias, en igualdad de condiciones de idoneidad», a las «personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate». 17.4 ET.

## 1. Incentivos a la contratación

Las políticas de contratación a través de incentivos (bonificaciones y reducciones de cotizaciones sociales e incentivos fiscales al empleo) constituyen una constante en nuestro país desde hace muchos años.

La inclusión de la mujer como «colectivo prioritario» se remonta a la Ley Básica de Empleo de 1980, que ya reguló la posibilidad de adoptar programas destinados a fomentar el empleo de trabajadores con dificultades especiales de inserción en el mercado de trabajo. En el ámbito europeo, también desde la Cumbre de Luxemburgo de 1997 se venía promoviendo la integración de las personas desfavorecidas –entre ellas, también las mujeres–, a través de la adopción de medidas que les pudieran beneficiar para evitar la discriminación, alcanzar la igualdad de oportunidad y la inserción social. Desde entonces, los pactos fruto de la concertación social, los planes nacionales de empleo, las sucesivas reformas del mercado de trabajo han mantenido a las mujeres como receptoras de medidas tendentes a incentivar su contratación y permanencia en el trabajo.

Así, lo confirma, el artículo 30 de la Ley de Empleo que incluye a las mujeres, entre los colectivos prioritarios de esas políticas, como destinatarias de las medidas de fomento del empleo. Estas medidas suponen la concesión de ventajas particulares mediante una acción positiva o discriminación favorable por tratarse de colectivos elegidos que requieren de la protección singular del legislador.

La regulación vigente de las bonificaciones o reducciones de las cotizaciones que las empresas pagan por las trabajadoras contratadas a su servicio se encuentran principalmente en tres programas de empleo. Un marco general, regulado en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre que contienen bonificaciones para la contratación de mujeres –entre otros, colectivos– y que actúa como norma supletoria para otros programas de fomento de empleo. Un segundo grupo de medidas, que concede bonificaciones al contrato de apoyo a los emprendedores y otras fórmulas de contratación y un tercer grupo que se asienta en la Ley 11/2013, que regula incentivos para el empleo juvenil y los nuevos proyectos empresariales<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 462.

Este conjunto de normas, que no solo se dirige a las mujeres, recoge los incentivos que se prevén para todos los grupos de población que presentan mayores dificultades en el acceso al empleo, es decir, para los denominados «colectivos prioritarios». En este momento, no existe en España una política de fomento del empleo femenino, como si existe, por el contrario, en relación con los jóvenes para quienes se diseñan nuevos tipos de contrato con los que promocionar su inserción laboral<sup>10</sup>.

La Estrategia Europea fija unos objetivos globales que se cifran en alcanzar el 75% de la población empleada en 2020, sin realizar distinción alguna entre hombres y mujeres. Por ello, en la Estrategia Española de activación para el Empleo 2017-2020 no figura como objetivo prioritario la mejora de la empleabilidad de las mujeres en el diseño de las políticas activas de empleo<sup>11</sup>. No obstante, en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2017 se presenta como finalidad primordial «la prevención de la discriminación por razón sexo en el acceso al empleo», y en concreto, como línea de actuación específica, la de: «reforzar la inclusión del principio de igualdad de oportunidades y de no discriminación en las políticas de acceso al empleo»<sup>12</sup>.

Entre las opciones que tiene el legislador español para incentivar el empleo a través de las bonificaciones y/o reducciones a las cotizaciones de Seguridad Social, solo ha previsto incentivos especiales para las mujeres víctimas de violencia de género por las especiales circunstancias de este grupo. Estas medidas se concretan en estímulos a la contratación de las empresas en forma

---

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ CRESPO, M. J., «Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en tiempos de crisis», en C. Sáez Lara, (Coord.), *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Laborum, 2016, pp. 38.

<sup>11</sup> En efecto, la Estrategia Española de Activación para el empleo orienta los servicios y programas de forma prioritaria a la empleabilidad de los jóvenes con una implantación de la garantía juvenil y de otros colectivos vulnerables como parados de larga duración y personas en riesgo de exclusión social, en Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de activación para el empleo 2017-2020 (BOE de 16 de diciembre de 2017).

<sup>12</sup> Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2017, pp. 51-54 En el mismo, sentido el Plan Anual de Política de Empleo para 2017 señala como objetivo estructural la igualdad de oportunidades en el empleo, si bien centra la vinculación a resultados la centra en torno a los objetivos estratégicos acordados, a saber: Mejorar la empleabilidad de los menores de 30 años que no estudian ni trabajan (10%); la de colectivos afectados por el paro de larga duración, en particular mayores de 45 (15%); Mejorar la calidad de la formación profesional para el empleo y la formación dual (10%); Promover la activación de beneficiarios de prestaciones por desempleo (5%); Impulsar el emprendimiento como parte inseparable de la activación de desempleados (10%), sin tampoco hacer distinción entre hombres y mujeres, en Resolución de 18 de diciembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2017, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, BOE de 26 de diciembre de 2017.

de cantidad a tanto alzado (600 euros/año durante toda la vida del contrato, Ley 43/2006)<sup>13</sup>.

Fuera de este colectivo con especiales circunstancias, los incentivos se destinan, en general, bien a la contratación indefinida, bien a la contratación temporal de trabajadores, incrementándose su cuantía si la contratación se realiza a mujeres:

— En el caso de que la contratación sea indefinida, se concede a las empresas que contraten a mujeres mayores de 45 años con un contrato de apoyo a los emprendedores, reducciones en las cuotas a la Seguridad Social de 1500 euros, siempre que se trate de contrataciones de mujeres en ocupaciones en la que estén menos representadas.

— En el caso de que se celebren contratos temporales, se bonifica, por un lado, la contratación de mujeres, y por otro, la transformación en indefinido de contratos inicialmente temporales mediante reducciones en las cuotas de Seguridad Social, cuando se contrate a mujeres con preferencia frente a los hombres.

Este es el caso de la transformación en indefinido del contrato de primer empleo joven (700 euros/año mujeres, 500 euros/año hombre, artículo 12 Ley 11/2013), contratación indefinida de jóvenes procedente de una empresa de trabajo temporal con contrato de primer empleo joven (700 euros/año mujeres, 500 euros/año hombre, artículo 12.4 Ley 11/2013); contratación indefinida de trabajadores provenientes de una empresa de trabajo temporal con contrato para la formación y el aprendizaje (1800 euros/año mujeres, 1500 euros/año hombre, Disp. Final 4.ª, Ley 11/2013); contratación indefinida de trabajadores que hubieran estado contratados por una ETT o con contratos en prácticas y puestos a disposición de una empresa usuaria que procede a su contratación como indefinido (700 euros/año mujeres, 500 euros/año hombre, Ley 14/1994, RDL 16/2013)<sup>14</sup>.

Asimismo, se incentiva la transformación de los contratos para la formación y el aprendizaje, contratos en prácticas, relevo o sustitución en indefinidos a través del incremento del incentivo cuando la transformación se realiza a favor de la mujer (1800 euros/año mujeres, 1500 euros/año hombre, en el caso de contratos para la formación y el aprendizaje; (700 euros/año para la

<sup>13</sup> Para este grupo especial se concretan, además, otras medidas para favorecer el acceso al empleo de las mujeres víctimas de violencia de género: itinerario sociolaboral integrado (art. 6 RD 1917/2008), programa formativo específico 8, artículo 7 RD 1917/2008), entre otras.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ CRESPO, M. J., «Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en tiempos de crisis», en Sáez Lara, C. (Coord.), *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, cit., 2016, pp. 36-38.

transformación del resto de los contratos en el caso de las mujeres, 500 euros/año hombre)<sup>15</sup>.

En fin, el legislador, lejos de apartarse de su idea inicial de suprimir las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social y generar una política restrictiva a este respecto, procede a incrementar los incentivos a través de la creación de nuevos contratos, aumentando su número y dispersión<sup>16</sup>.

## 2. Cláusulas de acción positiva en el acceso al empleo

Hasta la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, las relaciones colectivas se habían mantenido «impermeables»<sup>17</sup> al principio de igualdad entre mujeres y hombres. A partir de la entrada en vigor de la LOI, la negociación colectiva instaura un marco normativo especial para la negociación colectiva de medidas de igualdad entre mujeres y hombres, diferenciado del marco normativo general para la negociación colectiva, regulando en su texto «los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad» (Capítulo III, Título IV LOI) y alguna otra norma de promoción de la igualdad en la negociación colectiva a través de medidas de acción positiva (artículo 43 LOI).

Como ya se ha señalado, el estudio de los planes de igualdad se realizará en otro capítulo de esta obra al que nos remitimos. Ahora nos ocupa abordar el análisis de la medida que se recoge en el artículo 43 LOI, y más concretamente, nos detendremos en cómo la negociación colectiva intentar favorecer, a través de otros instrumentos, el acceso de las mujeres al empleo<sup>18</sup>.

Que la negociación colectiva es relevante en la consecución de la igualdad laboral es una realidad que no escapa a nadie. En efecto, el convenio colectivo constituye una opción adecuada e idónea para incorporar y desarrollar el principio de igualdad en las relaciones laborales a través de la regulación de cláusulas convencionales destinadas a la promoción de la aplicación efectiva

---

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ CRESPO, M. J., *Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en tiempos de crisis*, cit., pp. 37.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «Políticas de emprendimiento y empleo juvenil: financiación e incentivos», *Revista Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 113, 2014, p. 62.

<sup>17</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., «El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres», en Lousada Arochena, J. F. (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2008, p. 29.

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión y de forma más detallada: VALDÉS DAL-RE, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*. Ed. Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010, pp. 63 y ss.

de principio de igualdad de trato en el acceso al empleo entre mujeres y hombres. Varias son las razones que confirman esta afirmación. En primer lugar, porque el convenio colectivo desempeña una función reguladora de las relaciones laborales en los espacios que la ley deja a la negociación colectiva. En segundo lugar, porque el convenio colectivo cumple una función individualizadora, regulando las condiciones por las que han de regirse las relaciones singulares de trabajo, incluidas en su ámbito de aplicación<sup>19</sup>. Y, en definitiva, porque el convenio colectivo es un instrumento de equilibrio de las posiciones entre empresarios y trabajadores, que posee la gran ventaja de ser un medio flexible para ajustar condiciones de trabajo<sup>20</sup>, y en este caso, es el instrumento adecuado para fomentar las obligaciones de «hacer» –crear condiciones de igualdad real– y «no hacer» (prohibición de discriminar), implicando a los sujetos negociadores a la consecución de la igualdad<sup>21</sup>.

Las acciones positivas son aquellas medidas «antidiscriminatorias con las que se quiere corregir la nula o escasa presencia de la mujer en determinados ámbitos laborales»<sup>22</sup>. En este sentido, se presentan como acciones específicas «a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres»<sup>23</sup>.

Estas medidas de acción positiva conforman una obligación para los poderes públicos a los que corresponde «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; así como remover los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud» (art. 9.2 CE). También, el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE recuerda que los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141.4 del Tratado con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres en la vida laboral. Por su parte, el artículo 11 LOI, invocando el derecho constitucional de igualdad, conceptúa las acciones positivas, de forma más concreta, como «medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de he-

---

<sup>19</sup> MONTROYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 38.ª ed. Revisada y puesta al día., Ed. Tecnos, Madrid, 2017, p. 152.

<sup>20</sup> MONTROYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 38.ª ed. cit., p. 153.

<sup>21</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., «El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres», en Lousada Arochena, J. F. (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, cit., p. 29.

<sup>22</sup> MONTROYA MELGAR, A., «Significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en Montoya Melgar, A. (Dir.) *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., p. 74.

<sup>23</sup> MONTROYA MELGAR, A., «Significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en Montoya Melgar, A. (Dir.) *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., p. 75.

cho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionados en relación con el objetivo perseguido en cada caso».

Las medidas de acción positiva encuentran un destacado ámbito de actuación en los mecanismos dispuestos por la negociación colectiva para favorecer el acceso al empleo un destacado ámbito de actuación. En efecto, el artículo 43 de la LOI habilita expresamente a la negociación colectiva a establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres». Y en la misma línea, el artículo 17.4 ET señala que «la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representada en el grupo o categorías de que se traten»<sup>24</sup>.

En este contexto, a pesar de que los convenios colectivos son instrumentos adecuados para garantizar la igualdad real de oportunidades en el acceso al empleo, no es frecuente que contengan previsiones a este respecto.

Las medidas de acción positiva para favorecer el acceso al empleo en la negociación colectiva consisten en el establecimiento de criterios de preferencia o «cláusulas de desempate»<sup>25</sup>. En todo caso, estas cláusulas resultan también anecdóticas porque no son muchos los convenios colectivos que se ocupan de su articulación legal. Siguiendo a Charro Baena<sup>26</sup>, que ha configurado una enumeración de cláusulas convencionales sobre acción positiva de las mujeres en el acceso al empleo, destacamos, entre otras, las siguientes: a) Prefe-

---

<sup>24</sup> Existe, además, una consolidada doctrina constitucional que avala las medidas de tratamiento preferencial a favor de la mujeres o medidas de acción positiva que tienen su razón de ser en la voluntad de terminar con las situación histórica de inferioridad en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo, en P. CHARRO BAENA, «El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional (capítulo III)», en C. Sánchez Trigueros (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Informes y Estudios Laborales, Madrid, 2016, p. 119.

<sup>25</sup> CHARRO BAENA, P., «El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional (capítulo III)», en Sánchez Trigueros, C. (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Informes y Estudios Laborales, cit., p. 119.

<sup>26</sup> «El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional (capítulo III)», en Sánchez Trigueros, C. (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Informes y Estudios Laborales, cit., p. 119-121. La autora enumera distintos criterios de permanencia sobre la base de los convenios colectivos analizados. En estos criterios se incluyen cláusulas de acción positiva referidas al acceso al empleo de mujeres y cláusulas de desempate entre ambos sexos, que, en ocasiones, según ella mismas apunta «plantean problemas en orden al principio de igualdad».

rencia del trabajador del sexo que se encuentre menos representado en el grupo profesional al que se postule y b) Preferencia a la mujeres desempleadas que durante el año anterior a la fecha de la contratación hubieran tenido un hijo (biológico por adopción o por acogimiento) o hubiesen sido declaradas víctimas de violencia de género.

Con todo, las cláusulas convencionales que incluyen previsiones sobre igualdad y no discriminación en materia de acceso al empleo son escasas. En efecto, la negociación colectiva en esta materia resulta insuficiente, no solo por el número de cláusulas dedicadas a estas cuestiones sino también por su casi nula repercusión práctica. La indiferencia de los convenios colectivos en materia de igualdad de trato se manifiesta en el ámbito estatal, autonómico y provincial, advirtiéndose alguna incursión concreta y efectiva en el ámbito empresarial. Ésta y otras conclusiones se alcanzan, tras el análisis exhaustivo de los últimos trabajos que la Comisión Nacional de Convenio Colectivos ha dedicado al estudio del principio de la igualdad en la negociación colectiva<sup>27</sup>.

Así, en los convenios colectivos de ámbitos estatal es muy reseñable, en materia de acceso al empleo, el artículo 11 (Ingresos) del XVIII Convenio Colectivo de la Industria Química<sup>28</sup>, que para hacer efectivo el principio de acción positiva señalado en su artículo 18 señala que «deberán establecerse en las empresas exclusiones, reservas y preferencias en las condiciones de contratación de forma que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencias para ser contratadas las personas del sexo menos representados en el grupo o función de que se trata». Y, añade, que «para contribuir eficazmente a la aplicación del principio de no discriminación y su desarrollo bajo los conceptos de igualdad de condiciones en trabajos de igual valor, es necesario desarrollar una acción positiva, particularmente en las condiciones de contratación (...), de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del género menos representado en el grupo profesional de que se trate» (art. 18).

En el ámbito de la empresa el XXVII convenio colectivo de la Empresa Bimbo SAU<sup>29</sup> prevé que la empresa dispondrá sistemas de reclutamiento de personal que permitan «la incorporación efectiva de determinados colectivos de trabajadores/as, y en especial, desarrollará políticas activas que hagan efectiva la contratación de mujeres»; si bien la cláusula comienza con una regla

---

<sup>27</sup> Sánchez Trigueros, C. (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Informes y Estudios Laborales, Madrid, 2016; Lousada Arochena, J. F. (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, cit., p. 29.

<sup>28</sup> BOE de 19 de agosto de 2015.

<sup>29</sup> BOE de 14 de febrero de 2017.

general, basada en el principio básico de la contratación de trabajadores/as la selección de los mismos, teniendo en cuenta las características de los puestos de trabajo y las competencias de los candidatos, mediante el establecimiento de sistemas objetivos de selección que permitan la contratación de los más cualificados para el puesto (artículo 10).

Más específico es el contenido del artículo 18.1 del Convenio colectivo de Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S. A.<sup>30</sup>, que manifiesta la voluntad de favorecer el acceso de las mujeres al empleo, por lo que «para las nuevas contrataciones, y siempre que el número de candidaturas lo haga posible, se acepta que el 25%, como mínimo, sean mujeres». También favorece este convenio la presencia de las mujeres en los puestos de trabajo en los que se encuentran subrepresentadas. Por ello, en lo relativo a las nuevas incorporaciones para producción, y para aquellos casos en los que no sea requisito necesario la posesión de un título de formación de Grado Medio o Superior, por no corresponderse ésta con la especialidad a contratar, se fija un porcentaje del 30% para el personal femenino, que será orientativo y no limitado y que solo podrá dejar de cumplirse en el caso de que la capacitación de las mujeres sea insuficiente para cubrir los puestos de que se trate, debiéndose justificar debidamente dicha falta de capacidad, o no se haya presentado candidaturas de mujeres en número suficiente para cubrir aquel porcentaje.

## BIBLIOGRAFÍA

- CASTRO ARGÜELLES, M. A./ ÁLVAREZ ALONSO, D., *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2007.
- CHARRO BAENA, O., «El acceso al empleo, la contratación y la promoción profesional (Capítulo III)», en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Informes y Estudios Laborales, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M. J., «Políticas activas de empleo para mejorar la inserción laboral de las mujeres: políticas públicas en retroceso y derechos indisponibles en tiempos de crisis», en SÁEZ LARA, C. (Coord.), *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Laborum, 2016.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «Políticas de emprendimiento y empleo juvenil: financiación e incentivos», *Revista Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 113, 2014.

---

<sup>30</sup> BOE de 1 de junio de 2017.

## INFORMES CES

- Informe 2/2014, *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*.
  - Informe 5/2016, *La participación laboral de la Mujeres en España*.
- LOUSADA AROCHENA, F. (Coord.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2008.
- «El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres», en J. F. Lousada Arochena (Coord.): *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2008.
- MONTROYA MELGAR, A. (Dir.), *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Civitas, Madrid, 2007.
- «Significado de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en Montoya Melgar, A. (Dir.) *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Civitas, Madrid, 2007, p. 41.
  - Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016: <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/PEIO/docs/PEIO2014-2016.pdf>
- SÁEZ LARA, C. (Coord.), *Igualdad de género en el trabajo: estrategias y propuestas*, Laborum, 2016.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Políticas Sociolaborales e Igualdad de Género», en Montoya Melgar, A. (Dir.) *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Civitas.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Informes y Estudios Laborales, Madrid, 2016.
- VALDÉS DAL-RE, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*. Ed. Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010.



# DESCANSO SEMANAL

MARÍA DEL MAR ALARCÓN CASTELLANOS

Titular de Universidad (i)  
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. *Régimen jurídico y principales características del descanso semanal.*–II. *Duración mínima, cómputo, distribución y acumulación del descanso. Especial referencia a la imposibilidad de acumular el descanso semanal con el descanso diario.*–III. *Momento del disfrute del descanso.*–IV. *Retribución del descanso semanal.*–*Bibliografía.*

## I. RÉGIMEN JURÍDICO Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL DESCANSO SEMANAL

La regulación del descanso semanal<sup>1</sup> está prevista en el artículo 37 ET, concretamente en su apartado 1 cuando dice:

«los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que,

---

<sup>1</sup> Sobre el descanso semanal, resulta muy interesante la lectura de MARÍN CORREA, J. M., «Descanso semanal: al estar establecido y cuantificado en el convenio colectivo mantiene su integridad frente al descanso legal entre jornadas (1)», en *Actualidad Laboral*, núm. 9, Sección Sentencias Ejemplares, septiembre, 2014, Ref. 323, p. 1026, tomo 1, ed. Wolters Kluwer, La Ley 4593/2014; AGOTE EQUIZÁBAL, R., VIVAS SANZ, L., «Art. 37. Descanso semanal, fiestas y permisos» (Director Del Rey Guanter, S.), *El Estatuto de los Trabajadores*, ed. La Ley, Madrid, 2013, pp. 791 a 832; BODAS MARTÍN, R., *La Jornada Laboral*, Dykinson, Madrid, 2012; LÓPEZ AHUMADA, J. E., «Problemas relativos al cómputo del descanso semanal y diario: una visión cualitativa del tiempo de descanso». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 84/200822/2008 parte Presentación, Editorial Aranzadi, S. A. U., Ci-

como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

Resultará de aplicación al descanso semanal lo dispuesto en el artículo 34.7 en cuanto a ampliaciones y reducciones, así como para la fijación de regímenes de descanso alternativos para actividades concretas»<sup>2</sup>.

De esta manera, se respeta el mandato dispuesto en el artículo 40.2 CE cuando ordena a los poderes públicos que fomenten una política que garanticen el «descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas,...

En relación a la normativa comunitaria, el artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003<sup>3</sup>, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo prevé un descanso semanal estableciendo que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3. Cuando lo justifiquen condiciones objetivas,

---

zur Menor. 2008. BIB 2008/3100; GARCÍA PAREDES, M. L., en *Actualidad Laboral*, núm. 2, Sección Sentencias Ejemplares, quincena del 16 al 31 de enero de 2009, Ref. 39, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 41717/2008; LÓPEZ AHUMADA, J. E., «El Derecho de los trabajadores al disfrute independiente y diferenciado de los descansos diario y semanal». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 78/200621/2006 parte Presentación. Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2006. BIB 2006/2820; MARÍN CORREA, J. M., «Huelga. Efectos indirectos: descanso semanal concurrente», *Actualidad Laboral*, núm. 38, 2001, edit. La Ley, 498/2002 [Comentario a la S TS, Sala Cuarta, de lo Social, S, 13 de marzo de 2001 (Rec. 3163/2000)]; SEMPERE NAVARRO, A. V., «Derecho a la huelga y derecho al descanso», *Relaciones Laborales*, tomo I-1991, pp. 262 y ss.

<sup>2</sup> Por su parte, el artículo 34.7 ET habilita al Gobierno, «a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas», a «establecer ampliaciones o limitaciones en la ordenación y duración de la jornada de trabajo y de los descansos, para aquellos sectores y trabajos que por sus peculiaridades así lo requieran». De esta manera, las jornadas especiales de trabajo (con los correspondientes descansos) están reguladas mediante el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre.

<sup>3</sup> *Diario Oficial Unión Europea* 299/2003, de 18 de noviembre de 2003. Fue precisamente la falta de transposición completa de la Directiva 2003/88/CE la que motivó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictara la Sentencia 158/2009 –EDJ 2010/61015– por la que se condenó al Estado español por no haber adaptado la citada Directiva en plazo. La Directiva 299/2003 sucedió a las Directivas 93/104/CE de 23 de noviembre de 1993 –EDL 1993/18641– y 2000/34/CE de 22 de junio de 2000 –EDL 2000/88100–. Un comentario interesante de la Directiva 93/104/CE en «Determinados aspectos de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo: la ordenación del tiempo de trabajo. Su reflejo en nuestra normativa», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 21/2001 parte Estudio, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2001 (ep. 2.8). En este sentido también, GARCÍA NINET, J. I.: «Ordenación del tiempo de trabajo», en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (Dir. Borrajo Dacruz, E.), T. I, V 2.º, edit. Edersa, Madrid, 1994, pp. 97 y ss.

técnicas o de organización del trabajo, podrá establecerse un período mínimo de descanso de 24 horas». Por su parte, el artículo 16 de la misma Directiva establece que el periodo de referencia para la aplicación descanso semanal no puede exceder de 14 días.

Por su parte, el artículo 2.3 del Convenio 14 de la OIT defiende que siempre que sea posible, el descanso semanal coincidirá «con los días consagrados por la tradición o la costumbre del país o de la región».

Por tanto, en relación con la normativa expuesta hasta aquí, podemos decir que las notas principales que caracterizan el descanso semanal son las siguientes:

En primer lugar, el descanso semanal *forma parte de la ordenación de la jornada de trabajo* (como la jornada diaria, las horas extraordinarias, las vacaciones...).

En segundo lugar, se considera *tiempo de descanso retribuido*. Ciertamente no está recogido expresamente en el ET, pero es indiscutible que debe entenderse incluido dentro de los «períodos de descanso computables como de trabajo» que realiza el ET al definir el concepto de salario (art. 26.1 ET).

En tercer lugar, su *regulación mínima* se encuentra en el ET, regulación por tanto mejorable por convenio, acuerdo colectivo o individual. Desde esta perspectiva es un derecho irrenunciable puesto que no pueden disponer de este derecho al descanso semanal ni renunciar a él aunque el empresario lo pretenda compensar con reducciones de jornada, ventajas o mejoras<sup>4</sup>.

En cuarto lugar, según diferentes pronunciamientos judiciales, *los perjuicios causados por el incumplimiento del derecho a los trabajadores a su descanso semanal de día y medio efectivo son indemnizables*, como explicamos más adelante<sup>5</sup>.

En quinto lugar, *no existe una prohibición expresa de sustituir el descanso semanal por compensación económica equivalente*. Desde esta perspectiva parece que se permite trabajar durante el periodo de descanso semanal, aunque se deberá retribuir las horas realizadas en tal periodo como horas extraordinarias si se ha superado la jornada ordinaria de trabajo<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> STSJ País Vasco de 23 de octubre de 2001 (EDJ 76993). Sí sería posible disfrutar del descanso en otro momento de la semana (STSJ de Valladolid de 6 de julio de 1998, EDJ 29366).

<sup>5</sup> STS de 14 de abril de 2014; EDJ 71945; STS de 13 de julio de 2012, EDJ 195806; STS de 17 de julio de 2012, EDJ 195810.

<sup>6</sup> En este sentido, AGOTE EQUIZÁBAL, R., VIVAS SANZ, L., cuando explica que el trabajo en periodo de descanso solo será posible si media acuerdo entre las partes «y deberá compensarse según lo previsto para la realización del trabajo extraordinario, bien mediante compensación económica, bien mediante descanso extraordinario. Esta compensación se añadirá a la retribución ya devengada para el descanso semanal», en *Artículo 37...*, *op. cit.*, p. 795.

## II. DURACIÓN MÍNIMA, CÓMPUTO, DISTRIBUCIÓN Y ACUMULACIÓN DEL DESCANSO. ESPECIAL REFERENCIA A LA IMPOSIBILIDAD DE ACUMULAR EL DESCANSO SEMANAL CON EL DESCANSO DIARIO

A la luz del artículo 37.1 ET la duración mínima del descanso semanal para los trabajadores mayores de edad es «de día y medio ininterrumpido»; para los menores de dieciocho y mayores de dieciséis se incrementa en medio día, alcanzando así los dos días ininterrumpidos. No obstante, nos referimos en cualquier caso a un descanso mínimo que evidentemente podrá ser mejorado por convenio, acuerdo individual o colectivo. Lo que no se puede en ningún caso es computar en horas el descanso semanal<sup>7</sup>.

En relación a la distribución del descanso semanal, la regla general<sup>8</sup> es que el descanso mínimo es interrumpido, lo cual no permite que este descanso se divida y se reparta en distintos días de la semana. No obstante, aquel exceso que se pacte por convenio o contrato superando el descanso mínimo no tendrá, como es lógico, estas limitaciones.

Ahora bien, el ET permite la acumulación del descanso semanal en «periodos de hasta catorce días» ( art. 37.1 ET), lo que permite por tanto que el trabajador disfrute cada cinco días y medio, de un día y medio ininterrumpido; o bien, de tres días de descanso por cada once días de trabajo. Lo que no se puede es establecer periodos mayores de acumulación, a los máximos establecidos por el legislador; pudiendo, por el contrario, establecer un periodo menor de acumulación<sup>9</sup> de los descansos semanales a los que el trabajador tenga derecho. Precisamente, la prohibición de establecer periodos mas amplios de acumulación, al margen de otras finalidades, coadyuva a la posibilidad de conciliar la vida laboral, familiar y personal. En efecto, cuando se tienen hijos menores a cargo o familiares dependientes es absolutamente necesario disponer de los tiempos de «descansos» necesarios para poder atenderles; entre estos «tiempos de descansos», juega un papel fundamental para la conciliación laboral y familiar precisamente «el semanal».

En relación a la posibilidad de acumular el descanso semanal, debemos afirmar que el empresario no puede solapar los descansos semanales de día y

---

<sup>7</sup> Por todas. En este sentido, la STSUD de 10 de octubre de 2005, EDJ 188487.

<sup>8</sup> Excepcionalmente, para algunos supuestos de jornadas especiales se permite la separación del medio día de descanso para disfrutarlo en otro momento de la semana o acumularlo con otros descansos.

<sup>9</sup> «Con respecto a los anteriores parámetros y debido a que el artículo 37 ET es un precepto dispositivo, puede regularse por disposición legal, convenio colectivo, contrato de trabajo o permiso expreso de la autoridad competente otro régimen distinto del general [STS 5 de mayo de 2006 (R.º 18/2005)...]». AGOTE EQUIZÁBAL, R., VIVAS SANZ, L., *Artículo 37...*, op. cit., p. 795.

medio con las doce horas de descanso diario<sup>10</sup>; el descanso semanal tiene una finalidad distinta al descanso diario por lo que cada uno debe disfrutarse por separado<sup>11</sup>, puesto que ambos son mínimos de derecho necesario, en consecuencia, el disfrute del descanso semanal no puede constituir una reducción del descanso diario<sup>12</sup>.

En este punto, el TS<sup>13</sup> defiende que los descansos semanal y diario constituyen mínimos de derecho necesario, tienen finalidades distintas, y por tanto se deben disfrutar de manera diferenciada, por sus respectivas y distintas finalidades, que los hacen autónomos, de manera que el disfrute del descanso diario no puede constituir una reducción, en ningún caso, del descanso semanal.

En relación con esta cuestión, el TS<sup>14</sup> ha confirmado la responsabilidad del empresario por daños y perjuicios al incumplir una sentencia firme (también del TS) que condenaba a la empresa a no solapar los descansos diarios y semanales. En efecto, la empresa «Alcampo, S. A.», al establecer los turnos de trabajo, había solapado el descanso diario entre jornadas con el descanso semanal.

En efecto, el día 4 de junio de 2010 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Vigo sobre reclamación de cantidad, por la que condenaba a la Alcampo S. A., al pago de las cantidades reclamadas por los demandantes en concepto de indemnización de daños y perjuicios calculada en razón al salario de los trabajadores. El juzgado de lo social mencionado explicaba que el 7 de mayo de 2.007, la A. N. ya había declarado «el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo a que el descanso semanal de día y medio sea real y efectivo» (autos 37/2007), «no pudiendo quedar

<sup>10</sup> SAN de 24 de octubre de 2006, EDJ 308739. En este sentido, la STS de 25 de septiembre de 2008 (Rec. 109/2007). Sobre esta Sentencia es interesante el comentario de GARCÍA PAREDES, M. L., en *Actualidad Laboral*, núm. 2, Sección Sentencias Ejemplares, quincena del 16 al 31 de enero de 2009, Ref. 39, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer, LA LEY 41717/2008.

<sup>11</sup> STS de 23 de octubre de 2013, EDJ 227762.

<sup>12</sup> STS de 23 de octubre de 2013 (PROV 2013, 358129).

<sup>13</sup> STS de 23 de octubre de 2013 (Rec. 2/2013). Muy interesante resulta la lectura del comentario que sobre la citada Sentencia realiza MARÍN CORREA, J. M., «Descanso semanal: al estar establecido y cuantificado en el convenio colectivo mantiene su integridad frente al descanso legal entre jornadas (1)» en *Actualidad Laboral*, núm. 9, Sección Sentencias Ejemplares, septiembre 2014, Ref. 323, p. 1026, tomo 1, ed. Wolters Kluwer, La Ley 4593/2014. Especialmente interesante encontramos el comentario a la desestimación del recurso por «el espiguelo», entre otros motivos. En relación al espiguelo, los recurrentes alegan que al no estar regulado el descanso diario por el Convenio debe entenderse que dentro de este descanso semanal ininterrumpido se incluye también el descanso diario, es decir, que no se puede tomar un descanso del ET y otro del Convenio. Esta alegación se rechaza por el TS puesto que afirma que resulta muy clara la voluntad de los negociadores del convenio colectivo en el establecimiento del descanso semanal de dos días, por ello, no se puede incumplir su voluntad (al menos parcialmente) mediante el solapamiento del descanso legal entre jornadas.

<sup>14</sup> STS de 14 de abril de 2014. Recurso núm.: Unificación de doctrina 1665/2013.

neutralizado mediante el método de solapar, computando dentro del día y medio del que queda compuesto, las doce horas de descanso diario, de manera tal que uno y otro descansos, siendo ambos reales y efectivos, se disfruten de manera diferenciada e independiente el uno y el otro». Dicha sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en Casación<sup>15</sup>.

A pesar de todo ello, la empresa siguió incumpliendo de manera injustificada la sentencia por lo que el juzgado la condena al pago de la indemnización solicitada por los trabajadores. No obstante, la sentencia de instancia es desestimada en suplicación<sup>16</sup>. De esta manera, los trabajadores recurren la Sentencia de Suplicación al Supremo en Unificación de Doctrina. El TS, resuelve la casación en el sentido de afirmar que la doctrina válida está contenida en la Sentencia de contraste, la STSJ Aragón de 21 de febrero de 2011. Por su trascendencia en relación a la conciliación de la vida laboral y familiar, destacamos las siguientes afirmaciones:

Explica el TS que deben concurrir los tres elementos que determina el artículo 1101 CC para poder exigir indemnización por daños y perjuicios: en primer lugar, que exista un daño. En este sentido, el empresario solapa el descanso semanal con el descanso diario, de manera que los trabajadores no disponen «de dicho tiempo, no solo para recuperarse del cansancio y esfuerzo que conlleva todo trabajo, sino también para disfrutar de dicho ocio y poder compatibilizar su vida familiar, laboral y personal<sup>17</sup>. Se cumple así el primer requisito exigido por el artículo 1101 CC para que proceda la indemnización de daños y perjuicios».

En segundo lugar, debe concurrir dolo o negligencia. En este sentido, «Alcampo, S. A.», en la confección de los turnos de trabajo no ha tenido en cuenta las obligaciones que establecen los «34.3 y 37 ET y 32 Convenio Colectivo de Grandes Almacenes 2006-2008, produciéndose un solapamiento de los descansos semanal y diario de los trabajadores ahora demandantes durante determinadas semanas del año en el periodo 2007 a 2009, ambos inclusive». La empresa conocía sus obligaciones puesto que no habían experimentado variación alguna y además, había sido condenada por la AN y el TS a respetar los derechos de descanso indicados anteriormente (generando así un mayor

---

<sup>15</sup> STS de 27 de noviembre de 2008 (Rco 99/2007).

<sup>16</sup> Por la Sala de suplicación (STSJ/Galicia 12 de abril de 2013, rollo 3663/2010).

<sup>17</sup> En este sentido, STSJ 2700/2017, de 12 de mayo, de Galicia (Recurso de Suplicación 4575/2016), dentro del marco del Convenio Colectivo del Sector de Residencias Privadas de Terceira Idade da Comunidade Autónoma de Galicia.

reproche, al ser mayor el incumplimiento). Por todo ello, la conducta al menos negligente de la empresa deja poco margen a la discusión.

En tercer lugar, se aprecia claramente la relación de causalidad entre el daño causado y la actuación empresarial, por lo que procede la indemnización de daños y perjuicios reclamada por los trabajadores<sup>18</sup>. Por todo ello, el TS procede a reconocer a los actores la indemnización que reclaman por daños y perjuicios<sup>19</sup>.

De hecho, en el *derecho comunitario*, el artículo 5 de la Directiva 93/104/CE antes comentado, garantiza a los trabajadores el disfrute, «por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las once horas de descanso diario»<sup>20</sup>.

En relación con las *jornadas especiales*, el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, establece reglas específicas para el descanso semanal y distintos períodos de acumulación del mismo (que incluso superan las dos semanas establecidas en el ET)<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, la STS de 13 de julio 2012 (RCUD 3800/2011) que desestima el RCUD interpuesto por Makro Autoservicios, S. A. alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida (STSJ Comunidad Valenciana de 26 de julio de 2011 –núm. Rec. 525/2011–) y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 29 de octubre de 2010. En la Sentencia de 13 de julio de 2012, la Sala IV del TS afirma que la obligación que debe cumplir la empresa es la de respetar el descanso semanal de día y medio al que tiene derecho el trabajador, que debe disfrutarlo de acuerdo a lo establecido en el artículo 32.10 del CC de Grandes Almacenes (2.006 a 2.008) no pudiendo solapar los descanso diario y semanal computando dentro del día y medio «del que queda compuesto el descanso semanal, las doce horas de descanso diario»; en efecto, ambos derechos se deben disfrutar de manera independiente y diferenciada. Este derecho no está condicionado al acuerdo colectivo al que pueda llegar eventualmente el empresario con la representación de los trabajadores y por ello, su incumplimiento, origina la indemnización de daños y perjuicios que se reclama por el trabajador perjudicado.

<sup>19</sup> «los recurrentes reclaman una indemnización de daños y perjuicios, si bien la parte procede a la cuantificación de dichos daños atendiendo al número de horas en que ha habido solapamiento del descanso semanal y del descanso diario y al importe salarial de dichas horas, pero *tal cálculo no supone que se reclamen salarios por un exceso de jornada, sino que lo efectúa como una forma de fijar el daño moral*». STS de 14 de abril de 2014 (Recurso núm. Unificación doctrina 1665/2013). A este respecto afirma también «que la parte actora procedió a fijar el *quantum* indemnizatorio reclamado atendiendo a las horas en que se ha producido un solapamiento entre el descanso diario y el semanal y el importe de dichas horas, criterio que cabe calificar de prudente en atención a la pérdida de descanso que no debían soportar que incide, además, en la conciliación de la vida personal y familiar, y no estrictamente valorable en atención exclusivamente al salario mayor o menor del concreto trabajador afectado».

<sup>20</sup> Si bien, precisa la STJUE de 9 de noviembre de 2017 (PROV 2017, 278389) C-306/16, el término «por cada siete período de siete días», debe interpretarse en el sentido de que «no exige que el período mínimo de descanso semanal ininterrumpido de 24 horas sea concedida a más tardar al día siguiente del periodo de seis días de trabajado consecutivo», pudiendo disfrutarse por tanto «dentro de cada período de siete días».

<sup>21</sup> Así, en los sectores de comercio y de industria se puede acumular el medio día de descanso semanal por períodos de hasta cuatro semanas o su separación respecto del correspondiente al día completo para su disfrute en otro día de la semana (art. 6 RD 1561/1995). En el sector de hostelería se puede acumular el medio día de descanso en períodos más amplios sin rebasar los cuatro meses (art. 7); en el trabajo del mar, su puede compensar en metálico como horas extraordinarias hasta un máximo de la mitad de

En relación a los trabajadores menores de edad, resulta difícil aceptar la acumulación de los descansos en periodos de hasta dos semanas, en aras a proteger debidamente el trabajo del menor<sup>22</sup>.

La decisión de acumular el descanso semanal puede ser adoptada a través de convenio, acuerdo colectivo o pacto individual e, incluso, en caso de silencio de esos otros instrumentos, unilateralmente por el empresario; ahora bien, si la acumulación del descanso semanal se establece en el marco de una distribución irregular de la jornada, debe tenerse en cuenta que ésta solo podrá ser adoptada mediante «convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores» y respetando siempre los *periodos mínimos de descanso semanal* previstos en la Ley (art. 34.2 ET).

### III. MOMENTO DEL DISFRUTE DEL DESCANSO

Según establece el artículo 37.1 el descanso semanal, como regla general, comprenderá el día del domingo<sup>23</sup> al que se adicionará bien la mañana del lunes o bien la tarde del sábado.

---

los días de descanso semanal no disfrutados (art. 18.c), se puede también establecer mediante la negociación colectiva otra forma de disfrute del descanso semanal en el trabajo en el interior de las minas (art. 27). Sobre las acumulaciones de los descansos en los sectores regulados por el RD 1561/1995, *vid.* ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, núm. 4, Sección Doctrina, Quincena del 16 al 28 de febrero de 1999, p. 308, tomo 1, ed. La Ley 5825/2002.

<sup>22</sup> En este sentido, AGOTE EQUIZÁBAL, R., VIVAS SANZ, L., *Artículo 37...*, *op. cit.*, p. 797. También niega la posibilidad de acumular los descansos semanales por periodos de tiempo que no superen las dos semanas, RUANO ALBERTOS, S., cuando afirma que la posibilidad de acumulación del descanso semanal va «referida claramente a los mayores de dieciocho, sin que tal posibilidad se establezca para los menores de esa edad. Otra interpretación distinta iría contra el principio de protección del menor que la propia norma pretende recoger al establecer un descanso superior al fijado para los demás trabajadores», en «Determinados aspectos de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo: la ordenación del tiempo de trabajo. Su reflejo en nuestra normativa», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 21/2001 parte Estudio, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2001 (ep. 2.8). En este sentido también, GARCÍA NINET, J. I.: «Ordenación del tiempo de trabajo», en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (Dir. Borrajo Dacruz, E.), T. I, V 2.º, Edersa, Madrid, 1994, p. 98.

<sup>23</sup> Sobre el origen del descanso semanal, resulta muy interesante la lectura de la «Carta Apostólica Dies Domini del Santo Padre Juan Pablo II al Episcopado, al Clero y a los Fieles sobre la santificación del domingo donde explica el origen del descanso semanal en el día del sábado, así como el motivo del cambio del día del descanso del sábado al domingo. Muy interesante también resulta la bibliografía que cita en sus notas finales. Por otra parte, para las distintas Iglesias Evangélicas y para las Comunidades Judías se prevé en los Acuerdos de Cooperación entre el Estado y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y la Federación de Comunidades judías de España, aprobados por Leyes 24 (RCL 1992, 2419) y 25/1992, de 10 de noviembre (RCL 1992, 2420) la posibilidad de sustituir el descanso establecido en el artículo 37.1 ET por la tarde del viernes y el día completo del sábado «siempre que medie acuerdo entre las partes».

La regla general del artículo 37.1 ET puede modificarse por convenio o acuerdo individual o colectivo<sup>24</sup>; en consecuencia, si se sustituye el descanso del domingo por otro día de la semana, el trabajador no genera un derecho a una retribución superior a la que le corresponda por haber realizado su prestación laboral en una semana ordinaria (salvo que el convenio colectivo lo regule de una manera más beneficiosa para el trabajador)<sup>25</sup>.

En este sentido, la AN<sup>26</sup> ha considerado válidas las modificaciones de varias condiciones de trabajo de carácter colectivo acordadas entre la empresa «Alcampo, S. A.» y mayoría del Comité Intercentros, entre ellas, las relacionadas con el trabajo en domingos y festivos. En efecto, mediante dicho acuerdo se generaliza el trabajo en domingos y festivos «respetando los descansos semanales y entre jornadas», para que haya un reparto más equitativo del trabajo entre toda la plantilla.

Ahora bien, el acuerdo puntualiza que se exceptúa de la aplicación de esta cláusula a todos los trabajadores que hayan solicitado o ya están disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares distintos a los hijos; dichos trabajadores (salvo que ya estuvieran trabajando en domingos y festivos) no tendrían que realizar su actividad en domingos y festivos mientras estuvieran disfrutando de dicha reducción de jornada. Se añade además, en el acuerdo, que en orden a atender a los menores y a los familiares dependientes, el descanso semanal en fin de semana será precisamente el que permita la «conciliación de los intereses laborales y familiares del trabajador, puesto que tanto las escuelas infantiles, como los centros de día mantienen como es lógico su apertura en días laborales». Evidentemente, esta afirmación es una obviedad, pero que recoge el interés de las partes de mantener las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar permitiendo su disfrute en el fin de semana.

---

<sup>24</sup> E incluso, por decisión unilateral del empresario tal y como defiende la STSJ Castilla y León de 6 de julio de 1998 (AS 1998, 6190). La STSJ 147/2017, de 1 de marzo, de Madrid, Tribunal Superior de Justicia (Recurso de Suplicación 637/2016) aclara, en el marco del CC del Sector de Residencias y Centros de Día para Personas Mayores de la Comunidad de Madrid que «un día sea festivo no implica necesariamente que sea un día descanso obligatorio y tanto la regulación legal como la convencional lo único que establecen es que es obligatorio que los trabajadores dispongan de un descanso semanal ininterrumpido de día y medio o de 36 horas –en el Estatuto de los Trabajadores se prevé la acumulación por períodos de hasta catorce días–, pero en ningún caso que se haya de disfrutar el descanso en el domingo, pues el Estatuto de los Trabajadores tan solo recoge que como regla general comprenderá el día completo del domingo y el Convenio que el descanso deberá coincidir obligatoriamente en domingo, al menos una vez cada ocho semanas, aunque también prevé que pueda existir un pacto en contrario entre la empresa y los trabajadores».

<sup>25</sup> STS de 23 de enero de 1991 (RJ 1991, 174).

<sup>26</sup> SAN (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia núm. 120/2013 de 12 de junio (AS/2013/1614), confirmada por la STS 3294/2015 de 23 de junio de 2015 (núm. de rec. 315/2013).

En este sentido, debemos tener presente que, precisamente mediante la LOI, se añadió el apartado 8 al 34 ET que establece el derecho del trabajador «a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella». A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.

Por otra parte, en relación con el momento del disfrute del descanso semanal, destacamos la reciente STS 256/2017<sup>27</sup> que resuelve un recurso de casación interpuesto por la empresa por Pull & Bear frente a la STSJ de Madrid<sup>28</sup>. Los hechos que dan lugar a los diversos pronunciamientos judiciales son los siguientes: a los trabajadores a tiempo completo de la citada empresa que trabajan voluntariamente en domingo o festivo, se les aplica el régimen de jornada y descanso previsto específicamente para los mismos sin tener derecho a librar el sábado siguiente (al del trabajo en fin de semana) en las mismas condiciones que los trabajadores a tiempo parcial. Por la vía del conflicto colectivo, se reclamaba por parte de CCOO la obligación de la empresa de conceder a todos los trabajadores (ya fueran a tiempo parcial o completo) la libranza del sábado siguiente al del trabajo en fin de semana.

No obstante, el diferente régimen jurídico en materia de jornada y descanso de trabajadores a tiempo parcial y completo, impide considerar que la decisión de la empresa vulnera el derecho a la igualdad del artículo 14 CE en perjuicio de los trabajadores a tiempo completo, cuando no hay ninguna norma legal, convenio colectivo o pacto que haga extensivo ese mismo derecho a tales trabajadores. Aun así, la STSJ de Madrid, declaró el derecho de los trabajadores que prestaban servicios en jornada a tiempo completo (y que trabajen voluntariamente en domingos o festivos), a librar el sábado siguiente a dichos días trabajados, «de igual modo que lo hacen los trabajadores a tiempo parcial,...».

Como hemos señalado, el TS (igual que el TSJ de Madrid) considera que no ha existido vulneración del derecho a la igualdad, a pesar del «diferente tratamiento que la empresa concede en el caso de autos a los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo» que precisamente va «en detrimento de

---

<sup>27</sup> STS 256/2017, de 28 de marzo de 2017 (rec. 83/2016). El voto particular de la magistrada Rosa Virolés resulta particularmente interesante, en relación a la distribución de la carga de la prueba.

<sup>28</sup> STSJ de Madrid de 15 de febrero de 2016, en el procedimiento 849/2015.

estos últimos, lo que es muy relevante destacar por las connotaciones de discriminación indirecta en razón de sexo prohibida por el artículo 14 de la Constitución que puedan asociarse a la contratación a tiempo parcial, *al ser una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, por estar estadísticamente acreditada la realidad sociológica que demuestra que implica una proporción mayor de mujeres que de hombres*<sup>29</sup>. Y aclara, que este pronunciamiento sería radicalmente distinto, «si la actuación de la empresa incidiera de forma negativa en el colectivo de trabajadores a tiempo parcial, lo que podría dar pie a considerar probada la concurrencia de indicios de discriminación indirecta por razón de sexo»<sup>30</sup>. Y es que, «la contratación a tiempo parcial se justifica en la necesidad que tiene la empresa de cubrir unas específicas y singulares exigencias productivas y organizativas para completar las jornadas de quienes prestan servicios a tiempo completo, y en esta misma circunstancia va de suyo que se les deba aplicar un régimen de descanso diferente»<sup>31</sup>.

Por tanto, podemos concluir que no podemos calificar de «arbitraria la actuación de la empresa cuando aplica» un tratamiento distinto a cada uno de estos colectivos «en la organización de los descansos generados por el trabajo voluntario en festivos», puesto que lo que hace la empresa es gestionar el calendario de trabajadores a tiempo completo y parcial conforme a sus «facultades de dirección y organización empresarial» ajustando así las «diferentes jornadas de trabajo a sus necesidades productivas», ya que no existe ninguna norma legal ni convencional que imponga necesariamente el mismo tratamiento «de una situación contractual que es en sí misma desigual en materia de jornada y descansos, justamente, por la causa que sirve de base y es consustancial a la contratación de los trabajadores a tiempo parcial». Por consiguiente, salvo que se apreciara discriminación (como hubiera ocurrido si el perjuicio en el disfrute de los descansos se hubiera irrigado a los trabajadores a tiempo

---

<sup>29</sup> Citando a estos efectos, las SSTC 253/2004 de 22 de diciembre; STS de 23 de febrero de 2009, rec. 99/2008, y las que en ella se citan de 10 de julio de 2007; 16 de octubre de 2007; 11 de junio de 2008.

<sup>30</sup> «Dicho eso, estamos en el terreno jurídico del derecho a la igualdad de trato entre ambas clases de trabajadores, que no puede conducir al resultado pretendido en la demanda y alcanzado en la sentencia recurrida, porque resultan manifiestas las diferencias existentes entre ambos colectivos que impiden considerar cualquier posible identidad que pueda servir como referente en la comparación entre uno y otro en materia de jornada y descanso laboral, lo que justifica suficientemente el diverso tratamiento aplicado por la empresa en esta materia, cuando la característica distintiva más relevante de la modalidad contractual de cada uno de ellos reside precisamente en la desigual jornada de trabajo para la que han sido contratados, con la consecuente desigualdad en su régimen de trabajo y descanso». STS 256/2017, de 28 de marzo de 2017 (rec. 83/2016)

<sup>31</sup> «Como en el presente supuesto se indica en los hechos probados, los trabajadores a tiempo completo disponen de su propio régimen de descanso, en el que realizan una jornada de 8 horas diarias durante cinco días y libran dos días y un sábado al mes, mientras que los trabajadores a tiempo parcial no se rigen por esas mismas reglas». STS 256/2017, de 28 de marzo de 2017 (rec. 83/2016)

parcial)<sup>32</sup> el diferente régimen de disfrute de los descansos, incluidos los semanales corresponde a las facultades organizativas del empresario.

Finalmente, *en relación con las creencias religiosas del trabajador*, el empresario no está obligado a modificar el descanso semanal establecido con carácter general para hacerlo compatible con las mismas. Será el trabajador el que deberán adaptar sus creencias a sus obligaciones laborales y no al contrario<sup>33</sup>.

#### IV. RETRIBUCIÓN DEL DESCANSO SEMANAL

El descanso semanal, como decíamos al principio, es retribuido<sup>34</sup>.

La retribución de los descansos, en su cuantía mínima, debe ser igual a la que corresponde al resto de los días trabajados.

Por ello, cuando se fija por convenio o pacto individual o colectivo un salario semanal, mensual o anual, éste ya comprende la retribución correspondiente al descanso semanal.

Podemos decir que la retribución del descanso semanal en realidad sería un supuesto de salario diferido, ya que «la retribución de los siete días naturales de la semana se devenga mediante el trabajo durante cinco días y medio», es decir, «cada día de trabajo agrega al salario del día la parte proporcional del correspondiente al descanso semanal»<sup>35</sup>. De esta manera, si el trabajador se ausenta del trabajo de manera injustificada, por ejemplo, secundando una huelga ilegal, se le descontará la retribución correspondiente a dicha ausencia (no el tiempo de descanso)<sup>36</sup>. Incluso, cuando se ausente de manera justificada «por motivo diferente a la licencia retribuida durante los días que se genera el derecho al descanso»<sup>37</sup>, también se le podrá descontar la retribución que co-

---

<sup>32</sup> Así lo afirma la SAN (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia núm. 8/2010 de 12 de febrero (AS/2010/692) cuando afirma que existe discriminación si se restringen los derechos de los trabajadores a tiempo parcial sin justificación. En el mismo sentido, la SAN (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia núm. 37/2013 de 6 de marzo (AS/2013/1923).

<sup>33</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero de 1985 (RTC 1985, 19).

<sup>34</sup> La STSJ 422/2017, de 4 abril, de las Islas Canarias, Las Palmas (Recurso de Suplicación 1050/2016) diferencia la compensación económica del trabajo en festivos cuando esté regulado por CC (el plus de festivo como complemento por cantidad o calidad de trabajo, compensando el hecho de tener que trabajar en domingo o festivo), del descanso compensatorio por trabajar en festivos, al que siempre hay derecho.

<sup>35</sup> AGOTE EQUIZÁBAL, R., VIVAS SANZ, L., *Artículo 37...*, *op. cit.*, p. 796.

<sup>36</sup> Sobre este particular resulta muy interesante la lectura de MARÍN CORREA, J. M., «Huelga. Efectos indirectos: descanso semanal concurrente», *Actualidad Laboral*, núm. 38, 2001, edit. La Ley, 498/2002 (Comentario a la STS, Sala Cuarta, de lo Social, S. de 13 de marzo de 2001 (Rec. 3163/2000)).

<sup>37</sup> AGOTE EQUIZÁBAL, R., VIVAS SANZ, L., *Artículo 37...*, *op. cit.*, p. 796. Sobre los efectos de la huelga legal e ilegal en la retribución del descanso semanal *vid.* CEINOS SUÁREZ, A., «Los efectos de la huelga: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, 2000, Ref. XLVIII, p. 699, tomo 3, Editorial La Ley. La Ley 3075/2001 (apartados 3 y 5).

responda a dicha ausencia; por ello, cuando el trabajador se ausenta por el ejercicio de una huelga legal se le descontará, no el descanso, pero sí la parte de la retribución correspondiente al descanso semanal por los días que no ha generado el derecho a tal retribución al secundar la huelga convocada<sup>38</sup>.

En caso de que extinga el contrato de trabajo sin haber podido disfrutar del descanso semanal parece lógico que dicho descanso se compense económicamente (aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 2.2 RD 1561/1995).

## BIBLIOGRAFÍA

- AGOTE EQUIZÁBAL, R., VIVAS SANZ, L., «Artículo 37. Descanso semanal, fiestas y permisos» (Director Del Rey Guanter, S.), *El Estatuto de los Trabajadores*, ed. La Ley, Madrid, 2013, pp. 791 a 832.
- BODAS MARTÍN, R., *La Jornada Laboral*, Dykinson, Madrid, 2012.
- CEINOS SUÁREZ, A., «Los efectos de la huelga: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, 2000, Ref. XLVIII, p. 699, tomo 3, edit. La Ley, La Ley 3075/2001.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., «Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva», *Relaciones Laborales*, núm. 4, Sección Doctrina, quincena del 16 al 28 de febrero de 1999, p. 308, tomo 1, ed. La Ley 5825/2002.
- GARCÍA NINET, J. I., «Ordenación del tiempo de trabajo», en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (Dir. Borrajo Dacruz, E.), tomo I, volumen 2.º, Edersa, Madrid, 1994, p. 98.
- GARCÍA PAREDES, M. L., en *Actualidad Laboral*, núm. 2, Sección Sentencias Ejemplares, quincena del 16 al 31 de enero de 2009, Ref. 39, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer, La Ley 41717/2008.
- LÓPEZ AHUMADA, J. E., «El Derecho de los trabajadores al disfrute independiente y diferenciado de los descansos diario y semanal». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. núm. 78/200621/2006 parte Presentación. Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2006. BIB 2006/2820.
- «Problemas relativos al cómputo del descanso semanal y diario: una visión cualitativa del tiempo de descanso». *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. núm. 84/200822/2008 parte Presentación, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2008. BIB 2008/3100.

---

<sup>38</sup> STSJ Valencia 10-9-1996 [AS 1996, 2869] y STSJ País Vasco 18-10-1993 [AS 1993, 4292]. Sobre los efectos retributivos de la huelga legal e ilegal, *vid.* CEINOS SUÁREZ, A., «Los efectos de la huelga: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Laboral*, Sección Doctrina, 2000, Ref. XLVIII, p. 699, tomo 3, edit. La Ley, La Ley 3075/2001.

- MARÍN CORREA, J. M., «Huelga. Efectos indirectos: descanso semanal concurrente», *Actualidad Laboral*, núm. 38, 2001, edit. La Ley, 498/2002 (Comentario a la STS, Sala Cuarta, de lo Social, S, 13 de marzo de 2001 (Rec. 3163/2000).
- «Descanso semanal: al estar establecido y cuantificado en el convenio colectivo mantiene su integridad frente al descanso legal entre jornadas (1)», en *Actualidad Laboral*, núm. 9, Sección Sentencias Ejemplares, septiembre, 2014, Ref. 323, p. 1026, tomo 1, ed. Wolters Kluwer, La Ley 4593/2014.
- RUANO ALBERTOS, S., «Determinados aspectos de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo: la ordenación del tiempo de trabajo. Su reflejo en nuestra normativa», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 21/2001 parte Estudio, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor. 2001 (ep. 2.8).
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «Derecho a la huelga y derecho al descanso», *Relaciones Laborales*, tomo I-1991, pp. 262 y ss.

# DISCAPACIDAD\*

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Miguel Hernández

SUMARIO: I. *Doble discriminación laboral: por ser mujer y por razón de discapacidad.*—II. *Supuestos de discriminación laboral.* 1. Sobre si existe discriminación por denegar un subsidio en el supuesto de maternidad subrogada. 2. Discriminación transferida o por asociación. 3. La importancia del ajuste razonable.—*Bibliografía.*

## I. DOBLE DISCRIMINACIÓN LABORAL: POR SER MUJER Y POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

La LOI ha supuesto efectivamente un importante avance de cara a la igualdad de las trabajadoras en sus diversas manifestaciones, de las que son ejemplo patente los diversos capítulos de esta gran obra que tratan aspectos concretos acerca de los diez años de avances que se han producido desde la publicación de la LOI.

Si además de ello, interviene un segundo elemento, como es la discapacidad, se agudiza el riesgo de padecer una doble actitud discriminatoria en el ámbito laboral.

---

\* Capítulo realizado en el marco del proyecto de investigación titulado: «Estrategias para la inserción laboral de personas con capacidad intelectual límite», promovido por la Cátedra de Discapacidad y Empleabilidad TEMPE-APSA, de la Universidad Miguel Hernández.

Dado que la presente obra analiza las posibles causas de discriminación sufrida por la mujer trabajadora, en sus diversas facetas, una de ellas puede ser causada por su cercana relación con la discapacidad. Esto complica un poco la presencia de supuestos en los que se aprecie discriminación de sexo en el ámbito laboral por causa de discapacidad.

En el ámbito internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>1</sup> aunque no cita de modo expreso la discapacidad como factor de discriminación, sí debe entenderse incluido en el artículo 14 del citado Convenio al prohibir la discriminación y establecer que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el mencionado Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, pues al detallar los supuestos concretos en que aparece la discriminación (sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento) se refiere también a cualquier otra situación de discriminación, lo que deja abierta la puerta a otras circunstancias, entre las que se incluye la discapacidad. Asimismo, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>2</sup>, después de prohibir toda discriminación, señala 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». A continuación incluye en ese elenco de causas de discriminación, la discapacidad, y termina con la edad y la orientación sexual, como causas que pueden ser motivo de discriminación. De manera que puede considerarse la citada Carta como el punto de partida que reconoce de modo expreso la prohibición de toda discriminación sobre personas con discapacidad.

La norma fundamental sobre no discriminación en materia empleo, en los Estados de la UE es la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta Directiva fue transpuesta al derecho español por Ley 62/2003, de 30 de diciembre que modificó la LISMI<sup>3</sup>, así como la LIONDAU<sup>4</sup>, que finalmente fueron refundidas en la LGDPD<sup>5</sup>. La Directiva 2000/78/CE con-

---

<sup>1</sup> En realidad se refiere al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, modificado por los Protocolos núms. 11 y 14, y modificado por el Protocolo adicional y los protocolos núms. 4, 6, 7, 12 y 13.

<sup>2</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 18 de diciembre de 2000 (2000/C 364/01).

<sup>3</sup> Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

<sup>4</sup> Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

<sup>5</sup> Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social.

templa las diversas modalidades de discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, que se traduce en la desigualdad de trato entre hombres y mujeres, o por motivos de religión o convicciones, por edad, por orientación sexual o por causa de discapacidad.

## II. SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN LABORAL

Conviene tener en cuenta que la integración laboral de las trabajadoras con discapacidad presenta un relevante papel tanto la defensa de los derechos humanos como la normativa antidiscriminatoria, y de esta normativa el reconocimiento de la dignidad de la persona que une ambos campos, de manera que los instrumentos protectores de ambos núcleos jurídicos serán tenidos en cuenta en la resolución de litigios<sup>6</sup>.

Hasta el momento los supuestos resueltos por el TJUE, en los que se reconoce discriminación por discapacidad, responden no tanto, a si la trabajadora se encuentra en situación que pudiera considerarse como discapacidad, sino si esa situación constituye discriminación laboral, con independencia de quien sufra los efectos de la discapacidad, la trabajadora o alguna persona que dependa de ella. En consecuencia, el hecho de encontrarse en situación de discapacidad no es un elemento imprescindible para que el despido sea considerado discriminatorio, si la discapacidad no le impide a la trabajadora el desempeño de su actividad. En otras palabras<sup>7</sup>, si no se deduce de la afección la imposibilidad de que se ejecute el trabajo o constituya una dificultad en el ejercicio de la actividad profesional, se entiende que aquella afección no constituye discapacidad, en el sentido de la Directiva 2000/78. De manera que si la discapacidad no aflora en su interacción con el trabajo, no constituye una discapacidad para la trabajadora en relación con su plena integración en el empleo<sup>8</sup>.

A continuación, se realizarán los comentarios sobre aquellas sentencias más significativas en los que intervienen trabajadoras que se hayan visto afectadas de algún modo con el fenómeno de la discapacidad. Se da la circunstancia, que en la primera de las sentencias la trabajadora pese a tener discapacidad

---

<sup>6</sup> SERRANO ARGÜELLO, N., «La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria». *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (VVAA). Directora: Cristina Guilarte Martín-Calero, coordinador: Javier García Medina. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2016, p. 353.

<sup>7</sup> De acuerdo con la STJUE de 18 de marzo de 2014 (TJCE 2014, 112), en un supuesto de maternidad subrogada.

<sup>8</sup> SERRANO ARGÜELLO, N., *La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria*, cit., p. 357.

no se considera discriminatoria la denegación del subsidio, mientras que en la segunda, en que la trabajadora no sufre discapacidad pero sí un familiar allegado, se considera discriminatorio el despido por no atender al ajuste en la reducción de jornada que precisaba la trabajadora para atender a su hijo.

### 1. **Sobre si existe discriminación por denegar un subsidio en el supuesto de maternidad subrogada**

Para comprender con mayor hondura el planteamiento que supone la postura del TJUE en relación con el subsidio, en el caso de maternidad subrogada, conocida como vientre de alquiler creo que vale la pena explicar en qué consiste en los dos supuestos posibles hasta el momento: la subrogación gestacional y la subrogación tradicional.

En el caso de subrogación gestacional, se trata de una mujer que de común acuerdo con una persona o pareja, acepta que se le transfiera a su útero el embrión previamente engendrado mediante fecundación in vitro por esa otra persona o pareja, con el fin de quedar embarazada de dicho embrión, gestarlo a término y parirlo en sustitución de la mencionada persona o pareja. En este caso no existe vínculo biológico entre el bebé y la gestante sustituta.

El otro supuesto, denominado comúnmente como subrogación tradicional, supone una mayor implicación, porque la gestante también aporta el óvulo y por tanto su material genético. En este caso lo habitual es realizar una inseminación artificial con espermatozoides de uno de los padres intencionales o con el de un donante.

Con independencia de cualquier tipo de la valoración de sociólogos, filósofos y moralistas, el análisis que se realiza se encamina a valorar el criterio jurídico del TJUE en relación a si existe discriminación por discapacidad en los casos de maternidad subrogada. Un supuesto que afecta, entre otros a las mujeres que por falta de útero no pueden gestar y por ello se entiende que sufre discapacidad. Asimismo otro aspecto que se debe plantear es el de los derechos de las progenitoras y la protección que merece el recién nacido<sup>9</sup>.

El TJUE resuelve un supuesto<sup>10</sup>, de posible discriminación por discapacidad de una mujer que realiza junto con su marido un convenio de gestación subrogada o por sustitución, por falta de útero.

---

<sup>9</sup> HIERRO HIERRO, J., «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social». *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016 (versión electrónica) p. 3.

<sup>10</sup> STJUE de 18 de marzo de 2014 (TJCE 2014, 112).

Los hechos transcurren en Irlanda. La Sra. Z trabaja como profesora de educación secundaria en una escuela pública. Como carece de útero, no puede gestar un hijo. Por eso decidió junto con su marido recurrir a la gestación por sustitución en California. En este Estado se regula detalladamente los embarazos y nacimientos que tienen lugar a través de este medio. La Sra. Z y su marido se desplazaron a California para estar presentes en el nacimiento. Por fin, tuvo lugar el nacimiento de una niña hija genética de la Sra. Z y su marido, pues concibió con sus gametos. Según el Derecho californiano se les considera que son sus padres, mientras que la identidad de la madre gestante no consta en el certificado de nacimiento de la niña. Desde el nacimiento los padres tienen la guardia efectiva de la niña. Los padres regresaron a Irlanda, Estado miembro en el que no están regulados los convenios de gestación por sustitución.

Al no haber estado embarazada ni haber dado a luz un niño, no reunía los requisitos exigidos por la ley irlandesa para la concesión del permiso de maternidad. Pero es que además, al no haber adoptado a la niña nacida de la gestación por sustitución tampoco pudo beneficiarse del permiso por adopción. Por otro lado, ni las normas legales ni el contrato de trabajo de la Sra. Z contienen disposiciones expresas sobre la concesión de un permiso por el nacimiento de un niño a raíz de una gestación por sustitución.

Finalmente, la Sra. Z presentó una demanda contra el Government department ante el Equality Tribunal en la que alegaba que había sido objeto de trato discriminatorio por motivos de sexo, estatuto familiar y discapacidad, que el Government department no le había concedido ajustes razonables en su condición de persona con discapacidad y se había negado a concederle un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción, siendo así que había seguido un tratamiento de fecundación *in Vitro*.

En este punto, se planteó al TJUE diversas cuestiones, entre ellas, en lo que nos atañe, si debe interpretarse la Directiva 2000/78 [...] y en particular sus artículos 3, apartado 1, y 5, en el sentido de que existe discriminación por motivo de discapacidad cuando a una mujer –que sufre de una discapacidad que le impide gestar y dar a luz, cuyo hijo genético ha nacido gracias a un convenio de gestación por sustitución y al que tiene a su cuidado desde su nacimiento– se le deniegue un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o por adopción.

El TJUE, señala que el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78, supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Sin

embargo, la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él. En el presente asunto no se deduce de la resolución de remisión que la afección que aqueja a la Sra. Z. haya originado por sí misma la imposibilidad de que la interesada ejecute su trabajo o haya constituido una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional. Por lo que la Directiva 2000/78, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por razón de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución. Por otro lado, la validez de esta Directiva no puede apreciarse en relación con la Convención de la ONU, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con esta Convención.

No obstante como señala la doctrina<sup>11</sup>, desde hace ya algunos años también se vienen sucediendo las sentencias de los tribunales que se esfuerzan por escudriñar los argumentos sobre los que sustentar la concesión de los permisos por maternidad y/o paternidad y sus correspondientes subsidios y este podría ser uno de esos casos, si se atiende al interés del menor.

## 2. Discriminación transferida o por asociación

A diferencia del anterior supuesto, se ha reconocido como discriminación la discapacidad que no afectaba a la trabajadora sino a un familiar o allegado, como sucede con el asunto C-303/06, Sra. Coleman v. Attridge Law, Steve Law<sup>12</sup> al señalar que «el hecho de que la directiva 2000/78 contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las personas con discapacidad no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las personas con discapacidad».

De manera que para la jurisprudencia europea lo fundamental no es tanto el grado de discapacidad, sino las repercusiones que tiene en la inserción so-

---

<sup>11</sup> HIERRO HIERRO, J., *Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social*, cit., p. 8.

<sup>12</sup> STJUE de 17 de julio de 2008 (TJCE 2008, 176).

ciolaboral. De hecho, en esta importante sentencia<sup>13</sup>, se incorpora una novedosa categoría jurídica como es la discriminación transferida que supone una ampliación de la tutela de la discriminación a aquellas personas asociadas con personas con discapacidad, como sucede con cuidadores, precisamente por el particular riesgo de discriminación en el trabajo que tienen estos últimos<sup>14</sup>. Se trata de una interpretación de la Directiva 2000/78/CE, en la que ante el decaimiento de los servicios sociales y la asistencialización de los sistemas de Seguridad Social, el cuidado de las personas con discapacidad recae de manera preponderante en las familias, y además se proscribe que el empresario trate de forma menos favorable a un trabajador sin discapacidad, pero con vínculos jurídicamente irresistibles con otra persona con discapacidad a quien le dedica sus cuidados<sup>15</sup>. Se trata del nuevo concepto de discriminación laboral por vinculación o por asociación y que ha sido trasladado específicamente al artículo 2.e LGDPD, según el cual, existe discriminación por asociación, cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.

### 3. La importancia del ajuste razonable

En materia empleo y ocupación de las personas con discapacidad, la principal medida que contempla la Directiva 2000/78 junto al principio laboral genérico de adaptación al puesto de trabajo, es el concepto de ajuste en el puesto de trabajo. Este concepto de ajuste calificado como de «razonable» proviene de la jurisprudencia canadiense y de EEUU<sup>16</sup>, llegando a Europa a través de la Directiva 2000/78<sup>17</sup>, con el fin de que en los Estados se aplique el principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación (art. 1). Se trata de

---

<sup>13</sup> Se trataba de una trabajadora que al tener un hijo con discapacidad y dedicarle la mayor parte de los cuidados, se vio obligada a dejar su trabajo a causa de la discriminación y acoso que recibió por parte de su empresa, alegando que la empresa le trataba de forma diferente a otros padres con hijos con discapacidad. Concretamente, el empresario se negó a reincorporarla, al finalizar su permiso por maternidad en el puesto de trabajo que ocupaba antes. Además alegó que el empresario no le otorgó flexibilidad horaria así como le dirigió comentarios insultantes y fuera de lugar contra ella y contra su hijo.

<sup>14</sup> BELÉN MUÑOZ, A. B., «El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores». *Temas Laborales*, núm. 101/2009, p. 326.

<sup>15</sup> TAPIA HERMIDA, A., «Discriminación y acoso por “traslación de la discapacidad” o “discriminación por vinculación” (Comentario a la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, S. Coleman y Attridge Law, Steve Law)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 309, p. 132.

<sup>16</sup> Concretamente mediante la aprobación de la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972.

<sup>17</sup> Junto con la discapacidad se incluye asimismo en la Directiva, la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de edad, o de orientación sexual.

una disposición sobre lo que significan los ajustes razonables dirigidos a las personas con discapacidad, que deben incorporar los Estados a su legislación interna<sup>18</sup>.

En ese sentido, el artículo 5 de la Directiva 2000/78, señala que la adopción de ajustes razonables significa que los empresarios deben tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad el acceso al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario<sup>19</sup>.

Así, un ejemplo de discriminación por denegación de ajustes razonables lo constituye el cese de una trabajadora que, tras permanecer en situación de incapacidad temporal por enfermedad que dio lugar a la declaración de discapacidad en un grado superior al 65%, muestra su interés en reducir la jornada laboral siendo despedida por causas objetivas no acreditadas, por lo que se declaró nula la extinción con obligación de readmitir a la trabajadora en su mismo puesto de trabajo, con reducción de jornada en términos compatibles con su organización empresarial y las necesidades de la trabajadora<sup>20</sup>.

En este caso, aunque la discriminación se centra en la condición de persona con discapacidad de la trabajadora, también se une, si bien de forma circunstancial, su condición de mujer.

## BIBLIOGRAFÍA

BELÉN MUÑOZ, A. B., «El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores», *Temas Laborales*, núm. 101/2009.

GARRIDO PÉREZ, E., «El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades», *Temas Laborales*, núm. 59/2001.

HIERRO HIERRO, J., «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016.

---

<sup>18</sup> Sobre la necesidad de la adopción de ajustes razonables en función de la discapacidad, véase en GARRIDO PÉREZ, E., «El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades», *Temas Laborales*, núm. 59/01, pp. 183-187.

<sup>19</sup> Sin embargo, la carga no se considerará excesiva –señala la norma–, cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

<sup>20</sup> En STS de Cataluña, de 9 de diciembre de 2014 (AS 2015, 892).

- SERRANO ARGÜELLO, N., «La protección a los discapacitados en el trabajo: del perfeccionamiento legal a sus últimos avances a través de la jurisprudencia comunitaria», *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (VV.AA.), Directora: Cristina Guilarte Martín-Calero, coordinador: Javier García Medina. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2016.
- TAPIA HERMIDA, A., «Discriminación y acoso por “traslación de la discapacidad” o “discriminación por vinculación” (Comentario a la STJCE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, S. Coleman y Attridge Law, Steve Law)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 309.



# DISCRIMINACIÓN DIRECTA

MARÍA ARETA MARTÍNEZ

Profesora Titular de Universidad  
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. *Los elementos que definen la discriminación directa por razón de sexo.* 1. Introducción. 2. Elemento causal. 3. Elemento objetivo. 4. Elemento subjetivo. 5. Elemento temporal.–II. *La discriminación directa por razón de sexo en materias de empleo y ocupación.* 1. Acceso al empleo. 1.1 Introducción: marco normativo. 1.2 Oferta de empleo. 1.3 Proceso de selección de personal. A) Distinta estatura requerida a hombres y mujeres. B) ¿Distinta baremación de pruebas físicas para hombres y mujeres? C) Imposibilidad de realizar el ejercicio de la oposición por circunstancias de fuerza mayor. D) Solicitud de datos personales en las entrevistas de trabajo. E) Currículum vitae anónimo o ciego. 1.4 Momento inmediatamente anterior a la contratación. 2. Transcurso de la relación laboral. 2.1 Ascensos y promoción profesional. 2.2 Formación profesional en el trabajo. 2.3 Uniformidad en la vestimenta de trabajo. 2.4 Retribución. A) Introducción. B) Cómputo de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por maternidad biológica para el devengo de la retribución variable. C) Mantenimiento de la retribución de origen cuando una trabajadora cambia de puesto por riesgo durante el embarazo. D) Retribución igual por un mismo trabajo (o de igual valor), sin atender exclusivamente al criterio del esfuerzo físico. E) Devengo de la retribución correspondiente a la plaza aunque la funcionaria no haya tomado posesión por estar disfrutando de licencias vinculadas al embarazo y/o maternidad. 3. Extinción del contrato de trabajo. 3.1 Introducción. 3.2 Tutela cualificada y nulidad automática de los despidos objetivo y disciplinario. 3.3 Tutela ordinaria y nulidad por discriminación de los despidos objetivo y disciplinario. 3.4 Inclusión nula de trabajadora embarazada o que ha dado a luz en la relación de trabajadores afectados por un

despido colectivo. 3.5 Tutela ordinaria y nulidad por discriminatorio del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. 3.6 Extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador discriminado.—*Bibliografía.*

## I. LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA POR RAZÓN DE SEXO

### 1. Introducción

El artículo 14 de la CE (RCL 1978, 2836) consagra la igualdad de trato entre hombres y mujeres y prohíbe toda discriminación directa (patente) e indirecta (encubierta) por razón de sexo<sup>1</sup>. Por su parte, el artículo 3 de la LOI (RCL 2007, 586) señala que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres «supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo». En los ámbitos del empleo y la ocupación, los artículos 4.2.c) y 17.1 del ET (RCL 2015, 1654) también prohíben ambos tipos de discriminación por razón de sexo, la directa y la indirecta.

El artículo 6.1 de la LOI define la discriminación directa por razón de sexo de forma prácticamente idéntica al Derecho de la UE<sup>2</sup> como «la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable»; y el artículo 8 de la LOI completa el concepto precisando que «constitu-

---

<sup>1</sup> El TC, el TS y la Doctrina judicial, antes y después de la aprobación de la LOI, han insistido que la prohibición de discriminación por razón de sexo comprende tanto la directa como la indirecta. Por todas, *vid.*:

– STC de (Sala Primera) de 16 de abril de 2007 (RTC 69/2007).

– SSTS, Sala Social, de 21 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7821), 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 6560), 4 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10002), 13 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3467), 14 de mayo de 2014 (RJ 2014, 2808) y 20 de noviembre 2015 (RJ 2016, 4121).

– STSJ de Andalucía/Sevilla, Sala Social, de 8 de junio de 2016 (JUR 2016, 204004); STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala Social, de 16 de marzo de 2017 (JUR 2017, 94627); STSJ de Cataluña, Sala Social, de 16 de diciembre de 2013 (AS 2014, 218); SSTSJ de la Comunidad Valenciana, Sala Social, de 5 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 174408) y 17 de febrero de 2015 (JUR 2015, 131926); y STSJ de Madrid, Sala Social, de 23 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 358436).

<sup>2</sup> El artículo 2.1.a) de la Directiva 2006/54/CE (LCEur 2006, 1696), relativa a los ámbitos del empleo y la ocupación, y el artículo 3.a) de la Directiva 2010/41/UE (LCEur 2010, 900), relativa al trabajo autónomo, definen la discriminación directa por razón de sexo como «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable».

ye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad».

Durante la última década (2007-2017), los tribunales han realizado una intensa labor en orden a delimitar el significado y alcance de los elementos que definen la discriminación directa, en general, y en los ámbitos del empleo, la ocupación y la Seguridad Social, en particular. La discriminación directa por razón de sexo puede definirse por la concurrencia de los siguientes elementos:

— *Elemento causal*. La causa de la discriminación directa es el sexo de la persona y/o circunstancias directamente relacionadas con el sexo.

— *Elemento objetivo*. La discriminación directa comporta un trato diferente (distinto) entre hombres y mujeres, que resulta menos favorable (perjudicial) para las personas de un sexo.

— *Elemento subjetivo*. La LOI define la discriminación directa desde la posición de la persona que la sufre, que puede ser una mujer o un hombre.

— *Elemento temporal*. La LOI señala que la discriminación directa puede ser presente (sea), pasada (haya sido) o futura (pudiera ser).

## 2. Elemento causal

Junto al sexo de la persona (hombre, mujer), el legislador considera que también son causa de discriminación directa algunas circunstancias que conectan inequívocamente con uno de los sexos. Concretamente, el artículo 8 de la LOI señala que el embarazo y la maternidad pueden ser causa de discriminación directa, por referirse en exclusiva a un sexo, el femenino. En los ámbitos del empleo y la ocupación, el TC ha reiterado, antes y después de la entrada en vigor de la LOI, que la discriminación directa por razón de sexo comprende «no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentran su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca»<sup>3</sup>. El TC recuerda que el embarazo es un «elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres», de modo que «la minusvaloración o el perjuicio causado por el em-

<sup>3</sup> Por todas, *vid.*, SSTC de 12 de febrero de 2007 (RTC 2007, 17. FJ 3), 5 de noviembre de 2007 (RTC 2007, 233. FJ 6) y 16 de enero de 2017 (RTC 2017, 2. FJ 5).

barazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo»<sup>4</sup>.

Cabe cuestionarse si también son causa de discriminación directa por razón de sexo en los ámbitos del empleo y la ocupación: 1) circunstancias que afectan en exclusiva al trabajador varón y, 2) otras circunstancias distintas del embarazo y la maternidad que están relacionadas específicamente con la mujer trabajadora.

En relación con las circunstancias que afectan en exclusiva al sexo masculino, el trato peyorativo o desfavorable que pueda recibir un trabajador por padecer una enfermedad específicamente masculina sería una discriminación directa basada en el sexo.

En la última década (2007-2017), los tribunales han dilucidado si determinadas situaciones referidas exclusivamente a la mujer, distintas del embarazo y la maternidad, constituyen causa de discriminación directa por razón de sexo. Concretamente, los tribunales han declarado que:

— El sometimiento de una trabajadora a un tratamiento de fecundación *in vitro* es una situación exclusiva de la mujer y, por tanto, causa de discriminación directa por razón de sexo<sup>5</sup>, especialmente cuando se encuentra en fase avanzada (los óvulos han sido fecundados *in vitro*, aunque todavía no han sido implantados en el útero de la mujer). No obstante, como habrá ocasión de exponer más adelante, la situación de la trabajadora que sigue un tratamiento de fertilidad en fase avanzada no es equiparable a la de una trabajadora embarazada o que haya dado a luz a efectos, por ejemplo, de la tutela frente a los despidos objetivo y disciplinario.

— La lactancia natural es una situación exclusiva de la mujer y, por tanto, causa de discriminación directa por razón de sexo<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Las SSTC de 4 de julio de 2005 (RTC 2005, 182. FJ 4), 3 de julio de 2006 (RTC 2006, 214. FJ 3) y 20 de noviembre de 2006 (RTC 2006, 324. FJ 4) señalaron que el embarazo y la maternidad, por ser dos circunstancias referidas en exclusiva a la mujer, pueden ser causa de discriminación directa en los ámbitos del empleo y la ocupación. El artículo 8 de la LOI incorporó expresamente el embarazo y la maternidad como causas de discriminación directa por razón de sexo y el TC ha seguido reiterando su doctrina tras la entrada en vigor de la LOI, en las SSTC de 23 de junio de 2008 (RTC 2008, 74. FJ 2), 21 de julio de 2008 (RTC 2008, 92. FJ 3), 19 de mayo de 2011 (RTC 2011, 75. FJ 7), 5 de mayo de 2014 (RTC 2014, 66. FJ 2), 3 de octubre de 2016 (RTC 2016, 162. FJ 6) y 16 de enero de 2017 (RTC 2017, 2. FJ 5).

<sup>5</sup> Sobre la discriminación directa de la trabajadora embarazada en tratamiento de fertilidad, *vid.*, por todos, FERNÁNDEZ PRIETO, M., «La tutela del embarazo en la jurisprudencia constitucional y de la Unión Europea», *Revista de Derecho Social*, núm. 69, 2015, pp. 215 y 216; y POQUET CATALÁ, R., «Últimos perfiles judiciales del despido de las mujeres trabajadoras en tratamiento de fertilidad», *Trabajo y Derecho*, núm. 21, 2016.

<sup>6</sup> *Vid.*, STJUE (Sala Quinta) de 19 de octubre de 2017 (Asunto C-531/15. Caso Elda Otero Ramos. TJCE 2017, 194). Un comentario en PALOMINO SAURINA, P., «Concesión de la prestación por riesgo durante la lactancia natural aunque no existe evaluación de riesgos», *Información Laboral*, núm. 4, 2018.

Los tribunales han tenido ocasión de aclarar que determinadas situaciones o circunstancias no son constitutivas de discriminación directa por razón de sexo porque no van referidas en exclusiva a un sexo. En este sentido, el trato diferencial y desfavorable que un trabajador o una trabajadora pueda sufrir por acudir a la maternidad subrogada, por disfrutar de una excedencia por cuidado de hijos o por hallarse en situación de IT no son constitutivos de discriminación directa.

Los tribunales han declarado que la maternidad subrogada no es causa de discriminación directa por razón de sexo. Tanto el hombre como la mujer pueden suscribir un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero<sup>7</sup> y, por tanto, ambos (hombre y mujer) pueden sufrir un trato desfavorable por ello, de ahí que no quepa apreciar discriminación directa por razón de sexo. En este sentido, el TJUE ha señalado que el hecho de que el empresario deniegue el descanso por maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo a través de un contrato de gestión por sustitución no constituye discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE<sup>8</sup>. Paralelamente, el TS ha dictaminado que la denegación del subsidio de maternidad a la trabajadora o al trabajador que ha acudido a la gestación por sustitución no constituye discriminación por razón de sexo; el TS añade que ni la LGSS (RCL 2015, 1700) ni el Real Decreto 295/2009 (RCL 2009, 590) contemplan la maternidad subrogada como contingencia protegida por el subsidio de maternidad, aunque termina reconociendo el subsidio para proteger los derechos del menor<sup>9</sup>.

---

También, *vid.*, SSTS, Sala Social, de 3 de abril de 2018 (RJ 2018, 1970), 26 de junio de 2018 (RJ 2018, 3125) y 11 de julio de 2018 (JUR 2018, 204691).

<sup>7</sup> El artículo 10.1 de la Ley 14/2006 (RCL 2006, 1071) prohíbe expresamente en España la gestación por sustitución, y dispone que «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero».

<sup>8</sup> Las SSTJUE (Gran Sala) de 18 de marzo 2014 [(asunto C-167/12. Caso *C. D.* TJUE 2014, 113) y (asunto C-363/12). Caso *Z.* TJUE 2014, 113)] declaran que no existe discriminación directa por razón de sexo porque un hombre que fuera padre de un niño mediante un convenio de gestación por sustitución puede recibir por ello el mismo trato desfavorable que una madre subrogante, y viceversa. El TJUE tampoco aprecia discriminación indirecta porque no hay dato alguno que permita afirmar que la denegación de la concesión del descanso por maternidad perjudica especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores.

<sup>9</sup> El TS termina reconociendo el subsidio de maternidad a los trabajadores (hombres y mujeres) que acuden a dicha técnica de reproducción humana asistida para ser padres interpretando la normativa (LGSS y Real Decreto 295/2009) en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección del menor recién nacido (art. 39.2 CE). El TS argumenta que el hecho de que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 disponga expresamente la nulidad del contrato de gestación por sustitución celebrado en España no es razón suficiente para denegar la prestación por maternidad a quien suscribe dicho contrato en un país extranjero donde está legalmente permitido; también señala que de no otorgarse la prestación, el recién nacido sufriría un trato discriminatorio por razón de filiación, contrario a los artículos 14 y 39.2 de la CE. En

El TS ha señalado que la excedencia por cuidado de hijos y la IT no están incluidas en las situaciones de discriminación por razón de sexo que contempla el artículo 17.1 del ET<sup>10</sup>, al no ir referidas en exclusiva a uno de los sexos:

— El trato peyorativo recibido por ejercer los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y en particular el derecho a la excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 ET), no comporta una discriminación directa por razón de sexo, aunque puede constituir discriminación indirecta. Actualmente, el ET reconoce la titularidad de los derechos de conciliación a todos los trabajadores, hombres y mujeres. Por tanto, el ejercicio de estos derechos no constituye discriminación directa por razón de sexo, porque su titularidad no es exclusiva de los trabajadores de un sexo. El TC señala que el reconocimiento de estos derechos a todos los trabajadores, hombres y mujeres, ha contribuido al reparto de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (y la familia) y a una modificación de patrones socioculturales de conducta. No obstante, el TC también destaca que, desde una perspectiva constitucional, el ejercicio de estos derechos sigue vinculado singularmente con la maternidad y, a través de ella, con el artículo 14 de la CE, porque hoy por hoy son las mujeres las que de forma (casi) exclusiva solicitan este tipo de excedencia. El TC concluye que «es patente, entonces, que ese derecho y su ejercicio puedan quedar comprometidos por prácticas discriminatorias»<sup>11</sup> y dar lugar a situaciones de discriminación indirecta por razón de sexo, porque son las mujeres las que mayoritariamente solicitan la excedencia por cuidado de hijos y, por tanto, las que puedan sufrir un trato desfavorable por disposición, criterio o práctica aparentemente neutros.

— El trato peyorativo que una trabajadora recibe durante (o tras la reincorporación de) la suspensión del contrato de trabajo por IT no constituye discriminación directa por razón de sexo, salvo que sea por embarazo de ries-

---

este sentido, *vid.*, SSTS, Sala Social, de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016, 6167), 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6152), 30 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6514 y RJ 2016, 6516), 22 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 5401), 30 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 5969), 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5889), 22 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1414).

En la Doctrina judicial, *vid.*, STSJ de Asturias, Sala Social, de 29 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 19436); SSTSJ de Canarias/Las Palmas, Sala Social, de 27 de marzo de 2015 (AS 2015 1993) y 4 de noviembre de 2016 (AS 2016, 1753); STSJ de Castilla-La Mancha, Sala Social, de 14 de julio de 2016 (JRU 2016, 194758); SSTSJ de Cataluña, Sala Social, de 9 de marzo de 2015 (AS 2015, 954), 11 de febrero de 2016 (JUR 2016, 97024), 15 de abril de 2016 (AS 2016, 929), 19 de julio de 2016 (AS 2016, 2099), 3 de noviembre de 2016 (JUR 2017, 49449), 23 de diciembre de 2016 (AS 2016, 2000), 15 de febrero de 2017 (AS 2017, 440) y 17 de marzo de 2017 (AS 2017, 460); y SSTSJ de Madrid, Sala Social, de 23 de diciembre de 2014 (AS 2015, 406), 17 de julio de 2015 (JUR 2015, 202928), 12 de febrero de 2016 (AS 2016, 737), 17 de febrero de 2017 (recurso suplicación núm. 547/2016) y 27 de marzo de 2017 (JUR 2017, 119140).

<sup>10</sup> *Vid.*, STS, Sala Social, de 20 de mayo de 2015 (RJ 2015, 4278), que declara la inexistencia de discriminación en la designación de los trabajadores afectados por un despido colectivo.

<sup>11</sup> *Vid.*, STC de 5 de noviembre de 2007 (RTC 2007, 233).

go<sup>12</sup> o por una enfermedad específicamente femenina. Igualmente, el trato peyorativo que un trabajador recibe mientras tiene su contrato de trabajo suspendido por IT tampoco comporta discriminación directa por razón de sexo, salvo que sea por una enfermedad específicamente masculina. El TJUE ha señalado que, «puesto que tanto los trabajadores como las trabajadoras están expuestos a la enfermedad, si una trabajadora es despedida a causa de ausencias debidas a enfermedad en las mismas condiciones que un hombre, no existe discriminación directa basada en el sexo»<sup>13</sup>.

En conclusión, la discriminación directa por razón de sexo puede traer su causa en el sexo de la persona (hombre, mujer) y/o en determinadas circunstancias referidas en exclusiva al sexo femenino (embarazo, maternidad, lactancia natural, sometimiento a un tratamiento avanzado de fecundación *in vitro*, enfermedad específicamente femenina) o al masculino (enfermedad específicamente masculina). La suscripción de un convenio de gestación por sustitución no es causa de discriminación directa por razón de sexo, aunque puede serlo por filiación; tampoco es causa de discriminación directa el ejercicio de los derechos de conciliación, aunque puede serlo de discriminación indirecta; tampoco la IT, salvo que sea por embarazo de riesgo o por una enfermedad exclusiva de un sexo.

### 3. Elemento objetivo

El artículo 6.1 de la LOI señala que la discriminación directa por razón de sexo es la situación en la que una persona es tratada, en atención a su sexo, «de manera menos favorable que otra en situación comparable». El trato que reciben las personas de un sexo debe ser diferente (distinto) y menos favorable (perjudicial) que el dispensado a las personas del otro sexo, «sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al derecho a la igualdad de trato»<sup>14</sup>.

La discriminación directa por razón de sexo supone un trato diferencial entre hombres y mujeres que además ha de ser injustificado y desproporcionado. La ausencia de discriminación exige en todo caso que una diferencia de

<sup>12</sup> *Vid.*, STSJ de Cataluña, Sala Social, de 25 de mayo de 2010 (AS 2010, 1700).

<sup>13</sup> *Vid.*, STJUE, Gran Sala, de 26 de febrero de 2008 (Asunto C-506/06. Caso *Mayr*. Apartado 49. TJCE 2008, 36).

<sup>14</sup> Por todas, *vid.*, STS, Sala Social, de 20 de noviembre de 2015 (RJ 2016, 4121).

trato<sup>15</sup>: 1) resulte objetivamente justificada y razonable y 2) supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

La discriminación directa por razón de sexo requiere no solo un trato diferencial entre personas de distinto sexo, sino además un trato menos favorable para las personas de un sexo. La existencia de minusvaloración, perjuicio o tratamiento peyorativo es requisito imprescindible para identificar la discriminación. La LOI compara el trato dispensado a las personas de ambos sexos, y existe discriminación si no es el igual y además resulta desfavorable («menos favorable») para las de un sexo. Nótese que el legislador no hace referencia a «todo trato desfavorable». Por tanto, la cuestión reside en determinar si cualquier trato peyorativo es discriminatorio o solo los más relevantes (*minimis non curat lex*). Cabe entender que el trato es menos favorable cuando es injustificado y no supera el juicio de proporcionalidad. En los ámbitos del empleo y la ocupación, el resultado perjudicial puede consistir en: 1) la falta de acceso al empleo (por cuenta ajena o por cuenta propia), 2) la negación o pérdida de los derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales, o 3) la limitación o el empeoramiento de las condiciones de trabajo por ejercer algunos derechos.

El artículo 6.1 de la LOI exige para apreciar la existencia de discriminación directa que una persona reciba, en atención a su sexo, un tratamiento distinto y menos favorable que la persona de otro sexo que se halla «en situación comparable». Algunos tribunales han considerado que el tratamiento perjudicial se valora en sí mismo, «sin necesidad de una comparación»<sup>16</sup>. En este sentido, por ejemplo, puede existir discriminación directa por razón de sexo cuando no se contrata a una mujer por el hecho de estar embarazada, sin que sea necesario para apreciar la discriminación que la empresa contrate a un hombre en su lugar. Conviene aclarar que la situación comparable a la que hace referencia la LOI puede ser real o hipotética. La comparación es real cuando, habiendo personas de distinto sexo (hombres y mujeres), las de un sexo reciben un trato menos favorable que las del otro. La comparación es hipotética cuando, habiendo solo personas de un sexo (hombres o mujeres), estas reciben un trato menos favorable del que hubieran recibido las personas del

---

<sup>15</sup> La Doctrina judicial acoge la jurisprudencia adoptada por el TC antes de la LOI sobre la diferencia de trato justificada, razonable y proporcional para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres. *Vid.*, por todas, SSTSJ de Madrid, Sala Social, de 7 de mayo de 2010 (JUR 2010, 230589), 14 de octubre de 2010 (JUR 2011, 43163) y 6 de octubre de 2011 (JUR 2011, 390426).

<sup>16</sup> En este sentido, *vid.*, STSJ de Andalucía/Granada, Sala Social, de 22 de febrero de 2012 (AS 2012, 2054).

otro sexo. En realidad, la comparación hipotética pasa por aplicar el denominado test de sustitución (*test de but for*), que consiste «en cambiar en la situación contemplada el sexo (u otra circunstancia personal del sujeto) para verificar si las consecuencias jurídicas habrían sido las mismas en ese caso, esto es, si la no contratación o el despido se habrían producido si el sexo, u otra condición del trabajador, hubiesen sido distintas»<sup>17</sup>.

La discriminación directa por razón de sexo debe ser manifiesta, clara y patente; el perjuicio que ocasiona ha de ser efectivo y constatable<sup>18</sup>, lo cual lleva a cuestionarse si cabe hablar de discriminación directa en relación con la situación en la que una persona, por razón de su sexo, «pueda ser tratada» en un futuro de manera menos favorable; cuestión que se analiza más adelante.

#### 4. Elemento subjetivo

El artículo 6.1 de la LOI define la discriminación directa por razón de sexo como «la situación en que se encuentra una persona» que es, ha sido o puede ser tratada «de manera menos favorable que otra en situación comparable». Por tanto, la definición se adopta desde la posición de la persona que sufre el trato discriminatorio, sin precisar el perfil del sujeto que discrimina.

En los ámbitos del empleo y la ocupación, el sujeto que sufre discriminación es el trabajador (hombre, mujer). En relación con el trabajo asalariado, el artículo 17.1 de la ET realiza una aproximación al sujeto que discrimina, al señalar que la discriminación directa por razón de sexo puede provenir de preceptos reglamentarios (legislador), cláusulas de los convenios colectivos (representantes de empresarios y trabajadores) y decisiones unilaterales del empresario<sup>19</sup>. En relación con el trabajo autónomo, el artículo 6 de la Ley 20/2007 (RCL 2007, 1354) prohíbe a los poderes públicos y a quienes contraten la ac-

<sup>17</sup> *Vid.*, SSTS, Sala Social, de 23 de abril de 2009 (RJ 2009, 3249), 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 6560) y 20 de noviembre de 2015 (RJ 2016, 4121).

<sup>18</sup> Sobre la exigencia de que el perjuicio sufrido sea efectivo y constatable, *vid.*, por todas, STC de 5 de noviembre de 2007 (RTC 2007, 233).

<sup>19</sup> El artículo 17.1 del ET señala que «se entenderán nulos y sin efecto» los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa (o indirecta) por razón de sexo. Nótese que el artículo 17.1 del ET también hace referencia a los pactos individuales (entre empresario y trabajador) que den lugar a tales situaciones.

tividad profesional de los trabajadores autónomos que dispensen a dichos trabajadores un trato que comporte discriminación directa por razón de sexo<sup>20</sup>.

El artículo 6.1 de la LOI señala que la discriminación directa por razón de sexo es «la situación en que se encuentra una persona», sin precisar si es hombre o mujer. A diferencia de la situación de violencia de género, donde la víctima es siempre una mujer, la discriminación directa por razón de sexo se concibe como una situación donde el trato peyorativo lo sufre una persona, hombre o mujer; dicho de otro modo: mientras la violencia de género es unidireccional, en cuanto que el agresor es siempre un hombre y la víctima una mujer, la discriminación directa por razón de sexo es multidireccional, en cuanto que la persona que discrimina y la persona discriminada pueden ser tanto un hombre como una mujer; es más, a diferencia de la situación de violencia de género, en la que tanto el agresor como la víctima son personas físicas (que están o han estado unidas por una relación de afectividad conyugal o análoga), la discriminación directa por razón de sexo puede dispensarla una persona física que actúa en representación de una persona jurídica (empresa que adopta, por ejemplo, la forma de sociedad mercantil capitalista) e incluso de un ente sin personalidad jurídica (empresa que adopta la forma de comunidad de bienes).

Aunque históricamente las mujeres vienen siendo las que sufren mayoritariamente un trato desfavorable por razón de sexo, la protección legal frente a la discriminación por razón de sexo alcanza a hombres y mujeres<sup>21</sup>. Dicho de otro modo: aunque tradicionalmente el colectivo de hombres no ha sufrido discriminación por razón de sexo, si en la práctica se discrimina a una persona por ser hombre, resultan aplicables el artículo 14 de la CE y el artículo 6.1 de la LOI [y los artículos 4.2.c) y 17.1 ET y 6 Ley 20/2007]. No obstante, conviene advertir que, en los ámbitos del empleo y la ocupación, junto a la tutela ordinaria para combatir la discriminación por razón de sexo, que alcanza por igual a trabajadores y trabajadoras, el legislador viene adoptando en los últimos años medidas de acción positiva y de tutela cualificada dirigidas específi-

---

<sup>20</sup> El artículo 6.4 de la Ley 20/2007 (RCL 2007, 1354) señala que «serán nulas y se tendrán por no puestas» las cláusulas contractuales que vulneren el derecho a la no discriminación (directa por razón de sexo).

<sup>21</sup> El TC, el TS y la Doctrina judicial insisten que el contenido del artículo 14 de la CE no se agota en la cláusula general de igualdad (principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de La ley por los poderes públicos); también hace referencia expresa a la prohibición de discriminación por distintos motivos personales, entre los que figura el sexo, lo cual representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a determinados sectores de la población (como el colectivo de mujeres en el caso de la discriminación por razón de sexo) en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona.

camente a las mujeres trabajadoras, no así a los trabajadores varones, precisamente porque son las mujeres las que tradicionalmente vienen sufriendo mayoritariamente un trato desfavorable por razón de sexo.

Finalmente, dado que la LOI se centra en definir la discriminación directa desde la posición de la persona discriminada y no de quien discrimina, se cuestiona si el trato perjudicial o desfavorable que se dispensa a una persona ha de ser intencionado, es decir, si la discriminación directa exige voluntad de perjudicar<sup>22</sup>.

## 5. Elemento temporal

El artículo 6.1 de la LOI señala que la discriminación directa por razón de sexo es la situación en la que una persona «sea, haya sido o pudiera ser tratada», por su sexo, de manera menos favorable que una persona de otro sexo en situación comparable. Del tenor literal de la norma se desprende que no es necesario que se haya dado o se dé un trato menos favorable, siendo suficiente la probabilidad de que este pueda darse en el futuro; lo cual llevaría al legislador a sancionar una conducta que exige un resultado lesivo que todavía no se ha materializado.

Conviene subrayar que la discriminación directa por razón de sexo requiere que el trato distinto y perjudicial que sufre una persona sea real y efectivo. Por ello, lo más probable es que la referencia del artículo 6.1 de la LOI a la situación en la que una persona «pudiera ser tratada» derive de un error en la traducción al español de las directivas comunitarias que definen la «discriminación directa». Cuestión distinta es que el legislador adopte medidas sancionadoras frente a la discriminación pasada y futura (tutela reparadora) y medidas de prevención para evitar una futura discriminación (tutela preventiva).

## II. LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA POR RAZÓN DE SEXO EN MATERIAS DE EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

El artículo 4.2.c) del ET reconoce a los trabajadores el derecho a no ser discriminados directamente por razón de sexo para el empleo o una vez em-

---

<sup>22</sup> La STSJ de Andalucía/Granada, Sala Social, de 22 de febrero de 2012 (AS 2012, 2054), subraya que la discriminación puede existir aunque no haya intención de perjudicar a la víctima: «la nota esencial de la discriminación es el efecto peyorativo, el perjuicio objetivo de los intereses de la víctima, sin que importe la concurrencia de intención de perjudicar en el sujeto que la pone en práctica; incluso si ese sujeto posee razones económicas creíbles para ponerla en práctica».

pleados. Por su parte, el 17.1 del ET hace referencia a situaciones de discriminación directa por razón de sexo en el empleo y en las condiciones de trabajo. Por tanto, la discriminación directa por razón de sexo puede acontecer en estadios previos a la contratación (acceso al empleo) y en cualquiera de los estadios de la relación laboral (inicio, transcurso, extinción).

## 1. Acceso al empleo

### 1.1 INTRODUCCIÓN: MARCO NORMATIVO

En el marco del Derecho de la UE, el artículo 14.1.a) de la Directiva 2006/54/CE prohíbe expresamente toda discriminación directa (e indirecta) por razón de sexo en el acceso al empleo público y privado y al trabajo por cuenta propia, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad. En el marco del Derecho interno español, el artículo 5, párrafo 1.º de la LOI proclama expresamente el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo privado y al empleo público, sin llegar a extender expresamente la prohibición de discriminar en todos los sectores de actividad.

En el ámbito del trabajo asalariado, el artículo 4.2.c) del ET reconoce el derecho de los trabajadores a no ser discriminados directamente (ni indirectamente) para el empleo por razón de sexo. El alcance temporal de la prohibición de discriminación por razón de sexo es mayor que la duración de la relación laboral, porque se extiende a los estados previos a la contratación, es decir, a las fases de reclutamiento y de selección de personal. En el ámbito del trabajo por cuenta propia, el artículo 6.2 de la Ley 20/2007 prohíbe toda discriminación directa (e indirecta) por razón de sexo tanto en la libre iniciativa económica como en la contratación de la actividad profesional.

En relación con el acceso al empleo privado, la Doctrina judicial recuerda la jurisprudencia constitucional para señalar que la prohibición de discriminación por razón de sexo limita la libertad de empresa (art. 38 CE) en la contratación, que alcanza a la fase de acceso al empleo. Por tanto, el empresario privado tiene libertad para decidir a quién contrata, pero en la selección de personal debe utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer<sup>23</sup>. En relación con el acceso al empleo público también rige, entre

---

<sup>23</sup> STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, Sala Social, de 29 de junio de 2012 (AS 2013, 114).

otros, el principio de igualdad [arts. 1.3.b) y 55.1 EBEP (RCL 2015, 1695)], que incluye la igualdad de trato por razón de sexo.

## 1.2 OFERTA DE EMPLEO

El artículo 35.1, párrafo 1.º de la LE señala que, con carácter general, una oferta de empleo no puede ir dirigida a personas de un solo sexo, por constituir discriminación directa, salvo que el sexo de la persona sea «un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar». Por su parte, el artículo 5, párrafo 2.º de la LOI, en términos idénticos al artículo 14.2 de la Directiva 2006/54/CE, establece que no constituye discriminación (directa) por razón de sexo en el acceso al empleo «una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

En definitiva, la oferta de empleo puede dirigirse a personas de un solo sexo cuando concurren los tres requisitos siguientes: 1) el sexo de la persona es requisito profesional y determinante a la vista de la naturaleza de la actividad o del contexto en el que se va a desarrollar, 2) el fin de la actividad profesional que se va a realizar es legítimo y 3) el sexo de la persona es un requisito profesional proporcionado. En la práctica, las ofertas de empleo dirigidas a personas de un solo sexo están justificadas en pocas profesiones (actores, maniquís y modelos, deportistas), y en actividades en las que hay que preservar la intimidad como, por ejemplo, la actividad en establecimientos sanitarios donde los profesionales deben garantizar la intimidad de los pacientes.

En su día, el Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias estuvo estructurado en dos escalas especiales, una masculina y otra femenina. La disposición adicional trigésima de la LOI modificó el artículo 1 y la disposición transitoria primera de la Ley 36/1977 (RCL 1977, 1098) para configurar un Cuerpo único de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, suprimiendo la distinción entre escalas masculina y femenina. Sin embargo, la protección del derecho a la intimidad de los internos exige la presencia de funcionarios del mismo sexo que el de los internos en el desarrollo de algunas actividades, especialmente de vigilancia y seguridad, que tienen lugar en los distintos centros, dependencias y horarios. Por ello, el Real Decreto 1836/2008 (RCL 2008, 1937) prevé una reserva de puestos de trabajo en el área de vigilancia de hasta

el 40 % para funcionarios de un solo sexo, que será el mismo que el de los internos adscritos al área en cuestión.

En cualquier caso, «la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico» constituye una discriminación directa por razón de sexo sancionable (art. 35.2, párrafo 2.º LE). El esfuerzo físico, que es una cualidad eminentemente masculina, no puede utilizarse como único criterio requerido para el acceso al empleo, debiendo tomarse también en consideración otras características del trabajo.

La LOI hace referencia en varias ocasiones al uso del lenguaje no sexista. Aunque la ausencia de discriminación directa por razón de sexo en las ofertas de empleo pasa por redactarlas con un lenguaje no sexista, conviene recordar varias reglas de la gramática de la lengua española sobre el género de los sustantivos que designan oficios y profesiones, que no suponen el uso de un lenguaje sexista:

— Algunos sustantivos que designan profesiones y oficios son comunes en cuanto al género, es decir, designan tanto a hombres como a mujeres. Es el caso, por ejemplo, de astronauta, cineasta, electricista, fisioterapeuta, fonoiatra, geriatra, logopeda, pediatra, (p)siquiatra; también es el caso de todos los grados de la escala militar (albañil, alférez, almirante, brigada, brigadier, cabo, comandante, coronel, sargento, teniente, coronel, general, soldado); de algunos deportes profesionales (ciclista, futbolista, baloncestista); y de sustantivos relativos a algunos instrumentos de música que también pueden utilizarse como sustantivos comunes en cuanto al género para designar a la persona que ejerce el oficio de tocarlos (el flauta/la flautista o el flautista/la flautista; el trompeta/la trompeta o el trompetista/la trompetista).

— Los sustantivos que designan algunos oficios y profesiones cuentan con género masculino y femenino (juez/jueza, fiscal/fiscala, bedel/bedela), aunque en la práctica suele utilizarse la forma masculina como un sustantivo común en cuanto al género, diferenciando el género por el artículo (el juez/la juez, el fiscal/la fiscal, el bedel/la bedel).

— Algunos sustantivos comunes en cuanto al género, que designan oficios y profesiones, cambian radicalmente de significado cuando se les añade la letra «a» para formar el femenino. Es el caso, por ejemplo, de albañil referido a la persona (hombre o mujer) que se dedica profesionalmente a la albañilería; distinto es albañila, referido a la abeja que hace para su morada agujeros horizontales en las tapias y en los terrenos duros.

— Algunos sustantivos femeninos referidos a profesiones feminizadas han adoptado recientemente la forma masculina para identificar también a los

trabajadores varones. Es el caso, por ejemplo, de azafata/azafato o matrona/matrón (comadrona/comadrón).

— Muchos sustantivos tienen género masculino y femenino para designar distintas profesiones y oficios según sean ejercidas por hombres o mujeres; el género femenino suele formarse añadiendo la letra «a» a la forma masculina (profesor/profesora, abogado/abogada, torero/torera), aunque hay excepciones (actor/actriz)

El artículo 35.1 de la LE encomienda a los agentes de intermediación laboral (servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación) la tarea de «velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo», y si aprecian que una oferta de empleo es discriminatoria por razón de sexo, lo comunicarán a quienes la hubiesen formulado. En definitiva, la LE encomienda a los agentes de intermediación laboral la función de «inspeccionar» las ofertas de empleo para comprobar si son discriminatorias por razón de sexo; todo ello sin perjuicio de la función propiamente inspectora realizada en esta materia por la ITSS, y en particular por los funcionarios de la Escala especializada de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, que está adscrita al Cuerpo de Subinspectores Laborales<sup>24</sup>.

### 1.3 PROCESO DE SELECCIÓN DE PERSONAL

La igualdad de trato entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminación directa (e indirecta) por razón de sexo debe respetarse en los procesos de selección de personal para acceder a puestos de trabajo en el ámbito público y privado. En ocasiones, las fases o pruebas que debe superar un candidato y/o los criterios utilizados para seleccionar el candidato comportan discriminación directa por razón de sexo.

#### A) *Distinta estatura requerida a hombres y mujeres*

La distinta estatura (mínima y máxima) requerida a hombres y mujeres para participar en los procesos selectivos de acceso a determinados puestos de

---

<sup>24</sup> El artículo 14.2.a) de la Ley 23/2015 (RCL 2015, 1129) encomienda a los Subinspectores Laborales, pertenecientes a la Escala de Empleo y Seguridad Social, la función de comprobar el cumplimiento de las normas en materia de acceso al empleo.

trabajo no comporta discriminación directa por razón de sexo. Los tribunales subrayan que la discriminación podría existir en caso contrario, es decir, si no se hubiera diferenciado entre hombres y mujeres. Las estadísticas evidencian que el promedio de altura de la mujer es inferior al del hombre, de ahí que si la altura requerida fuera la misma para ambos sexos, muchas mujeres verían impedido su acceso a determinadas profesiones<sup>25</sup>.

B) *¿Distinta baremación de pruebas físicas para hombres y mujeres?*

En relación con las pruebas físicas exigidas para el acceso a determinados puestos de trabajo, se cuestiona si el establecimiento de un mismo baremo para hombres y mujeres puede situar en desventaja a las mujeres aspirantes y, por tanto, que la igualdad inicial se traduzca en discriminación por razón de sexo.

Según informes científicos, la mujer suele tener mayor porcentaje de grasa y menor masa muscular, de ahí que su capacidad fisiológica para generar potencia sea, por regla general, inferior a la del hombre y, por tanto, no esté en la misma disposición que los hombres para alcanzar la marca requerida en cada prueba física. Esta cuestión se ha planteado en sede judicial con ocasión de la convocatoria de pruebas selectivas para el acceso a plazas del cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid.

Con carácter general, las bases específicas que rigen las convocatorias de acceso a los cuerpos de Bomberos en la mayoría de las Administraciones Públicas suelen establecer distintos baremos para hombres y mujeres en la evaluación de las pruebas físicas. Sin embargo, en el caso del cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid, las pruebas físicas y su baremo son iguales para todos los aspirantes, hombres y mujeres. La Sala Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid confirma la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid que desestimó el recurso interpuesto frente al Decreto del Ayuntamiento de Madrid que publica las bases específicas que habían de regir la convocatoria de pruebas selectivas para acceder a nueve plazas por turno libre en la categoría de Oficial del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Madrid. La parte actora alegó que las pruebas físicas establecidas vulneraban el principio de igualdad, por discriminar a las mujeres aspirantes, y solicitaba su nulidad, reclamando una modificación en las bases de la convocatoria para que

---

<sup>25</sup> *Vid.*, STSJ de Cataluña, Sala Social, de 22 de septiembre de 2010 (AS 2010, 1887), que incorpora la doctrina unificada por la STS, Sala Social, de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 10091). *Vid.*, también STJUE, Sala Primera, de 18 de octubre de 2017 (Asunto C-409/16).

las pruebas físicas no obstaculicen el acceso de las mujeres a la profesión de bombero. Sin embargo, ni en la instancia ni en vía de recurso se apreció discriminación por razón de sexo, porque<sup>26</sup>: 1) la finalidad de las pruebas físicas es garantizar la capacidad física de los aspirantes que las superen, y los informes presentados por la parte demandante «no justifican de forma indubitada que las concretas pruebas físicas exigidas sean arbitrarias e ineficaces para el fin que pretenden servir»; 2) siendo cierto que las pruebas físicas podrían ser otras menos exigentes o incluso distintas, no basta con aludir a las diferencias por sexo que otras Administraciones Públicas introducen en las pruebas físicas de acceso a sus cuerpos de Bomberos, «pues es preciso estudiar si en esas Administraciones el servicio se presta en las mismas condiciones que en Madrid capital, condiciones que no dependen únicamente de las características de las edificaciones y del entorno urbano, sino de otras circunstancias, como del número de efectivos que pueden acudir a un siniestro, número estadístico de siniestros a atender y circunstancias de los mismos, medios materiales disponibles, etc., cuestiones todas ellas que inciden directamente en la aptitud física exigible a cada aspirante; y 3) el incremento de un 20 % de la puntuación final a las mujeres aspirantes implica ya la acción positiva que la parte actora reclama.

C) *Imposibilidad de realizar el ejercicio de la oposición por circunstancias de fuerza mayor*

La prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo público se conculca cuando la aspirante queda excluida del proceso selectivo al no poder acudir al llamamiento único para realizar el ejercicio/examen de la fase de oposición en la fecha establecida, que coincidió con la de su ingreso hospitalario para dar a luz<sup>27</sup>. En definitiva, el embarazo (parto

<sup>26</sup> Vid., STSJ de Madrid, Sala Contencioso-Administrativo, de 3 de octubre de 2016 (JUR 2016, 251501).

<sup>27</sup> Vid., STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2520). La STSJ de Madrid, Sala Contencioso-Administrativo, de 26 de mayo de 2017 (JUR 2017, 146495) confirma la sentencia de instancia y decreta la nulidad del ejercicio/examen de la fase de oposición correspondiente al proceso selectivo para el acceso a la condición de personal estatutario fijo en la Categoría de Diplomado Sanitario/Enfermera del Servicio de Salud de la Comunidad de Madrid porque la aspirante fue obligada a acudir al examen celebrado el mismo día en que ingresó en el centro hospitalario para dar a luz. La Sala recuerda que el embarazo es una circunstancia exclusiva de la mujer que puede ser causa de discriminación directa por razón de sexo, y destaca que las bases de la convocatoria permitían al Tribunal Calificador buscar la forma y manera de acoger y hacer efectivos los derechos que indudablemente ostentaba la candidata, como podía haber sido el aplazamiento del ejercicio para evitar el perjuicio que sufrió, «pues no se puede dar por cierto que la previsión del llamamiento único cerrase la puerta absolutamente a toda demanda de trato diferente con independencia de la causa que se invoque».

el mismo día de la prueba) de la aspirante es una excepción a la regla general de llamamiento único, aunque tal circunstancia no esté expresamente prevista en las bases de la convocatoria. En tal caso, el Tribunal Calificador ofrecerá una alternativa (realizar el ejercicio en fecha distinta a la del llamamiento o realizar una prueba alternativa) a las aspirantes que no puedan concurrir por imposibilidad física asociada al embarazo (problemas físicos por parto próximo a la fecha de la prueba, fecha del parto coincidente con la de la prueba)<sup>28</sup>.

#### D) *Solicitud de datos personales en las entrevistas de trabajo*

En los procesos de selección de personal, la solicitud de datos de carácter personal y familiar relacionados con el embarazo o la maternidad y ajenos al trabajo a desempeñar constituye una discriminación directa por razón de sexo. En tal caso, la empresa puede ser sancionada en vía administrativa por una infracción administrativa muy grave en materia de empleo [art. 16.1.c) de la LISOS] y condenada en vía judicial al pago de una indemnización por los daños y perjuicios causados a la candidata que participó en el proceso de selección<sup>29</sup>. El artículo 148.c) de la LJS señala que el proceso laboral puede iniciarse de oficio por acta de infracción o comunicación de la ITSS en la que consta la existencia de una discriminación por razón de sexo así como las bases de los perjuicios estimados para el trabajador a los efectos de la determinación de la indemnización (de daños y perjuicios) correspondiente. Por tanto, la ITSS tiene legitimación activa para iniciar el proceso laboral de oficio que determine la indemnización de daños y perjuicios cuando la autoridad laboral competente todavía no ha dictado una resolución administrativa que determine la existencia de una infracción administrativa sancionable, es decir, cuando el procedimiento administrativo sancionador se ha iniciado por acta de infracción de la ITSS y todavía no ha concluido.

---

<sup>28</sup> *Vid.*, SSTS, Sala Contencioso-Administrativo, de 27 de abril de 2009 (RJ 2009, 4091) y 14 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2520).

<sup>29</sup> La STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, Sala Social, de 7 de abril de 2014 (AS 2014, 2179), declara que el hecho de someter a la candidata a preguntas personales y familiares totalmente ajenas al trabajo a desempeñar supone una conducta discriminatoria, «puesto que la candidata se ha visto obligada a revelar sus planes familiares (casada y con hijos) y datos médicos pertenecientes a su más estricta intimidad (ligadura de trompas), innecesarios para una gestión de personal responsable y respetuosa con la dignidad del empleado».

### E) *Currículum vítae anónimo o ciego*

El 20 de julio de 2017, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad suscribió con varias empresas y entidades un «Protocolo General para el diseño, implantación y valoración de un proyecto de currículum vítae anónimo para la selección de personal». La cláusula primera del Protocolo destaca que tiene por objeto establecer un «marco general de colaboración entre la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad y la entidad firmante para el diseño, elaboración, y seguimiento de un proyecto para promover la implantación de procesos de selección despersonalizados, lo que comúnmente se conoce como currículum anónimo o ciego, para evitar posibles sesgos de género en los procesos de selección de personal y, en su caso, promoción profesional»; y la cláusula segunda define el «currículum vítae anónimo o ciego» como «el que suprime referencias personales tales como el nombre y apellidos, sexo o edad, y no incluye tampoco fotografía, ni cualquier otro dato que pudiera dar lugar a cualquier sesgo discriminatorio en un proceso de selección de personal, con el fin de centrarlo en lo único que a priori tendría que ser relevante a la hora de acceder a un empleo o puesto, como serían la formación, cualificación, capacidades y perfil del candidato o candidata que mejor se adapta a la función a desarrollar». Este Protocolo se enmarca dentro del conjunto de acciones de responsabilidad social que las empresas pueden realizar voluntariamente para «promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa» (art. 73 LOI).

#### 1.4 MOMENTO INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA CONTRATACIÓN

Los tribunales han apreciado discriminación directa por razón de sexo en momentos inmediatamente anteriores a la contratación cuando:

— Una trabajadora, tras superar las pruebas de selección para un puesto de peón de construcción, es rechazada porque la obra no dispone de baños para mujeres<sup>30</sup>.

— La empresa, habiendo decidido la contratación de una trabajadora, cambia su postura tras conocer que está embarazada y finalmente no hay contratación. La discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo existe cuando la empresa deja de contratar a una mujer por el hecho de estar embarazada, siendo indiferente que contrate o no a otra persona en su lugar<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala Social, de 22 de diciembre de 2008 (AS 2009, 310).

<sup>31</sup> *Vid.*, STSJ de Murcia, Sala Contencioso-Administrativo, de 15 de julio de 2011 (JUR 2011, 286431).

Los tribunales han tenido ocasión de examinar en más de una ocasión la existencia de discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo (temporal) de trabajadores incluidos en una bolsa de empleo:

— La falta de llamamiento de una trabajadora embarazada que es ATS-DUE en la oferta de contrataciones temporales para la Unidad de Neonatos, contratándose a otros trabajadores con peor posición en la bolsa de empleo temporal, comporta una discriminación directa por razón de sexo; la empresa debe contratar a la trabajadora embarazada, incluso aunque tenga que destinarla a otro puesto de trabajo compatible con su estado biológico con el fin de garantizar su seguridad y salud y/o la del feto<sup>32</sup>. En definitiva, se cuestiona si existe discriminación directa por razón de sexo cuando la empresa no contrata a una mujer embarazada por considerar que no está en condiciones físicas de desempeñar el trabajo sin riesgo para la salud materno-fetal. La Doctrina judicial, siguiendo la jurisprudencia del TJUE, declara que la negativa a contratar a una mujer embarazada constituye discriminación directa basada en el sexo, incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo.

— La falta de llamamiento de una trabajadora que está en situación de baja maternal no comporta discriminación directa por razón de sexo porque tal situación impide trabajar, de ahí la falta de llamamiento, y siempre que la trabajadora no resulte penalizada, de modo que seguirá en la bolsa de empleo temporal para futuros llamamientos tras finalizar el descanso maternal<sup>33</sup>.

— Incurrir en discriminación directa por razón de sexo la resolución del Director General de Recursos Humanos que, dictada después del llamamiento y nombramiento de una trabajadora como profesora interina y tras comprobar que no es posible su incorporación inmediata por hallarse en situación de IT por embarazo de riesgo, acuerda no formalizar su toma de posesión, anular todos los trámites realizados en relación con su nom-

---

<sup>32</sup> La STSJ de Baleares, Sala Social, de 25 de marzo de 2013 (AS 2013, 1880), señala que el embarazo no impide trabajar, de modo que la falta de llamamiento de la trabajadora embarazada comporta discriminación directa por razón de sexo; si resulta necesario, la empresa adoptará las medidas de prevención de riesgos laborales para garantizar la seguridad y salud de la trabajadora y/o del feto. La Sala declara que la práctica habitual adoptada en el hospital para garantizar la protección de las trabajadoras ATS-DUE que están embarazadas es asignarles un puesto de trabajo en Consultas Externas y Cirugía Mayor Ambulatoria, y no en la Unidad de Neonatos. Por ello, la Sala concluye que nada obsta la inclusión de la trabajadora embarazada en la oferta de contrataciones temporales en la Unidad de Neonatos y posteriormente adoptar las medidas necesarias para evitar su exposición a riesgos laborales, no siendo posible preterirla y contratar a trabajadores con peor posición en la bolsa de trabajo temporal.

<sup>33</sup> STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala Contencioso-Administrativo, de 23 de mayo de 2014 (JUR 2014, 163515).

bramamiento, toma de posesión y contratación, y suspender su disponibilidad en la bolsa de trabajo<sup>34</sup>.

## 2. Transcurso de la relación laboral

### 2.1 ASCENSOS Y PROMOCIÓN PROFESIONAL

El artículo 24.2 del ET dispone que los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa (o indirecta) entre mujeres y hombres, al tiempo que admite la adopción de medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación.

La cláusula del convenio colectivo que impone unos criterios discriminatorios por razón de sexo para regular los ascensos profesionales es nula. En este sentido, la cláusula del convenio colectivo que condiciona la promoción profesional al desempeño de 450 horas de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, sin interrupciones superiores a 2 meses, supone una discriminación directa (e indirecta) para las mujeres embarazadas o con el contrato de trabajo suspendido por maternidad, lactancia e incluso en caso de unión del tiempo de vacaciones con el de descanso por maternidad dentro del año natural. Las ausencias vinculadas al embarazo y la maternidad deben asimilarse a tiempo de trabajo efectivo para el ascenso profesional<sup>35</sup>.

La decisión de la empresa de cambiar del puesto de directivo a una trabajadora tras haber sido madre, por considerar que las cargas familiares le impedirán desarrollar con plenitud las funciones de directora de enfermería, comporta una discriminación directa por razón de sexo y, por tanto, se entenderá nula y sin efecto. La decisión empresarial es nula por discriminatoria y vicia de nulidad aquella decisión<sup>36</sup>.

El nombramiento para un puesto de libre designación y el cese en el mismo son decisiones discrecionales que no precisan ser motivadas, pero ello no significa que desde la perspectiva constitucional escapen del respeto a los derechos

---

<sup>34</sup> La STSJ de Castilla-La Mancha, Sala Contencioso-Administrativo, de 25 de abril de 2016 (JUR 2016, 138206), declara la nulidad de la resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Castilla-La Mancha que acuerda no formalizar la toma de posesión de la trabajadora embarazada, que está en situación de IT por embarazo de riesgo, como funcionaria interina y anular todos los trámites realizados en relación con su nombramiento, toma de posesión y contratación, y se le declara en situación de no disponibilidad en la bolsa de trabajo,

<sup>35</sup> STS, Sala Social, de 12 de mayo de 2015 (RJ 2015, 5005).

<sup>36</sup> STSJ de Madrid, Sala Social, de 23 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 358436).

fundamentales del trabajador. Por tanto, la prohibición de discriminación por razón de sexo limita la facultad discrecional del empresario. La decisión discrecional de la empresa de remover a una trabajadora de un puesto de libre designación puede resultar discriminatoria por razón de sexo si aquella aporta un mínimo de indicios racionales y suficientes de la discriminación alegada, en cuyo caso la empresa deberá acreditar que los criterios utilizados para la remoción del cargo son ajenos a todo móvil discriminatorio y descansan en razones objetivas. Si la trabajadora alega que su cese en el puesto de confianza es discriminatorio por razón de sexo y no aporta indicios suficientes de discriminación, la empresa queda liberada de la prueba negativa y su decisión de cesar a la trabajadora en el cargo de confianza no resulta discriminatoria<sup>37</sup>.

La empresa incurre en discriminación directa por razón de sexo cuando no comunica la existencia en otro centro de trabajo de una vacante con jornada ampliada a la trabajadora que, teniendo derecho convencional preferente al traslado, se encuentra de baja maternal<sup>38</sup>.

A efectos de promoción profesional por antigüedad, la exclusión del cómputo de prestación de servicios del tiempo correspondiente a los periodos de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y posterior maternidad comporta una discriminación directa por razón de sexo<sup>39</sup>.

## 2.2 FORMACIÓN PROFESIONAL EN EL TRABAJO

El artículo 23.2 del ET faculta a la negociación colectiva para fijar los términos del ejercicio de los derechos de formación profesional en el trabajo, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa (e indirecta) entre trabajadores de uno y otro sexo. El precepto estatutario transpone al Derecho interno español el artículo 3.1.b) de la Directiva 2006/54/CE, que prohíbe la discriminación directa (e indirecta) por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos pú-

---

<sup>37</sup> STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, Sala Social, de 29 de junio de 2012 (AS 2013, 114).

<sup>38</sup> La STC de 16 de enero de 2017 (RTC 2017, 2) señala que la actuación empresarial impide a la trabajadora ejercer su derecho preferente a la mejora en las condiciones de trabajo y en el lugar de destino que había solicitado, en la medida en que no pudo ejercerlo en el momento en que surgió la necesidad empresarial de cubrir nuevos servicios por no comunicarle empresa la existencia de vacantes cuando se encontraba de baja por embarazo de riesgo. Un comentario en SÁEZ LARA, C.: «Garantía de indemnidad profesional y económica por razón de embarazo y maternidad», *Trabajo y Derecho*, núm. 31, 2017; y SERRANO GARCÍA, J. M.<sup>a</sup>, «La situación de discriminación directa de la mujer en situación de maternidad por incumplimiento de cláusulas convencionales de reconocimiento de derechos. Comentario a la STC 2/2017 de 16 de enero», *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017, pp. 149-157.

<sup>39</sup> *Vid.*, SSTSJ de Madrid, Sala Social, de 4 de febrero de 2008 (AS 2008, 1205), 28 de junio de 2010 (AS 2010, 1720), 21 de mayo de 2012 (AS 2012, 2266) y 12 de junio de 2013 (JUR 2013, 304923).

blicos, en relación con «el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica». El TJUE ha recordado que la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a todos los tipos y niveles de formación profesional «implica que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que la formación profesional sea accesible según los mismos criterios y a los mismos niveles sin discriminación por razón de sexo»<sup>40</sup>.

### 2.3 UNIFORMIDAD EN LA VESTIMENTA DE TRABAJO

El TS ha declarado que resulta discriminatoria por razón de sexo la práctica empresarial consistente en imponer a las enfermeras y auxiliares de enfermería que prestan servicios en planta y consultas externas una ropa de trabajo consistente en falda, delantal, cofia y medias, sin posibilidad de optar por el pijama de dos piezas (pantalón y chaqueta) que llevan los trabajadores masculinos de las mismas categorías profesionales y que desarrollan su actividad en las mismas dependencias<sup>41</sup>. La Sala señala que la imposición de la uniformidad en la vestimenta exclusivamente al personal de sexo femenino es una manifestación de la discriminación directa por razón de sexo. El restablecimiento de la igualdad en tal caso obliga a la empresa a permitir que las trabajadoras (enfermeras y auxiliares de enfermería de planta y consultas externas) puedan desempeñar su actividad con la misma ropa de trabajo que los trabajadores varones<sup>42</sup>.

### 2.4 RETRIBUCIÓN

#### A) *Introducción*

El Derecho de la UE reconoce expresamente el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor. Concretamente, el artículo 157 del Tratado de Funcio-

<sup>40</sup> STJUE, Sala Segunda, de 21 de julio de 2011 (Asunto C-104/10. Caso *Kelly*. Apartado 44).

<sup>41</sup> STS, Sala Social, de 19 de abril de 2011 (RJ 2011, 2309). Sobre la vestimenta diferenciada para trabajadores y trabajadoras como causa de discriminación directa por razón de sexo, *vid.*, CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2013.

<sup>42</sup> STSJ de Andalucía/Sevilla, Sala Social, de 22 de mayo de 2014 (JUR 2014, 196936).

namiento de la Unión Europea (RCL 2009, 2300) dirige un mandato a los Estados miembros para que garanticen la aplicación del referido principio<sup>43</sup>, según el cual: a) 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 b) la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo. Por su parte, el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE precisa que la discriminación por razón de sexo (directa e indirecta) se eliminará «en el conjunto de los elementos y condiciones de la retribución», y añade que «cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo». El TJUE viene desplegando desde hace años una importante labor jurisprudencial en orden a la delimitación del significado y alcance de los términos que conforman el referido principio. Concretamente, destaca la extensa jurisprudencia comunitaria que precisa qué haya de entenderse por «retribución» y por «trabajo de igual valor».

En el ámbito del Derecho interno español, los artículos 17.1 y 28 del ET consagran el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres al señalar que «El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella». Los interlocutores sociales también han contribuido a la consolidación de dicho principio al incorporarlo expresamente en las cláusulas de convenios colectivos sectoriales, empresariales y de grupos de empresas.

Dentro de las actuaciones que la ITSS lleva a cabo en materia de igualdad destaca la campaña específica sobre «discriminación salarial entre hombres y mujeres», que se puso en marcha en 2010 dando así cumplimiento a lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta.2.a) de la Ley 35/2010 (RCL 2010, 2502). Esta campaña tiene por objeto verificar la existencia de discriminación salarial, directa e indirecta, por razón de sexo en sectores específicos; la ITSS se encarga de verificar si a los trabajadores se abonan complementos salariales o dietas o compensaciones de gastos que dejan de abo-

---

<sup>43</sup> El artículo 23, párrafo 1.º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480) dispone que la igualdad entre hombres y mujeres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de retribución.

narse injustificadamente a las trabajadoras. Los informes anuales de la ITSS dan cuenta de los resultados de esta campaña. En 2016, la ITSS inspeccionó a 408 empresas que sumaban un total de 32.701 trabajadores, de los que 16.719 eran hombres y 15.982 mujeres<sup>44</sup>. La ITSS detectó la existencia de discriminación salarial por razón de sexo en 3 de las 408 empresas inspeccionadas, pertenecientes a los sectores de industria (1), y hostelería (2). Como consecuencia de las actuaciones inspectoras, la ITSS extendió acta de infracción a dos de las empresas con una propuesta de sanción por importe total de 10.000 euros cada una de ellas y a la tercera empresa formuló un requerimiento para la inmediata subsanación de las deficiencias apreciadas, bajo apercibimiento de sanción.

B) *Cómputo de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por maternidad biológica para el devengo de la retribución variable*

Los periodos de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo [arts. 45.1.e) y 48.8 ET y artículo 26.3 LPRL] y durante las seis semanas de descanso obligatorio inmediatamente posteriores al parto [arts. 45.1.d) y 48.4, párrafo 2.º ET] deben computarse como tiempo de trabajo efectivo para el devengo de los complementos de la retribución variable una vez que la trabajadora se reincorpora a su puesto de trabajo. El TS ha dictaminado que la falta de cómputo de los referidos periodos de inactividad constituye discriminación directa por razón de sexo en materia de retribución (variable)<sup>45</sup>. La suspensión del contrato de trabajo en ambos casos (riesgo durante el embarazo y descanso obligatorio por maternidad biológica) afecta en exclusiva a la mujer, y no puede repercutir negativamente en sus condiciones de trabajo porque supondría una discriminación directa por razón de sexo.

Más allá de las seis semanas de descanso obligatorio posteriores al parto, el resto del descanso por maternidad puede ser disfrutado indistintamente por el padre y/o la madre. Por tanto, no siendo un periodo de descanso referido en todo caso y en exclusiva a las trabajadoras de sexo femenino, su falta de cómputo a efectos del devengo de la retribución variable no constituiría

---

<sup>44</sup> Vid., *Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2015*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016. [http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Que\\_hacemos/Memorias/Memoria\\_2016\\_w.pdf](http://www.mitramiss.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2016_w.pdf)

<sup>45</sup> Vid., SSTS, Sala Social, de 27 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3148) y 10 de enero de 2017 (RJ 2017, 38).

discriminación directa por razón de sexo. Sin embargo, el TS añade «que resulta un hecho indiscutiblemente notorio el que en nuestro país sigue siendo absolutamente mayoritario el uso de estos permisos por parte de las mujeres, lo que nos llevaría a sostener que, aunque se afirmara la neutralidad de la medida, en todo caso, la discriminación femenina se produciría por vía indirecta, por ser las mujeres las perjudicadas en un número mucho mayor que los hombres»<sup>46</sup>.

En definitiva, el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica computa íntegramente a efectos del devengo de la retribución variable<sup>47</sup>. La falta de cómputo, como tiempo de trabajo efectivo, de las 6 semanas de descanso obligatorio posteriores al parto constituye discriminación directa por razón de sexo, y discriminación indirecta la falta de cómputo del periodo de descanso restante.

C) *Mantenimiento de la retribución de origen cuando una trabajadora cambia de puesto por riesgo durante el embarazo*

La STJUE, Sala Tercera, de 1 de julio de 2010<sup>48</sup> declaró que cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Directiva 1992/85/CE<sup>49</sup>, una trabajadora embarazada es destinada provisionalmente a otro puesto de trabajo para garantizar su seguridad y salud y/o la del feto, no existe interrupción en la prestación de servicios, de ahí que la reducción de su remuneración «no solo sería contraria al objetivo de protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 1992/85/CE, sino que además vulneraría las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras» (apartado 44). No obstante, el TJUE advierte que el artículo 11.1 de la Directiva hace referencia al de-

---

<sup>46</sup> *Vid.*, STS, Sala Social, de 10 de enero de 2017 (RJ 2017, 38).

<sup>47</sup> La STSJ de Madrid, Sala Social, de 30 de enero de 2012 (AS 2012, 254), declara que constituye discriminación directa por razón de sexo la minoración del complemento de productividad por excluir del cómputo de prestación de servicios el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad de la trabajadora. La STSJ de Cataluña, Sala Social, de 25 de mayo de 2010 (AS 2010, 1700), declara la existencia de discriminación directa por razón de sexo cuando, a efectos de fijar la retribución variable por objetivos, no se computa como tiempo de trabajo efectivo el periodo de IT por riesgo de aborto de la trabajadora, al estar vinculado con el embarazo. También, *vid.*, SAN, Sala Social, de 23 de noviembre de 2011 (AS 2011, 2600).

<sup>48</sup> Asunto C-471/08. Caso *Parviainen* (TJCE 2010, 2003).

<sup>49</sup> El artículo 5.2 de la Directiva 1992/85/CE (LCEur 1992 3598) dispone que «Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada».

ber de garantizar a la trabajadora el mantenimiento de «una remuneración», no de «la remuneración» anterior al cambio de puesto de trabajo (apartado 50). La Sentencia concluye que mientras la trabajadora ocupe provisionalmente otro puesto de trabajo:

— No puede percibir una remuneración inferior a la de los trabajadores que ocupan un puesto como el suyo (apartado 58).

— Conserva, además del salario base correspondiente a su contrato o a su relación laboral, los complementos inherentes a su estatuto profesional, y en particular los relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales (apartado 60).

— No puede exigir los complementos que dependen del ejercicio de las funciones específicas que desempeñaba en su puesto de origen y que compensan los inconvenientes inherentes a ese ejercicio (apartado 61).

En definitiva, el TJUE establece que la retribución que la trabajadora embarazada percibe mientras ocupa provisionalmente otro puesto de trabajo puede ser inferior a la remuneración íntegra de su puesto de origen.

El TS parte del Derecho de la UE (Directiva 1992/85/CEE) y de la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta, y declara que cuando la trabajadora embarazada, que es médico interno residente, está expuesta a un riesgo laboral, la adaptación del tiempo de trabajo<sup>50</sup>, mediante la eliminación de la prestación de servicios en régimen de guardias, no puede llevar aparejada una minoración retributiva (por no realizar guardias). El TS mejora la interpretación que el TJUE hace del artículo 11.1 de la Directiva 1992/85/CEE, según la cual, la trabajadora no mantendría la remuneración íntegra percibida antes de la adaptación del puesto de trabajo, de modo que vería reducido su importe en la cuantía correspondiente a las guardias no realizadas. El TS declara que la trabajadora embarazada mantiene su remuneración íntegra y que la minoración salarial durante el periodo afectado por la adaptación de sus condiciones de trabajo supondría una discriminación directa por razón de sexo contraria al artículo 8 de la LOI.

---

<sup>50</sup> El artículo 26.1 de la Ley 31/1995 (RCL 1995, 3053), dispone que cuando la evaluación de riesgos laborales revele la existencia de un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo de la trabajadora, «el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada». El artículo 26.1 de la LPRL transpone al ordenamiento jurídico interno español lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Directiva 1992/85/CE.

*Vid.*, STS, Sala Social, de 24 enero 2017 (RJ 2017, 1615). También, *vid.*, ARAGÓN GÓMEZ, C., «El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable. A propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo», *Información Laboral*, núm. 6, 2017.

D) *Retribución igual por un mismo trabajo (o de igual valor), sin atender exclusivamente al criterio del esfuerzo físico*

La Doctrina judicial acoge la jurisprudencia constitucional para declarar que «el esfuerzo físico, en cuanto rasgo de la actividad humana que puede proyectarse sobre una determinada tarea, puede ser tomado en consideración, pero su clara falta de neutralidad, por el diverso impacto que produce en ambos sexos, requiere de los órganos judiciales un especial rigor al estimar las alegaciones y pruebas en este sentido por parte de quien pretenda defender su virtualidad para justificar una diferencia retributiva. Solo sería posible fijar la retribución atendiendo al esfuerzo físico exigido para el puesto cuando constituya un elemento determinante absoluto de la aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien, que se trate de un elemento esencial en esta, siendo preciso, aun en estos casos, que se combine con otros rasgos tipificadores neutros desde el punto de vista que interesa considerar». A la vista de lo anterior, los tribunales han declarado que el empresario no puede tomar en cuenta el esfuerzo físico como criterio único, explícito y relevante para abonar el complemento de toxicidad, penosidad y peligrosidad únicamente a los trabajadores, no así a las trabajadoras que realizan el mismo trabajo y tienen la misma categoría profesional. Esta diferencia salarial basada únicamente en el mayor esfuerzo físico que realizan los trabajadores varones comporta una discriminación directa por razón de sexo, máxime cuando no va acompañada de una prueba cualificada que la justifique<sup>51</sup>.

E) *Devengo de la retribución correspondiente a la plaza aunque la funcionaria no haya tomado posesión por estar disfrutando de licencias vinculadas al embarazo y/o maternidad*

El artículo 51.f) de la LOI dispone que las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán «establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo». Dentro de este marco normativo referido a la retribución de los emplea-

---

<sup>51</sup> Vid., SSTSJ de Canarias/Las Palmas, de 25 de febrero de 2014 (AS 2014, 1218) y 19 de diciembre de 2014 (AS 2015, 1589).

dos públicos, el TC ha dictaminado que la prohibición de discriminación directa por razón de sexo queda garantizada cuando:

— La funcionaria disfruta todos los derechos económicos vinculados a la antigüedad (y de cualquier otra clase) desde la fecha en la que sus compañeros de promoción, tras superar el curso y periodo de prácticas, son nombrados funcionarios de carrera del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa y toman posesión de su plaza<sup>52</sup>; curso y periodo de prácticas que la referida funcionaria no realizó con sus compañeros, y tuvo que posponer y realizar con la siguiente promoción, porque se iniciaron el mismo día en que tenía programado el parto y el inicio del posterior descanso por maternidad.

— La funcionaria tiene derecho al complemento de destino correspondiente a su nueva plaza aunque todavía no haya tomado posesión de la misma por estar disfrutando las licencias asociadas al embarazo y la maternidad (riesgo durante el embarazo, lactancia y maternidad). El TC señala que para garantizar la prohibición de discriminación directa por razón de sexo, los derechos económicos inherentes a la nueva plaza deben entenderse adquiridos en la fecha en que la funcionaria (Magistrada titular) hubiera podido tomar posesión de no haber mediado distintas licencias relacionadas con su embarazo y posterior maternidad<sup>53</sup>. Por tanto, el devengo del nuevo complemento de destino no puede retrasarse al momento en que la funcionaria tome efectivamente posesión de la plaza, tras finalizar el disfrute de las distintas licencias.

### 3. Extinción del contrato de trabajo

#### 3.1 INTRODUCCIÓN

El artículo 10.1 de la Directiva 1992/85/CE prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, salvo que concurran causas excepcionales no inherentes a su estado (biológico). La Directiva incorpora la tutela preventiva de la trabajadora (prohibición de despedir) y lo hace sin diferenciar según el tipo de despido (objetivo, disciplinario, colectivo, por fuerza mayor). En el Derecho interno español, el ET no prohíbe expresamente el despido de trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de

<sup>52</sup> STC de 5 de mayo de 2014 (RTC 2014, 66).

<sup>53</sup> STC de 3 de octubre de 2016 (RTC 2016, 162). *Vid.*, TRIANA REYES, B.: «Vulneración del artículo 14 de la CE en todos los casos en que, por razón de su embarazo, la mujer sufra un perjuicio profesional (Comentario a la STC 162/2016, de 3 de octubre)», *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2017.

lactancia (tutela preventiva), sino que contempla la nulidad automática (tutela reparadora) de dos tipos de despido, el objetivo y el disciplinario<sup>54</sup>. Esta situación llevó a la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña a preguntar al TJUE si la legislación española, que no prohíbe expresamente el despido de la trabajadora (embarazada, que ha dado a luz o lactante), ha transpuesto correctamente el artículo 10.1 de la Directiva 1992/85/CE<sup>55</sup>. La STJUE, Sala Tercera, de 22 de febrero de 2018 (Asunto C-403/16), dictamina que la legislación española se opone a lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Directiva 1992/85/CE cuando no prohíbe, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, limitándose a establecer únicamente en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal (apartado 66). En definitiva, el TJUE señala que la legislación española no recoge una protección suficiente de las trabajadoras embarazadas frente al despido, porque no contempla la tutela preventiva (prohibición de despido).

El TJUE viene declarando desde hace tiempo que la protección de la trabajadora frente al despido debe reconocerse no solo durante el descanso por maternidad, sino también durante el embarazo. El TJUE recuerda que «un despido durante estos periodos (embarazo y posterior maternidad) solo puede afectar a las mujeres y, por tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo»<sup>56</sup>.

### 3.2 TUTELA CUALIFICADA Y NULIDAD AUTOMÁTICA DE LOS DESPIDOS OBJETIVO Y DISCIPLINARIO

El despido por causas objetivas y el despido disciplinario de una trabajadora embarazada son automáticamente nulos [arts. 53.4, párrafo 2.ºb) y 55.5, párrafo 2.ºb) ET]. La nulidad es automática y objetiva porque se vincula exclusivamente a la prueba del embarazo de la trabajadora despedida y a la falta de acreditación de las causas legales que justifican la procedencia del despido<sup>57</sup>. La nulidad automática y objetiva, que es distinta de la nulidad por causa de

---

<sup>54</sup> La nulidad objetiva del despido no es sino transposición del artículo 10.3 de la Directiva 1992/85/CE que dirige un mandato a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias que protejan frente al despido ilegal a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia.

<sup>55</sup> *Vid.*, ATSJ de Cataluña, Sala Social, de 20 de enero de 2016 (AS 2016, 575).

<sup>56</sup> *Vid.*, STJUE, Sala Tercera, de 11 de octubre de 2007 (Asunto C-460/06. Caso *Paguay*. Apartado 29. TJCE 2007, 270); STJUE, Gran Sala, de 26 de febrero de 2008 (Asunto C-506/06. Caso *Mayr*. Apartados 33 y 46. TJCE 2008, 36); y STJUE, Sala Segunda, de 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-232/09. Caso *Danosa*. Apartados 59, 66 y 67. TJCE 2010, 339).

<sup>57</sup> La STSJ del TSJ de Asturias, Sala Social, de 21 de enero de 2011 (AS 2011, 1012), declara procedente el despido disciplinario de una trabajadora embarazada porque resulta acreditada la concurrencia de la causa disciplinaria alegada por la empresa (apropiación de dinero y alteración de la contabilidad).

discriminación [arts. 53.4, párrafo 1.º y 55.5, párrafo 1.º ET], opera al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio, de que concurra o no un móvil de discriminación, y de que el empresario tenga o no conocimiento del embarazo de la trabajadora despedida. En definitiva, el único requisito exigido a la trabajadora para que el órgano judicial declare la nulidad de su despido (objetivo, disciplinario) es que acredite un hecho físico objetivo como es su embarazo, es decir, que estaba embarazada cuando fue despedida. La trabajadora queda dispensada de probar: 1) la comunicación previa de su embarazo al empresario, 2) el conocimiento previo del embarazo por el empresario, y 3) cualquier indicio sobre el carácter discriminatorio del despido. La doctrina sobre la nulidad automática y objetiva del despido de trabajadora embarazada fue adoptada inicialmente por el TC<sup>58</sup> y posteriormente asumida por el TS<sup>59</sup> y la Doctrina judicial<sup>60</sup>. Los tribunales han extendido esta doctrina al despido de una trabajadora que, un día antes de ser despedida, tiene conocimiento de que su embarazo no ha llegado al resultado deseado<sup>61</sup>, no así

---

Los tribunales también han tenido que dilucidar en varias ocasiones si es nulo o procedente el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [art. 52.c) ET] que afecta a una trabajadora embarazada, de baja por maternidad o reincorporada tras la baja maternal. La STS, Sala Social, de 11 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2472), declara nulo el despido objetivo de trabajadora que se encuentra de baja por maternidad al no resultar acreditadas las causas económicas y organizativas alegadas por la empresa. En la Doctrina judicial:

La STSJ de Cataluña, Sala Social, de 16 de febrero de 2016 (AS 2016, 665), declara nulo el despido objetivo de una trabajadora embarazada por no haberse acreditado la concurrencia de las causas económicas y productivas alegadas por la empresa.

La STSJ de Madrid, Sala Social, de 2 de marzo de 2015 (AS 2015, 885), declara procedente el despido objetivo de una trabajadora embarazada porque resulta acreditado que se enmarca en un contexto de medidas adoptadas por la crisis empresarial, y además afecta a un grupo de trabajadoras (se trata de un despido objetivo plural por causas económicas) en una plantilla mayoritariamente femenina. La STSJ de Madrid, Sala Social, de 31 de enero de 2014 (AS 2014, 1589), también declara procedente el despido objetivo de una trabajadora embarazada al acreditar la empresa la concurrencia de causas económicas y organizativas vinculadas al descenso de ventas, pérdidas continuadas y plantilla sobredimensionada.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> Inicialmente, el TS señaló que la nulidad del despido de una trabajadora embarazada exige acreditar que el empresario tiene conocimiento del estado de gestación de la trabajadora. En este sentido, *vid.*, SSTS, Sala Social, de 19 de julio de 2006 (RJ 2006, 6653 y RJ 2006, 8040), 24 de julio de 2007 (RJ 2007, 7382), 29 de febrero de 2008 (RJ 2008, 3039) y 12 de marzo 2008 (RJ 2008, 3493).

Sin embargo, el TS rectificó su postura inicial y asumió la jurisprudencia constitucional declarando que el conocimiento empresarial de la gestación no es requisito para declarar la nulidad del despido. Por tanto, el despido de una trabajadora embarazada es nulo aunque el empresario no conozca su embarazo. En este sentido, *vid.*, SSTS, Sala Social, de 17 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7167), 16 de enero de 2009 (RJ 2009, 1615), 17 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2203), 13 de abril de 2009 (RJ 2009, 2226), 30 de abril de 2009 (RJ 2009, 3849), 6 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2639), 6 de julio de 2012 (RJ 2012, 9297), 25 de enero de 2013 (RJ 2013, 1959), 31 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7749), 23 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 2854), 20 de enero de 2015 (RJ 2015, 222), 11 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2472) y 7 de julio de 2016 (RJ 2016, 3951).

<sup>60</sup> Por todas, *vid.*, STSJ de Cataluña, Sala Social, de 17 de mayo de 2012 (JUR 2012, 229036).

<sup>61</sup> La STSJ de Madrid, Sala Social, de 2 de marzo de 2009 (JUR 2009, 261916), señala que el hecho de que la trabajadora sea informada de que ya no está embarazada un día antes de ser despedida no puede equipararse a situación de «no embarazo» en la fecha del despido.

al despido de una trabajadora que queda embarazada poco después de ser despedida<sup>62</sup>.

La doctrina expuesta sobre nulidad objetiva y automática también se aplica al despido de trabajadora que ha dado a luz y disfruta del descanso por maternidad o ya se ha reincorporado tras el mismo [arts. 53.4, párrafo 2.ºb) y 55.5, párrafo 2.ºb) ET].

En conclusión, el embarazo y la maternidad son dos circunstancias que, por afectar en exclusiva al sexo femenino, pueden ser causa de discriminación directa por razón de sexo (art. 8 LOI); y las trabajadoras que se hallan en alguna de tales circunstancias gozan de una protección reforzada frente al despido objetivo [art. 53.4, párrafo 2.ºb) ET] y el despido disciplinario [art. 55.5, párrafo 2.ºb) ET], que solo pueden calificarse como procedente (si concurre la causal legal que lo justifica) o nulo (en caso contrario). Nótese que la falta de forma del despido (objetivo y disciplinario) no determinará su improcedencia [arts. 53.4, párrafo 3.º y 55.4 ET], sino su nulidad automática<sup>63</sup>.

### 3.3 TUTELA ORDINARIA Y NULIDAD POR DISCRIMINACIÓN DE LOS DESPIDOS OBJETIVO Y DISCIPLINARIO

Los tribunales han aclarado que el sometimiento de una trabajadora a un tratamiento de fecundación *in vitro*, aunque es una situación exclusiva de la mujer y, por tanto, puede constituir causa de discriminación directa por razón de sexo, no es equiparable al embarazo<sup>64</sup>. Por ello, la tutela cualificada o reforzada que el ET dispensa a la trabajadora embarazada frente al despido (objetivo y disciplinario) no alcanza a la que sigue un programa de fertilidad con la intención de gestar; dicho de otro modo: no cabe declarar la nulidad objetiva y automática del despido de una trabajadora que sigue un tratamiento de fecundación *in vitro* si todavía no hay embarazo ni transferencia de óvulos al útero. No obstante, ello no obsta a que en tal caso entre en juego la tutela ordinaria frente al despido discriminatorio (arts. 53.4, párrafo 1.º y 55.5, párrafo 1.º ET); dicho de otro modo: cabe aplicar la inversión de la carga de la prueba y declarar la nulidad del despido (objetivo y disciplinario) por discriminación cuando, por

---

<sup>62</sup> STSJ de Madrid, Sala Social, de 26 de abril de 2017 (JUR 2017, 153111).

<sup>63</sup> *Vid.*, STS, Sala Social, de 31 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1838).

<sup>64</sup> La STJUE, Gran Sala, de 26 de febrero de 2008 (Asunto C-506/06. Caso *Mayr*. TJCE 2008, 36), señala que la prohibición del despido de trabajadora embarazada, prevista en el artículo 10.1 de la Directiva 1992/82/CE, no alcanza a una trabajadora sometida a tratamiento de fecundación *in vitro* cuando en el momento de notificación del despido, los óvulos, que ya están fecundados, no han sido todavía transferidos al útero de la mujer.

una parte, la trabajadora acredita que el empresario tenía conocimiento de que estaba siguiendo un tratamiento de fecundación *in vitro* y aporta indicios razonables de que su despido responde a tal situación, y por otra parte, el empresario no aporta una justificación objetiva y razonable, suficientemente justificada, de que el despido obedeció a motivos razonables que nada tienen que ver con el tratamiento de fertilidad. El TS ha declarado que el despido de una trabajadora que sigue un tratamiento de fecundación *in vitro* es nulo, por discriminatorio, cuando la empresa sabe que la trabajadora sigue dicho tratamiento y reconoce expresamente la improcedencia del despido, porque tal reconocimiento impide la constatación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida extintiva adoptada y de su proporcionalidad<sup>65</sup>.

En conclusión, el embarazo y el seguimiento de un tratamiento de fecundación *in vitro* son circunstancias exclusivas de la mujer y, por tanto, ambas pueden constituir causa de discriminación directa por razón de sexo. Sin embargo la protección legal frente a los despidos objetivo y disciplinario no es la misma en ambos casos. El despido de trabajadora embarazada recibe la tutela cualificada relativa a la nulidad objetiva y automática [arts. 53.4, párrafo 2.ºb) y 55.5, párrafo 1.ºb) ET], mientras que al despido de trabajadora que sigue un tratamiento de fecundación *in vitro* le alcanza la tutela ordinaria relativa a la nulidad por discriminación (arts. 53.4, párrafo 1.º y 55.5, párrafo 1.º ET). Además, el despido de una trabajadora embarazada solo puede calificarse como procedente o nulo, mientras que el de una trabajadora que sigue un tratamiento de fertilidad puede calificarse como procedente<sup>66</sup>, improcedente<sup>67</sup> o nulo<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> *Vid.*, STS, Sala Social, de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1981).

<sup>66</sup> La STSJ de La Rioja, Sala Social, de 23 de diciembre de 2015 (AS 2016, 388), declara la procedencia del despido objetivo, por faltas de asistencia [art. 52.d) ET], de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación *in vitro*, porque la trabajadora no aporta indicios de discriminación y la empresa desconoce que la trabajadora hubiera iniciado un tratamiento de fertilidad.

Sobre la procedencia del despido de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación *in vitro*, por inexistencia de discriminación por razón de sexo y acreditación por la empresa de la causa legal de despido, también *vid.*, STSJ de Andalucía/Granada, Sala Social, de 14 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 32210); STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, Sala Social, de 19 de octubre de 2009 (AS 2010, 370); STSJ de Castilla-La Mancha, Sala Social, de 3 de marzo de 2016 (JUR 2016, 60626); y SSTSJ de Cataluña, Sala Social, de 31 de marzo de 2011 (AS 2011, 1596) y 20 de julio de 2011 (JUR 2011, 369612).

<sup>67</sup> Sobre la improcedencia del despido de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación *in vitro*, por inexistencia de discriminación por razón de sexo, *vid.*, STSJ de Aragón, Sala Social, de 27 de mayo de 2009 (AS 2009, 1714); STSJ de Canarias/Las Palmas, Sala Social, de 24 de septiembre de 2013 (JUR 2014, 5700); STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, Sala Social, de 28 de septiembre de 2010 (AS 2011, 106); STSJ de Cataluña, Sala Social, de 12 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 43279); y STSJ de Galicia, Sala Social, de 8 de julio de 2014 (AS 2014, 2042).

<sup>68</sup> Sobre la nulidad del despido de trabajadora sometida a tratamiento de fecundación *in vitro*, por inexistencia de discriminación por razón de sexo, *vid.*, SSTSJ de Cataluña, Sala Social, de 14 de abril de 2011 (AS 2011, 1759), 30 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 357551), 2 de julio de 2014 (JUR 2014,

### 3.4 INCLUSIÓN NULA DE TRABAJADORA EMBARAZADA O QUE HA DADO A LUZ EN LA RELACIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS POR UN DESPIDO COLECTIVO

El ET limita la nulidad objetiva y automática del despido de trabajadora embarazada o que haya dado a luz al objetivo [art. 53.4, párrafo 2.ºa) ET] y disciplinario [art. 55.5, párrafo 2.ºa) ET]<sup>69</sup>. En relación con el despido colectivo (y con el despido por fuerza mayor), el ET no contempla expresamente la prioridad de permanencia en la empresa por motivos de embarazo o maternidad<sup>70</sup>, de modo que, en principio, el despido individual de una trabajadora embarazada o que ha dado a luz, derivado de un despido colectivo, no es automáticamente nulo.

No obstante lo anterior, los tribunales han señalado que la inclusión de una trabajadora embarazada o que haya dado a luz en la relación nominal de trabajadores afectados por un despido colectivo es automáticamente nula cuando: 1) el convenio colectivo o el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas establecen prioridades de permanencia por embarazo o maternidad de las trabajadoras<sup>71</sup> o 2) el empresario no concreta en la comunicación de la apertura del periodo de consultas los criterios tenidos en cuenta para la determinación de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

*Primer supuesto de nulidad automática. El convenio colectivo o el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas establecen prioridades de permanencia en favor del colectivo de trabajadoras embarazadas o que han dado a luz.*

Si el convenio colectivo o el acuerdo alcanzado en periodo de consultas otorga prioridad de permanencia por embarazo o por maternidad, la inclusión de una trabajadora embarazada o de una trabajadora que ha dado a luz en la relación nominal de trabajadores afectados por el despido colectivo es automá-

---

240477) y 19 de noviembre de 2015 (AS 2015, 2302); y SSTSJ de Madrid, Sala Social, de 8 de octubre de 2008 (AS 2009, 276) y 17 de julio de 2015 (AS 2015, 1524).

<sup>69</sup> Vid., STS, Sala Social, de 18 de abril de 2011 (RJ 2011, 5814).

<sup>70</sup> El ATSJ de Cataluña, Sala Social, de 20 de enero de 2016 (AS 2016, 575), plantea al TJUE cuestión prejudicial para preguntar si la legislación española, que no contempla la prioridad de permanencia en la empresa en caso de despido colectivo que afecta a trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, es conforme al artículo 10.1 de la Directiva 1992/85/CE.

<sup>71</sup> Los artículos 51.5 y 68.b) del ET y el artículo 13 del Real Decreto 1483/2012 señalan que, en caso de despido colectivo, los representantes legales de los trabajadores tienen prioridad de permanencia en la empresa, y «mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad».

ticamente nula, salvo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.3 del Real Decreto 1483/2012 (RCL 2012, 1474), la empresa justifique su afectación. La Doctrina judicial ha declarado que no es discriminatorio para los trabajadores varones el criterio que otorga prioridad de permanencia a las trabajadoras embarazadas y a las que hayan dado a luz en los últimos meses, careciendo de igual prioridad los trabajadores que son padres de niños menores de 9 meses<sup>72</sup>. Por otra parte, el TS ha declarado que la modalidad procesal especial de despido colectivo es inadecuada para reclamar la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores<sup>73</sup> y, por tanto, cabe entender, con más razón si cabe, que tampoco es adecuada para reclamar la prioridad de permanencia de otros colectivos prioritarios, como el de trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz.

Cuando la trabajadora embarazada (o que ha dado a luz) no tiene prioridad de permanencia, su inclusión en la relación nominal no es automáticamente nula. En tal caso, la nulidad de su despido será por discriminación, y para ello se exige, de una parte, que la trabajadora acredite que la empresa (y los representantes de los trabajadores) conocía su embarazo y aporte indicios discriminatorios para su inclusión en el ámbito del despido colectivo, y de otra parte, que la empresa no consiga desvirtuar el móvil discriminatorio ni aportar criterios objetivos, razonables y proporcionales que justifiquen su extinción contractual por delante de otros empleados de idéntica categoría profesional y ubicación productiva<sup>74</sup>.

*Segundo supuesto de nulidad automática. El empresario no concreta los criterios utilizados para seleccionar los trabajadores afectados por el despido colectivo.*

El artículo 51.2, párrafo 5.ºe) del ET y el artículo 3.1.e) del Real Decreto 1483/2012 establecen la obligación del empresario de incluir en la comunicación de la apertura del periodo de consultas los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido colectivo. La ausencia de consignación de tales criterios en la comunicación que el empresario remite a los representantes legales de los trabajadores determina la nulidad del

<sup>72</sup> STSJ de Cataluña, Sala Social, de 1 de diciembre de 2015 (AS 2016, 128).

<sup>73</sup> Vid., SSTs, Sala Social, de 23 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 6420) y 24 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1010).

<sup>74</sup> La STSJ de Cataluña, Sala Social, de 2 de noviembre de 2015 (AS 2016, 39), declara nula la inclusión de una trabajadora embarazada en la relación nominal de trabajadores afectados por un despido colectivo porque, aunque no tiene prioridad de permanencia, el empresario no ha comunicado los criterios para la selección del personal afectado ni ha justificado la aplicación de tales criterios a la trabajadora embarazada despedida.

despido colectivo<sup>75</sup>; si el empresario no comunica a los representantes tales criterios y además incluye a una trabajadora embarazada en la relación nominal de trabajadores afectados, tal inclusión resulta automáticamente nula<sup>76</sup>.

Cuestión distinta es si el empresario también debe recoger en la carta de despido que remite a cada trabajador los criterios de selección utilizados para su inclusión en el ámbito del despido colectivo; dicho de otro modo, si la inclusión de la trabajadora embarazada en la relación nominal de trabajadores afectados por un despido colectivo es automáticamente nula cuando el empresario no menciona en su carta de despido los referidos criterios o no especifica cuál de ellos le ha sido aplicado. Conviene advertir que el legislador faculta al empresario («podrá»), no le obliga, a comunicar el despido colectivo a cada uno de los trabajadores afectados (art. 51.4 ET y art. 14.1 Real Decreto 1483/2012). Si el empresario decide notificar individualmente el despido colectivo, deberá estar a los términos y condiciones previstos por el artículo 53.1 del ET para la notificación del despido objetivo; el artículo 53.1 del ET no exige que la carta de despido exprese los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados (especialmente cuando el despido objetivo es plural), sino solo la causa legal que lo justifica. El TS ha precisado que si el periodo de consultas que precede al despido colectivo finaliza con acuerdo, «no es necesario que en la carta se incorporen los criterios de selección ni la baremación que al trabajador corresponde en función de ellos, porque no lo exige la ley y porque la negociación previa con acuerdo del despido colectivo y el mandato representativo de los representantes de los trabajadores firmantes del acuerdo hacen presumir su conocimiento» por los trabajadores afectados<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> *Vid.*, STS, Sala Social, de 26 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2778).

<sup>76</sup> Nótese que el artículo 8.c) del derogado Real Decreto 801/2011 (RCL 2011, 1112) ofrecía al empresario la opción entre aportar la relación nominal de los trabajadores afectados o, en su defecto, los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos. La STS, Sala Social, de 14 de enero de 2015 (RJ 2015, 747), señaló que aunque el artículo 8.c) del Real Decreto 802/2011 establece (establecía) tal opción, el empresario debe concretar los criterios tenidos en cuenta para la determinación de los trabajadores afectados por el despido cuando entre los mismos se encuentra una trabajadora embarazada, no siendo suficiente una mera relación nominal, siendo nulo el despido de la trabajadora embarazada caso de no realizar tal concreción. El TS señaló que, a pesar de la opción que el artículo 8.c) del Real Decreto 801/2011 ofrece al empresario, lo cierto es que para conocer la incidencia en los contratos de trabajo de la causa que legitima el despido colectivo es preciso que la empresa justifique la razonabilidad del número de extinciones [art. 8.b) Real Decreto 802/2011], lo cual exige concretar los criterios tenidos en cuenta para la selección de los trabajadores afectados.

<sup>77</sup> *Vid.*, SSTS, Sala Social, de 8 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1591), 15 de marzo de 2016 (RJ 2016, 994), 15 de abril de 2016 (RJ 2016, 2665), 20 de abril de 2016 (RJ 2016, 2160), 27 de abril de 2016 (RJ 2016, 2837), 21 de junio de 2016 (RJ 2016, 3341), 14 de julio de 2016 (RJ 2016, 3826), 21 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 6322), 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 1433), 21 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1115), 1 de marzo de 2017 (RJ 2017, 964) y 21 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1356; RJ 2017, 1357; y RJ 2017, 1529).

En definitiva, cabe entender que la inclusión de la trabajadora embarazada en la relación nominal de trabajadores afectados por un despido colectivo acordado con los representantes de los trabajadores no es automáticamente nula cuando el empresario no le comunica individualmente los criterios tenidos en cuenta para su inclusión en la relación nominal de trabajadores ni especifica cuál de ellos le ha sido aplicado<sup>78</sup>. La doctrina expuesta se aplica cuando el despido colectivo afecta no solo a trabajadora embarazada, sino también a trabajadora con el contrato de trabajo suspendido por maternidad<sup>79</sup> o a la que se reincorpora tras el descanso por maternidad.

El TJUE recuerda que la Directiva 1992/85/CE prohíbe el despido de una trabajadora durante el periodo comprendido entre el inicio de su embarazo y el término del periodo de descanso por maternidad, salvo que dicho despido no esté vinculado con su estado biológico y el empresario justifique las causas no inherentes al embarazo ni maternidad de la trabajadora. En este sentido, el TJUE ha declarado recientemente que el despido colectivo que afecta a una trabajadora embarazada no es discriminatorio por razón de sexo; el empresario puede «despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido»<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Con todo, un sector de la Doctrina judicial mantiene una postura muy próxima a la nulidad automática de la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada afectada por despido colectivo cuando el empresario no incluye en la comunicación individual los criterios de selección de personal ni la razonabilidad de la aplicación de los mismos a la trabajadora, aunque no tenga prioridad de permanencia. Las SSTSJ de Cataluña, Sala Social, de 12 de mayo de 2015 (AS 2015, 1068) y 2 de noviembre de 2015 (AS 2016, 39), señalan que el embarazo de la trabajadora es un indicio automático de discriminación directa por razón de sexo que traslada la carga de la prueba a la empresa (art. 96.1 LRJS), lo cual obliga al empresario a informar a la trabajadora del modo en que se aplicaron los criterios de selección y sobre todo probar que la decisión de elegir a la actora, respondía escrupulosamente a la aplicación de los criterios pactados, y caso de no hacerlo el despido de la trabajadora es nulo por discriminatorio. La STSJ de Asturias, Sala Social, de 4 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 10911), aplica el mismo criterio para el caso de trabajadora que tiene el contrato de trabajo suspendido por maternidad y resulta afectada por despido colectivo.

<sup>79</sup> La STS, Sala Social, de 7 de julio de 2016 (RJ 2016, 3951), considera que el despido individual, derivado de un despido colectivo, que afecta a una trabajadora de baja por maternidad no es nulo porque resulta acreditado que trae su causa en motivos no relacionados con el disfrute del descanso por maternidad.

<sup>80</sup> *Vid.*, STJUE, Sala Tercera, de 22 de febrero de 2018 (Asunto C-103/16. Caso Porras Guisado. TJUE 2018,6). También, *vid.*, BALLESTER PASTOR, M.ªA., «El significado de la tutela efectiva contra el despido de trabajadora embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Garrido», *Trabajo y Derecho*, núm. 45, 2018; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela *preventiva* es insuficiente», *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núms. 425-426, 2018; y ROJO TORRECILLA, E., «Sobre la protección de la trabajadora embarazada en caso de un despido colectivo. Aplicación de dos

### 3.5 TUTELA ORDINARIA Y NULIDAD POR DISCRIMINATORIO DEL DESISTIMIENTO EMPRESARIAL DURANTE EL PERIODO DE PRUEBA

Aunque el empresario puede rescindir el contrato de trabajo durante el periodo de prueba sin necesidad de alegar causa alguna, su facultad rescisoria no es omnímoda y queda limitada por el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales, incluido el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo<sup>81</sup>. La tutela reforzada (nulidad objetiva y automática) que los artículos 53.4, párrafo 2.ºb) y 55.5, párrafo 2.ºb) del ET dispensan en caso de despido (objetivo y disciplinario) de trabajadora embarazada no se aplica por analogía al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, porque no se trata de un despido<sup>82</sup>.

La extinción del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada por desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no goza de la tutela cualificada (nulidad objetiva y automática) prevista para los casos de despido (objetivo y disciplinario), sino de la tutela ordinaria antidiscriminatoria [art. 96.1 LRJS (RCL 2011, 1845)]. Por tanto, la trabajadora debe acreditar que la empresa tenía conocimiento de su embarazo y aportar indicios racionales suficientes de discriminación al adoptar el desistimiento empresarial, en cuyo caso se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al empresario acreditar que su decisión fue ajena a todo móvil discriminatorio y respondió a razones objetivas<sup>83</sup>; si la trabajadora no acredita que el empresario conocía su estado de gestación y/o no aporta indicios suficientes de discriminación, no

---

directivas. Las dudas que deja abiertas la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16)», *Blog 25 febrero 2018*.

<sup>81</sup> Por todas, *vid.*, STSJ de Castilla-La Mancha, Sala Social, de 11 de noviembre de 2013 (AS 2013, 3206).

<sup>82</sup> La STC de 10 de octubre de 2013 (RTC 2013, 173) señala que entre el despido y el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba «existen suficientes diferencias sustantivas como para justificar un tratamiento diferenciado, reforzado en el caso del despido, en cuanto decisión necesariamente causal y motivada y cuya trascendencia para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas resulta indudablemente mayor», y añade que el ET se decantó conscientemente por limitar esa tutela reforzada (nulidad objetiva y automática), «excluyendo su aplicación al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba». También, *vid.*, STS, Sala Social, de 18 de abril de 2011 (RJ 2011, 5814). En la Doctrina judicial, *vid.*, por todas, STSJ de Madrid, Sala Social de 22 de diciembre de 2011 (AS 2012, 154).

<sup>83</sup> Para un estudio y análisis sobre la Doctrina judicial que declara la nulidad por discriminación de la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba (desistimiento empresarial), *vid.*, por todas, STSJ de Cataluña, Sala Social, de 13 de julio de 2011 (AS 2011, 2456); STSJ de Galicia, Sala Social, de 26 de julio de 2018 (recurso de suplicación núm. 1301/2018) y SSTSJ de Madrid, Sala Social, de 22 de diciembre de 2011 (AS 2012, 154) y 22 de noviembre de 2013 (AS 2014, 981). La STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala Social, de 23 de julio de 2014 (JUR 2014, 222255), declara la nulidad de la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba que el empresario adopta tras solicitarse certificado de empresa por riesgo durante el embarazo.

opera la inversión de la carga de la prueba ni cabe declarar la nulidad del desistimiento empresarial<sup>84</sup>. El mismo criterio rige para el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba que afecta a una trabajadora que se reincorpora tras la baja por maternidad<sup>85</sup>.

La doctrina expuesta se aplica no solo en el marco de una relación laboral común, sino también en las relaciones laborales especiales, como la de empleados al servicio del hogar familiar. La Doctrina judicial mayoritaria considera que, al igual que sucede en el marco de una relación laboral común, el régimen de nulidad automática y objetiva no se aplica al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba en la relación laboral especial de una empleada de hogar embarazada<sup>86</sup> o que ha dado a luz<sup>87</sup>. En tales casos procede aplicar la tutela ordinaria de nulidad por existencia de móvil discriminatorio, *ex* artículo 96.1 de la LRJS<sup>88</sup>. En relación con las consecuencias que lleva aparejada la nulidad por discriminación, cabe subrayar algunas peculiaridades que tienen su razón de ser en el carácter especial de la relación laboral en cuestión, a saber: 1) el respeto a la intimidad del hogar familiar impide la readmisión de la trabajadora; 2) no siendo factible la readmisión, la trabajadora recibirá la indemnización por despido improcedente, que

---

<sup>84</sup> La STC de 10 de octubre de 2013 (RTC 2013, 173. FJ 6) señala que la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora embarazada, por no superación del periodo de prueba, no es nula, porque no ha resultado acreditado que la empresa tuviera conocimiento del estado de gestación de la trabajadora, «lo que excluía que la empresa viniese obligada a rebatir unos inexistentes indicios de discriminación por razón de sexo, sin perjuicio de que, en cualquier caso, lo que sí se acreditó en el proceso es que el mismo día en que se produjo la extinción de la relación laboral de la recurrente por no superar el periodo de prueba, al no alcanzar los objetivos de ventas previstos en el contrato, se extinguió por el mismo motivo (no superación del periodo de prueba) el contrato de otro trabajador varón contratado en la misma fecha que la recurrente, lo que vendría a demostrar que la decisión extintiva fue completamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales, al no tener por causa el estado de embarazo de la trabajadora demandante, que la empresa desconocía».

Para un estudio y análisis sobre la Doctrina judicial que no aprecia nulidad por discriminación en la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada por no superar el periodo de prueba, *vid.*, por todas, STSJ de Andalucía/Málaga, Sala Social, de 28 de marzo de 2011 (AS 2013, 2190); STSJ de Cataluña, Sala Social, de 13 de julio de 2011 (AS 2011, 2457); STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala Social, de 6 de mayo de 2014 (AS 2014, 1569); y SSTSJ de Madrid, Sala Social, de 2 de noviembre de 2012 (AS 2013, 155) y 26 de mayo de 2014 (AS 2014, 2443).

<sup>85</sup> El artículo 14.3, párrafo 2.º del ET admite la suspensión del cómputo del periodo de prueba durante, entre otros, los periodos de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y por maternidad de la trabajadora cuando así lo hayan acordado las partes (empresario y trabajadora).

<sup>86</sup>  *Vid.*, SSTSJ de Madrid, Sala Social, de 14 de febrero de 2014 (AS 2014, 539) y 21 de abril de 2015 (recurso suplicación 962/2014).

<sup>87</sup>  *Vid.*, STSJ de Cataluña, Sala Social, de 7 de octubre de 2014 (AS 2014, 2987) y STSJ de Extremadura, Sala Social, de 15 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 243919).

<sup>88</sup> No obstante, alguna sentencia admite la aplicación del régimen de la nulidad objetiva y automática en el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de una empleada de hogar embarazada. En este sentido, *vid.*, STSJ de Madrid, Sala Social, de 26 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 252499).

no es la prevista por el artículo 56 del ET, sino la específica del artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011 (RCL 2011, 2074 y 2434), equivalente «al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades»; y 3) la trabajadora percibirá una compensación económica en concepto de daños y perjuicios vinculada a la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, *ex* artículo 183 de la LRJS.

### 3.6 EXTINCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO DE TRABAJO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR DISCRIMINADO

Más allá de la modificación sustancial de condiciones de trabajo que ocasione un perjuicio en la dignidad del trabajador [art. 50.1.a) ET] y de la falta de pago o retraso continuado en el pago del salario [art. 50.1.b) ET], el trabajador también puede instar en vía judicial la extinción indemnizada de su contrato de trabajo por «cualquier otro incumplimiento grave» de sus obligaciones por parte del empresario [art. 50.1.c) ET]. Concretamente, el trabajador puede instar la resolución indemnizada de su contrato de trabajo cuando una decisión unilateral del empresario comporte una discriminación directa razón de sexo como, por ejemplo, cuando la trabajadora, tras el descanso por maternidad, no puede reincorporarse a su puesto de trabajo de origen, sino que es destinada a otro puesto en el que sufre una degradación de funciones que conlleva una «minusvaloración de su trabajo, un trato peyorativo y una degradación en sus aspiraciones y formación profesionales»<sup>89</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN GÓMEZ, C., «El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable. A propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo», *Información Laboral*, núm. 6, 2017.
- BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A., «El significado de la tutela efectiva contra el despido de trabajadora embarazada. Lo que dice y lo que quiere decir la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto Porras Garrido», *Trabajo y Derecho*, núm. 45, 2018.
- CÁMARA BOTÍA, A., «La libertad de vestir del trabajador», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2013.

---

<sup>89</sup> *Vid.*, SSTSJ de Madrid, Sala Social, de 3 de febrero de 2009 (AS 2009, 1139) y 11 de mayo de 2016 (JUR 2016, 157868).

- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «Afectación de trabajadora embarazada por un despido colectivo: nuestra tutela *preventiva* es insuficiente», *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núms. 425-426, 2018.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M., «La tutela del embarazo en la jurisprudencia constitucional y de la Unión Europea», *Revista de Derecho Social*, núm. 69, 2015.
- PALOMINO SAURINA, P., «Concesión de la prestación por riesgo durante la lactancia natural aunque no existe evaluación de riesgos», *Información Laboral*, núm. 4, 2018.
- POQUET CATALÁ, R., «Últimos perfiles judiciales del despido de las mujeres trabajadoras en tratamiento de fertilidad», *Trabajo y Derecho*, núm. 21, 2016.
- ROJO TORRECILLA, E., «Sobre la protección de la trabajadora embarazada en caso de un despido colectivo. Aplicación de dos directivas. Las dudas que deja abiertas la sentencia del TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16)», *Blog 25 febrero 2018*.
- SÁEZ LARA, C., «Garantía de indemnidad profesional y económica por razón de embarazo y maternidad», *Trabajo y Derecho*, núm. 31, 2017.
- SERRANO GARCÍA, J. M.<sup>a</sup>, «La situación de discriminación directa de la mujer en situación de maternidad por incumplimiento de cláusulas convencionales de reconocimiento de derechos. Comentario a la STC 2/2017 de 16 de enero», *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017.
- TRIANA REYES, B., «Vulneración del artículo 14 de la CE en todos los casos en que, por razón de su embarazo, la mujer sufra un perjuicio profesional (Comentario a la STC 162/2016, de 3 de octubre)», *Actualidad Administrativa*, núm. 4, 2017.



# DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

FRANCISCO RUBIO SÁNCHEZ

Catedrático E. U. de Derecho del Trabajo  
Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. *Concepto*. 1. Normativa europea. 2. Régimen jurídico interno.—II. *Su-  
puestos más frecuentes*. 1. Acceso al empleo. 2. Condiciones de trabajo. 3. Retri-  
buciones. 4. Promoción profesional. 5. Trabajos a tiempo parcial y reducciones de  
jornada. 6. Permisos y excedencias. 7. Despido.

## I. CONCEPTO

La discriminación indirecta por razón de sexo se pone de manifiesto cuando una persona sufre una situación de desventaja por la aplicación de una práctica, criterio o tratamiento que aparentemente es neutro. Es una discriminación camuflada, que no se puede comprobar directamente y por lo general es más difícil de probar. Teniendo en cuenta que la discriminación directa está expresamente prohibida por la Constitución y por la Ley, la discriminación indirecta no deja de ser frecuente, teniendo un efecto negativo sobre las personas (principalmente mujeres) que la sufren.

### 1. Normativa europea

El artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CEE, de 5 de julio (LCEur 2006, 1696), para la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato

entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, define la discriminación indirecta por razón de sexo 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»*, definición que se ha transcrito literalmente en el artículo 6.2 de la LOI, al que aludiremos frecuentemente en este apartado.

Como punto de partida del análisis jurisprudencial de los frecuentes y lamentables supuestos de discriminación, la jurisprudencia ha venido perfilando una serie de consideraciones sobre la base de artículo 14 CE y el referido artículo 6 de la LOI, que precisa el alcance de los términos discriminación directa y discriminación indirecta. El artículo 8 de la LOI califica sin ambages como discriminación directa por razón de sexo *«todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad»*. Es sabido que en este punto la LOI está inspirada, sobre todo, en el Derecho Comunitario y su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, el artículo 2.1.7 de la Directiva 2002/73/CE (LCEur 2002, 2562) establece que un trato menos favorable dispensado a una mujer en razón de su embarazo o su permiso de maternidad constituye discriminación, y el artículo 4.1.a) de la Directiva 2004/113/CE (LCEur 2004, 3568) dispone que la discriminación por embarazo o maternidad constituyen supuestos de discriminación directa por razón de sexo. Ya desde antes la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo había venido afirmando que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituía discriminación directa por razón de sexo<sup>1</sup>. El TC también se ha pronunciado sobre la cuestión, concluyendo que *«la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que incide en exclusiva sobre las mujeres»*<sup>2</sup>. *«La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvalo-*

---

<sup>1</sup> SSTJCE, de 13 de febrero de 1996, Asunto C-342/93 (TJCE 1996, 20), de 30 de abril de 1998, Asunto C-136/95 (TJCE 1998, 73), 4 de octubre de 2011 (Asunto C-438/99), 30 de marzo de 2004 (Asunto 147/02), de 18 de noviembre de 2004, Asunto C-284/02 (TJCE 2004, 345) de 16 de febrero de 2006, Asunto C-294/04 (TJCE 2006, 41).

<sup>2</sup> SSTC 173/1994 (RTC 1994, 173), 136/1996, 20/2001, 41/2002, 17/2003 (RTC 2003, 17), 98/2003, 182/2005, 214/2006 (RTC 2006, 214), 324/2006, 342/2006, 3/2007 y 17/2007 (RTC 2007, 17).

*ración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo»<sup>3</sup>. Para llegar a la conclusión, «en aplicación de la legislación y doctrina judicial expuestas de que la trabajadora no puede verse perjudicada en sus derechos laborales con motivos de su condición maternal, so pena de sufrir una discriminación por razón de sexo»<sup>4</sup>. El mismo TC ha señalado igualmente que «El concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido, como es sabido, elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, precisamente con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (LCEur 1986, 8) –actual artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea (RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695)– y las Directivas comunitarias de desarrollo, y puede resumirse en una fórmula reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en múltiples de sus fallos<sup>5</sup>, a saber, que “*es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario 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, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo...*”. Este axioma aparece asimismo recogido en el artículo 2 de la Directiva 97/80 / CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (LCEur 1998, 123), relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, que define la discriminación indirecta en los siguientes términos: “*cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*”. En la misma línea cabe situar el artículo 2.2 de la Directiva 2002/73/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (LCEur 2002, 2562), que modifica la Directiva 76/207/CEE (LCEur 1976, 44) del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, a tenor del cual se considera discri-*

<sup>3</sup> STC 182/2005 (RTC 2005, 182).

<sup>4</sup> Toda esta prolija doctrina jurisprudencial se recoge en la STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 27 de mayo de 2015 (RJ 2015/3148).

<sup>5</sup> Entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990 Asunto Kowalska (TJCE 1991, 20), de 7 de febrero de 1991, Asunto Nimz (TJCE 1991, 128), de 4 de junio de 1992, Asunto Bötzel (TJCE 1992, 114) o de 9 de febrero de 1999, Asunto Seymour-Smith y Laura Pérez (TJCE 1999, 21).

minación indirecta “*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”. Así el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido que no existía discriminación indirecta por razón de sexo, por estar justificadas las diferencias de trato por motivos de política social, en medidas tales como la no inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, Asunto Megner y Schffel (TJCE 1995, 230), o la falta de cobertura de determinadas prestaciones de Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, Asunto Nolte (TJCE 1995, 227))<sup>6</sup>.

Sin embargo, sí ha considerado el TJCE que existe discriminación indirecta en el supuesto de exigencia de una estatura mínima de 1,70 metros para hombres y mujeres a la hora de concursar para el ingreso en la Escuela de Policía griega, toda vez que la normativa helena objeto de controversia «*supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino y que la citada normativa no parece adecuada ni necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue, circunstancia que corresponde al órgano jurisdiccional competente comprobar*»<sup>7</sup>.

## 2. Régimen jurídico interno

Por lo que respecta al Derecho interno, entroncando con el derecho fundamental de igualdad regulado en el artículo 14 de la CE, que consagra la prohibición de discriminación por razón de sexo, así como con el artículo 9.2 del texto constitucional, al consagrar 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, la normativa española vigente, al igual que la europea que acabamos de examinar sucintamente, contempla tanto la discriminación directa como la indirecta.

Así, partiendo de que el artículo 4.2.c) ET, en concordancia con el artículo 17, se refiere a ambos tipos de discriminación, y sin perjuicio de otras referencias legales, la promulgación de la LOI supuso el pleno reconocimiento

---

<sup>6</sup> Auto TC de 11 de mayo de 2004 (RTC 2004, 174).

<sup>7</sup> STJCE de 18 de octubre de 2017, Caso Ypourgos Esoterikon y Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton contra Eleni Kalliri (TJCE 2017, 192).

no solo de la igualdad formal ante la ley, sino de una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Con tal objetivo, el reiteradamente aludido artículo 6 define la discriminación directa e indirecta en forma prácticamente idéntica a la normativa comunitaria, y, en concreto, en materia de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo, su artículo 5 determina –en relación al objeto del recurso– que *«el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional (...)*», añadiendo que *«no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado»*.

La jurisprudencia constitucional ha acogido la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre discriminación indirecta por razón de sexo, recordando la STC 22/1994, de 27 de enero (RTC 1994, 22 ), que *«una abundante jurisprudencia de este Tribunal ha descartado que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo solo y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose solo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asuntos Bilka Kaufhaus, de 13 de mayo de 1986 (TJCE 1986, 83), o Kowalska, de 27 de junio de 1990 (TJCE 1991, 20), entre otros), exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del solo tiempo de trabajo inferior»*. En el mismo sentido, tal como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 6560), *«la STC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 240), recuerda y resume esta doctrina, señalando que “este Tribunal ha tenido ocasión de rei-*

*terar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999 –RTC 1999, 41–), 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”»<sup>8</sup>. Del mismo modo, la doctrina constitucional, tras recordar que la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE tiene su razón de ser en la «voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo»<sup>9</sup>, ha afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica «no solo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan en la pura y simple constatación del sexo de la persona, ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (...), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre»<sup>10</sup>.*

Por su parte, la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha acogido la doctrina constitucional dictada en la materia, determinando que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el artículo 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que «cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación –en este caso las mujeres–, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justifica-

---

<sup>8</sup> STC 198/1996 (RTC 1996, 198). En sentido idéntico, SSTC 145/1991 (RTC 1991, 145), 286/1994 (RTC 1994, 286) y 147/1995 (RTC 1995, 147).

<sup>9</sup> SSTC 1287/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 128), 19/1989, de 31 de enero, 317/1994, de 28 de noviembre, 17/2003, de 30 de enero, 214/2006, de 3 de julio, 324/2006, de 20 de noviembre, y 26/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 26).

<sup>10</sup> SSTC 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 173), 136/1996, de 23 de julio (RTC 1996, 136), 20/2001, de 29 de enero (RTC 2001, 20), 41/2002, de 25 de febrero (RTC 2002, 41), y 26/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 26)

ción objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE. Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística»<sup>11</sup>.

A los trabajadores que denuncien este tipo de situaciones se les exige, al menos, una prueba indiciaria de la discriminación en cuestión. La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre (RTC 1981, 38), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo (RTC 1986, 38), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido<sup>12</sup>. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Corresponde al empleador acreditar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador<sup>13</sup>. La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> STC 128/1987, de 14 de julio (RTC 1987, 128).

<sup>12</sup> SSTC 114/1989, de 22 de junio (RTC 1989, 114) y 85/1995, de 6 de junio (RTC 1995, 85).

<sup>13</sup> STC 136/1996, de 23 de julio (RTC 1996, 136).

<sup>14</sup> SSTC 197/1990, de 29 de noviembre (RTC 1990, 197) y 136/1996, de 23 de julio (RTC 1996, 136).

## II. SUPUESTOS MÁS FRECUENTES

### 1. Acceso al empleo

La creciente incorporación de la mujer al mundo del trabajo y los cambios sociales profundos acontecidos a finales del siglo xx, hizo necesario configurar un sistema que contemplase las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada. Por eso, y como pone de relieve la Exposición de Motivos de la LOI, se introducen cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sin que existan trabas de acceso al empleo por razón del sexo. A su vez, la norma trata de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres <sup>15</sup>.

### 2. Condiciones de trabajo

Carece de justificación objetiva y razonable y, por tanto, es discriminatoria, la práctica empresarial que impone a las enfermeras y auxiliares de planta y consultas externas de un centro sanitario la obligación de utilizar el uniforme consistente en falda, delantal, cofia y medias, sin posibilidad de optar por el pijama sanitario que había sido restringido al personal masculino y, curiosamente, al personal femenino de otros departamentos hospitalarios. Nos encontramos en estos casos ante la proyección de un uso social fruto de una tradicional inercia que mantiene un componente de distinción vinculado al sexo de las trabajadoras, del que se desprende una actitud empresarial no justificada ni proporcional y, por ende, discriminatoria, que tiene su origen en la obligatoriedad de uso de un determinado uniforme, sin opción para un colectivo concreto de trabajadoras. Esta obligatoriedad y consiguiente falta de posibilidad de opción no tiene amparo en la libertad de empresa ni en el poder de dirección de la actividad laboral por parte del empresario, lo que a su vez excluye a las trabajadoras en cuestión de su deber de cumplimiento de órdenes e instrucciones del empresario, al rebasar el *«ejercicio regular de las facultades directi-*

---

<sup>15</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 5 de octubre de 2012 (AS 2012/2497).

vas» que justificaría la pretendida obligación al amparo del artículo 5.c) ET<sup>16</sup>. En análogo sentido se ha pronunciado la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia refiriéndose, en este caso, a la imposición de determinado tipo de calzado exclusivamente para el personal femenino<sup>17</sup>.

Se consideran nulos los preceptos de convenios colectivos que vulneren el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo al crear una categoría que realiza las mismas funciones que la ya existente, pero con menor retribución y mayor número de ocupación para mujeres, con reducción de salarios<sup>18</sup>.

En ocasiones, la discriminación indirecta ha tenido su origen en la distribución de un complemento denominado «condición más beneficiosa», encubierta bajo la distinta clasificación profesional, mayoritariamente solo a hombres. En este orden de cosas, la doctrina jurisprudencial avaló la decisión empresarial consistente en la distribución del importe total previsto para el referido complemento entre toda la plantilla, sin distinción de sexo, frente a la que había reclamado algún trabajador<sup>19</sup>.

Merece la consideración de discriminación indirecta la decisión empresarial de trasladar a determinados trabajadores a otro centro de trabajo, prestando servicios por la tarde, al suponer trato de favor en relación con los afiliados a un determinado sindicato, careciendo dicha conducta de justificación al haberse rechazado como criterio para la reubicación el de menor antigüedad y habiéndose negado tanto la empresa como el sindicato a aportar certificados sobre la afiliación<sup>20</sup>.

### 3. Retribuciones

Constituye una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, la exclusión, como jornadas productivas a efectos del abono de la retribución variable extra convenio, del descanso obligatorio de seis semanas inmediatamente posteriores al nacimiento de un hijo, debido a la exigencia de presencia efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha reconocido el derecho de

<sup>16</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 19 de abril de 2011 (RJ 2011/2309).

<sup>17</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3.ª) de 17 de marzo de 2015 (AS 2015/1317).

<sup>18</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 29 de mayo de 2014 (AS 2014/1968).

<sup>19</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 13 de diciembre de 2013 (AS 2013/264).

<sup>20</sup> STSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 28 de junio de 2016 (AS 2016/1421).

las trabajadoras a la percepción íntegra de dicha retribución sin considerar el descanso obligatorio de seis semanas inmediatamente posteriores al parto<sup>21</sup>.

No se ha considerado que tenga lugar una discriminación indirecta por la aplicación a los trabajadores fijos discontinuos (que mayoritariamente eran mujeres) de una reducción salarial pactada en el acuerdo alcanzado con la representación de trabajadores, con relación a otros trabajadores que no tienen tal condición, entre los que también hay mujeres.

El hecho de que un mayor porcentaje de pensiones de viudedad se venga percibiendo por mujeres, quienes por lo general dejan de cobrar el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) cuando pasan a percibir la citada pensión, no supone una discriminación indirecta. Si bien es cierto que los datos estadísticos demuestran que el porcentaje de pensiones de viudedad percibidas por mujeres es más elevado que en el caso de los hombres, es preciso recordar el criterio manifestado reiteradamente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>22</sup>: *«es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario 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, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo...»*. Este axioma aparece asimismo recogido en el artículo 2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (LCEur 1998, 123), *relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo*<sup>23</sup>.

#### 4. Promoción profesional

La discriminación indirecta ha llegado a cuestionarse en procesos de promoción en la carrera judicial<sup>24</sup>, quedando restringida la discriminación positiva estrictamente para aquellos supuestos de *«perfiles profesionales parangonables»* o *«por lo menos parejo»*. Si concurren estas circunstancias, el Tribunal

---

<sup>21</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 27 de mayo de 2015 (RJ 2015/3148) y en análogo sentido, refiriéndose a una Magistrada analista de sentencias del CENDOJ, perteneciente al Gabinete Técnico del CGPJ, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 29 de julio de 2014 (RJ 2014/4461) y la Sentencias de la AN (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 23 de noviembre de 2011 (AS 2011/2600) y de 30 de septiembre de 2013 (AS 2013/2715).

<sup>22</sup> SSTJCE de 27 de junio de 1990, Asunto Kowalska (TJCE 1991, 20), de 7 de febrero de 1991, Asunto Nimz (TJCE 1991, 128), de 4 de junio de 1992, Asunto Bötzel (TJCE 1992, 114), o de 9 de febrero de 1999, Asunto Seymour-Smith y Laura Pérez (TJCE 1999, 21).

<sup>23</sup> STSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2009 (JUR 2010/405581) y, con cita de la jurisprudencia comunitaria mencionada, de 29 de junio de 2010 (AS 2011/884).

<sup>24</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 10 de marzo de 2017 (RJ 2017/1110).

Supremo ha determinado lo siguiente: «Desde este punto de vista, cuando nos hallamos, como es el caso, ante una aspirante mujer que tiene un perfil de méritos profesionales que se presenta inicialmente por lo menos parejo al del otro aspirante varón, e incluso en algunos relevantes puntos notablemente superior, la decisión final de adjudicar la plaza a este último tiene que ser, con especial énfasis, singularmente explicada. Es verdad que el criterio de la preferencia de las mujeres a igualdad de méritos no opera con rígido automatismo como una norma universal de obligado e incondicionado desplazamiento de los aspirantes varones, pero sí que opera como un principio rector de la decisión que exige que se expliquen cumplidamente, caso por caso, las razones por las que se prescinde casuísticamente de esa regla y se elige finalmente a un aspirante varón en detrimento de la aspirante que presenta un perfil profesional parangonable; y esto, una vez más, falta por completo en el caso examinado»<sup>25</sup>.

Curiosamente, las demandas por presunta discriminación indirecta también se formulan a instancias de los hombres, como en el caso del establecimiento como uno de los criterios de permanencia en la empresa el de las «mujeres embarazadas y las que hayan dado a luz en los últimos nueve meses», no aplicándose dicha prioridad de permanencia a los «padres de niños menores de nueve meses», si bien en ese caso se consideró procedente y no nulo el cese individual en el marco de un despido colectivo por causas económicas y productivas alegadas por la empresa<sup>26</sup>. Justifica el órgano jurisdiccional dicha medida acordada en período de consultas en que la tutela de la mujer embarazada o en período de lactancia y en el ámbito particular de la prevención de riesgos laborales se realiza específicamente<sup>27</sup>. Como es conocido a través de una nutrida doctrina constitucional, la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano. Del mismo modo, la libertad de

<sup>25</sup> STS de 10 de mayo de 2016 (RJ 2016/3070).

<sup>26</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 1 de diciembre de 2015 (AS2016/123).

<sup>27</sup> Recuerda el TSJ de Cataluña que en la propia normativa comunitaria como sucede en la Directiva 92/85/CEE (LCEur 1992, 3598), de 19/10/1992, 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 que esté en período de lactancia [décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE (LCEur 1989, 854)], sancionando en la misma y con una rotundidad que podría calificarse incluso como poco habitual en la legislación comunitaria, la prohibición del despido de personas integradas en dicho colectivo exigiendo de los Estados «las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el ap. 1 del artículo 8 salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo...».

empresa no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas. De esta forma, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en el ejercicio de los derechos fundamentales solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva... para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin<sup>28</sup>. Dentro de los derechos fundamentales del trabajador que no deben verse indebidamente modulados por el hecho de que exista un contrato de trabajo, evidentemente se encuentra el de igualdad en la forma de no discriminación por razón de sexo. Existe también una muy numerosa doctrina del TC a propósito de las medidas empresariales que puedan resultar restrictivas de derechos fundamentales, cuya constitucionalidad ha de venir determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)»<sup>29</sup>.

Queda superada de este modo alguna resolución judicial en virtud de la cual no se consideró discriminatorio un problema de límites de uniformidad impuesta para el personal femenino de la empresa RENFE que prestaba servicios en los entonces nuevos trenes AVE. En ese caso, la empresa imponía a los trabajadores masculinos llevar un uniforme consistente en pantalón y calcetines y falda de dos centímetros por encima de la rodilla para el femenino, llegándose por la Sala a la conclusión de que en ese caso tal medida no era discriminatoria, pero sobre la discutible base de la instauración de un sistema novedoso y moderno comunicación en una empresa pública, que había de competir en régimen de igualdad con otras empresa de igual o semejante actividad y la equivalencia del vestuario hombre-mujer desde el punto de vista de la costumbre social o habitual y su normalidad social también, lo que, a juicio

---

<sup>28</sup> SSTC 6/1982, de 21 de enero (RTC 1982, 6); 106/1996, de 12 de junio (RTC 1996, 106), 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204), 1/1998, de 12 de enero (RTC 1998, 1); 90/1999, de 26 de mayo (RTC 1999, 90), 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000, 98) y 80/2001, de 26 de marzo (RTC 2001, 80), entre otras.

<sup>29</sup> STC 80/2011, de 26 de marzo (RTC 2001, 80).

del TS hacían la medida empresarial lícita, no contraria al derecho de no discriminación por razón de sexo<sup>30</sup>.

Sin embargo se considera discriminación indirecta la promoción profesional en la que se advierte una desproporción adversa para las mujeres a las categorías de coordinador y de mando, resultando favorecido por el sistema de selección y por el secretismo y la falta de publicidad con la que los ascensos se llevan a cabo. En este supuesto, mantenía la empresa que no procedía invertir las normas que regulan la carga de la prueba por no haberse ofrecido indicios suficientes que avalasen esa inversión, ya que los datos estadísticos aportados, aparte de inconcretos e imprecisos, no tienen en nuestro derecho valor probatorio, máxime cuando, como estamos en el marco del derecho sancionador, juega la presunción de inocencia que no puede ser destruida ni por meros indicios, ni invirtiendo la carga de la prueba. Considera el tribunal que tales alegaciones de la recurrente no son de recibo, porque no estamos ante datos meramente estadísticos, aparte que el Tribunal Constitucional ha estimado que la estadística es un medio revelador de la existencia de discriminación indirecta<sup>31</sup>, sin que, finalmente, se deba olvidar que no estamos en un procedimiento sancionador, sino en uno encaminado a determinar si la recurrente ha violado el derecho de sus empleadas a no ser discriminadas por razón de sexo. Los datos reflejados en los hechos declarados probados no pueden considerarse meramente estadísticos, imprecisos y aparentes, por cuanto reflejan una realidad: el número total de empleados de cada centro de trabajo, el número de mujeres ocupadas en cada uno, los ascensos producidos en cada centro en los años controvertidos, los puestos de ascenso ocupados por hombre y mujeres y el porcentaje de cada uno de esos sexos que han ascendido, tanto en función del total como del de empleados de cada sexo. Estos datos son reales y conocidos por la recurrente, quien ha podido rebatirlos y probar su incorrección o que los porcentajes están mal calculados, lo que no ha hecho más que con alegaciones generales que no ha concretado para precisar el número de mujeres que podían ascender, pese a que esos datos son conocidos por ella. Sobre la estadística, como fuente de indicios de discriminación indirecta, conviene recordar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, donde se dice: *«Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este*

<sup>30</sup> STS de 23 de enero de 2001 (RJ 200172063).

<sup>31</sup> SSTC, 128/1987, de 14 de julio (RTC 1987, 128) y 253/2004, de 22 de diciembre (RTC 2004, 253).

*Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial –STJCE de 27 de junio de 1990 (TJCE 1991, 20)–, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo –STJCE de 9 de febrero de 1999 (TJCE 1999, 21)–, trabajadores con menos fuerza física– STC 149/1991 (RTC 1991, 149). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995 (TJCE 1995, 227), asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*; de 20 de marzo de 2003 (TJCE 2003, 86), asunto *Jorgensen*, y de 11 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 263), asunto *Steinicke*)».*

Igualmente discriminatoria se ha considerado la decisión empresarial que imposibilita el acceso de las trabajadoras a promocionar a cabeza de línea estableciendo requisitos formativos innecesarios y basándose en un sistema que no es neutro, pese a tener apariencia de tal. A este respecto, la jurisprudencia impone al abordarse el análisis de la discriminación indirecta proscrita por el artículo 14 CE que cuando un miembro de un colectivo tradicionalmente castigado por esta discriminación, cual es el de las mujeres, invoque aquella, el órgano judicial no se limite a valorar si, en abstracto, la justificación para la diferencia de trato es objetiva y razonable, sino, asimismo, si lo que aparece como una diferencia formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación de aquel tipo<sup>32</sup>. Por ello, procede reflexionar sobre el impacto que la medida viene causando en el acceso a la promoción de las trabajadoras de la plantilla de la empresa demandada, con carácter general, siquiera sea ello a los meros efectos dialécticos, al no estimarse que del relato fáctico de la resolución de instancia se desprenda que el requisito formativo o de experiencia profesional referido por la empresa demandada resulte justificado objetiva y razonablemente en aras a prestar servicios en el concreto supuesto de las trabajadoras coadyuvantes, ni en el general del resto de las trabajadoras de la empresa. Siguiendo la doctrina jurisprudencial referida anteriormente,

---

<sup>32</sup> STC 145/1991 (RTC 1991, 145), citada por la STS de 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 6560).

además de estimarse que tales requisitos técnicos no han resultado justificados objetivamente, su exigencia encubre una discriminación indirecta por razón de sexo, dado su impacto adverso sobre el colectivo femenino, siendo éste incontrovertido en el recurso interpuesto, resultando notorio que un muy pequeño porcentaje de mujeres cuentan con el tipo de formación exigida, así como con titulaciones en los centros de formación profesional, por lo que no se considera que se trate de un requisito neutro, objetivo, y razonable, que elimine aquel tipo de discriminación. Por ello, no resultan acogibles las alegaciones de la parte que impugnó el recurso sobre la ausencia de discriminación indirecta por encontrarse los requisitos exigidos justificados objetivamente, en atención al desempeño de los puestos de trabajo de que se trata. Sin perjuicio de ello, a juicio de la doctrina jurisprudencial que venimos recogiendo, resulta evidente que la exigencia de formación básica a nivel de módulo de grado medio, no habiéndose acreditado su necesidad y repercusión en el ámbito de las funciones atribuidas a los trabajadores que desempeñan los puestos de final y cabeza de línea, supone un requisito aparentemente neutro que, de facto, causa una discriminación indirecta a las mujeres, ante la notoria desproporción existente entre los hombres y mujeres que tienen tal formación. A tal conclusión coadyuva asimismo la doctrina constitucional que, en referencia a la jurisprudencia comunitaria, ha concluido sobre la necesidad de que el aplicador del Derecho aborde la discriminación indirecta atendiendo «*necesariamente a los datos revelados por la estadística*»<sup>33</sup>. De este modo, no puede estimarse que el sistema de promoción profesional determinado por la empresa demandada en el caso que nos ocupa sea neutro, porque no obstante su apariencia, produce resultados discriminatorios sin justificación objetiva, en relación a los requisitos para promocionar a cabeza de línea, resultando especialmente indicativo de tales resultados el hecho de que de las ocho mujeres contratadas desde el año 2005 solo una de ellas lo haya lo fue para prestar servicios en planta, que es donde se produce la promoción de los trabajadores y trabajadoras a cabeza de línea. Tal como recuerda la doctrina del Tribunal Supremo, con cita de la constitucional, «el hecho de que la actuación del empresario tenga amparo legal o convencional no le autoriza a producir resultados inconstitucionales»<sup>34</sup>.

Según advierte la doctrina constitucional, como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atri-

<sup>33</sup> SSTC 147/1991 (RTC 1991, 147) y 253/2004 (RTC 2004, 253), así como STJCE de 9 de febrero de 1999 (TJCE 1999, 21).

<sup>34</sup> STC 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 182) y STS de 18 de julio de 2011 (RJ 2011, 6560).

buido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas. En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en la misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo. En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el artículo 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho<sup>35</sup>. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la empresa que, a efectos de la puntuación en un concurso de ascenso, no aporta ninguna explicación objetiva y razonable en orden a justificar la valoración del mérito de la antigüedad de manera restrictiva, computando únicamente los días de alta trabajados como consecuencia del contrato a tiempo parcial, sin considerar la antigüedad en la empresa de las trabajadoras con dicho tipo de contrato, partiendo de la premisa de que la inmensa mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. A mayor abundamiento, destaca el órgano jurisdiccional que *«constando el indicio de un comportamiento empresarial contrario a la igualdad y a la no discriminación por razón de género, es llamativo que la demanda no haya aportado dato sobre su plantilla y el género de sus trabajadores ni sobre la afectación en uno u otro sexo de la contratación a tiempo parcial»*<sup>36</sup>.

En definitiva, si no se encuentran objetivamente justificados los requisitos exigidos para la promoción profesional en la empresa, ni la negativa empresarial a otorgar formación a tales efectos a las trabajadoras coadyuvantes, se estima que concurre en la misma una discriminación indirecta por razón de sexo, al no poder considerarse que el sistema de promoción profesional que nos ocupa sea neutro, dado que, aun teniendo apariencia de tal, produce resultados discriminatorios sin justificación objetiva. A tal conclusión, reiteramos,

---

<sup>35</sup> STC 253/2004, de 22 de diciembre (RTC 2004, 253)

<sup>36</sup> STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2018 (AS 2018/676).

coadyuvan los datos estadísticos de la empresa, de los que se desprende que los puestos en que es posible promocionar son cubiertos por hombres en porcentajes muy superiores a los cubiertos por mujeres, siendo asimismo muy superior el número de hombres que trabajan en planta frente al de mujeres<sup>37</sup>. En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el artículo 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.

Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el artículo 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que *«cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación –en este caso las mujeres–, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE»* (STC 145/1991, de 1 de julio –RTC 1991, 145–. Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio –RTC 1987, 128–). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999)»<sup>38</sup>.

## 5. Trabajos a tiempo parcial y reducciones de jornada

Las reducciones de jornada con motivo de cuidado de un hijo menor no pueden justificar la merma de los derechos económicos y sociales de la trabajadora a la que le fue suprimida la ayuda económica por comida que disfrutaba antes de reincorporarse tras su baja de maternidad<sup>39</sup> o, en otro supuesto similar, la supresión del «plus de responsabilidad», al no afectar a las funciones y responsabilidades que retribuye el citado complemento. En un supuesto en el que

<sup>37</sup> STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2012 (AS 2013/1038).

<sup>38</sup> STS de 18 de julio de 2011 (RJ 2011/6560).

<sup>39</sup> STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2012 (AS2012/2497).

cuatro de las seis demandas en las que se planteaba una cuestión objeto de controversia afectaban a trabajadoras que habían solicitado la guarda legal, mientras que en las otras dos demandas presentadas por trabajadores, el origen del litigio está relacionado con cuestiones ajenas a la conciliación familiar. Este dato no es sino una prueba más de que en la medida que se vincule la supresión automática del plus de responsabilidad de los grupos de mando a la reducción de jornada por guarda legal, la práctica empresarial aparentemente neutra, está ocasionando una discriminación indirecta por razón de sexo, al menos en el contexto social actual, en el que es la mujer trabajadora la que en la mayoría de los casos opta por hacer efectivas las medidas de conciliación familiar<sup>40</sup>.

## 6. Permisos y excedencias

Se ha considerado discriminatorio el requerimiento a los trabajadores varones, en relación con el permiso de lactancia, de justificación de que su cónyuge trabaja y no hacerlo así con las trabajadoras de la misma empresa, toda vez que *«tal diferencia no se encuentra suficientemente justificada por la empresa demandada en razones objetivas, y correspondía a la empresa por virtud de las normas reguladoras de la carga de la prueba acreditar la existencia de una razón objetiva que lo justifique lo que no ha realizado; la acomodación posterior de la conducta de la empresa al principio de igualdad requiriendo a los trabajadores con independencia de su sexo la justificación de tal circunstancia no empecé a que hasta dicho momento la conducta de la empresa fuera discriminatoria y que vulnerara el principio de igualdad»*<sup>41</sup>. Procede traer a colación en este punto la evolución legislativa que experimentó la regulación del permiso de lactancia, en relación con cuyo disfrute concurrió la conducta empresarial objeto de la referida controversia.

En tal sentido, tras reforma operada por la LOI, el artículo 37.4 ET venía a establecer que *«... las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. (...) Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen...»*. Ello no obstante, tal precepto fue objeto de examen por el Tribunal de Justicia

---

<sup>40</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de septiembre de 2011 (AS 2011/2538).

<sup>41</sup> STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 3 de octubre de 2013 (AS 2014/348) y de 30 de enero de 2014 (AS 2014/1124).

de la Unión Europea, que vino a resolver sobre el contenido y alcance del permiso por lactancia que nos ocupa indicando lo siguiente: 1. «... las situaciones de un trabajador y una trabajadora, padre y madre respectivamente de niños de corta edad, son comparables en relación con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar de ese hijo...»; 2. «... respecto a la protección del embarazo y de la maternidad, el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente que, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere “al embarazo y a la maternidad”, el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 (LCEur 1976, 44) reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra...»; 3. «... el hecho de que la evolución de la normativa nacional y de su interpretación jurisprudencial haya separado poco a poco la concesión del permiso denominado “de lactancia” del hecho biológico del amamantamiento natural no permite considerar que esa medida asegure la protección de la condición biológica de la mujer después de su embarazo...»; 4. «... el hecho de que el permiso controvertido en el litigio principal pueda disfrutarse indistintamente por el padre trabajador por cuenta ajena o por la madre trabajadora por cuenta ajena implica que tanto el padre como la madre pueden asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo. Parece pues que ese permiso se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores del niño. Por tanto, no puede considerarse que permita asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo...»; 5. «... el hecho de considerar, como sostiene el Gobierno español, que solo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental...». Y consecuencia de todo lo anteriormente razonado, el fallo de la Sentencia reseñada es claro sobre la falta de acomodo a la normativa comunitaria del contenido del artículo 37.4 ET en la redacción entonces vigente, cuando vino a establecer que «... El artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976

*(LCEur 1976, 44), 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, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, solo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena...»<sup>42</sup>.*

Y al amparo de la jurisprudencia comunitaria indicada se vino a disociar en la doctrina judicial y en la normativa nacional en dos planos marcadamente diferenciados los permisos de maternidad previstos en el artículo 48.4 del ET y el permiso por lactancia que nos ocupa del artículo 37.4, de modo que si bien en los permisos de maternidad se consideraba que era la madre la persona titular del derecho al descanso, por lo que difícilmente podía ceder el disfrute del mismo al padre cuando no era trabajadora por cuenta ajena y por ende carecía del mismo —«... nadie puede ceder a otro un derecho del que carece...»—, en relación a los permisos por lactancia se vino a considerar que el derecho amparado por los mismos correspondía a ambos padres, y no solamente a la madre<sup>43</sup>. Y la consecuencia de lo anterior vino a ser la modificación legislativa operada en el artículo 37.4 que, con efectos desde el 12 de febrero de 2012, vino a dotar al precepto indicado de la siguiente redacción: *«En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones (...). Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella. Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen...»*.

---

<sup>42</sup> STJCE de 30 de septiembre de 2010 (Recurso 10472009).

<sup>43</sup> SSTC 75/2011, de 19 de mayo (RTC 2011, 75), 78/2011, de 6 de junio (RTC 2011, 78) y 152/2011, de 29 de septiembre (RTC 2011, 152).

## 7. Despido

El riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (referidos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones). Se trataría de evitar tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que éste incida de forma negativa en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad<sup>44</sup>.

Se ha considerado discriminación indirecta la amortización de puestos de trabajo entre hombres y mujeres, por entender que se trata de una conducta no amparada en la facultad empresarial de elección en el caso de haber optado como criterio preferencial por la menor antigüedad en la empresa, siendo las mujeres quienes principalmente se verían afectadas, al ser éstas las que mayoritariamente fueron contratadas para equilibrar plantilla. En la elección de los trabajadores afectados, con un criterio aparentemente neutro, indirectamente, está incurriendo en discriminación, por razón de sexo. Prueba que a juicio del órgano jurisdiccional no supera la empresa demandada, al no acreditar que actúa, en el despido cuestionado, con criterios objetivos alejados de todo propósito de no discriminar a las mujeres frente a los hombres, por lo que se ratifica la nulidad del despido comunicado<sup>45</sup>.

El cese por faltas de una persona discapacitada ha sido declarado nulo por discriminación indirecta, ya que la discapacidad no es equiparable a la enfermedad. El órgano jurisdiccional lleva a cabo en este caso una exhaustiva diferenciación entre ambos términos, Así, conforme al artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (RCL 2013, 1746) (Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social), éstas son quienes *«presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás»*. Según el artículo 1 de la Convención ONU de 13-12-2006 (Derechos de las personas con disca-

<sup>44</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 5 de octubre de 2012 (AS 2012/2497).

<sup>45</sup> STSJ de Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 25 de febrero de 2009 (AS 2009/1081).

pacidad, BOE de 21 de abril de 2009), éstas son quienes «*tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*». En el ámbito de la jurisprudencia comunitaria, el TJCE afirma: «*El concepto de discapacidad no viene definido en la propia Directiva, la cual tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto...*». La Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000, 3383) tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad. En este contexto, debe entenderse que el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional. Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de discapacidad, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de enfermedad. Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos. La Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad. De las consideraciones anteriores resulta que una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad. Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad. La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate. La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación<sup>46</sup>. La discapacidad es un concepto que se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un

---

<sup>46</sup> STJCE de 11 de julio de 2006 (TJCE 2006,192)

obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional. Las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales deben ser «a largo plazo» no se aprecia que la Directiva solo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad. En efecto, sería contrario al objetivo mismo de esta Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000, 3383).

En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000, 3383). En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la citada Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación. La circunstancia de que la persona de que se trate solo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de discapacidad, ya que una discapacidad no implica necesariamente la exclusión total del trabajo o de la vida profesional. El concepto de discapacidad debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no como una imposibilidad de ejercer tal actividad. Además, la constatación de la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, como la utilización de equipamiento especial. A este respecto, procede señalar que la definición del concepto de discapacidad en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de ésta. Conforme al decimosexto considerando de la reiterada Directiva, estas medidas tienen por objeto la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad. Por lo tanto, son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad. Asimismo, las medidas o los ajustes a que se refiere el vigésimo considerando de la Directiva permiten respetar la obligación que emana del artículo 5 de dicha Directiva, pero son aplicables solo a condición de que exista una discapacidad. En definitiva, el concepto de discapacidad a que se refiere la Directiva debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición

causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto<sup>47</sup>. En consecuencia, para el TJCE la Directiva 2000/78/CE se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad cuando esas bajas por enfermedad son *«atribuible[s] total o parcialmente a su discapacidad»*, ya que *«un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad»* y, por tanto, una normativa nacional *«puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78»*. En suma, *«la Directiva 2000/78/CE (LCEur 2000, 3383) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo ... si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad... cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente»*<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> STJCE de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013,122).

<sup>48</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 22 de diciembre de 2015 (AS 2016/385).

# DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN

ANA I. PÉREZ CAMPOS  
Profesora Titular Universidad  
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Discriminación por asociación. Delimitación conceptual.*—III. *Discriminación por asociación en la jurisprudencia del TJUE.* 1. Orígenes. Caso Coleman. 2. Evolución jurisprudencial. Ampliación de los motivos de discriminación por asociación. 2.1 Acceso al empleo. 2.2 Orientación sexual. 2.3 Origen racial y étnico.—IV. *Discriminación por asociación en España.* 1. Su incidencia en el Derecho del Trabajo español. 2. Tutela judicial: Aplicación e interpretación. 2.1 Discriminación por asociación y discapacidad. 2.2 Discriminación por asociación y violencia de género. 2.3 Discriminación por asociación y libertad sindical.—V. *Conclusiones.* Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La discriminación por asociación se enmarca, dentro de las que la doctrina científica ha denominado causas de discriminación de nueva generación, con la finalidad de ampliar los supuestos de protección de la tutela antidiscriminatoria<sup>1</sup>.

Este nuevo tipo de discriminación es de construcción jurisprudencial y, como es sabido, surge a raíz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en concreto, de la Sentencia del Tribunal de Justicia

---

<sup>1</sup> BALLESTER PASTOR, M. A., «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, p. 215.

de la Unión Europea de 17 de julio de 2008, C-303/06, asunto Coleman que enjuiciaba el caso de una trabajadora que sufría un trato discriminatorio en relación con los cuidados de un hijo discapacitado.

La relevancia de la sentencia del alto tribunal reside en que consideró que el principio de igualdad de trato no se circunscribe, única y exclusivamente, a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad, sino que también incluye a las que por tener alguna relación con ellas son tratadas de un modo discriminatorio. El argumento jurídico que sustentó esta interpretación se sitúa en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y que tiene por objeto combatir todas las formas de discriminación por razón o por motivo de la discapacidad. Conviene precisar que no se trata de un supuesto de discriminación por discapacidad más, sino que nos encontramos ante una ampliación del alcance de la discriminación hacia una perspectiva transversal en la que la circunstancia personal o social que motiva el trato discriminatorio no solo concurre en el trabajador, sino también en alguno de sus allegados.

A raíz de esta sentencia, han surgido otras, tanto a nivel de la jurisprudencia de TJUE como de los Tribunales nacionales, que van a permitir estudiar la viabilidad de un nuevo tipo de discriminación y, por ende, la progresión de la tutela antidiscriminatoria. En sus orígenes, el TJUE ha sentado las bases de un Derecho europeo, prevalente, dinámico, e irrenunciable para los derechos nacionales de los Estados miembros, siendo de la máxima relevancia reformadora algunas de sus sentencias, especialmente en el ámbito del Derecho Social europeo. Desde hace ya algún tiempo se asiste tanto a la aprobación de Directivas de refundición como a la incorporación a esos textos normativos de criterios jurisprudenciales, en una tarea que pone de relieve, al mismo tiempo, tanto la creciente complejidad del acervo comunitario como la interacción entre el legislador y la jurisprudencia europea.

El TJUE ha conseguido, en fin, que el Derecho social europeo tenga una presencia real y efectiva en los Estados miembros. Como se expondrá, a continuación, el influjo de la jurisprudencia comunitaria en el ordenamiento español ha resultado ser primordial en el desarrollo de los derechos de los trabajadores. La progresiva expansión de los contenidos normativos de la política social europea ha provocado una ampliación de la intervención del TJUE, convirtiéndolo en instrumento de interpretación de las propias legislaciones nacionales de transposición.

El objetivo de este estudio se sitúa en analizar la reciente jurisprudencia europea en materia de discriminación por asociación y su incidencia inmediata en la aplicación, interpretación y efectividad del Derecho del Trabajo espa-

ñol. En cualquier caso, a través del presente trabajo no se pretende otra cosa que dejar clara constancia de la importantísima labor creadora de Derecho llevada a cabo por parte del TJUE. Labor que, al implicar una continua reinterpretación de los ordenamientos jurídicos nacionales a la luz del Derecho de la Unión Europea, puede llegar incluso a derivar en importantes reformas legislativas internas de muy diferente alcance y contenido.

La discriminación por asociación se ha visto ampliada a otros supuestos distintos de la discapacidad, tales como la orientación sexual o el origen nacional o étnico, lo que propicia la necesidad de estudiar su evolución, en aras a su delimitación conceptual, en lo que podría denominarse nueva doctrina jurisprudencial sobre discriminación por asociación. Se analizará el alcance de la discriminación por asociación, a través de la jurisprudencia relevante en la materia.

## II. DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La igualdad de trato y la prohibición de discriminación en general, es una de las materias donde la jurisprudencia europea ha actuado como vía de adaptación y creación del Derecho español. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación constituyen uno de los temas más significativos del Derecho Social europeo<sup>2</sup>, en sus diversas manifestaciones, tales como género, edad, discapacidad, etc. y donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea continúa teniendo un papel esencial como creador de derecho, siendo, además, una de las materias sobre las que se ha pronunciado con mayor frecuencia.

De conformidad con líneas jurisprudenciales precedentes, y abriendo otras nuevas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha actuado de motor tanto para el legislador europeo como para el nacional, dirigiendo a las jurisdicciones nacionales y, en general, operando como un factor de progreso en el reconocimiento de derechos para los hombres y las mujeres de la Unión.

La incidencia europea en el ámbito del Derecho laboral español, se produciría por una doble dimensión tanto normativa como jurisprudencial. Ambas dimensiones están íntimamente relacionadas, por lo que cabe afirmar que la evolución y los desarrollos normativos se deben, en buena medida, a la nece-

---

<sup>2</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario», en AA. VV., *Una aproximación al derecho social comunitario* (Dirs. J. Cruz Villalón y T. Pérez del Río), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 87 y ss.

saría adecuación entre la interpretación jurisprudencial de la normativa aplicable a la realidad del caso concreto.

El ámbito normativo europeo y la protección antidiscriminatoria queda actualmente fijado en torno a dos ámbitos:

— De un lado, el principio antidiscriminatorio clásico, por razón de género, que se encuentra formulado en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y desarrollado en la Directiva 2006/54/UE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

— De otro lado destacan otras causas o manifestaciones de igualdad más allá del género/sexo, tales como la discapacidad, la edad, la orientación sexual y la discriminación por asociación. Se recogen actualmente en el artículo 19 TFUE y están desarrolladas en la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>3</sup>.

En esta línea interpretativa, podría decirse que, así como la política social de la Unión Europea tuvo como motor el principio antidiscriminatorio por razón de sexo (que en la década de los 70 fue uno de sus pilares más importantes), en el momento actual vuelve a destacarse como centro de atención, si bien su alcance adquiere matices nuevos y, particularmente, interesantes. Así pues, la doctrina del alto tribunal que aplicó el principio de no discriminación, ha configurado un marco conceptual muy avanzado, que ha dado lugar a importantes cambios en los ordenamientos internos y que ha inspirado la configuración actual de un principio de no discriminación europeo, considerablemente más abierto<sup>4</sup>.

Por tanto, la incidencia de la jurisprudencia europea en materia de igualdad se circunscribe a diferentes aspectos: el primero relacionado con la igualdad por razón de género a través de las denominadas acciones positivas, la discriminación indirecta y la discriminación por discapacidad con vínculo de parentesco, conocida como discriminación por asociación. En esta línea interpretativa, conceptos tan fundamentales como el de discriminación indirecta o

---

<sup>3</sup> BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A., *La lucha contra la discriminación en la Unión Europea...*, cit., p. 216.

<sup>4</sup> BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A., «Los elementos conceptuales de la Ley para la igualdad y la herencia comunitaria», *Temas laborales*, núm. 9, 2007, p. 87.

acción afirmativa, cuyos aspectos esenciales se pueden encontrar en la normativa europea, proceden de la construcción realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a semejanza de lo que ocurre también con la discriminación por asociación.

En definitiva, la complejidad del fenómeno de la discriminación y su alcance ha derivado en la identificación, por vía jurisprudencial, de una nueva manifestación de la discriminación que han dado lugar a la aparición de novedosos enfoques y estrategias dirigidos a garantizar la igualdad de trato. Especialmente relevante es el caso de la discriminación refleja o por asociación<sup>5</sup>.

Conviene precisar que, a diferencia de otros supuestos se trata de una figura de construcción jurisprudencial que aún no tiene reflejo expreso en la normativa europea, aunque sí en el ordenamiento español. El ejemplo de lo señalado se encuentra en la Ley de derechos de las personas con discapacidad, que refiere a que el riesgo de discriminación no solo es padecido por los discapacitados, sino también por aquellos que les prestan cuidados o asistencia<sup>6</sup>.

### III. DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

#### 1. Orígenes. Caso Coleman

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 4 de noviembre de 2008, *Coleman*, asunto C-303/06 analiza el alcance de la discriminación por asociación en un supuesto donde una trabajadora se considera discriminada por razón de discapacidad, aunque no es ella la discapacitada, sino su hijo. Se trata del primer pronunciamiento judicial que proyecta la tutela antidiscriminatoria no solo hacia el sujeto discapacitado, sino sobre un tercero que se encuentra estrechamente asociado con aquél (le presta cuidados y asistencia) y que también es víctima de exclusión en el empleo<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> No existe unanimidad por parte de la doctrina científica en la denominación de esta nueva figura, siendo denominada tanto discriminación transferida (MUÑOZ RUIZ, A. B., «El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores», *Temas Laborales*, núm. 101, 2009, p. 322) como discriminación refleja (SEMPERE NAVARRO, A. V., *Discriminaciones reflejas (El caso de la Sra. Coleman)*, [legaltoday.com](http://legaltoday.com)).

<sup>6</sup> Véase, Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.

<sup>7</sup> MUÑOZ RUIZ, A. B., «El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores», *Temas Laborales*, núm. 101, 2009, p. 322.

Hasta este momento no se había planteado, al menos en el ámbito de la Unión Europea, qué ocurre en la situación en la que un sujeto experimenta discriminación no por sus propias características, tales como su discapacidad, origen étnico o religión, sino debido a la relación que mantiene con alguien que posee tales características.

A este respecto, la jurisprudencia de la Unión Europea resulta muy relevante porque es la primera vez que entiende que se ha discriminado a la trabajadora por razón de la discapacidad de su hijo y sienta dos grandes criterios interpretativos: 1.º) Que constituye discriminación directa el trato menos favorable dispensado al trabajador como consecuencia de la discapacidad padecida por su hijo. 2.º) Que la prohibición de discriminación no opera solo cuando el trabajador es, él mismo, discapacitado, sino que también lo hace cuando la discapacidad afecta a su hijo.

Hay que tener en cuenta que el concepto de discapacidad no está definido en el Derecho de la UE. La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se limita a señalar en su artículo primero que su objetivo es luchar contra la discriminación por diversos motivos relacionados con el empleo, entre los que se encuentra la discapacidad. En consecuencia, los beneficiarios de las medidas recogidas en el marco de la Directiva ni están especificados, ni limitados y se permite a los Estados miembros adoptar una definición de discapacidad y fijar los contornos de la misma.

Sobre esta base, el tribunal europeo apoya su tesis en una concepción amplia del ámbito subjetivo protegido por la Directiva comunitaria que no solo comprende a la persona efectivamente discapacitada, sino que también puede afectar a otros que forman parte del entorno del afectado por la discapacidad y que se vinculan con el motivo de la discriminación. A este respecto señala que, de las disposiciones de la Directiva 2000/78/CE no se desprende que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha Directiva.

Esta sentencia tiene una transcendencia esencial en la medida en que consolida el modelo social de discapacidad y su implantación en los Estados Miembros y contribuye a la delimitación de la noción y alcance de la discapacidad, introduciendo una novedosa categoría jurídica como es la discriminación por asociación o vinculación. En fin, la interpretación formulada constituye un avance muy significativo del modelo social de discapacidad que traslada la tutela antidiscriminatoria a los cuidadores de las personas discapacitadas; ampliándose el ámbito de protección del Derecho social europeo a los

cuidadores que se ven afectados negativamente en el empleo por la discapacidad de las personas a las que prestan cuidados y asistencia.

Por otra parte, sería oportuno aludir, al menos sumariamente, a los posibles interrogantes futuros que ha planteado esta nueva figura de construcción jurisprudencial y su posterior reflejo en la normativa española.

En primer lugar, cabría plantear si la doctrina de este supuesto es trasladable al resto de las causas de discriminación (por origen racial o étnico, religión, orientación sexual, etc.) o por el contrario limita su campo de aplicación a la discapacidad. El TJUE ha avanzado en los últimos años en la construcción de esta figura trasladando sus efectos a otras causas de discriminación; ello teniendo en cuenta que la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, emplea la misma fórmula amplia en la definición de la discriminación objeto de tutela<sup>8</sup>.

En segundo lugar, quedaría abierta la incertidumbre sobre el grado de parentesco que debe existir entre quien alega trato discriminatorio y la persona discapacitada. La doctrina científica ha venido señalando que «aunque la discriminación tiene su origen en una vinculación por asociación, al momento de valorar la existencia de la discriminación, el mayor o menor nexo entre las personas implicadas será uno de los tantos indicios que ayudará al juez a tener la convicción de la existencia de discriminación del empresario», esto es, lo que debe interesar, más allá de la relación de parentesco, es la existencia de un vínculo real<sup>9</sup>.

Si hubiera que destacar un solo aspecto entre los que hasta ahora se han descrito para sintetizar el estado de la cuestión del principio antidiscriminatorio, sin duda, éste debería ser su fragmentación. El principio antidiscriminatorio clásico elaborado en torno al género tiene unos presupuestos claros y consolidados a fuerza de Directivas y sentencias del TJUE. Sin embargo, las causas de nueva generación se dispersan en cuanto a su configuración y alcance. Como ha señalado la doctrina científica, «la jurisprudencia

---

<sup>8</sup> BARRIOS BAUDOR, G. L., y PÉREZ CAMPOS, A. I. «La labor creadora de Derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una aproximación al tema a partir del Derecho del Trabajo Español», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIX, 2016, pp. 501-550.

<sup>9</sup> CRISANTO CASTAÑEDA, A. C., «El caso Coleman: la discriminación por asociación y el fundamento de su protección», en AA. VV. *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*. Dirs: A. V. Sempere Navarro y M. Areta Martínez. Laborum, Murcia, 2009, p. 250 y SEMPERE NAVARRO, A. V., «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2008 (BIB 2008, 2447).

aplicativa se anticipa voluminosa pero todavía está en fase de elaboración y consolidación»<sup>10</sup>.

Queda por ver de qué modo, en esta configuración, terminará pesando la doctrina jurisprudencial europea sobre la discriminación por asociación. Y es que, ni los conceptos de discriminación directa o indirecta nos ofrecían una solución adecuada para estos casos, de ahí que no resulte extraño que vayan construyéndose nuevas tipologías de discriminación con el fin de hacer frente a este tipo de conductas atentatorias contra la dignidad de las personas. Por lo general, si una persona es discriminada, es por una «característica protegida» que ellos mismos tienen, como su raza, sexo u orientación sexual. La discriminación por asociación, va más allá, protegiendo al trabajador de ser discriminado debido a la característica protegida de un tercero, lo que añade un plus de complejidad ante la diversidad de situaciones particulares que pudieran surgir y que propiciará la necesidad de precisar y concretar.

El impacto del caso Coleman y la discriminación por asociación está siendo lento y progresivo a nivel de la jurisprudencia europea y más dinámico en lo que refiere a la jurisprudencia española que amplía el alcance de la discriminación por asociación a casos distintos al de la discapacidad, como el origen racial o étnico, y la orientación sexual. Cabe destacar ejemplos tales como la negativa a contratar a un trabajador porque su cónyuge pertenece a la etnia gitana o la no renovación de un contrato temporal porque su pareja está afiliada a un sindicato. Junto a esta ampliación de causas o supuestos de discriminación por asociación, también pueden encontrarse ejemplos sobre la ampliación subjetiva entre el trabajador y el sujeto a él vinculado que podría exceder de los tradicionales márgenes de parentesco, como es el caso del trabajador que es discriminado por su defensa pública de determinados colectivos (discapacitados, homosexuales, etc.) sin pertenecer él a ninguno.

Ante la panorámica descrita, las preguntas que podrían suscitarse al respecto son muchas y variadas, entre otras, destacaría la siguiente: ¿la ampliación causal y subjetiva de la discriminación por asociación no desbordaría los límites de la tutela antidiscriminatoria? La delimitación del campo de aplicación material y subjetivo de esta figura de construcción jurisprudencial se podría convertir en algo necesario en aras a garantizar la seguridad jurídica, la dificultad residiría en ¿dónde y cómo habría que poner el límite? La respuesta a estos interrogantes no resulta sencilla, además, convendría recordar que la

---

<sup>10</sup> BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A., *La lucha contra la discriminación en la Unión Europea...*, cit., p. 217.

falta de regulación normativa propicia que la protección frente a esta figura de discriminación resulte heterogénea y sometida a una gran casuística, propia del denominado derecho de casos.

## 2. Evolución jurisprudencial. Ampliación de los motivos de discriminación por asociación

No cabe duda que cuando un individuo experimenta situaciones de discriminación sobre la base de una o varias de las características recogidas en las Directivas Comunitarias (sexo, raza, discapacidad, etc.), el Derecho europeo y, de forma derivada, las leyes internas de los Estados Miembros contienen mecanismos para erradicar tales prácticas. Sin embargo, hasta ahora solo se había planteado, al menos en el ámbito de la Unión Europea, qué ocurre en la situación en la que un sujeto experimenta discriminación sobre la base de las características propias que ostentan, tales como su propia discapacidad, origen étnico o religión, y no por el vínculo que se mantiene con alguien que posee tales características.

La complejidad del fenómeno de la discapacidad ha derivado en la identificación de nuevas formas de discriminación que han dado lugar a la aparición de novedosos enfoques y estrategias dirigidas a combatirlas. En este sentido, se ha observado que el riesgo de discriminación no solo es padecido por los discapacitados sino también por aquéllos que les prestan cuidados o asistencia. Según los estudios realizados, entre los rasgos que conforman el perfil social del cuidador de la persona con discapacidad o dependiente, cabe subrayar su condición de desempleado debido a las dificultades de conservar el empleo. Por ello, el tratamiento europeo de esta cuestión se ha visto sustancialmente transformado con la adopción de nuevos criterios judiciales sobre el alcance de la denominada discriminación por asociación <sup>11</sup>.

Desde su origen en la sentencia sobre el caso Coleman, la discriminación por asociación ha estado fuertemente relacionada con la discapacidad, estableciendo el principio general relativo a que basta con que un trastorno a largo plazo provoque una limitación para participar, plena y efectivamente, en la

---

<sup>11</sup> MUÑOZ RUIZ, A. B., *El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores*, cit., p. 323. Véase también Muñoz Ruiz, A., «Discriminación por asociación y nuevos enfoques de la tutela antidiscriminatoria en el empleo». El caso Coleman como "leasing case". En AAV: *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*», Coord. por Javier Díez-Holchleitner Rodríguez, Carmen Martínez Capdevila, Irene Blázquez Navarro, Javier Frutos Miranda, La Ley, Madrid, pp. 1099-1116.

vida profesional, en igualdad de condiciones con las personas que no lo sufren. No es preciso establecer un vínculo entre el trabajo de que se trata y la discapacidad en cuestión para que se pueda aplicar la Directiva 2000/78/CE.

El Tribunal de Justicia consideró que también los cuidadores de las personas que sufren una discapacidad pueden acogerse a la protección de la Directiva.

Así pues, en la sentencia Coleman no se estableció ningún tipo de conexión entre la discapacidad de que se trataba y la actividad laboral concreta. El Tribunal de Justicia consideró que el principio de igualdad de trato en el ámbito de la discapacidad no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva. Por consiguiente, no se desprende que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha Directiva. Antes al contrario, la Directiva tiene por objeto garantizar la igualdad de condiciones para todos, en sentido genérico, en lo que atañe al empleo y al trabajo.

Según se deduce de las observaciones anteriores, los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia para determinar el significado del concepto de discapacidad reflejan un amplio abanico de situaciones comprendidas en su ámbito, no solo la de aquellos que poseían personalmente la característica protegida relevante, sino también por aquellos que se asociaban con ellos.

La delimitación de causas y sujetos afectados está siendo objeto de interpretación por el TJUE. En consecuencia, la discriminación por asociación es una figura en proceso de construcción, siendo ampliada más allá de la discapacidad a otras causas o motivos de discriminación, entre las que cabe destacar las siguientes:

## 2.1 ACCESO AL EMPLEO

En el caso ACCEPT<sup>12</sup>, el Tribunal resolvió un supuesto de discriminación por razón de orientación sexual en materia de contratación de personal y, por lo tanto, de acceso al empleo que de forma indirecta y, quizá incluso muy forzada, podría ser interpretado como un supuesto de discriminación por asociación.

Particularmente, en este caso, la discriminación directa vino de la mano de un sujeto vinculado a la empresa, pero que no se trataba propiamente del responsable de la contratación: un accionista de un club de fútbol rumano, que

---

<sup>12</sup> STJUE de 25 de abril de 2013, *Asociația ACCEPT contra Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, Asunto C-81/12.

hizo unas declaraciones afirmando que jamás contrataría a un jugador homosexual. Esta sentencia permitió comprender que la discriminación incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva no se limita al ámbito de una posible relación laboral. Ello porque, en este caso, el sujeto que emitió tales declaraciones no era el empresario, ni su representante legal, ni tampoco un encargado de la contratación de personal. Pero esas circunstancias no fueron suficientes, a juicio del tribunal, para inaplicar la Directiva, por lo que podría pensarse en discriminación por asociación o vinculación. Bien al contrario, este subrayó la naturaleza económica de la actividad deportiva lo que, en este caso, permitía su inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE. En concreto, de acuerdo con el apartado 42 de la sentencia señala que, «las declaraciones de que se trata emanan de quien, sin disponer necesariamente de capacidad jurídica para vincularlo o representarlo en materia de contratación de personal, se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club».

Además, el Tribunal también realizó una importante matización en el ámbito de la responsabilidad de quien realiza este tipo de declaraciones. En sí mismas, estas constituyen una presunción de la práctica de discriminación en la política de contratación del personal y; ello aunque quien las realice no tenga directamente encomendadas las tareas de contratación, si el empresario no se distancia de dichas declaraciones<sup>13</sup>. Si bien es cierto que el planteamiento del supuesto de hecho se circunscribe a los casos de discriminación en el acceso al empleo por declaraciones de un allegado a la condición de empleador. A este respecto, podría entenderse también la discriminación por asociación en sentido inverso, esto es, no solo de los allegados al trabajador, sino también de los allegados al empresario.

## 2.2 ORIENTACIÓN SEXUAL

La discriminación por orientación sexual es otra de las manifestaciones de discriminación menos tratadas hasta hace escasos años, pero que en la actualidad ocupan una parte destacada de la actividad del Tribunal de Justicia de

---

<sup>13</sup> Esta STJUE de 25 de abril 2013 tiene un importante antecedente en la STJUE de 10 de julio de 2008, asunto Feryn, que tiene como supuesto de hecho las declaraciones mediante las que un empleador da a conocer públicamente que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, y donde se plantea si esos hechos son aptos para basar la presunción de una política de contratación discriminatoria. Véase, NAVARRO NIETO, F, «El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria», *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, p. 103.

la Unión Europea. En su progresión y, de conformidad con los últimos pronunciamientos del TJUE, podría establecerse una conexión entre discriminación por asociación y orientación sexual.

En el asunto Parris<sup>14</sup>, aunque de forma indirecta también se plantearía el alcance y delimitación de la discriminación por asociación y la discriminación múltiple. En la mencionada sentencia del TJUE se aborda la reclamación de un trabajador que pretende que se conceda a su pareja del mismo sexo una pensión de supervivencia profesional para el caso de que éste le sobreviva, y que es denegada, al aplicar una norma de un plan de previsión profesional que supedita el pago de la prestación de supervivencia a la pareja superviviente de un afiliado a dicho plan tras su fallecimiento, al requisito de que el afiliado y su pareja hayan celebrado su unión civil antes del sexagésimo cumpleaños del afiliado. Si bien es cierto que el planteamiento del supuesto de hecho se circunscribe a los casos de discriminación por orientación sexual, también lo es que, nos encontramos ante una discriminación en la que la circunstancia personal o social que motiva el trato discriminatorio no concurre en el trabajador, sino en uno de sus allegados.

### 2.3 ORIGEN RACIAL Y ÉTNICO

Sin lugar a dudas, la evolución de los supuestos de discriminación por asociación se manifiesta esencialmente, en la sentencia sobre el caso *CHEZ Razpredelenie*<sup>15</sup>. En la citada sentencia se aborda este nuevo supuesto de discriminación en relación con la vulneración de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Más específicamente, entre los antecedentes de hecho más reseñables destacan: La Sra. Nikolova gestiona, como empresario individual, un comercio de alimentación situado en un barrio habitado principalmente por personas de origen gitano. En 1999 y 2000 CHEZ RB instaló los contadores eléctricos de todos los clientes de ese barrio en los postes de cemento del tendido eléctrico aéreo, a una altura aproximada de seis a siete metros, mientras que en los otros barrios los contadores instalados por CHEZ RB están situados a una altura de 1,70 m., usualmente en las propias viviendas de los clientes o en las fachadas o el vallado, permitiendo una buena visibilidad de los mismos.

---

<sup>14</sup> STJUE de 30 de junio de 2016, Parris, Asunto C443/15.

<sup>15</sup> STJUE de 12 de marzo de 2015, *CHEZ Razpredelenie*, Asunto C83/14

En diciembre de 2008 la Sra. Nikolova presentó una reclamación a la empresa en la que denunciaba que la práctica discutida obedecía al hecho de que la mayoría de los habitantes del barrio eran de origen gitano, y que ella misma era víctima, por esa causa, de una discriminación en razón de la nacionalidad. La interesada se quejaba, en especial, de no poder observar su contador eléctrico para controlar su consumo y asegurarse de la exactitud de las facturas que se le enviaban y que, según ella, eran de importe excesivo.

El Tribunal de Justicia sostuvo que una persona puede alegar discriminación indirecta por asociación en virtud de la Directiva Europea que rige la discriminación racial (Directiva 2000/43/CE).

El TJUE considera que no puede prestarse atención solo a la redacción de la norma sino también hay que atender al contexto y al sistema general y la finalidad de la Directiva para determinar si puede beneficiar a toda persona afectada o bien «ha de beneficiar únicamente, entre el círculo de las personas afectadas por una medida discriminatoria basada en el origen racial o étnico, a quienes tengan efectivamente el origen racial o étnico considerado». Con apoyo en la sentencia Coleman se deduce que la aplicación del principio de igualdad de trato no se limita únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada. Se trata de un dato de especial importancia para nuevos litigios que puedan plantearse, en la medida en que resulta aplicable a las personas que, aunque no pertenezcan ellas mismas a la raza o la etnia considerada, sufren sin embargo un trato menos favorable o una desventaja particular por uno de esos motivos.

La extensión de la discriminación por asociación más allá de la discapacidad implica un impulso sustancial en la delimitación de este nuevo tipo de discriminaciones, en la medida en que avanza en las manifestaciones de discriminación prohibidas y la amplia las causas de discriminación con vinculación más allá de la discapacidad, a otras causas tales como la discriminación por origen racial o étnico y no solo a nivel causal, sino también en relación el grado de parentesco que debe existir entre quien alega trato discriminatorio; a la aplicación a estos casos de la discriminación indirecta y la inversión de la carga de la prueba.

Como señaló el abogado general en sus conclusiones «de la sentencia Coleman pueden trasladarse perfectamente al presente caso, a pesar de que en aquél no se tratara de la Directiva 2000/43/CE, sino de la Directiva 2000/78/CE relacionada con aquélla»<sup>16</sup>. En efecto, estas dos directivas hermanas coin-

---

<sup>16</sup> Véanse Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 12 de marzo de 2015 Asunto C83/14.

ciden en los aspectos aquí relevantes y, en último término, son expresión del mismo principio de igualdad de trato, uno de los principios básicos del Derecho de la Unión y consagrado en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En consecuencia, amplía los casos de discriminación por asociación más allá de la discapacidad.

Por su parte, la abogada general, en sus conclusiones, refiere al concepto de «codiscriminado», entendiendo por tal fundamentalmente, quien mantiene una estrecha relación personal con quien presente una de las características mencionadas en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales y en las directivas antidiscriminación. Continúa señalando que la existencia de tal relación personal en modo alguno es la única circunstancia concebible que permite calificar a una persona como «codiscriminada». Por el contrario, también puede ser inherente a una medida como la aquí controvertida, especialmente cuando la medida, debido a su carácter general y colectivo, puede afectar no solo a las personas que presentan una de las características mencionadas en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales y en las directivas antidiscriminación, sino también (a modo de «daños colaterales») a otras personas.

En fin, la relevancia de esta sentencia se sitúa también en que no solo amplía las causas o motivos de discriminación por asociación, sino que también permite delimitar el ámbito de aplicación subjetivo de dicha discriminación, no solo al ámbito familiar como se abordó en la sentencia sobre el caso Coleman, sino hacia un nuevo sujeto de discriminación como sería el denominado «codiscriminado». A este respecto, cabría pensar que en la discriminación por asociación resultaría escasamente relevante si se trata de los miembros de una familia, de un grupo de amigos o de personas de negocios que quizá se encuentren por primera vez en esa ocasión.

En otro orden de consideraciones, en la citada sentencia del TJUE se aborda la discriminación indirecta de una persona que no pertenece al grupo étnico discriminado pero que es discriminada. Aunque, normalmente al analizar los problemas de discriminación se presentan en primer plano los casos individuales de personas concretas, no ocurre en el presente caso, que gira en torno a la prohibición de discriminación por razón del origen étnico que rige en el Derecho de la Unión. La cuestión que centra el interés es el carácter general y colectivo de medidas que afectan a todo un grupo de población y que pudieran incluso estigmatizar o humillar a todos los miembros de ese grupo y a su entorno social.

En consecuencia, la aplicación de la sentencia sobre el caso Chez también tiene incidencia en la aplicación de los mecanismos procesales que tienen por objeto tutelar los derechos fundamentales frente a la discriminación por

asociación, aplicándose a estos supuestos, la garantía procesal de inversión de la carga de la prueba. En esta misma línea interpretativa, las sentencias *Coleman*, *Asociația Accept* y *Chez*<sup>17</sup> recuerdan que, si el tribunal remitente llegara a apreciar la existencia de una presunción de discriminación, la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato exige que en ese supuesto la carga de la prueba recaiga en el demandado, quien ha de demostrar que no hubo violación de dicho principio. En ese supuesto, correspondería a *CHEZ RB*, como parte demandada, refutar la existencia de esa violación del principio de igualdad de trato, demostrando que la instauración de la práctica discutida y su mantenimiento actual no se basan, en modo alguno, en la circunstancia de que los barrios afectados sean habitados, principalmente, por nacionales búlgaros de origen gitano, sino exclusivamente en factores objetivos ajenos a cualquier discriminación basada en el origen racial o étnico.

#### IV. DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN EN ESPAÑA

##### 1. Su incidencia en el Derecho del Trabajo español

La adaptación normativa a la jurisprudencia europea derivada del caso *Coleman* en España ha tenido reflejo en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre que aprobó el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad<sup>18</sup>. Su principal novedad reside en que amplía la definición de la discriminación por discapacidad con el reconocimiento de nuevos tipos. Con esta legislación, el Gobierno y las asociaciones de discapacitados esperan seguir avanzando, en aras a la consecución de una igualdad real o efectiva.

A los efectos de este análisis, se debe prestar una especial atención a la noción de discriminación adoptada por la norma nacional con el propósito de verificar si se ha incluido, expresamente, la discriminación por asociación. Así pues, el apartado e) del artículo 2 de la citada norma sobre los derechos de las personas con discapacidad incluye la discriminación por asociación y la define como «*cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad*». Como puede observarse el legislador español se ha limitado a transponer

---

<sup>17</sup> Véanse las sentencias: *Coleman*, C303/06, EU: C:2008:415, apartado 54, y *Asociația Accept*, C81/12, EU: C:2013:275, apartado 55 y *Chez* apartado 85.

<sup>18</sup> *BOE* de 3 de diciembre de 2013.

el supuesto de hecho contemplado en la jurisprudencia del TJUE. Aunque hubiese sido deseable que hubiera profundizado en la delimitación conceptual de este nuevo supuesto de discriminación, su regulación, al menos, pone de manifiesto el interés del legislador por actualizarse y luchar contra de la discriminación en sus distintas manifestaciones y en un sentido mucho más amplio.

Al margen de este precepto normativo cabe señalar que la legislación española no ha reconocido de forma explícita la doctrina de la discriminación por asociación, pero tampoco ha optado por restringir el principio de igualdad de trato y no discriminación a las personas discapacitadas. Por el contrario, la norma española utiliza la fórmula amplia al igual que la Directiva comunitaria, prohibiendo la discriminación que tenga su causa en una discapacidad.

En cualquier caso, lo que resulta indudable es que a partir del fallo comunitario debe prevalecer una interpretación amplia de esta normativa que comprenda los tratamientos peyorativos que se fundamenten no solo en la pura y simple constatación de la discapacidad de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tenga con la discapacidad de una persona u otra manifestación, una conexión directa e inequívoca<sup>19</sup>.

## 2. Tutela judicial: aplicación e interpretación

En un análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales y de doctrina judicial de los últimos años, en materia de discriminación por asociación, cabe señalar un cierto avance en la configuración de este nuevo supuesto de protección frente a la discriminación.

El estudio de la tutela judicial en torno a esta figura nos permite estructurar los supuestos en:

### 2.1 DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN Y DISCAPACIDAD

La doctrina judicial aplica la discriminación por asociación o vinculación a los supuestos de discapacidad en términos parecidos a lo señalado ya respecto del TJUE. A este respecto, destacaría, entre otras, la STSJ Cataluña de 23

---

<sup>19</sup> MUÑOZ RUIZ, A. B., *El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea ...*, *ob. cit.*, p. 339. En parecidos términos, véase también, CORDERO GORDILLO, V., «Discriminación por asociación con una persona con discapacidad. Comentario de la STJCE de 17 de julio de 2008, Coleman, asunto C-303/06», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008, p. 157.

junio 2011(AS 2011,1942)<sup>20</sup>, sobre despido nulo de una trabajadora por solicitar una ayuda para cónyuge discapacitado. La Sala de lo Social, con expresa mención a la doctrina sentada por el TJUE, en el Caso S. Coleman, 2, apartados 1 y 3, establece que deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe, única y exclusivamente, a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado, constitutivo de la discriminación del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad, está relacionado con la discapacidad, en este caso de su cónyuge, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición de discriminación establecida en la normativa europea.

Por otra parte, la relevancia de la sentencia se sitúa en la delimitación del valor de la prueba indiciaria, a efectos de la existencia de discriminación por discapacidad. La Sala de lo Social señala que la finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, fundamentos jurídicos 2 y 3). Así pues, refiere a la existencia de indicios evidentes de discriminación por discapacidad, consistentes en:

- La superación del período de prueba un mes antes del despido
- La no amonestación ni sanción por bajo rendimiento con anterioridad al despido.
- El breve lapso temporal mediante entre la petición de la ayuda por cónyuge discapacitado y el acaecimiento del despido (un mes escaso)
- El inmediato reconocimiento de la improcedencia del despido.
- La poca antigüedad de la trabajadora, que abarata su despido frente a quienes disfrutaban de la ayuda por discapacidad que, según el propio recurrente, tienen una importante antigüedad.

## 2.2 DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN Y VIOLENCIA DE GÉNERO

Un segundo grupo de sentencias aplica la jurisprudencia del caso Coleman desarrollando a modo de un símil, entre discriminación por asociación y violencia de género. No obstante, conviene precisar que la alusión a la doctrina

---

<sup>20</sup> En parecidos términos, véase también la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 9 de noviembre de 2017 (JUR 2087, 10982).

del caso Coleman es indirecta y no centra el objeto del debate. En esta línea interpretativa señalan que al igual que cabe la discriminación a través de persona interpuesta en la sentencia sobre el caso Coleman; no es descartable que se ejerza la violencia sobre la pareja dañando al hijo común, máxime si ha manifestado hechos que perjudican al agresor<sup>21</sup>.

No es obstáculo para esta conclusión el que la violencia física ejercida por el causante y condenada judicialmente no lo fuera directamente sobre a la actora, sino sobre su madre, al intentar evitar que se llevara a la hija común de ambos por la fuerza. En este sentido, el Tribunal Supremo (sentencia recaída en Rcd. 3106/2014) ha declarado que *«la violencia sobre el hijo común (...), debe valorarse como indicio de que había una situación conflictiva entre los esposos»*, y sigue diciendo *«Es decir, si el padre ejerce violencia sobre el hijo común y la madre se enfrenta por tal motivo estamos ante un indicio de violencia de género. Al igual que cabe la discriminación a través de persona interpuesta (STJUE 17 julio 2008 [TJCE 2008, 176], C-303/06, Coleman; perjuicio a la madre trabajadora de un discapacitado) no es descartable que se ejerza la violencia sobre la pareja dañando al hijo común, máxime si ha manifestado hechos que perjudican al agresor»*<sup>22</sup>.

### 2.3 DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN Y LIBERTAD SINDICAL

En tercer y último lugar, la doctrina judicial se ha pronunciado recientemente sobre el alcance de la discriminación por asociación en materia de libertad sindical<sup>23</sup>. Se cuestiona la validez del despido de un trabajador que afirma que el cese es una represalia por la decisión adoptada por la mesa electoral de la que forma parte, de no permitir la participación en las elecciones sindicales de un determinado sindicato por incumplimientos de la candidatura.

La Sala de lo Social considera que, si la empresa adopta una medida de represalia por una decisión legal de la Mesa que favorece a unos sindicatos

---

<sup>21</sup> STSJ de Granada de 23 febrero de 2017 (AS 2017, 701). STSJ Las Palmas de Gran Canaria de 7 de marzo de 2017 (JUUR 2017/66383). STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de marzo de 2016 /AS 2016, 472). STSJ de Cataluña de 12 de septiembre de 2017 (JUR 2017/2849641). STSJ de Galicia (A Coruña) de 8 de noviembre de 2017 (JUR 2017/311319).

<sup>22</sup> En el mismo sentido, véase STS de 20 de enero de 2016 (RJ 2016, 3) que aborda la cuestión debatida por la doctrina judicial y consiste en determinar si puede tenerse por acreditada la situación de violencia de género pretendidamente sufrida por la actora al tiempo de su separación matrimonial para el reconocimiento de una pensión de viudedad por el fallecimiento de su ex marido. El centro de análisis no es la discriminación por asociación.

<sup>23</sup> Entre otras, véanse, STSJ de Galicia (Coruña) de 2 de agosto de 2017 (JUR 2017, 230765).

frente a otros, tal actuación, a juicio de la Sala supondría una discriminación por asociación o vinculación a la libertad sindical.

Continúa señalando la sala que la discriminación por asociación o por vinculación, esto es, la tipología de discriminación refleja o por interposición que afecta a una persona que no pertenece al colectivo vulnerable, pero que es tratada de forma peyorativa al haberse transferido a ella la discriminación respecto del tercero protegido, definida por primera vez por la STJUE de 17 de julio de 2008 C-303/06 (Asunto Coleman) en relación con la discapacidad y se ha recogido por nuestro legislador en el artículo 2.e) del RD Ley 1/2013 (Discriminación por asociación: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad) y podemos entenderlo ínsito en el artículo 17 ET, pues cuando declara que «Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

La relevancia de la sentencia se sitúa en que, como señala, cabe entender que pretende abarcar en su ámbito de protección antidiscriminatoria a todos aquellos que participan directa o indirectamente en la queja o reclamación, aún cuando no sean ellos los trabajadores afectados por el factor de discriminación denunciado. En todo caso, dado que el artículo 14.2 CE proscribiera toda posibilidad de «discriminación alguna», también debemos entender constitucionalmente prohibida la discriminación por asociación o vinculación.

## V. CONCLUSIONES

El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación constituye uno de los temas más importantes de la política social europea, en sus diversas manifestaciones; tales como género, enfermedad o discapacidad. En todas y cada una de ellas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea continúa teniendo un papel esencial como creador de Derecho, siendo uno de las materias sobre las que se ha pronunciado con mayor frecuencia.

Como no podría ser de otra manera, la incidencia de la jurisprudencia del TJUE en materia de igualdad ha ido evolucionando hacia diferentes aspectos: inicialmente, relacionado con la igualdad por razón de género, a través de las denominadas acciones positivas o la discriminación indirecta, con posterioridad.

La actualidad de la materia se circunscribe a la discriminación por asociación y la discriminación por enfermedad. Su principal novedad es que amplía la definición de la discriminación por discapacidad, con el reconocimiento de nuevos tipos, en espera de seguir avanzando hacia una igualdad real o efectiva.

La tutela judicial de la figura de la discriminación por asociación ha contribuido, en los últimos años, a la configuración de su alcance y delimitación conceptual. La progresión es una realidad en la medida en que se ha avanzado en el campo material respecto de las causas o motivos de discriminación por asociación más allá de la discapacidad, así como también se ha perfilado su ámbito de aplicación subjetivo no solo a los casos de familiares del trabajador, sino a un grupo de amigos o de allegados.

El análisis de la jurisprudencia y la doctrina judicial española pone de relieve un cierto avance en nuestro país hacia la ampliación de la tutela antidiscriminatoria. Sin embargo, la legislación española de transposición de la Directiva 2000/78/CE no ha reconocido de forma explícita la doctrina de la discriminación por asociación, aunque tampoco ha optado por restringir el principio de igualdad de trato y no discriminación a las personas discapacitadas, ampliándolo en un símil a los casos de protección frente a violencia de género y, más claramente, en los casos de tutela de la libertad sindical.

Lo que parece claro es que a partir de la sentencia Coleman y de su evolución debe prevalecer una interpretación amplia de lo que deba entenderse por discriminación por asociación, no solo circunscrita a los casos de la discapacidad de la víctima o en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con la discapacidad de una persona una conexión directa e inequívoca. La discriminación por asociación describe la situación en la que un individuo puede presentar un reclamo de discriminación basado no en una característica propia sino de otra persona.

A este respecto, cabría preguntarse si la ampliación de la tutela antidiscriminatoria por vía de la discriminación por asociación establecida por jueces y tribunales resulta el camino idóneo para garantizar que la igualdad sea real y efectiva, o si, por el contrario, lo que propicia es una abundante litigiosidad en detrimento de la seguridad jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, M. A., «Los elementos conceptuales de la Ley para la igualdad y la herencia comunitaria», *Temas Laborales*, núm., 9, 2007, p. 87.

- «La lucha contra la discriminación en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.
- BARRIOS BAUDOR, G. L., y PÉREZ CAMPOS, A. I. «La labor creadora de Derecho del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: una aproximación al tema a partir del Derecho del Trabajo Español», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Xlix, 2016.
- CORDERO GORDILLO, V., «Discriminación por asociación con una persona con discapacidad. Comentario de la STJCE de 17 de julio de 2008, Coleman, asunto C-303/06», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008.
- CRISANTO CASTAÑEDA, A. C., «El caso Coleman: la discriminación por asociación y el fundamento de su protección», en AA. VV., *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*. Dirs: A. V. Sempere Navarro y M. Areta Martínez, Laborum, Murcia, 2009.
- MUÑOZ RUIZ, A. B., «El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores», *Temas Laborales*, núm. 101, 2009.
- «Discriminación por asociación y nuevos enfoques de la tutela antidiscriminatoria en el empleo. El caso Coleman como "leading case". En AAV: *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*», Coord. por Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, Carmen Martínez Capdevila, Irene Blázquez Navarro, Javier Frutos Miranda, La Ley, Madrid, 2012.
- MARTÍN PUEBLA, E., «Igualdad de trato y no discriminación por edad, discapacidad y orientación sexual», *Revista Trabajo y Derecho*, núm. 7, 2018.
- NAVARRO NIETO, F., «El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria», *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.
- PÉREZ DEL RÍO, T., «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario», en AA. VV., *Una aproximación al derecho social comunitario* (Dir. J. Cruz Villalón y T. Pérez del Río), Tecnos, Madrid, 2000.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2008 (BIB 2008, 2447).
- «Discriminaciones reflejas (El caso de la Sra. Coleman)», [legaltoday.com](http://legaltoday.com).



# DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ

Profesor Universidad de Alicante

E. U. Relaciones Laborales de Elda

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *La jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por embarazo*. 1. Base histórica: las directivas antidiscriminatorias. 2. Cronología jurisprudencial comunitaria.—III. *Plasmación de la discriminación por embarazo en la jurisprudencia constitucional*. 1. Planteamiento. 2. Fundamento constitucional.—IV. *La doctrina judicial ordinaria sobre discriminación por embarazo*. 1. Supuestos extintivos de la relación laboral. 2. Discriminaciones retributivas. 3. Análisis de la cuestión en el empleo temporal. 4. El *ius variandi* del empresario y su incumplimiento resolutorio de la relación laboral.—*Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La protección de la salud de las madres trabajadoras es una seña de identidad del Derecho del Trabajo. Desde los albores de la legislación social hasta el momento actual se ha protegido la salud de las madres trabajadoras, lo cual seguirá siendo así mientras exista una legislación que se quiera considerar social<sup>1</sup>.

Ya la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de 1975, emitida por la Conferencia General de la OIT, indicaba que: «*No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o*

---

<sup>1</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 345.

*parto, y las mujeres encintas estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos»<sup>2</sup>.*

Hace unas décadas, la discriminación por hechos biológicos vinculados a la maternidad (embarazo, parto o lactancia natural) no era considerada ni discriminación ni sexista, y su consideración como tal fue lenta, e incluso tortuosa a la vista de los argumentos manejados para desbrozar el camino, tanto en los Estados Unidos de América<sup>3</sup> como en los países miembros de la UE<sup>4</sup>. La discriminación por maternidad se ha consolidado legalmente en España, gracias a la jurisprudencia comunitaria de la UE, y gracias a la jurisprudencia constitucional española.

El camino recorrido en los más de diez años que separan el momento actual de la entrada en escena de la Ley 3/2007 arrojan como resultado un entramado jurisprudencial, que por su variedad y número, permite aventurarse a decir que la interpretación jurisprudencial a veces fuerza la letra de la norma. Desde la literalidad de la norma, cabe preguntarse si la discriminación por embarazo está lo suficientemente protegida, a pesar de contar, a veces, con un heterogéneo y desordenado conjunto de derechos. Materia ésta íntimamente relacionada con valores constitucionales esenciales, con desajustes denunciados por la doctrina pero todavía no corregidos por el legislador.

De la lectura de la doctrina jurisprudencial, observaremos que temas centrales de la materia se hallan en permanente estado de debate. Téngase presente que la dicción de la norma puede ser leída de forma que concede espacio suficiente a interpretaciones a veces contradictorias. Y nos atrevemos a decir que cuesta creer que el legislador no encuentre momento adecuado para corregir las posibles disparidades existentes.

## II. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO

### 1. Base histórica: las directivas antidiscriminatorias

El arranque jurisprudencial de la discriminación por hechos biológicos vinculados a la maternidad tiene lugar en 1990 cuando el TJCE<sup>5</sup> analiza el

---

<sup>2</sup> Artículo 8 de la citada Decl., adoptada el 25 de junio de 1975 [Boletín Oficial de la Oficina Internacional del Trabajo 09648(1975-A-1)].

<sup>3</sup> Conviene recordar que el principio de discriminación positiva tiene su origen en la Sentencia del TS de Estados Unidos, caso Regents of the University of California v. Bakke, 438 U. S. 265 (1978).

<sup>4</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., pp. 362-363.

<sup>5</sup> STJCE de 8/11/1990, Caso Dekker, C-177/88.

caso planteado y matiza que: «Un empresario viola directamente el principio de igualdad de trato enunciado en el apartado 1 del artículo 2 y en el apartado 1 del artículo 3 de la Dir. 76/207/CEE del Consejo, de 9 febrero 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), si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias, perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada y que tienen su origen en normas promulgadas por las autoridades públicas en materia de incapacidad laboral que asimilan la incapacidad para ejercer una actividad por causa de maternidad a la incapacidad para ejercer una actividad por causa de enfermedad».

Solemos encontrar paralelismos y discordancias entre el ordenamiento de la UE y el español, el cual no parece interpretar exactamente la finalidad de las instrucciones procedentes de la UE. Conviene matizar que el Derecho de la UE en materia antidiscriminatoria es de obligatoria aplicación por parte de los Tribunales de Justicia españoles, sin necesidad de esperar o solicitar su previa derogación por el legislador, y en caso de duda en la acomodación o no de la norma española al derecho de la UE, los Tribunales tienen la posibilidad de elevar al TJUE una cuestión prejudicial, como tendremos ocasión de comprobar seguidamente.

Por otro lado, la jurisprudencia del TJUE sobre las directivas antidiscriminatorias por razón de sexo ha aplicado rotundamente el principio de primacía del Derecho de la UE imponiendo la obligación del juez interno de sustituir la norma interna por la norma comunitaria incumplida. Para corregir una discriminación directa basta con equiparar el tratamiento de las mujeres al otorgado a los hombres; pero la eliminación del ordenamiento interno de un acto que suponga discriminación indirecta (acto con efectos perversos para las mujeres) resulta más complicada si no concurre una norma sustitutiva expresa.

## 2. Cronología jurisprudencial comunitaria

Es de destacar el caso de la señora Napoli<sup>6</sup>, la cual aprobó el concurso-oposición de subcomisario del cuerpo ordinario de la policía penitenciaria,

---

<sup>6</sup> STJUE de 6 de marzo de 2014, Caso Napoli, C-595/12, (2014, 57): Loredana Napoli contra Ministero della Giustizia.

siendo admitida a participar en el curso de formación que le permitía optar al nombramiento definitivo, pero tras el alumbramiento tomó un permiso de maternidad obligatorio durante un periodo de tres meses. La Amministrazione penitenziaria le comunicó que transcurridos los 30 primeros días del permiso de maternidad, sería dada de baja del mencionado curso, y que dejaría de abonársele su retribución (siendo admitida de pleno derecho en el siguiente curso que se celebrara). Ante la impugnación de la resolución de la Sra. Napoli, el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

El TJUE resuelve indicando que el artículo 15 de la Dir. 2006/54/CE del PE 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, por motivos de interés público, da de baja a una mujer en permiso de maternidad de una formación profesional que forma parte esencial de su puesto de trabajo y que es obligatoria para poder optar a un nombramiento definitivo como funcionario, así como para mejorar sus condiciones de trabajo, aunque se le garantice el derecho a participar en la siguiente formación que se organice, cuya fecha es incierta. Y que el artículo 14, apartado 2, de la Dir. 2006/54 no es aplicable a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no reserva una actividad determinada únicamente a los trabajadores de sexo masculino, sino que retrasa el acceso a dicha actividad de las trabajadoras que no hayan podido seguir una formación profesional completa debido a un permiso de maternidad obligatorio.

En el caso Danosa<sup>7</sup> se confirma la tesis interpretativa anterior, y resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Augstākās Tiesas Senāts (República de Letonia), dictada en interpretación del artículo 10 de la Dir. 92/85/CEE del Consejo en un supuesto en el que la normativa nacional autorizaba sin limitaciones el despido o destitución de los miembros del consejo de dirección de las sociedades de capital, en particular con independencia del embarazo de la mujer. En el fallo de dicha sentencia se establece que el artículo 10 de la Dir. 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal, que permite la destitución de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital sin ninguna limitación, cuando la persona interesada tiene la condición de trabajadora embarazada en el sentido de esta Dir. y el acuerdo de destitución

---

<sup>7</sup> STJUE de 11 de noviembre de 2010, Caso Danosa, Asunto C-232/09 (2010, 339): Dita Danosa contra LKB Lizings SIA.

adoptado respecto a ella se basa esencialmente en su embarazo. Aun suponiendo que el miembro afectado de un consejo de dirección no tenga esta condición, no es menos cierto que la destitución de un miembro del consejo de dirección, que desempeña funciones como las descritas en el procedimiento principal, por razón de embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado solo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartados 1 y 7, y 3, apartado 1, letra c), de la Dir. 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, en su versión modificada por la Dir. 2002/73/CE del PE y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.

En 2007<sup>8</sup> el Tribunal de Justicia declara que el objetivo perseguido por las reglas del Derecho comunitario que regulan la igualdad entre hombres y mujeres, en el campo de los derechos de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz, consiste en proteger a las trabajadoras antes y después de dar a luz: debe ser reconocida a la mujer una protección contra el despido no solamente durante el permiso de maternidad, sino también durante todo el embarazo, pues un despido durante esos períodos solo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo.

Precisamente en consideración al riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador comunitario ha previsto, una protección particular para la mujer estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad.

Y no establece ninguna excepción o inaplicación de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido. La protección que esa disposición confiere a estas trabajadoras excluye tanto la adopción de una decisión de despido como los actos preparatorios del despido, como la búsqueda y previsión de un sustituto definitivo de la empleada de que se trate, debido al embarazo o al nacimiento

---

<sup>8</sup> STJCE de 11 de octubre de 2007, Caso Nadine Paquay contra Société d'architectes Hoet + Minne SPRL (2007, 270): sobre prohibición de despido durante el periodo comprendido entre el inicio del embarazo y el término del permiso de maternidad, no pudiéndose adoptar medidas preparatorias de la decisión de despido antes de expirar dicho período; y con independencia del momento en que se notifique esa decisión de despido e incluso si se notifica una vez finalizado el periodo de protección establecido.

de un hijo. El Tribunal considera prohibido notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo durante el periodo de protección, y también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho periodo: una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo es contraria al principio de no discriminación, cualquiera que sea el momento en que se notifique esta decisión de despedir e incluso cuando se notifique una vez finalizado el periodo de protección, por lo que la protección habrá de ser análoga a la brindada a los supuestos de notificación dentro de plazo.

### III. PLASMACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

#### 1. Planteamiento

El TC se adelantó unos años a la consideración como discriminatoria sexista de la extinción basada en el embarazo<sup>9</sup>.

Tanto el TS cuanto el TC han abordado (y resuelto con Votos Particulares) la cuestión atinente a la protección de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba. Ambos han concluido que la extinción del contrato de una trabajadora embarazada por desistimiento empresarial no goza de la protección de nulidad cualificada del artículo 55.5.b) ET, sino que será la propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, siendo necesario, por tanto, aportar un indicio razonable de móvil discriminatorio para apreciar la nulidad del cese, lo que exige que la empresa hubiera tenido conocimiento del embarazo antes de extinguir el contrato. Por otro lado, la misma doctrina jurisprudencial y constitucional sanciona con la nulidad de la conducta la decisión extintiva del empleador que se produzca con vulneración de derechos fundamentales, aun cuando se ampare en la facultad resolutoria del periodo de prueba, de suerte que a estos supuestos han de aplicarse las reglas

---

<sup>9</sup> La STC de 26 de septiembre de 1988 (RTC 1988, 166) resuelve el recurso de amparo contra sentencia de 12/5/1987 del TCT estimando recurso de suplicación promovido por el INSALUD y revocando la dictada el 13/12/1986 por la Mag. Trab. núm. 9 de Madrid, relativa a la resolución del contrato de trabajo de la demandante de amparo, en aplicación del artículo 14.2 del ET, sobre despido de la recurrente, que prestaba sus servicios en sustitución de otra contratada con carácter fijo, al manifestar que debía ser enviada a otra sección distinta de la que trabajaba, a causa de su embarazo; se estima discriminación por razón de sexo y vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley, pues pese a sus facultades resolutorias el INSALUD traspasó indebidamente el ámbito de la legalidad contra el derecho fundamental invocado, produciendo un acto arbitrario en cuanto discriminatorio por razón de sexo.

de distribución de la carga de la prueba en los mismos términos que para el despido nulo.

El legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al periodo de prueba, de modo que en una fase inicial –y precaria– de la relación laboral, como es el periodo de prueba, la interdicción de la discriminación debe ceñirse a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido, que es de configuración legal; por otro lado, una interpretación acorde con la protección del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y a la no discriminación por razón de sexo conduce a ponderar el efecto perverso de la aplicación analógica pretendida, habida cuenta de que la interpretación y aplicación de las normas jurídicas al amparo del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, que informa nuestro Ordenamiento Jurídico con arreglo al artículo 4 LO 3/2007, exige la ponderación del impacto que tal interpretación normativa puede provocar sobre la real consecución de la igualdad material<sup>10</sup>.

## 2. Fundamento constitucional

El TC aborda el tema de trabajadora a la que tras una baja por embarazo y maternidad, se le impide ejercer su derecho preferente de modificación de las condiciones laborales reconocido por convenio, apreciando el TC un trato peyorativo en sus condiciones laborales derivado de su condición de mujer, y matizando que la condición biológica y la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de los derechos profesionales, sin que la maternidad pueda producir ninguna desventaja<sup>11</sup>.

La demandante de amparo, con contrato laboral indefinido, con la categoría profesional de limpiadora, con jornada parcial de 20 horas semanales causa baja laboral por embarazo de riesgo, y la entidad empleadora, contrata con carácter indefinido a otra mujer para prestar el mismo servicio de limpiadora, pero con una jornada laboral de 30 horas semanales. Cuando la actora se reincorporó a su puesto de trabajo y tuvo conocimiento de la existencia del nuevo contrato y de la duración ampliada del mismo, instó de la empresa a la ampliación de su jornada semanal, de 20 a 30 horas, invocando su derecho

---

<sup>10</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., «Sobre la terminación empresarial del contrato durante el periodo de prueba», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2013 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor, 2013, westlaw BIB 2013/2390, p. 9.

<sup>11</sup> STC de 16 de enero de 2017 (RTC 2017, 2).

preferente a ocupar dicho destino y en las mismas condiciones laborales que tenía la nueva trabajadora.

Ante el silencio de la empleadora, presenta demanda ante el JS, cuya resolución reconoce el derecho de la demandante a ver incrementada su jornada semanal de trabajo en 10 horas más. Contra la Sentencia recaída en la instancia, la empresa demandada interpuso recurso de suplicación y la Sala de lo Social del TSJ Andalucía con sede en Sevilla, estimó el recurso interpuesto por Ferroserv Servicios Auxiliares S. A., revocando la sentencia impugnada y absolviendo a la recurrente de las pretensiones deducidas en su contra. En su demanda de amparo, la actora alega vulneración del artículo 14 CE (RCL 1978, 2836), al considerar conculcado gravemente su derecho a no ser discriminada por razón de sexo.

El TC concluye que el embarazo se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

La actuación empresarial denunciada, con independencia de si quedó o no acreditado el elemento intencional o la motivación discriminatoria por parte de la citada entidad, debe ser examinada de forma objetiva, esto es, ha de ser valorada desde la perspectiva de si la decisión empresarial de no haberle reconocido a la actora el derecho preferente que invocaba, una vez que hubo cesado en la situación de baja por IT, le ha perjudicado efectivamente a ésta por su condición de mujer, debido a que, al tiempo de la nueva contratación, estaba aquélla en situación laboral de baja por embarazo de riesgo y posterior maternidad y no había podido ejercitar entonces aquel derecho de preferencia que sí hubiera podido haberlo hecho de haber estado en normal actividad. Además, esta situación de perjuicio o trato peyorativo viene derivada de su condición de mujer, porque la circunstancia de no haber podido ejercitar el derecho preferente de opción se debió en exclusiva al hecho de hallarse en situación de baja laboral por embarazo de riesgo y ulterior maternidad, única situación en la que solo es posible encontrarse una persona si es mujer. La trabajadora habría podido ejercitar aquel derecho convencional de no haberse encontrado su contrato suspendido por la baja laboral motivada por el embarazo de riesgo que le había sido diagnosticado.

Por tanto, el TC declara que la conducta empresarial vulneró el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo. La

actuación empresarial así enjuiciada ocasionó una discriminación directa por razón de sexo resultando la trabajadora perjudicada por su condición de mujer, tras la baja por embarazo y maternidad, al habersele impedido el ejercicio de un derecho preferente de opción a modificar sus condiciones laborales que le reconocía el convenio colectivo aplicable al ramo de su actividad laboral, colocándola en una clara desventaja como mujer trabajadora con el resto de sus compañeros, lo que, en definitiva, contraviene el derecho fundamental reconocido en la CE.

En STC de 3 de octubre de 2016<sup>12</sup>, se analiza el caso de una recurrente la cual denuncia que la decisión de la Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia y las resoluciones que la confirman, al privarle del complemento de destino durante el período en que se encontró en situación de riesgo por embarazo, maternidad y lactancia, pese a haber obtenido dos destinos en la localidad de Bilbao, incurrió en discriminación por razón de sexo, y, en concreto, por maternidad. Aduce que solo se le reconocieron efectos económicos a su nombramiento en esa ciudad, a partir de la fecha en que concluyeron dichas licencias, pudiendo tomar posesión de la única plaza de que disponía en aquel momento, en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Bilbao, sin que hubiera podido llegar a tomar posesión de la anterior, en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de la misma localidad (con idéntico complemento de destino que la anterior), al haberse producido su cese administrativo en ella al día siguiente de la publicación en el *BOE* del concurso en el que se le adjudicó la plaza del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Bilbao, mientras se encontraba en situación de baja por maternidad. El TCO resuelve que la condición biológica y la salud de la mujer trabajadora, ha de ser compatible con la conservación de los derechos profesionales, sin que la maternidad pueda producir ninguna desventaja.

Es de destacar una STC del año 2014<sup>13</sup>, donde la demandante superó el proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, siendo nombrada funcionaria en prácticas, y convocada para la realización del curso teórico-práctico. La demandante solicitó el aplazamiento de su incorporación al referido curso para poder realizarlo con los aprobados de la siguiente convocatoria al darse la circunstancia de que la actora tenía el parto programado. Se acuerda su aplazamiento, conservando las puntuaciones obte-

---

<sup>12</sup> RTC 2016, 162: La demandante de amparo, en su condición de Magistrada titular, inicia permiso riesgo por embarazo, prorrogándolo hasta el día en el que dio a luz, permaneciendo, posteriormente, en situación de permiso por maternidad, lactancia y vacaciones, tras las cuales se reincorpora a su actividad jurisdiccional.

<sup>13</sup> STC de 5 de mayo de 2014 (RTC 2014, 66).

nidas en el concurso-oposición correspondiente a la convocatoria en la que participó la solicitante. Tras superar el correspondiente curso teórico-práctico tiempo después, la demandante fue nombrada funcionaria de carrera del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, tomando posesión del cargo. Pero la actora solicitó a la Dirección General de Justicia de la Comunidad de Madrid el reconocimiento con carácter retroactivo de todos los derechos económicos, de antigüedad y de cualquier otra índole desde la fecha en que tomaron posesión los aspirantes seleccionados en el mismo proceso selectivo en el que ella tomó parte.

Cuando el caso llega al TC, éste señala que a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad.

La conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la CE, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano. En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del artículo 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

Por otro lado, el TC rechaza que el mecanismo de garantía reforzada de las trabajadoras embarazadas en caso de despido previsto en artículo 55.5.b) ET, pueda extenderse al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, razonando que la nulidad de la decisión extintiva en este supuesto exige acreditar indicios de discriminación, lo que no sucede cuando la empresa no conoce siquiera el estado de gestación de la trabajadora<sup>14</sup>. Es aplicable, por tanto, el canon de razonabilidad y motivación reforzada del derecho

---

<sup>14</sup> STC, de 10 octubre de 2013 (RTC 2013, 173).

a la tutela judicial efectiva, por estar en juego también el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo<sup>15</sup>.

Por consiguiente, la extinción del contrato en el periodo de prueba no se puede considerar nula si el empresario no conoce el embarazo de la trabajadora y, asimismo, como ocurría en el caso resuelto por esta sentencia, se había extinguido el contrato de otro trabajador varón por el mismo motivo alegado por la empresa para dar por terminado el contrato de la mujer, es decir, el incumplimiento de los objetivos de venta. Ciertamente, la extinción del contrato en periodo de prueba no puede conllevar la vulneración de derechos fundamentales, pero, para valorar la conducta del empresario en estos casos, se aplicará el mismo criterio de prueba indiciaria que a las demás controversias sobre nulidad del despido por posible lesión de derechos fundamentales.

El TC, en dos famosas sentencias, considera que la redacción actual del artículo 55.5 b) ET (reformado dicho artículo por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), establece una causa objetiva de nulidad del despido de la mujer embarazada, que opera, incluso, aunque el empresario no conociera el embarazo al tiempo de despedirla<sup>16</sup>. Estas dos sentencias entienden que el artículo 14 CE no impone un régimen de nulidad objetiva del despido de la mujer embarazada, pero que, una vez establecido dicho régimen mediante el artículo 55.5 b) ET, atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, interpretar la citada previsión legal de forma restrictiva y entender aplicable la causa de nulidad del despido que establece solo en el caso de que el empresario conociera previamente el embarazo.

En la sentencia de 2008, la demandante de amparo prestaba servicios para la empresa desde hacía 7 años, si bien fue despedida mediante documento escrito en el que se hacía constar la imposibilidad de mantener los servicios de la actora, por el encarecimiento de su nómina y por ser innecesario el puesto de trabajo que servía. En el mismo acto, la empresa reconoció la improcedencia del despido y ofreció a la trabajadora la indemnización legalmente correspondiente (en la fecha del despido, la trabajadora se encontraba embarazada, sin que hubiera constancia de que el empresario tuviera conocimiento de tal

---

<sup>15</sup> Aplicando la doctrina constitucional en materia de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, entiende la Sala que en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora y que, aunque se hubiera afirmado la existencia de indicios, resulta que en la misma fecha de extinción del contrato de la recurrente se extinguió también por el mismo motivo el contrato de otro trabajador, contratado en idénticas condiciones y fechas, dándose en ambos casos la circunstancia de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados en el contrato, lo que excluiría el pretendido móvil discriminatorio de la decisión extintiva.

<sup>16</sup> SSTC, de 18 mayo de 2009 (RTC 2009, 124), y de 21 de julio de 2008 (RTC 2008, 92).

hecho). La trabajadora formuló demanda para impugnar el despido, solicitando la declaración de nulidad de la medida empresarial o, subsidiariamente, su improcedencia. La sentencia de instancia denegó la calificación de nulidad pero declaró la improcedencia del despido, al no constar como hecho probado que la empresa procediera a extinguir el contrato de trabajo por motivo del embarazo, puesto que desconocía esta circunstancia; el recurso de suplicación interpuesto por la demandante fue desestimado.

El TC matiza que resultando inequívoco, conforme a su doctrina, que un despido motivado por el embarazo de la trabajadora, o por la concurrencia de bajas laborales causadas por el embarazo, constituye una discriminación por razón de sexo, la cuestión relativa al conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo ha centrado en buena medida el debate en la vía judicial<sup>17</sup>. La importancia de dicha cuestión viene determinada por el hecho de que, para entender vulnerado por la empresa el derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada. Como hemos señalado en otras ocasiones, al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente del despido será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido: embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación: extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del artículo 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto<sup>18</sup>.

El TC aborda el tema de la prueba del conocimiento empresarial del embarazo<sup>19</sup>, y contempla el caso de una trabajadora que prestaba servicios como trabajadora social para un Ayuntamiento, a través de sucesivos contratos anua-

---

<sup>17</sup> La STSJ País Vasco, de 18 de marzo de 2018 (AS 2008, 1561) llega a la conclusión de que la protección se otorga con independencia de que se pueda demostrar que la razón del cese, aunque no ajustado a derecho, es ajena a la situación de embarazo: carece de trascendencia el desconocimiento empresarial del embarazo, dado que en el caso no cuestionó la empresa la situación de embarazo de la trabajadora en la fecha del despido.

<sup>18</sup> La doctrina constitucional considera necesario el conocimiento por parte de la empresa del estado de embarazo de la trabajadora para apreciar la existencia de un panorama indiciario de la lesión del derecho fundamental, bien porque conste dicho conocimiento en los hechos probados de las resoluciones recurridas, bien porque, aun no constando expresamente, existan otros datos que permitan deducir la probabilidad de la lesión. En efecto, difícilmente puede apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo, ni existan otros datos de los que, pese a la falta de constancia expresa del conocimiento, pueda deducirse la probabilidad de la lesión.

<sup>19</sup> STC de 23 de junio de 2008 (RTC 2008, 74).

les por obra o servicio determinados, unas veces a tiempo completo, otras a tiempo parcial, vinculados a programas públicos anuales en materia de servicios sociales. La trabajadora causa baja por enfermedad, por problemas relacionados con su embarazo, en intervalos hasta que da a luz seguidamente. La corporación municipal notificó a la actora que con fecha 31 de diciembre finalizaría su contrato de trabajo, pero quedó probado que unos días antes dicha corporación había contratado a otra trabajadora para cubrir la plaza de trabajadora social que había venido ocupando la demandante. La recurrente formuló demanda por despido, ante JS de Sevilla, que declaró la nulidad del despido, por discriminatorio, al apreciar que, habiéndose aportado por la actora indicios razonables de discriminación por razón de sexo, la argumentación alegada en contrario por el Ayuntamiento demandado (la de que no podía renovar el contrato de la actora por el hecho de encontrarse ésta de baja e impedida para trabajar) era manifiestamente irrazonable y carente de justificación.

Interpuesto por el Ayuntamiento recurso de suplicación, la Sala de lo Social del TSJ Andalucía, razona que, frente a los indicios aportados por la actora, el Ayuntamiento había justificado suficientemente la causa del cese como ajena a todo móvil discriminatorio, dado que encontrándonos ante una válida contratación temporal para obra o servicio determinados, ello implica que a la finalización de cada contrato la empresa no tiene ninguna obligación de volver a contratar a la trabajadora, máxime cuando no consta que para el año 2004 se hubiera concertado un nuevo programa, produciéndose en definitiva el cese de forma ajustada a la regulación de este tipo de contratos, por lo que revoca la sentencia de instancia. Interpuesto finalmente por la trabajadora recurso de casación para la unificación de doctrina éste fue inadmitido, por falta de contradicción.

El TC otorgó el amparo solicitado y anuló la sentencia de suplicación, pues estima que la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica de la mujer, cualificándose la conducta discriminatoria por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad jurídica ha sido expresamente descartada por la CE, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano.

La protección de la mujer no se limita a su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el periodo posterior al embarazo, sino también a todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado. La singularidad del caso reside en el

hecho de que la relación laboral que vinculaba a las partes en la fecha del despido era de naturaleza temporal; lo que se planteaba en la demanda de amparo era la incidencia que podría tener esta circunstancia en la solución del litigio o, dicho de otra manera, si el embarazo por sí mismo prolongaba la vigencia del contrato temporal. En referencia a la finalización de los contratos temporales, el hecho de que los mismos se extingan en la fecha y en las condiciones que había previsto las partes en el momento de su celebración puede permitir neutralizar el indicio probatorio de la vulneración de derechos fundamentales aportado; sin embargo, ese dato no le parece al TC que sea siempre por sí mismo suficiente para entender que el hecho de que el contrato se extinguiera a la llegada de su término resulte suficiente para neutralizar el indicio probatorio aportado por la trabajadora, sobre todo cuando la contratación temporal reiterada ha sido en fraude de ley.

El TC concluye que debe haber un doble elemento de prueba indiciaria: necesidad por parte de la trabajadora de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental y del empresario de justificar objetiva, razonable y proporcionalmente las causas de su decisión.

El artículo 14 CE (RCL 1978, 2836) no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, pero sí excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias, por lo que puede causar una vulneración del citado artículo la restricción de los derechos asociados con la maternidad o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio, visto que el reconocimiento de esos derechos y sus garantías aparejadas están legalmente contemplados para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo principal la posición laboral de la mujer trabajadora<sup>20</sup>.

La discriminación no comprende solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada<sup>21</sup>. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca; ello sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> STC 233/2007, de 5 de noviembre de 2007 (RTC 2007, 233).

<sup>21</sup> STC, de 12 de febrero de 2007 (RTC 2007, 17).

<sup>22</sup> La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona

Cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello, es preciso que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Solo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (por todas, reproduciendo esa doctrina).

#### IV. LA DOCTRINA JUDICIAL ORDINARIA SOBRE DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO

##### 1. Supuestos extintivos de la relación laboral

La discriminación por maternidad se ha aplicado mayormente en la doctrina judicial ordinaria (al igual que en la comunitaria y al igual que en la constitucional), en supuestos extintivos de la relación laboral, aunque tras la introducción de la prohibición de despido objetivo o disciplinario durante el embarazo y el disfrute de derechos de maternidad y conciliación, el protagonismo de la discriminación por maternidad ha disminuido en ese ámbito dado que, mientras aquella prohibición no exige acreditar el conocimiento empresarial del embarazo, esta discriminación obliga a soportar unos indicios o un principio de prueba dirigidos a demostrar ese conocimiento<sup>23</sup>.

El TS insiste en corregir el inicial criterio, desde la referencial STS de 17 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7167), reproduciendo la doctrina del TC<sup>24</sup> sobre el carácter automático de la declaración de nulidad en el supuesto de que el despido –no justificado– de la trabajadora se produzca estando la misma gestante, aunque el empleador no tenga conocimiento del embarazo (salvo que

---

las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado.

<sup>23</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., pp. 375-376.

<sup>24</sup> En STC 92/2008, de 21 de julio (RTC 2008, 92).

sea procedente, el despido de trabajadora embarazada constituye una discriminación por razón de sexo con independencia del conocimiento por el empresario)<sup>25</sup>.

En palabras del TS, su doctrina puede resumirse en los siguientes términos:

a) La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

b) Para ponderar las exigencias que el artículo 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia, hasta el punto de que, de hecho, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante, junto a la desigualdad retributiva, con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

c) La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía; es más, el ámbito temporal de la garantía, referida a «la fecha de inicio del embarazo», por fuerza excluye aquellos requisitos, pues en aquella fecha, a la que se retrotrae la protección, ni tan siquiera la propia trabajadora podía tener noticia de su embarazo.

d) La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener, legítimamente, preservado del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia (conocimiento empresarial), que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer.

---

<sup>25</sup> STS de 28 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 5657). En el mismo sentido, sobre el despido nulo de trabajadora embarazada, las SSTS de 14 de enero de 2015 (RJ 2015, 747), de 31 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7751), de 18 de abril de 2011 (RJ 2011, 5814), de 6 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2639), de 30 de abril de 2009 (RJ 2009, 3849), de 13 de abril de 2009 (RJ 2009, 2226), de 17 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2203), de 16 de enero de 2009 (RJ 2009, 1615).

e) Todo ello lleva a entender que el precepto es configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.

La tutela antidiscriminatoria se sigue aplicando, en primer lugar, en supuestos extintivos donde no sea materialmente aplicable la prohibición de despido, como en la extinción de contratos temporales, en cuyo caso se puede apreciar discriminación por embarazo, si conocido éste, la empresa no renueva a la trabajadora, aunque sí a otros compañeros en situación laboral semejante, o contrata a otro/a trabajador/a en su puesto de trabajo.

Conviene aclarar que estamos hablando de casos de extinción regular de los contratos temporales, porque si el contrato temporal fuese irregular, la trabajadora sería indefinida y, siendo indefinida, estaríamos ante un despido que se encontraría dentro del ámbito de la prohibición de despido. En este sentido, se considera el contrato temporal fraudulento con la calificación del despido como nulo en aplicación de la prohibición de despido<sup>26</sup>.

Sobre la extinción del contrato de trabajo de mujer embarazada (situación de embarazo no conocida por el empresario) durante el periodo de prueba, el TS unifica doctrina sobre este tema y determina cuales son las consecuencias de la declaración de nulidad de un despido, cuando se trata de supuestos en los que la empleada ha sido contratada temporalmente y el contrato se extingue durante la tramitación del proceso por vencimiento del plazo marcado para su duración, antes de dictarse sentencia firme declarando la nulidad del despido<sup>27</sup>. El núcleo de la contradicción radica en determinar si la declaración de nulidad de un despido, caso de contratados temporales, no impide la extinción del contrato temporal cuando venza el plazo de duración del mismo, extinción que debe declarar el órgano judicial que conoce del asunto cuando se ha cumplido ya el término resolutorio, lo que supondría limitar los efectos de la declaración de nulidad al pago de los salarios de trámite devengados hasta el día en que el contrato se habría extinguido en condiciones normales y el importe de la indemnización correspondiente en los casos que proceda.

---

<sup>26</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid), de 29 de abril de 2009 (AS 2009, 1672); STSJ Madrid, de 13 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 98001); SSTSJ Valencia de 13 de octubre de 2008 (JUR 2009, 26730) y de 26 de septiembre de 2007 (JUR 2008, 86403); SSTSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 27 de febrero de 2013 (AS 2013, 1365), y de 28 de diciembre de 2009 (AS 2010, 914); TSJ Galicia de 27 marzo de 2008 (JUR 2008, 163197).

<sup>27</sup> STS de 28 de abril de 2010 (RJ 2010, 3608).

En la misma se afirma expresamente que «el derecho de la trabajadora a no ser discriminada por su situación ha sido tutelado al declarar la nulidad de su despido por la no superación del periodo de prueba, al no haberse acreditado por la empresa que el cese no tuviese relación alguna con el embarazo de la actora»<sup>28</sup>.

En segundo lugar, la tutela antidiscriminatoria se aplicará también cuando no sea temporalmente aplicable la prohibición por despido. Antes del embarazo esa prohibición no es aplicable, pero sí cuando el despido obedece al sometimiento de la trabajadora a un tratamiento de reproducción asistida<sup>29</sup>. También es nulo el despido disciplinario sin una base real cuando se le notifica a la trabajadora tras haber esta comunicado a la empresa que se va a someter a un tratamiento de fertilidad y solicitar vacaciones para disfrutar de la tranquilidad necesaria<sup>30</sup>.

Y en tercer lugar, la tutela discriminatoria juega, aun cuando material y temporalmente sea aplicable la prohibición de despido, siempre que, además de la nulidad del despido, se pretenda un efecto vinculado a esa tutela, como es la indemnización de daños y perjuicios, acogida judicialmente cuando hay previa apreciación de discriminación por razón de embarazo<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> En relación a esta cuestión, señalar la STSJ Andalucía (Málaga), de 28 de marzo de 2011 (AS 2013, 2190); STSJ Valencia, de 6 de mayo de 2014 (AS 2014, 1569); SSTSJ Madrid, de 22 de noviembre de 2013 (AS 2014, 981), de 2 de noviembre de 2012 (AS 2013, 155), y de 22 de diciembre de 2011 (AS 2012, 154); STSJ Extremadura, de 3 de diciembre de 2012 (AS 2013, 622); y STSJ Cantabria, de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012, 389973).

<sup>29</sup> Entre otras, STS, de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1981); STSJ Cataluña, de 19 de noviembre de 2015 (AS 2015, 2302); y STSJ Madrid de 8 octubre de 2008 (AS 2009, 276). La STSJ Canarias (Tenerife), de 28 de marzo de 2011 (AS 2011, 1584) señala: «Esta Sala entiende pues que lo más seguro es atenerse al informe del facultativo y considerarlo prueba suficiente de la que se desprende razonablemente que la trabajadora estaba en el momento del despido embarazada. Sería posiblemente excesivo exigir a la trabajadora una prueba distinta al informe médico citado. Al margen de que esa prueba fuera o no posible, otra cuestión digna de mencionar es la manifestación del juez a quo respecto que a partir de ese momento se puede constatar con razonable precisión y simplicidad el embarazo, pues es cuando se producen en la mujer los cambios físicos y hormonales asociados al embarazo. Si hay algún tema médico, sin necesidad de ser especialista en la materia, en el que existan tantas singularidades sintomáticas como mujeres embarazadas es éste, por lo que atender a señales externas para determinar la existencia de un embarazo entrañaría mucho riesgo».

<sup>30</sup> STSJ Cataluña, de 14 de abril de 2011 (AS 2011, 1759): «Aun admitiendo como cierto que la trabajadora no había comunicado a la empresa que se sometía a tal tratamiento de fertilidad con anterioridad a la solicitud del informe pericial sobre su rendimiento, no lo es menos que la decisión disciplinaria de la empresa no se manifiesta hasta que, tras comunicar su tratamiento de fertilidad, pide vacaciones a su empresa para disfrutar de una mayor tranquilidad durante el mismo».

<sup>31</sup> Así, en STSJ Madrid, de 24 de marzo de 2015 (AS 2015, 1436); STSJ Andalucía (Málaga), de 19 de abril de 2012 (AS 2013, 1978); STSJ Galicia, de 22 de octubre de 2010 (AS 2010, 2670); STSJ Castilla y León (Burgos), de 7 de septiembre de 2010 (AS 2010, 1830); STSJ País Vasco, de 30 de marzo de 2010 (JUR 2010, 406604); y STSJ Canarias (Tenerife), de 28 de diciembre de 2009 (AS 2010, 914).

En casos de difícil acreditación del daño, el legislador permite una fijación prudencial de la indemnización que atienda a dos finalidades: la primera consiste en asegurar un íntegro resarcimiento de la víctima y se corresponde con la finalidad clásica de toda indemnización derivada de la producción de un perjuicio, que persigue compensar el daño causado; la segunda atiende a prevenir ese daño. Por otro lado y en cuanto al criterio jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha considerado en su STC de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3368) razonable tomar como referencia para cuantificar la indemnización debida el montante de la sanción establecida para la infracción del derecho fundamental en cuestión. La indemnización debe también establecerse teniendo en cuenta que debe servir para prevenir en el futuro actuaciones similares<sup>32</sup>.

## 2. Discriminaciones retributivas

Igualmente, el embarazo de la trabajadora puede ser causa de discriminaciones retributivas. En la STSJ Madrid, de 10 de noviembre de 2008 (AS 2008, 139), relativa a la disminución de retribuciones por no promoción profesional por ausencias justificadas derivadas de situación de embarazo, la parte demandada (El Corte Inglés) demuestra que el trato dispensado a las demandantes en lo relativo a la promoción no encierra discriminación alguna, sino que obedece a otros factores que no guardan relación con un propósito discriminatorio.

En este sentido la sentencia de instancia razona que la empresa ha acreditado que no ha ascendido a las actoras por no cumplir los requisitos que se valoran para la promoción, tales como efectuar jornada completa y no reducida, en horario partido y flexible para encontrarse en su puesto en los momentos de apertura y cierre del establecimiento, prestar servicios en domingos y festivos y no solamente de lunes a viernes, y tener evaluaciones positivas por parte de los superiores inmediatos que posibiliten el pase a los cursos de formación para posibles candidatos. En cambio, las demandantes tienen horario continuado, no trabajan en domingos, no han tenido evaluaciones positivas y una de ellas tiene jornada parcial. Los criterios de promoción profesional utilizados por la demandada consisten en que el trabajador posea capacitación profesional e interés por la labor que constituye el negocio, y que comparta las líneas de la empresa relativas a una determinada atención al público, buena gestión de la mercancía, dedicación exclusiva, flexibilidad en la jornada y valoración de la cantidad y calidad de trabajo.

---

<sup>32</sup> SJS Palma de Mallorca, de 6 de marzo de 2018 (JUR 2018, 162696).

Se aborda el tema de la exclusión del periodo de riesgo durante el embarazo a efectos de promoción profesional a un nivel retributivo superior de trabajadora de Iberia Líneas Aéreas España, SA, con la categoría de tripulante de cabina pasajeros<sup>33</sup>. La demandada alega que no se cumple el requisito de horas voladas exigido por el Convenio Colectivo para promocionar de nivel. Los tribunales sostienen que tanto el convenio colectivo, al excluir implícitamente a la trabajadora con riesgo durante el embarazo o de baja maternal de la posibilidad de acceso al nivel retributivo superior, como la aplicación por la empresa de la rebaja al 50% de la media de horas de vuelo necesarias para tal acceso por la empresa demandada, inciden en discriminación anticonstitucional que afecta a la mujer por el hecho biológico de su embarazo, a diferencia de situaciones excepcionales (excedencia por maternidad o paternidad durante el primer año, accidente laboral o enfermedad profesional, desarrollo de funciones sindicales) en las que hay prevista una regulación específica o acuerdo entre las partes en virtud de la cual no se tiene en cuenta la suspensión del contrato de trabajo como circunstancia limitadora del derecho al ascenso de nivel, pese a que el trabajador afectado no desempeñe actividad laboral, lo que es indiferente para el oportuno cómputo de horas de vuelo.

### 3. Análisis de la cuestión en el empleo temporal

También el embarazo de la trabajadora puede ser causa de discriminaciones en el acceso al empleo temporal, si bien la litigiosidad se concentra en las contrataciones interinas de organismos públicos, considerando discriminatorio excluir a las embarazadas. Así por ejemplo, se admite que el embarazo de la trabajadora no justifica que se la postergue en el acceso al trabajo al que tiene derecho por su posición en la bolsa de trabajo, pudiendo adoptar la empresa las medidas necesarias para evitar los riesgos laborales que se deriven de dicha situación, como está obligada a adoptar con las trabajadoras fijas, pero en ningún caso impedirle el acceso al trabajo<sup>34</sup>; y el caso de una trabajadora seleccionada en el seno de un proceso de selección que incluyó entrevista, quedando comprometida la contratación, pero con carácter previo, al tener conocimiento la empresa de su posible embarazo, le comunicó que la contratación no iba a producirse por los inconvenientes derivados de tal situación;

---

<sup>33</sup> En las SSTSJ Madrid, de 12 de junio de 2013 (JUR 2013, 304923); de 21 de mayo de 2012 (AS 2012, 2266); de 28 de junio de 2010 (AS 2010, 1720); y de 4 de febrero de 2008 (AS 2008, 1205).

<sup>34</sup> STSJ Baleares, de 25 de marzo de 2013 (AS 2013, 1880).

finalmente ante las protestas de la interesada, que había causado baja voluntaria previa en otra empresa, fue contratada, comunicándole a los pocos días la extinción de su relación laboral por no superación del periodo de prueba<sup>35</sup>.

#### 4. El *ius variandi* del empresario y su incumplimiento resolutorio de la relación laboral

De igual manera, el embarazo de la trabajadora puede ser causa de discriminaciones respecto de decisiones empresariales vinculadas al *ius variandi*, como por ejemplo en la movilidad funcional. En este sentido, destacar jurisprudencia relativa al cese en el trabajo en puesto de relevancia (Jefe de Estudios del Centro de Bruselas del Instituto Cervantes) tras baja por IT derivada de riesgo de aborto. El cese en el nuevo puesto se produjo exactamente una semana después de estar hospitalizada por la situación de embarazo, sin que se hubiese producido ninguna de las dos causas legalmente previstas en el acuerdo de nombramiento, a saber, la cobertura definitiva del puesto tras el correspondiente proceso selectivo, o el cumplimiento del límite establecido en el artículo 3.4 de la NR/001 del Manual de Procedimiento de Centros del Instituto demandado –seis meses continuados u ocho alternativos en dos años–, lo que, y a su juicio, constituye una auténtica situación discriminatoria, pues la única y real causa de extinción no es otra que la situación de baja por embarazo de alto riesgo que ha sufrido la trabajadora, por lo que termina suplicando la recurrente que se declare la nulidad del cese y la restitución a la situación anterior<sup>36</sup>.

La discriminación por embarazo se puede calificar como un incumplimiento empresarial resolutorio de la relación laboral. Así por ejemplo, en una STS<sup>37</sup> relativa a la modificación de las condiciones de trabajo tras el embarazo<sup>38</sup>, tras la baja médica de maternidad de la recurrente, se procede a la contratación por el demandado de un nuevo médico, hombre, a los pocos días del

<sup>35</sup> STSJ Castilla-La Mancha, de 27 de diciembre de 2013 (AS 2014, 228); STSJ Cataluña, de 3 de mayo de 2013 (AS 2013, 2003); STSJ Baleares, de 25 de marzo de 2013 (AS 2013, 1880); y STSJ Castilla-La Mancha, de 23 de julio de 2012 (AS 2012, 2884).

<sup>36</sup> STSJ Madrid, de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 330114).

<sup>37</sup> STS de 20 de abril de 2011 (RJ 2011, 3596). Sobre la citada sentencia, señalar el interesante estudio, CARRASCO HERRERO, M.<sup>a</sup> T., «Comentario a la Sentencia de 20 de abril de 2011 (RJ 2011, 3596)», en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 87/2011, Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2011, westlaw BIB 2011/1662.

<sup>38</sup> V. interesante estudio de GONZÁLEZ DE LA TAJADA, I., «Discriminación por razón de sexo al no tener la oportunidad de alcanzar mejoras en contrato de trabajo estando de baja por riesgo en el embarazo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2017 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor, 2017, westlaw, BIB 2017/1125.

embarazo de la recurrente y con la idea preconcebida de que permaneciera no temporalmente en sustitución de la misma sino indefinidamente, quedando probada la falta de justificación por el titular de la clínica que su actuación fuera absolutamente ajena a todo propósito atentatorio del derecho fundamental<sup>39</sup>. También se aprecia discriminación por razón de sexo respecto de la falta de ocupación efectiva, privación de medios laborales y disminución salarial como consecuencia de baja por embarazo y posterior reducción de jornada por lactancia<sup>40</sup>.

Otro ejemplo de incumplimiento empresarial resolutorio, se observa ante la falta de reincorporación de una trabajadora, tras las situaciones de maternidad y excedencia por cuidado de hijo, a su puesto reservado, con degradación de funciones que conlleva minusvaloración de su trabajo, trato peyorativo y limitación en sus aspiraciones y formación profesionales<sup>41</sup>.

Respecto a la discriminación por embarazo en relación con la SS, no ha habido sentencias a destacar desde la famosa STS de 1995, donde se afirmó rotundamente que cualquier regulación jurídica que, bajo un principio de igualdad formal, ampare una situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo respecto del hombre por motivo de la gestación y la maternidad se puede afirmar que constituye una discriminación directa por razón de sexo y la Seguridad Social puede incurrir en ella si niega la protección por maternidad a la trabajadora que, habiendo cesado en el trabajo por causa ajena a su voluntad, se ve privada del subsidio económico que corresponde a su situación por la aplicación indiferenciada de las reglas de acceso a la IT que son comunes a la IT que puede afectar por igual al hombre y a la mujer<sup>42</sup>.

Dentro de la acción protectora de la SS, la situación de riesgo durante el embarazo constituye un hecho de trascendencia jurídica merecedor de la protección en varias disciplinas. El artículo 45.1.e) ET la regula como un supuesto de suspensión de la relación de trabajo con derecho a reserva de puesto de trabajo. Tras la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva

---

<sup>39</sup> Existencia de una conducta que provoca discriminación por razón de sexo, dado que la recurrente vio cómo sus condiciones de trabajo se alteraron por la empresa para la que prestaba servicios como médico especialista en cirugía plástica y reparadora tras su incorporación después de una baja por maternidad, ya que la clínica durante el periodo de baja había contratado a otro especialista para ocupar su lugar hasta que se produjera su reincorporación al trabajo, y no solo no prescindió de sus servicios al volver al trabajo la recurrente, sino que, al parecer, resolvió unilateralmente el contrato de arrendamiento de servicios que les vinculaba. En el mismo sentido, STSJ Canarias (Las Palmas), de 22 de abril de 2010 (AS 2011, 1202).

<sup>40</sup> STSJ Galicia de 23 de octubre de 2009 (AS 2009, 2547); y STSJ Valencia, de 5 de julio de 2007 (AS 2007, 3084).

<sup>41</sup> SSTSJ Madrid, de 11 de mayo de 2016 (JUR 2016, 157868), y de 3 de febrero de 2009 (AS 2009, 1139)

<sup>42</sup> STS de 3 de abril de 1995 (RJ 1995, 2903),

de mujeres y hombres, la protección de riesgo durante el embarazo tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales, y no se exige acreditar periodo de mínimo carencia<sup>43</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO HERRERO, M.<sup>a</sup> T., «Comentario a la Sentencia de 20 de abril de 2011 (RJ 2011, 3596)», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87/2011, Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2011, westlaw BIB 2011/1662.
- GONZÁLEZ DE LA TAJADA, I.: «Discriminación por razón de sexo al no tener la oportunidad de alcanzar mejoras en contrato de trabajo estando de baja por riesgo en el embarazo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2017 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor, 2017, westlaw, BIB 2017/1125.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. A., *El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional*, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor, 2017.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «Sobre la terminación empresarial del contrato durante el periodo de prueba», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2013 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor, 2013, westlaw BIB 2013/2390.

---

<sup>43</sup> En este sentido, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. A., *El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional*, Editorial Aranzadi, S. A. U., Cizur Menor, 2017, pp. 347-352.



# DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD

ALEJANDRA SELMA PENALVA  
Profesora Titular de Universidad  
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. *Definición legal de discriminación por maternidad y críticas al modelo.*— II. *Configuración jurisprudencial de la «discriminación por maternidad».*— III. *Ejemplos en la jurisprudencia más reciente.* 1. Discriminación en la retribución. 2. Ascensos y maternidad. 3. La maternidad y el despido colectivo. 4. Cargas familiares y traslados. 5. Discriminación por maternidad y prevención de riesgos laborales. 6. El «móbbing» por maternidad.—IV. *Cuestiones pendientes de respuesta.*—*Bibliografía.*

## I. DEFINICIÓN LEGAL DE DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD Y CRÍTICAS AL MODELO

Como es sabido, concretando el alcance del artículo 14 CE, nuestro Tribunal Constitucional precisa que la discriminación por razón de género no comprende solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona, sino que también engloba estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan una relación de conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona<sup>1</sup>. Esto es precisamente lo que ocurre con las situaciones de embarazo y maternidad.

---

<sup>1</sup> Recogiendo la doctrina precedente, *cfr.* entre otras, las SSTC 17/2007, de 12 de febrero (RTC 2007, 17) y 233/2007, de 5 de noviembre (RTC 2007, 233).

Tan intensa y tan obvia ha sido la desigualdad que sufren las mujeres a la hora de acceder a un empleo o mantener sin interrupciones su vida activa, que el propio legislador ha tomado medidas al respecto, poniendo en práctica acciones de diverso signo con el fin de favorecer a las personas que, por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral, se han visto obligadas a sacrificar o postergar su carrera profesional<sup>2</sup>.

Con la finalidad de poner fin a esta situación el artículo 3 LOI proclama sin reservas que «el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil». Pero no solo eso. Concretando todavía más las situaciones que, en la práctica, pueden dar lugar a una situación de discriminación por razón de género derivada de la atención de las cargas familiares, el artículo 8 de la LOI contempla la «discriminación por embarazo o maternidad», indicando que «*constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*»<sup>3</sup>. Como se puede apreciar, entre la pluralidad de conductas que, en abstracto, podrían encuadrarse dentro del genérico grupo de la «discriminación por razón de género», el legislador, posiblemente por su frecuencia e importancia social, ha decidido individualizar dos: el embarazo y la maternidad, aunque esto no quiere decir en modo alguno que sean los únicos, sino solo los más habituales.

---

<sup>2</sup> Precisamente esta finalidad es la que cumple el complemento de la pensión de jubilación por cada hijo a partir del segundo que incluyó en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 48/2015 por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. La misma finalidad persigue la prestación contributiva de naturaleza no económica por hijo a cargo que reconoce actualmente nuestro sistema de seguridad social ante las situaciones de excedencia o reducción de jornada por cuidado de hijos. Sobre éstas y otras cuestiones, véase VICENTE PALACIO, M. A., «En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social»; *Lan harremanak: revista de relaciones laborales*, n.º 25, 2011 (ejemplar dedicado a la igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales), pp. 191-229.

<sup>3</sup> Como sostienen nuestros jueces y tribunales «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo» (en este sentido, resulta muy ilustrativa la ya clásica STC 182/2005, de 4 de julio, RTC 2005, 182). En definitiva, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también persigue evitar en el marco del contrato de trabajo las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzar, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado (cfr. SSTC 17/2003, de 30 de enero, RTC 2003, 17; 161/2004 de 4 de octubre, RTC 2004, 161; y 324/2006, de 20 de noviembre).

Precisamente es su gravedad y frecuencia la que lleva al legislador laboral a ofrecer un trato cualificado a los supuestos de discriminación por razón de género que revistan el perfil de discriminación por embarazo o maternidad. Y lo hace por medio de la técnica de las presunciones de discriminación que aparece recogida en los artículos 53.4 y 55.5 ET y en la que tendrán acogida un grupo importante de los supuestos de discriminación por embarazo maternidad (pero, como se analiza y critica con más detenimiento a continuación, no todos los que se pueden presentar en la práctica). En estos casos, la persona afectada solo deberá alegar que se encuentra en la citada situación personal para desplegar la tutela cualificada que el ordenamiento laboral despliega en casos de discriminación (eximiéndola entonces de la dificultad de aportar indicio suficiente o prueba demostrativa de haber sufrido un episodio de discriminación, que sí se exigirá en las demás situaciones<sup>4</sup>).

Pero a pesar del loable propósito que se persigue realizando esta aclaración, esta definición legal adolece todavía de ciertos defectos. Entre otras cuestiones, puede criticarse que el legislador no haya tenido en cuenta los siguientes aspectos:

1.º El legislador configura con ánimo clarificador la discriminación por razón de *embarazo o maternidad* como un subgrupo incluido dentro de los fenómenos de discriminación por razón de sexo, por lo que se deduce que está pensando en que los afectados sean exclusivamente personas de sexo femenino. Con esta visión tan estricta podrían llegar a quedar desprotegidas diversas situaciones fácticas en las que se produzca un supuesto de discriminación por el hecho de hacer frente a cargas familiares que pudieran recaer sobre trabajadores varones (y es que, no se puede olvidar, por ejemplo, que también los varones, en las situaciones tasadas previstas en el RD 295/2009 podrán hacer uso de la suspensión del contrato por maternidad, y que tanto hombres como mujeres pueden solicitar reducciones de jornada o excedencia por cuidado de hijos, e incluso, del permiso retribuido por lactancia de hijo menor de nueve meses). Si esto es así, ¿podría producirse un fenómeno de discriminación por maternidad sobre un trabajador varón solo por el hecho de ejercer activamente sus responsabilidades familiares? Al respecto, parece que resulta pacíficamente admitido que también este tipo de comportamientos deben quedar amparados bajo el concepto genérico de discriminación por maternidad, impidiendo

---

<sup>4</sup> Tal y como indican los artículos 53.4, 55.5 ET y 96 Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social, siendo entonces el empresario el encargado de demostrar que su decisión estaba fundada en motivos objetivos, razonables y lícitos.

de esta manera perjudicar a los hombres que disfrutaban de los permisos y derechos de conciliación reconocidos en la legislación laboral.

En síntesis, a la vista de lo escueto de la definición legal, ésta debe construirse atendiendo al sentido literal de las palabras utilizadas, las reglas de la lógica, el espíritu de la ley, y por supuesto, teniendo siempre presente la interpretación que de estas situaciones realizan nuestros jueces y tribunales a la hora de aplicar el derecho. De esta forma, puede afirmarse que diferenciando las situaciones de «embarazo» y «maternidad», lo que en realidad persigue el legislador es evitar que pasen desapercibidas formas de discriminación que no siempre quedan vinculadas biológicamente al género en sí mismo (como en cambio sí lo está el embarazo), sino a la mayor dedicación que se presume a las mujeres frente a los hombres en la atención de la familia en perjuicio de los quehaceres profesionales, ahora bien, son las reglas de la lógica las que permiten delimitar su alcance y contenido concreto.

2.º Por otra parte, de forma totalmente injustificada, el texto literal del citado artículo 8 LOI, utiliza únicamente la previsión de discriminación directa, cuando sin duda existen múltiples ejemplos de discriminación indirecta por éstos motivos que también tendrían clara acogida dentro del ámbito protector de la LOI (tal y como contempla el artículo 6 de la citada ley).

A estos efectos, resulta interesante destacar que, por lo que a la discriminación por maternidad se refiere, la gran mayoría de situaciones reconocidas por nuestra jurisprudencia más reciente constituyen precisamente, ejemplos de discriminación indirecta. Con ello se está constatando que el mercado de trabajo cada vez está más sensibilizado y mejor preparado para detectar y corregir a tiempo los ejemplos de discriminación directa que, por motivos de embarazo o maternidad pudieran presentarse. En cambio, todavía son muchos y frecuentes los fenómenos de discriminación indirecta por maternidad que es necesario identificar y neutralizar (aunque a veces se presenten encubiertos bajo una falsa apariencia de objetividad y legalidad), acostumbrando a los interlocutores sociales a no tolerar situación alguna en la que pudiera subyacer una sombra de discriminación.

3.º Se ha de admitir que fenómenos de discriminación por maternidad (como en realidad ocurriría con cualquier forma de discriminación), pueden presentarse tanto durante el transcurso de la relación laboral, como en la fase de selección de personal previa a la contratación. Aunque sin duda este tipo de conductas en las que se posterga la contratación de una mujer solo por el hecho de tener cargas familiares constituyen claros ejemplos de discriminación en el acceso al empleo por razón de género, tipificados como infracción muy grave en el artículo 16 LISOS, debe admitirse que, quizá por el desconocimiento de

las interesadas de las medidas de protección que les dispensa el ordenamiento jurídico, o ante la dificultad de prueba a la que se enfrentan, por lo general, dan lugar a conflictos que no suelen llegar ante los tribunales, sino que, como mucho, se limitará a dar lugar a una denuncia ante la Inspección de Trabajo. Por ese motivo no estaría de más que el legislador, en la propia redacción del artículo 8 LOI, especificara claramente, aunque solo fuera con finalidad meramente divulgativa, que este tipo de fenómenos de discriminación pueden producirse no solo durante el desarrollo de la relación laboral, sino también, en el momento del acceso al empleo. Serviría para ayudar a conocer el perfil que pueden revestir en la práctica distintas formas injustificadas de desigualdad, favoreciendo así su identificación (y, en consecuencia, su tutela).

4.º Enlazando con las reflexiones anteriores, otro de los motivos de crítica que se quiere poner de manifiesto desde estas líneas, está relacionado con la similitud e interconexión entre conceptos. Aunque sin duda *embarazo* y *maternidad* en la práctica se presentan de forma íntimamente conectada entre sí, de forma que muchas veces resulta difícil deslindar uno de otro, entre ellos existen diferencias significativas que el legislador podría haber precisado con el fin de facilitar la labor de aplicación del derecho por parte de jueces y tribunales.

Aunque parezca una obviedad, no está de más insistir en que la intención del legislador al utilizar un término doble es la que reflejar distintas situaciones posibles de discriminación que considera preciso resaltar y no la de referenciar una única causa de proyección doble. Y es que hay supuestos de maternidad sin embarazo (por ejemplo, cuando la suspensión del contrato por maternidad la disfruta un varón, en los casos de adopción; o incluso, cuando el embarazo transcurrió antes de iniciar la relación laboral para la empresa en cuestión y por lo tanto, no se puede imputar a la empresa haber cometido ninguna conducta discriminatoria durante ese periodo) y de embarazo sin posterior suspensión del contrato por maternidad (como ocurriría si el embarazo se frustra antes de haberse cumplido 180 días de gestación)<sup>5</sup>. Por este motivo, aunque socialmente se tienda a asimilar ambos conceptos considerándolos parte de un todo único, se debe insistir en que se trata de causas de discriminación autónomas y claramente diferenciadas. Exigir que concurran conjuntamente produciría el efecto negativo de reducir muy significativamente el ámbito protector de

---

<sup>5</sup> Y es que por ejemplo ¿dejaría de ser un supuesto de discriminación por maternidad aquella decisión empresarial que repercute negativamente sobre un trabajador varón solo por haber hecho uso del permiso por maternidad que previamente le haya cedido su pareja?

la LOI, dejando pasar desapercibidas ciertas formas de discriminación en las que la dualidad comentada no se presenta.

5.º También con el fin de delimitar el verdadero alcance de la discriminación por maternidad, y habida cuenta de la redacción literal del precepto antes citada, se plantea la siguiente duda: ¿se infiere que puede producirse en la práctica una discriminación potencial por maternidad? Esto es por ejemplo lo que ocurriría cuando una empresa intenta contratar el menor número posible de personas de sexo femenino presuponiendo que tendrán hijos o que recaerá sobre ellas con mayor frecuencia que sobre los hombres las tareas de atención y cuidado. En un caso de este tipo, sin duda se produce una clara discriminación en el acceso al empleo pero ¿puede hablarse de discriminación por maternidad o simplemente de discriminación por razón de género? En otras palabras, ¿es necesario que exista al menos embarazo para poder hablar de discriminación por embarazo o maternidad en sentido estricto? En contra quizá de lo que a primera vista podría parecer, no se trata éste en modo alguno de un problema meramente teórico, pues delimitar con precisión los distintos perfiles que en la práctica puede revestir la discriminación por maternidad resulta sin duda imprescindible detectar y corregir cuanto antes este tipo de situaciones. Al respecto, parece que por el momento, esta discriminación potencial por maternidad solo dará lugar a un ejemplo de discriminación por razón de género, sin revestir el subtipo cualificado (al menos a efectos de prueba) de la discriminación por maternidad.

6.º Precisamente en torno al problema de la discriminación potencial por maternidad, en los últimos años, vienen planteándose diferentes problemas prácticos en relación con la protección que han de recibir, en caso de despido, las trabajadoras sometidas a un tratamiento de fecundación *in vitro* cuando éste se encuentra en sus fases más avanzadas (esto es, cuando existen embriones que todavía no han sido transferidos al útero de la trabajadora). Y es que técnicamente no existe embarazo (y por lo tanto, la protección cualificada que proclaman los artículos 53.4 y 55.5 ET solo resultará aplicable desde la fecha de comienzo del embarazo) aunque sí probabilidades ciertas de que éste se produzca.

En casos de este tipo, en los que únicamente existe una expectativa cierta de futura maternidad, y a pesar de que en el pasado nuestra jurisprudencia no era uniforme al respecto, actualmente se viene manifestando una tendencia clara a extender la protección frente a la discriminación también a estos supuestos. Eso sí, adviértase que por el momento, dicha protección no proviene de una interpretación extensiva del concepto de discriminación por embarazo

y maternidad (aunque sin duda, se hubiesen podido encontrar argumentos materiales de suficiente fuerza para poder hacerlo), sino de la apreciación de que con este tipo de comportamientos, se está produciendo una manifestación de discriminación por razón de género<sup>6</sup>, y por lo tanto, sin que las trabajadoras que se encuentran en esta situación puedan beneficiarse todavía de la presunción de discriminación en la que sí las colocaría la situación de embarazo (y también otras muchas facetas de la maternidad), lo que, como es sabido, las obligará a aportar indicios suficientes que permitan sospechar que su despido podría estar relacionado con su tratamiento de fertilidad ante lo cual, corresponderá a la empresa demandada aportar justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (96.1 y 181.2 Ley 36/2011).

## II. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA «DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD»

Aunque muchas veces de fronteras difusas, parece que el concepto de discriminación por maternidad presenta todavía perfiles más amplios si cabe que el concepto de discriminación por embarazo. Como se ha adelantado, el concepto legal de discriminación por maternidad adolece de un margen de indeterminación que sería aconsejable revisar. Y es que, aunque en términos generales, nadie discute qué ha de entenderse por embarazo ni por maternidad, la realidad social presenta sin duda facetas tan diversas que una mayor precisión y claridad en la configuración de esta causa de discriminación mejoraría la eficacia de sus previsiones. Es precisamente este margen de indeterminación el que obliga, a la hora de definir este concepto, a recurrir a la interpretación a la hora de precisar su alcance y contenido. La respuesta jurisprudencial se convierte entonces en un elemento imprescindible para llevar a cabo una correcta configuración de esta causa de discriminación.

Así pues, la práctica jurisprudencial más reciente viene entendiendo que se ha producido un episodio de discriminación por maternidad en toda decisión empresarial adoptada en perjuicio de una mujer trabajadora que se encuentre además incluida en uno de los siguientes tres grupos:

---

<sup>6</sup> En este sentido, véanse la STJUE de 26 de febrero de 2008 (asunto C-506/06) y la muy reciente STS n.º 286/2017, Sala 4.ª, de 4 de abril de 2017.

Primero. Haber hecho uso en algún momento durante la vida de su relación laboral, del derecho a suspender el contrato de trabajo por circunstancias relacionadas con el hecho biológico del embarazo o el parto. En este grupo quedarían comprendidas aquellas medidas que por su propia naturaleza son exclusivamente femeninas (IT derivada de embarazo o suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o la lactancia<sup>7</sup>), y también aquellas que actualmente quedan configuradas como principalmente femeninas (como lo es, por el momento, la prestación por maternidad)<sup>8</sup>. Este tipo de fenómenos, junto con los restantes episodios de discriminación de la mujer embarazada, se analizan en el apartado correspondiente a la «discriminación por embarazo» en el capítulo anterior de esta obra colectiva.

Segundo. Haber disfrutado, en cualquier momento durante la vigencia de su relación laboral, de una de las medidas de suspensión del contrato o reducción de la jornada de trabajo por motivos familiares previstas en la legislación laboral. Dentro de este grupo quedarían también comprendidas aquellas situaciones en las que se perjudique a un sujeto que haya hecho uso de uno de los permisos retribuidos reconocidos en la legislación vigente por motivos de conciliación de la vida personal y laboral de las personas trabajadoras.

Debe advertirse al respecto que aunque las situaciones de excedencia o reducción de jornada de trabajo por cuidado de hijos o familiares, así como el

---

<sup>7</sup> No se puede negar que el embarazo, como hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. A estos efectos, nuestra jurisprudencia proclama sin reservas que se ha de garantizar que «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales...» (cfr. SAN (Sala de lo Social) de 13 de noviembre de 2013, AS/2013/3023).

<sup>8</sup> Al respecto, debe tenerse en cuenta la interpretación ampliamente garantista que se aprecia en las conclusiones de la Abogada General del TJUE (plasmadas finalmente en la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16). En ellas, contestando la cuestión de prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Mataró (Barcelona), en torno a un despido colectivo efectuado por la entidad bancaria Bankia, se plasma la intención de aplicar una tutela reforzada para las mujeres embarazadas en todas las vicisitudes que pueda atravesar su relación laboral, incluido el despido colectivo, con el fin de lograr una interpretación más acorde con la finalidad que se desprende de la normativa europea en materia de igualdad de género y prohibición de discriminación, lo que exige realizar una lectura extensiva del tenor literal del artículo 53 ET. Y es que, si bien tradicionalmente se consideraba que las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción debidamente justificadas hacían quebrar la presunción de nulidad del despido de una trabajadora embarazada plasmada en el artículo 53 ET, a juicio de la citada Abogada General, en casos de embarazo, el despido debe considerarse una medida residual que solo se ha de adoptar en «casos excepcionales». Entiende la citada Abogada General que dicho condicionamiento, al tratarse de un despido colectivo, solo se cumplirá cuando, atendiendo a las circunstancias concretas que concurran en cada caso, se aprecie que, razonablemente, no se puede llevar a cabo una recolocación de la trabajadora en cuestión en un puesto de trabajo no afectado por la reestructuración. Garantía de permanencia que concurrirá por deseo expreso del legislador comunitario, y por tanto sin necesidad que en los acuerdos adoptados previamente con los interlocutores sociales durante el periodo de consultas tendentes a concretar los criterios de selección de los trabajadores afectados se haya hecho referencia expresa a las trabajadoras embarazadas.

permiso retribuido por lactancia de hijo (natural o artificial) se reconozcan indistintamente tanto a hombres como a mujeres (y por tanto, también en principio, los trabajadores varones podrían quedar amparados por esta concreta faceta de la prohibición de discriminación por maternidad<sup>9</sup>), la práctica permite comprobar que, todavía en pleno siglo XXI, y a pesar de las diferentes técnicas puestas en práctica para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, se trata de medidas de conciliación ejercidas de forma prácticamente exclusiva por personas de sexo femenino<sup>10</sup>. De tal forma, las decisiones empresariales que directa o indirectamente repercutan en perjuicio de aquellos trabajadores de la empresa que hayan disfrutado de este tipo de derechos, en la gran mayoría de los casos estarán perjudicando los intereses de trabajadoras mujeres.

Tercero. Junto a las situaciones expuestas, destaca un último grupo de configuración más amplia que los anteriores. En él, quedarían encuadradas, como formas indirectas de discriminación por maternidad, las decisiones empresariales aparentemente neutras pero que, en concreto, resulten especialmente gravosas para los trabajadores que tengan cargas familiares, solo por el hecho de tenerlas, independientemente de que éstos hayan hecho uso o no de uno de los derechos que la legislación laboral reconoce en materia de conciliación de la vida familiar y laboral.

Entienden nuestros jueces y tribunales que el hecho de asumir responsabilidades familiares dificulta en gran medida que los trabajadores que las soportan puedan adaptarse a ciertos cambios sobrevenidos en las condiciones laborales impuestos por indicación de la empresa (como podría ser por ejemplo el paso de jornada continua a jornada parcial o cualquier decisión de movilidad geográfica adoptada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). Y es que cuando este tipo de decisiones empresariales recaen sobre empleados con compromisos familiares, en realidad están comprometiendo la continuidad de la relación laboral, forzando muchas veces la dimisión del trabajador afectado. De esta forma, se considerarán discriminatorias y por tanto nulas, las decisiones empresariales de esta índole cuando, atendiendo al contexto, se deduzca que, aunque basadas en criterios aparentemente obje-

---

<sup>9</sup> Como reconoce la STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) n.º 10/2017 de 10 de enero (RJ 2017/38).

<sup>10</sup> Como entiende también la anteriormente citada STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) n.º 10/2017 de 10 de enero (RJ 2017/38) «resulta un hecho indiscutiblemente notorio el que en nuestro país sigue siendo absolutamente mayoritario el uso de estos permisos por parte de las mujeres, lo que nos llevaría a sostener que, aun si se afirmara la neutralidad de la medida, en todo caso, la discriminación femenina se produciría por vía indirecta, por ser las mujeres las perjudicadas en un número mucho mayor que los hombres».

tivos, en realidad, están directamente encaminadas a relegar, invisibilizar, o incluso, forzar el abandono voluntario de su puesto de trabajo de determinados sujetos<sup>11</sup>.

En otras palabras, dentro de este tercer grupo, quedarían comprendidas todas aquellas situaciones en las que la decisión empresarial afecte negativamente con especial fuerza a personas con cargas familiares, solo por el hecho de tenerlas (situación que en la práctica, y pese a los nuevos movimientos sociales en favor de la corresponsabilidad en la atención de hijos y familiares, todavía sigue recayendo principalmente sobre personas de sexo femenino)<sup>12</sup>.

Aunque muchas veces se pase por alto esta circunstancia, también dentro de este tercer grupo encontrarían acogida las negativas injustificadas ante ciertas peticiones de los trabajadores relacionadas con la adaptación del horario, la jornada, el tiempo de presencia física, o el turno de trabajo, que no estén contemplados como derechos laborales en materia de conciliación de la vida familiar y laboral (como sí lo están por ejemplo, las excedencias, reducción de jornada o la hora por lactancia)<sup>13</sup>. Y es que recuérdese que el derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo para conciliar en trabajo con

---

<sup>11</sup> Precisamente al respecto, resulta interesante resaltar que por el momento, los casos en los que nuestros jueces y tribunales aprecian que se ha producido discriminación por maternidad por causas comprendidas dentro de este tercer grupo de situaciones (pese a la amplitud de sus contornos), también recaen de forma prácticamente exclusiva sobre trabajadores de sexo femenino, confirmando así que en la práctica, todavía son las mujeres las que de forma mayoritaria hacen prevalecer sus compromisos personales sobre los profesionales.

<sup>12</sup> De hecho, cuando jueces y tribunales reconocen hoy esta forma de discriminación, lo es todavía de forma prácticamente exclusiva sobre trabajadores mujeres. Precisamente en este sentido, la STSJ de Extremadura (Cáceres), Sala de lo Social, de 20 de junio de 2011 (sentencia n.º 287/2011) pone de manifiesto que no solo con la LO 3/2007, sino ya con la Ley 39/1999, se trata de evitar, «tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que éste incida de forma negativa en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad», habida cuenta de que «ha existido tradicionalmente, producto de pautas culturales, hábitos, inercias y estereotipos, una asignación desigual de responsabilidades y roles sociales entre mujeres y hombres», que en la práctica, todavía provocan que «las responsabilidades familiares y la condición de víctimas de género sean factores de discriminación o trato desigual en el trabajo».

<sup>13</sup> Así por ejemplo, la STC 26/2011 de 14 de marzo (a pesar de que el artículo 36.3 ET al regular el trabajo a turnos no establece preferencia alguna de los trabajadores con cargas familiares para desempeñar con carácter fijo el turno de trabajo que mejor les convenga), declara la existencia de discriminación por cargas familiares al no permitir a un trabajador (varón en este caso) adscribirse voluntariamente al turno de noche con el fin de no perjudicar la atención de sus cargas familiares, cuando no existía motivo objetivo para denegar su petición. También resulta muy ilustrativa la STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5.ª), de 11 de noviembre de 2014 (n.º de recurso 180/2014), en la que se declara el derecho a la reincorporación de una trabajadora, después de haber disfrutado una excedencia voluntaria por motivos personales, en vacante de igual o similar categoría, también a jornada completa y por tiempo indefinido. Entiende el juzgador que las vacantes que la empresa le había ofrecido (temporales o a tiempo parcial con horario alterno entre mañanas y tardes hasta las 22.30 h.) no solo no garantizan una reincorporación a un puesto de trabajo equivalente, sino que además hacen muy difícil la conciliación de la vida laboral y familiar de la trabajadora en cuestión.

la vida familiar y personal, está condicionado a lo que al efecto se establezca en la negociación colectiva o en acuerdo entre la empresa y los trabajadores, de modo que no se trata de un derecho perfecto, sino condicionado a su desarrollo convencional o al pacto de empresa o individual<sup>14</sup>.

Y es que las cargas familiares constituyen «una circunstancia personal o social» que caracteriza a un trabajador en concreto y, por lo tanto, también es susceptible de generar la protección cualificada de los derechos fundamentales de los trabajadores en los términos previstos en el artículo 14 CE y en el 17 ET. Eso sí, debe tenerse en cuenta que, en estos casos, ante la ausencia de una presunción legal que proteja expresa e individualizadamente este tipo de supuestos (como en cambio, sí ocurriría con el periodo de embarazo, excedencia o reducción de jornada, por ejemplo), la persona afectada se deberá encargar de aportar indicios suficientes que fundamenten la discriminación que alega (como ocurre en realidad con cualquier otra causa de discriminación sobre la que no se haya establecido una presunción legal y que no siempre es una tarea sencilla), siendo entonces la empresa la encargada de demostrar que la decisión adoptada estaba verdaderamente basada en motivos objetivos, razonables y lícitos (art. 96.1 Ley 36/2011).

Debe resaltarse que aunque por el momento sean escasas las decisiones judiciales en las que se reconoce «discriminación por maternidad» solo por el hecho de que el trabajador afectado tuviera cargas familiares, se aprecia una frecuencia creciente, pues cada año es más elevado el número de sentencias en las que se utilizan estos argumentos para reconocer que se ha producido un fenómeno de «discriminación por maternidad»<sup>15</sup>. Se demuestra así que con el paso del tiempo, y aunque el proceso sea lento, se está aprendiendo a identificar otros indicios de discriminación, esta vez más ambiguos y sutiles, que recaen en exclusiva sobre personas con cargas familiares y que anteriormente pasaban desapercibidos.

Resulta interesante poner de manifiesto que, sea cual sea la causa de discriminación que se alegue y la conducta concreta en la que se haya materializado, siempre que se considere probada constituirá por sí sola un ejemplo de grave incumplimiento de las obligaciones del empresario, suficiente, por tanto, si el trabajador lo desea, para dar lugar a la aplicación de la extinción indem-

---

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ DíEZ, A., «Elección de turno de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral (STC 26/2011 de 14 de marzo)», *Asesoría & Empresa*, Thomson Reuters, p. 1 del soporte electrónico.

<sup>15</sup> Una de las más significativas sentencias que a lo largo de los años han abordado esta causa de discriminación es la ya clásica STC 182/2005 que comenta GARCÍA PIÑERO, N., «La discriminación por razón de sexo conectada a las situaciones de embarazo o maternidad: vulneración del derecho a la promoción profesional y económica (comentario a la STC 182/2005 de 4 de julio)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 129, 2006, pp. 161-178.

nizada que permite el artículo 50 ET. Ahora bien, debe insistirse en que esta causa de extinción del contrato de trabajo procede solo a instancia de parte y siempre y cuando el incumplimiento empresarial esté previamente reconocido por sentencia o por acta de la Inspección de Trabajo, por lo que en la práctica se convierte bien en una petición subsidiaria de un proceso encaminado a demostrar la discriminación sufrida, bien en objeto de un segundo proceso. Así pues, a estos efectos, las reglas de la lógica obligan a entender que la extinción indemnizada solo operará en los casos excepcionales en los que, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, se entienda que, aunque se produzca reparación de la conducta discriminatoria, la reincorporación a la empresa del trabajador afectado lo colocaría en una situación insostenible.

### III. EJEMPLOS EN LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE

Un análisis detallado de nuestra jurisprudencia más reciente, permite constatar que los supuestos más habituales de discriminación por maternidad que se constatan en la práctica son los siguientes:

#### 1. **Discriminación en la retribución**

En los últimos años, se vienen considerando formas de discriminación indirecta por maternidad aquellas prácticas empresariales consistentes en eliminar los pluses variables, percibidos en concepto de incentivos por rendimiento, productividad o guardias cuando la trabajadora en cuestión atraviesa determinada situación personal relacionada con el embarazo o la maternidad.

Esto es por ejemplo lo que ocurre cuando se ha producido un cambio de puesto o de condiciones de trabajo con el fin de evitar los riesgos profesionales vinculados al embarazo o la lactancia y el nuevo puesto de trabajo no incluye los complementos y pluses vinculados al anterior. Así, nuestros jueces y tribunales han empezado a estimar que, si el cambio de puesto de trabajo (al perderse los pluses salariales vinculados a las condiciones de trabajo del anterior) derivado de riesgo en el embarazo o la lactancia, conduce a abonar a la trabajadora un salario inferior a la cuantía de la prestación que hubiese recibido de declararse la suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o la lactancia al no encontrarse un puesto equivalente (recordemos que estas prestaciones ascienden al 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja médica) se le está produciendo un perjuicio económico, claramente incompatible con la

protección íntegra de sus derechos laborales durante la situación de maternidad a la que obliga no solo la Directiva europea 92/85, sino también, la LOI <sup>16</sup>.

En similares términos, y siguiendo la misma línea interpretativa, también se aprecia discriminación cuando, tras la reincorporación de la trabajadora después de agotar la baja maternal (haya estado ésta precedida o no de un periodo de suspensión de su actividad laboral por motivos relacionados con el embarazo), se eliminan los pluses variables vinculados a la productividad que estuviesen reconocidos. Aunque en este tipo de casos, las empresas aleguen que durante los periodos de baja laboral, no se ha realizado actividad profesional alguna, y por lo tanto, no existe productividad acreditada que abonar tras su reincorporación, nuestros jueces y tribunales vienen estimando que, con esta práctica, se produce un resultado peyorativo que incide exclusivamente sobre personas de sexo femenino por motivos relacionados con el embarazo o la maternidad y por lo tanto, coloca a la mujer en peores condiciones que a los hombres, que no ven perjudicadas sus expectativas retributivas por motivo del nacimiento de un hijo <sup>17</sup>. De esta manera, la práctica jurisprudencial más reciente aprecia que, para evitar el resultado lesivo tras la reincorporación de la trabajadora, la empresa tendrá que seguir abonando en concepto de estos pluses variables, *la retribución media que viniera percibiendo la trabajadora antes de producirse la suspensión del contrato por embarazo o maternidad*, sin necesidad de esperar que transcurra de nuevo el tiempo necesario de prestación de servicios para volver a generar los citados complementos económicos <sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Esto es precisamente lo que ocurre ante la indicación a los profesionales sanitarios de no realizar guardias de atención continuada a partir de la semana 26 de gestación. Y es que en estas ocasiones, el cambio de condiciones de trabajo implicaría una gran minoración retributiva para la mujer. A esta conclusión se llega en el caso que estudia la STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) n.º 43/2017, de 24 enero (JUR/2017/47494), resolviendo el tribunal que, con el fin de no dar lugar a una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por sexo, procede mantener a todos los efectos el derecho a percibir la retribución *media* de las guardias no realizadas por tal causa durante el periodo de cambio de puesto de trabajo.

<sup>17</sup> Sobre esta cuestión, véase la sentencia que comenta SÁEZ LARA, C., «Garantía de indemnidad profesional y económica por razón de embarazo y maternidad», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 31-32, 2017, pp. 81 y ss.

<sup>18</sup> Así, la STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) n.º 10/2017, de 10 de enero (RJ/2017/38) estima probada la existencia de discriminación por razón de sexo al constatarse una práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal, así como la baja por riesgo de embarazo (a pesar de ser obligatorias ambas bajas con el fin de salvaguardar la salud de la madre), a los efectos de cómputo de días productivos para tener derecho a las retribuciones variables de incentivos en el momento de la reincorporación. En este caso, se considera acreditado que las trabajadoras que pasan a la situación de baja por maternidad o riesgo durante el embarazo ven alteradas sus retribuciones en el momento de su reincorporación, pues no perciben incentivos hasta que no vuelven a transcurrir los periodos necesarios para su devengo, computados solo desde la fecha de dicha reincorporación. Ni siquiera consta que se tenga en cuenta al efecto la situación que quedó fijada en el momento en que iniciaron la baja, de suerte que cabría decir que a dichas trabajadoras se las considera como ausentes hasta la fecha de su reincorporación. Se

Precisamente sobre esta última cuestión no está de más señalar que las sentencias recaídas hasta ahora están vinculadas únicamente a la suspensión del contrato de trabajo por motivos relacionados con el embarazo (IT derivada de problemas en el embarazo o riesgo en el embarazo o la lactancia) o con ocasión de la baja maternal. Sin embargo, existen también otras situaciones de suspensión del contrato tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral (como lo es la excedencia por cuidado de hijos o familiares) sobre las que por el momento no existe un pronunciamiento expreso. ¿Esto quiere decir que en caso de reincorporación tras una excedencia no procede mantener también las mismas condiciones económicas que la trabajadora tuviera antes de interrumpir su prestación de servicios? Parece que este tipo de situaciones también quedarían amparadas por la prohibición de discriminar por motivos relacionados con el embarazo o la maternidad (que, como hemos visto, abarca no solo el periodo de baja maternal sino también los periodos de disfrute de cualquiera de los derechos reconocidos en la legislación laboral con el fin de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar), pues en unos y otros, podría emitirse el mismo razonamiento. Ahora bien, por motivos de claridad interpretativa sería oportuno contar con algún antecedente jurisprudencial al respecto que tomar como modelo a la hora de sustentar las peticiones de las trabajadoras afectadas, facilitando así la reclamación judicial de sus derechos económicos.

## 2. Ascensos y maternidad

Es ya un hecho comúnmente aceptado que se produce un claro ejemplo de discriminación por razón de maternidad cuando no se convoca a la realización de cursos de formación profesional organizados por la propia empresa a las personas que se encuentran en situación de suspensión de su contrato de trabajo por motivos relacionados con la maternidad. Y es que el propio legislador advierte expresamente que, durante las situaciones de excedencia por cuidado de hijos o familiares, los trabajadores tienen derecho a asistir a los cursos de formación convocados por la empresa (46.3 ET), muchas veces imprescindibles para optar a un ascenso. De tal forma, las reglas de la buena fe, con el fin de no perjudicar la igualdad de género en la promoción profesional,

---

aprecia que tal consecuencia implica una discriminación directa y es contraria al derecho al mantenimiento y preservación de sus condiciones de trabajo y penaliza el ejercicio del derecho a la protección por maternidad, limitando, por tanto, la plenitud del mismo.

obligarían a facilitar, en la medida de lo posible, la realización de los citados cursos en un momento temporal posterior cuando éstos resulten imprescindibles para optar al ascenso, con el fin de no perjudicar a las trabajadoras que en el momento de su celebración se encontraban en situación de IT derivada de embarazo, suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o en la lactancia natural, o coincidió con su baja maternal<sup>19</sup>.

La misma discriminación por razón de maternidad se producirá en los casos en los que la empresa haya establecido un sistema objetivo de ascenso basado en la realización de una prueba selectiva (pues claramente estos problemas no se contemplan en las empresas en las que rige un sistema de libre designación en las promociones profesionales), excluyendo de la posibilidad de concurrir al examen, y con ello, de optar al ascenso a las personas que se encuentren en situación de baja derivada de embarazo, permiso por maternidad o incluso, en excedencia por cuidado de hijos, pues tal medida resultaría contraria al espíritu protector que inspira la LOI. Y es que si el ascenso de nivel o el ejercicio de puestos de dirección se reserva para los trabajadores que superen determinados ejercicios evaluables u obtengan mejor puntuación en un concurso de méritos, el disfrute de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar no puede obstaculizar la participación del trabajador el correspondiente proceso selectivo. En caso contrario se habrá incurrido en un ejemplo claro de discriminación por maternidad prohibido por nuestro ordenamiento jurídico<sup>20</sup>.

Ahora bien, en la práctica, por lo que a la promoción profesional se refiere, el problema que con más frecuencia se presenta ante nuestros jueces y tribunales es el relacionado con un fenómeno de discriminación indirecta por razón de maternidad. Y es que en muchas ocasiones, bien por decisión unilateral del empresario, bien por previo acuerdo de voluntades plasmado en el texto de un convenio colectivo, sin necesidad de concurrir a proceso selectivo alguno, directamente se reservan los ascensos de categoría para los trabajadores

---

<sup>19</sup> Pese a todo, se trata de una cuestión que por el momento omiten los convenios colectivos de nuestro país, dejándola en la mayoría de los casos a la libre decisión de la empresa. En este sentido, no se puede negar que en la práctica, el criterio de la formación, incluso aunque se trate de cursillos formativos organizados por la propia empresa, puede jugar en contra de una real y efectiva igualdad de género. Éstas y otras cuestiones de ponen de manifiesto en el capítulo duodécimo, dedicado al análisis de los planes de igualdad de la obra colectiva, «*El principio de igualdad en la negociación colectiva*», SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2016, pp. 138 y ss.

<sup>20</sup> Así por ejemplo, lo pone de manifiesto la Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo n.º 1 de Granada, de 23 de abril de 2001, en la que se aprecia discriminación por razón de sexo al no incluir a candidata en situación de baja por maternidad, en el proceso de selección para cubrir un puesto de trabajo para el que está altamente cualificada.

que acrediten más días de trabajo efectivo en el momento de generarse la vacante. Y es entonces cuando, a la hora de concretar la antigüedad de los trabajadores, ciertas empresas venían descontando los periodos en los que el trabajador se encontraba en situación de IT, baja maternal, paternidad, permiso retribuido por lactancia acumulada, suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o la lactancia, etc., al ser días en los que se no se realizó una efectiva prestación de servicios.

Esta medida, como se puede apreciar, y aparentemente utilizando un criterio objetivo para concretar las reglas de ascenso en la empresa como son los días efectivamente trabajados, produce un resultado especialmente gravoso para un sexo y no para el otro (unas veces por condiciones biológicas inherentes al sexo femenino y otras por cuestiones de frecuencia social innegable). Y es que esta situación se traduce en la práctica en que las trabajadoras que se hayan encontrado con una situación IT derivada de embarazo, suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o lactancia, baja maternal, disfrute acumulado del permiso retribuido por lactancia, o incluso, de una excedencia por cuidado de hijos, van a encontrar muchas más dificultades para optar al ascenso que sus compañeros varones para los que el nacimiento de un hijo no implica la necesidad de paralización de sus obligaciones profesionales<sup>21</sup>.

Otras veces, el hecho de elegir la antigüedad como criterio de objetivación de los ascensos puede provocar discriminación por razón de género desde otro punto de vista (esta vez no relacionado con el hecho en sí de la maternidad ni con el disfrute de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral previstas en nuestro ordenamiento jurídico): es lo que ocurre con empresas que tradicionalmente presentaban una mayoría de trabajadores varones y en las que la incorporación de personas de sexo femenino se realizó posteriormente con el fin de favorecer una composición equilibrada de la plantilla gracias a la puesta en práctica de medidas de acción positivas previstas en el plan de igualdad aprobado en la empresa a raíz de la entrada en vigor de la LOI<sup>22</sup>. Y es que

---

<sup>21</sup> En este sentido, véanse entre otras, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 28 junio de 2010 (AS/2010/1720), de 22 julio de 2011 (JUR/2011/307788), de 21 mayo de 2012 (AS/2012/2266) y de 12 junio de 2013 (JUR/2013/304923), en las que claramente se constata, en relación con la empresa Iberia que se produce discriminación por razón de sexo al haberse excluido del cómputo de la prestación de servicios los periodos de bajas por riesgo de embarazo y maternidad a efectos de organizar la promoción profesional en la empresa. A similar conclusión llega la SAN (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 13 noviembre de 2013 (AS/2013/3023), declarando nula la cláusula del Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes que vinculaba la preferencia en la promoción profesional a los días efectivos de trabajo, perjudicando así indirectamente a las trabajadoras de sexo femenino que se habían visto obligadas a interrumpir su prestación laboral de servicios por motivos relacionados con la maternidad.

<sup>22</sup> Este es el caso que analiza la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 16 diciembre (AS/2014/218) en la que claramente se constata que se ha producido un episodio de discriminación por

en contextos como el expuesto, siempre serán los varones los que acrediten mayor antigüedad en la empresa, y por lo tanto, los que acumulen el desempeño de puestos de trabajo de superior categoría y de cargos directivos, obviando así las indicaciones de paridad de la LOI.

Similares consideraciones pueden realizarse no ya en torno del ascenso de categoría sino a la hora de acceder a una mejora de las condiciones de trabajo. De esta forma, con el fin de evitar dar lugar a una clara situación de discriminación por maternidad, también las mujeres en situación de IT relacionada con el embarazo, suspensión del contrato por riesgo en el embarazo la lactancia, baja maternal, disfrute acumulado de la hora por lactancia o excedencia por cuidado de hijos, que hasta ese momento ocupasen un puesto de trabajo a tiempo parcial, deben ser informadas de las vacantes de puestos de trabajo a jornada completa que pudieran surgir en su empresa si convencionalmente se hubiese atribuido preferencia al personal a tiempo parcial de la empresa a la hora de acceder a este tipo de puestos como forma de facilitarles la mejora de sus condiciones de trabajo<sup>23</sup>. Y es que entienden ahora nuestros jueces y tribunales que, aunque la situación personal en la que se encuentra la trabajadora en cuestión impida su incorporación inmediata al nuevo puesto de trabajo nunca será justificación razonable para su postergación.

### 3. La maternidad y el despido colectivo

Otras veces es también una mala interpretación del concepto de «antigüedad» el que lleva a apreciar indicios de discriminación por razón de maternidad, aunque esta vez vinculados a la extinción del contrato de trabajo: siguiendo razonamientos muy similares a los expuestos, nuestra jurisprudencia más reciente, a la hora de valorar la adecuación a derecho de un proceso de despido colectivo seguido en una empresa por razones económicas, técnicas, organiza-

---

razón de sexo, cuando el sistema de acceso a la promoción profesional implantado en la empresa, se basa, sin justificación, en la antigüedad como factor preponderante, lo que perjudica claramente a las mujeres dada su tardía incorporación a la empresa.

<sup>23</sup> A esta conclusión llega la muy importante STC 2/2017 de 16 de enero de 2017 (BOE 23 de febrero de 2017) respecto a una limpiadora que, encontrándose en situación primero de IT relacionada con su embarazo y después de baja maternal, no fue informada de la existencia de una vacante para ocupar un puesto de trabajo de su misma categoría profesional pero con una jornada laboral más amplia por entender la empresa que, durante su baja, no estaba en condiciones de desarrollar las tareas propias del puesto de trabajo que se había creado. Al respecto, véase el comentario que realiza SERRANO GARCÍA, J. M., «La situación de discriminación directa de la mujer en situación de maternidad por incumplimiento de cláusulas convencionales de reconocimiento de derechos. Comentario a la STC 2/2017 de 16 de enero»; *Revista de Derecho Social*, n.º 78, 2017, pp. 149 y ss.

tivas o de producción, declara la nulidad de los criterios de selección de trabajadores alcanzados durante el periodo de consultas (y con ello, a los despidos efectuados basándose en ellos) en virtud de los cuales se otorgaba preferencia en la conservación del puesto de trabajo a las personas que acreditasen más días de trabajo efectivo en la empresa, colocando por tanto en una posición menos favorable a las mujeres que hubiesen disfrutado de algún periodo de suspensión del contrato de trabajo por motivos relacionados con el embarazo o la maternidad<sup>24</sup>.

No hay ningún impedimento legal para admitir la antigüedad de los trabajadores como criterio de selección a estos efectos, pero lo que no se puede admitir es la valoración exclusiva de los días de trabajo efectivo, pues de esta manera, utilizando un criterio aparentemente neutro, se consigue el efecto de colocar a las trabajadoras de sexo femenino (como se ha apuntado en otros apartados de este trabajo, unas veces por motivos relacionados con su condición biológica, y otras, por la frecuencia social con que, todavía en el siglo XXI, asumen éstas las obligaciones de conciliación) en una posición de inferioridad respecto a los trabajadores varones, pues éstos en la práctica no sufrirán ningún descuento de días trabajados por condiciones relacionadas con el embarazo y la maternidad. Como se puede apreciar, el criterio elegido basado en los días efectivos de trabajo no genera una discriminación directa por razón de género, sino que produce una discriminación indirecta por embarazo y maternidad, claramente prohibida en la legislación laboral (art. 14 CE, 8 LOI y 17 ET). En otras palabras, al igual que nadie discute que es notoriamente contrario a la igualdad de género descontar de una indemnización por despido la parte proporcional relativa a los periodos de suspensión del contrato de trabajo por motivos relacionados con el embarazo o la maternidad, debe admitirse que también es igualmente discriminatorio vincular a los mismos factores la permanencia en el empleo en supuestos de despido colectivo.

En sentido contrario no está de más recordar que los fenómenos de discriminación positiva por motivo de maternidad sí que tendrían clara acogida en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. posibilidad expresamente reconocida en el artículo 51.5 ET). Se trataría de un acuerdo plenamente ajustado a derecho aquél que, en caso de despido colectivo, reconociera preferencia en la conservación del puesto de trabajo a los trabajadores con cargas familiares<sup>25</sup>. De la

---

<sup>24</sup> En este sentido, véase la STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6.ª), Sentencia n.º 5/2017 de 16 de enero de 2017 (JUR/2017/64180).

<sup>25</sup> A modo de ejemplo, véanse los acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en el seno de un despido colectivo que consideran ajustados a derecho las sentencias del TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia n.º 855/2016 de 30 de

misma forma, a través de la negociación colectiva no parece que haya impedimento para priorizar en concreto la permanencia de las personas de sexo femenino con cargas familiares, en caso de despido o de traslado de efectos colectivos, si es que éste fuese el sexo menos representado en la empresa.

#### 4. Cargas familiares y traslados

Otro de los ámbitos en el que resulta particularmente frecuente encontrar ejemplos de discriminación por maternidad es el relacionado con la movilidad geográfica de trabajadores. Al margen de que se trata de una cuestión que se analiza con detenimiento en un capítulo independiente de esta obra colectiva, conviene adelantar que, para determinar si una orden de desplazamiento, sea éste temporal o definitivo, resulta ajustada a derecho no solo se ha de tener en cuenta el motivo concreto que la justifica, sino también los razonamientos que han llevado al empresario a elegir a un trabajador y no a otro para asignarle un nuevo destino.

Resulta esencial resaltar que ambos tipos de justificaciones son imprescindibles para legitimar la decisión empresarial, tanto si implica o no cambio de residencia, como si se trata de una decisión definitiva o solo temporal, e independientemente de que haya dado lugar a un fenómeno de desplazamiento internacional o solo nacional, provincial o local de los trabajadores. Y es que incluso los desplazamientos de menor entidad, acordados por el empresario dentro del amplio *ius variandi* empresarial, tienen que obedecer a razones de interés para la estructura productiva (aunque éstas, como se infiere de la redacción literal del artículo 20 ET, no tengan que justificarse en el momento de adoptar la decisión, sino que se presuman).

Como se ha expuesto, el derecho a la no discriminación que proclama con carácter general el artículo 14 CE y concreta en el entorno laboral el artículo 17 ET ampara a los trabajadores en cualquier contexto, evitando que prosperen decisiones aparentemente basadas en el poder de dirección empresarial si es que en ellas se aprecia un trasfondo vulnerador de derechos fundamentales. Por lo tanto, ninguna fórmula de movilidad geográfica de los trabajadores podrá utilizarse maliciosamente con el fin de encubrir decisiones empresariales arbitrarias dictadas con la única finalidad de potenciar un abandono voluntario del puesto de aquel trabajador al que, por las concretas cir-

---

marzo (AS/2016/847) y de TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia n.º 439/2015 de 26 de enero (JUR/2015/61001).

cunstancias personales o sociales en las que se encuentra, la empresa le atribuye menor potencial productivo. Estas apreciaciones que han de realizarse en general sobre cualquier fórmula de desplazamiento, adquieren especial intensidad cuando éstos exigen cambio de residencia.

En este sentido, debe insistirse en las delgadas fronteras que muchas veces separan la aplicabilidad del artículo 40 ET (movilidad geográfica) y del artículo 50 ET (decisiones empresariales discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales del trabajador)<sup>26</sup>. En otras palabras: un uso abusivo de la posibilidad empresarial de trasladar a sus trabajadores puede generar una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, y con ello, su derecho a extinguir voluntariamente el contrato de trabajo, pero esta vez no en virtud de la decisión de traslado en sí misma (40 ET), sino debido a la gravedad de los incumplimientos empresariales de que ha sido objeto (art. 50 ET), recibiendo por ello una indemnización cualificada. Y es que ¿por qué ha sido este concreto trabajador (o trabajadora) el seleccionado para ocupar el nuevo destino? ¿La especialización de la que dispone es imprescindible en su nuevo trabajo? ¿No hay en plantilla otro trabajador más adecuado? O por el contrario, esta concreta decisión empresarial ¿puede estar encubriendo una represalia por la conducta seguida por el trabajador?<sup>27</sup> ¿Se ha adoptado como consecuencia de determinada circunstancia personal o social del trabajador entre las tuteladas por el artículo 14 CE? ¿Se trata de una forma de forzar una baja voluntaria de la persona en cuestión? En otras palabras, ¿se intenta vulnerar con ello el libre ejercicio del trabajador trasladado de sus derechos fundamentales o libertades públicas?

Es ya jurisprudencia reiterada la que, interpretando extensivamente las previsiones del artículo 53.4 ET (que, como es sabido, en principio solo pretende concretar ciertas situaciones personales del trabajador en las que se presupone la nulidad del despido del trabajador) con el fin de extrapolar sus efectos a decisiones de otra índole, presupone también la nulidad del traslado de los trabajadores que se encuentren en situación de reducción de jornada o ex-

---

<sup>26</sup> Adviértase que todo trabajador afectado por una decisión de traslado (independientemente de cuál sea el lugar de destino), si es que ésta resulta ajustada a derecho, tiene la opción de aceptarla o de poner fin a su relación laboral percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año trabajado (40 ET). En cambio, para que proceda aplicar las previsiones del artículo 50 ET (con las consecuencias indemnizatorias sustancialmente reforzadas que implica) resulta imprescindible contar con una resolución judicial que acredite la existencia de un incumplimiento empresarial de la suficiente gravedad como para generar las consecuencias expuestas (50.1.c ET).

<sup>27</sup> A esta conclusión llega la STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia n.º 1000/2006, de 24 marzo (JUR/2007/20661) al entender que la decisión empresarial de traslado tenía como intención adoptar medidas de represalia y forzar la dimisión de una trabajadora que había sufrido varios episodios sucesivos y de larga duración de IT. Y es que en este caso se aprecia que la cualificación de la trabajadora (tele operadora) no justificaba la decisión adoptada por la empresa de traslado internacional.

cedencia por cuidado de hijos, baja por maternidad o paternidad, suspensión del contrato por circunstancias relacionadas con el embarazo o la lactancia materna, o que se acaben de reincorporar después de haberlos disfrutado. De esta forma, el trabajador afectado no tendrá que aportar otro indicio de discriminación distinto a la mera alegación de la situación personal en la que se encuentra, y en cambio, será la empresa la que deba ocuparse de demostrar no solo la necesidad empresarial de llevar a cabo el traslado en cuestión, sino también los motivos exactos que justifican la concreta elección de un trabajador y no otro para tal cometido<sup>28</sup>.

En síntesis, aunque el artículo 17 ET proclama la nulidad de cualquier actuación empresarial en la que se deje traslucir una finalidad discriminatoria, el legislador se muestra especialmente minucioso a la hora de concretar, a título ejemplificativo, cuáles son algunas de las situaciones personales en las que cabe presuponer (salvo prueba en contrario) vulneración de los derechos fundamentales del trabajador cuando lo que se ha dictado es una decisión extintiva (53.4 ET). Y es entonces la jurisprudencia la que utiliza esta lista ejemplificativa para presuponer también que existen suficientes indicios de discriminación como para

---

<sup>28</sup> En los últimos años, nuestros jueces y tribunales admiten indicios de discriminación en ciertas decisiones de traslado efectuadas, por ejemplo, sobre trabajadores con cargas familiares (a los que en principio, se les presuponen mayores dificultades para cambiar de residencia). Así, nuestra jurisprudencia más reciente viene considerando que existen suficientes indicios de discriminación como para dar lugar a la inversión de la carga de la prueba en aquellas órdenes de traslado que recaigan sobre trabajadores o trabajadoras que se encuentren en cualquiera de las situaciones personales previstas en el artículo 53.4 ET: a saber, embarazo desde la fecha de su inicio, situación de baja por maternidad o paternidad, excedencia por cuidado de hijos, reducción de jornada por motivos familiares, violencia de género, etc. Esto es lo que ocurre en el caso que analiza la STS, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2013, en la que se califica como nula la decisión de la empresa de reincorporar a una trabajadora que había disfrutado dos años de excedencia (y por lo tanto, transcurrido ya el plazo de reserva cualificada previsto en el artículo 46.3 ET) en un puesto de trabajo de similar categoría profesional pero ubicado en otra provincia. También se considera nula la decisión de traslado acordada pocos días después de haber solicitado cierta trabajadora una reducción de jornada por cuidado de hijos en su empresa en el caso que analiza la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 30 de enero de 2008. En similares términos, y también ante una decisión de traslado que recae sobre un trabajador que se encontraba en situación de reducción de jornada por cuidado de hijos, la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 5 de noviembre de 2015 concluye que, ante cualquiera de las situaciones consideradas de especial protección que aparecen enumeradas en el artículo 53.4 ET, la empresa está obligada, además de acreditar la concurrencia de las causas que justifican el traslado, a probar el carácter proporcional de su medida y su razonabilidad. A similar conclusión se llega en el caso que analiza la STSJ de Islas Baleares (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia n.º 231/2009 de 2 junio (AS/2009/1718) respecto a la posposición de la reincorporación a su lugar de destino en un desplazamiento temporal de una trabajadora que parte del tiempo se ha encontrado en situación de excedencia por cuidado de hijos. De la misma forma, la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1.ª), n.º 118/2008 de 31 enero (AS/2008/1185), entiende vulnerado el derecho del trabajador a su intimidad cuando es objeto de un traslado basado exclusivamente en la relación sentimental que mantenía con otra trabajadora de la empresa. De forma similar, la STSJ de Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia n.º 477/2005 de 27 julio (AS/2005/2096), entiende que subyace un móvil discriminatorio en la decisión empresarial de traslado comunicada tras la solicitud de la trabajadora de reducción de jornada por cuidado de menor de tres años.

permitir la actuación de la presunción *iuris tantum* que caracteriza la tutela de los derechos fundamentales del trabajador cuando lo que se ha adoptado no es una decisión extintiva, sino una orden de traslado, nacional o internacional.

Se trata de una presunción de discriminación (y con ello de nulidad de la orden de traslado) creada por vía jurisprudencial que se manifiesta en beneficio fundamentalmente de las personas de sexo femenino pues, como los datos estadísticos permiten comprobar, constituye hoy en día un hecho notorio que son éstas las que, unas veces por motivos biológicos y otras por condicionamientos sociales, disfrutan con mayor frecuencia que los hombres las distintas medidas de suspensión y flexibilización de jornada previstas en nuestro ordenamiento jurídico para salvaguardar la maternidad y la conciliación de la vida laboral y familiar<sup>29</sup>.

## 5. Discriminación por maternidad y prevención de riesgos laborales

Muy recientemente, la jurisprudencia ha empezado a reconocer otra de las manifestaciones de la discriminación por maternidad que antes pasaba desapercibida: la que se manifiesta al obstaculizar el oportuno disfrute de las medidas en materia de prevención de riesgos laborales por condiciones vinculadas al embarazo y la maternidad que resulten necesarias atendiendo a la situación particular de la trabajadora y de la concreta prestación de servicios que viniera realizando.

De esta forma, se está admitiendo que se produce un fenómeno de discriminación por maternidad cuando, cumpliéndose los presupuestos objetivos necesarios para llevarlo a cabo, y en virtud de una incorrecta evaluación de los riesgos en el trabajo, se niega la adaptación del puesto, el cambio de actividad, o en su caso, la suspensión del contrato al constatar la existencia de riesgos profesionales asociados al embarazo o la lactancia materna, que no sean evitables ni adaptando las condiciones de trabajo de la afectada, ni cambiándola de puesto. Así, se viene entendiendo que solo acreditando el hecho del embarazo o la lactancia, alegando insuficiencia de las medidas preventivas implantadas, se creará el contexto suficiente como para dar lugar a la inversión de la carga

---

<sup>29</sup> De forma rotunda, la SAN (Sala de lo Social) de 13 de noviembre de 2013 (AS/2013/3023), reconoce expresamente que se parte «de una premisa que no está cuestionada por constituir un hecho notorio. Se trata de la afirmación relativa a que los derechos de conciliación de la vida familiar y la protección de la maternidad y el derecho de lactancia están mayoritariamente ejercitados por mujeres». Aunque los hechos notorios no necesitan ser probados, existen hoy en día múltiples datos estadísticos que permitirían confirmar dicha circunstancia. Así, al respecto, véase MEIL LANDWERLIN, G., «El uso de los permisos parentales por los hombres y su implicación en el cuidado de los niños en Europa», *Revista latina de sociología*, n.º 1, 2011, p. 8 del soporte informático.

probatoria (siendo entonces, como dispone el art. 96.1 LRJS, el empresario el encargado de demostrar que el puesto de trabajo que se ocupaba verdaderamente estaba exento de riesgo).

En concreto, estamos haciendo referencia a la reciente Sentencia dictada por la Sala Quinta del TJUE el pasado 19 de octubre de 2017 (C-531/15) que se dicta para dar respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia mediante auto de 17 de julio de 2015.

Resulta particularmente útil la línea interpretativa que sienta ahora la citada STJUE en la que se estima que, obviando un riesgo profesional que verdaderamente existe, tras haber realizado una defectuosa evaluación de los riesgos profesionales ante la condición especialmente sensible de una mujer embarazada o de una mujer lactante, se produce un episodio inadmisibles de discriminación por razón de género, manifestada en este caso en su vertiente de la discriminación por maternidad.

En otras palabras, la actuación empresarial, que no deja de constituir una infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales (art. 13.1 LISOS) y, como tal puede ser sancionada con multas de importantísima cuantía, el merecer también la consideración de vulneración de un derecho fundamental de la trabajadora afectada (en este caso, de su derecho a la igualdad y no discriminación), desplegará también otro tipo de consecuencias en su esfera jurídica. A saber: no solo generará la obligación de reparar la conducta lesiva, abonando además, en su caso, una cantidad económica en concepto de indemnización por daños y perjuicios (como se desprende del artículo 17 ET), sino que también permitirá, si así lo desea la afectada, poner fin a su relación laboral percibiendo indemnización equivalente a la del despido improcedente (art. 50 ET).

## 6. El «móbbing» por maternidad

Continuando con las cuestiones expuestas, y con el fin de hacer referencia a uno de los ejemplos de discriminación más extremos, procede ahora analizar la conducta que, en los últimos años se viene denominado «móbbing por maternidad».

Por medio de la expresión, recientemente acuñada, de «móbbing por maternidad», «móbbing maternal» o «acoso por maternidad»<sup>30</sup> se hace referencia a

---

<sup>30</sup> Como pone de manifiesto TAPIA HERMIDA, A., «en la protección de la maternidad no solo se protege la situación biológica de la mujer, sino que están comprometidos así mismo intereses y valores fami-

un supuesto extremo de discriminación por maternidad que se materializa a través de una situación de persecución continuada e intencionada del trabajador (en la práctica, normalmente, trabajadora) con el fin de forzar su baja voluntaria en la empresa<sup>31</sup>. Se trata de una fórmula de acoso laboral, muchas veces reconducible también al acoso por razón de género en la empresa, mediante la cual, la empresa pretende, de forma ilícita, desprenderse sin coste del trabajador al que, habida cuenta de la situación personal en la que se encuentra, y sin tener datos objetivos en los que sustentar esta apreciación, presupone menos productivo, menos rentable o con menor disponibilidad para atender los requerimientos de la empresa con la misma implicación que aquél que no tiene cargas familiares<sup>32</sup>.

Así, cualquier supuesto de discriminación por maternidad (como son, como se ha adelantado, por ejemplo, los relacionados con la merma en la retribución, las trabas injustificadas en los ascensos o en la promoción profesional, las decisiones de traslado que no cuentan con la suficiente motivación, o la omisión de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo que requeriría, en ciertas profesiones, la condición femenina, entre otros), cuando se manifiesta de forma constante y reiterada en el tiempo, puede dar lugar a un fenómeno de «móbbing» por maternidad. Y es que la suma de éstos u otros comportamientos discriminatorios, cuando del contexto pueda apreciarse una intención empresarial encaminada a forzar la baja voluntaria del trabajador en cuestión,

---

liares que la Constitución acoge (39 CE), y consiguientemente, cualesquiera actuaciones deben adecuarse a ellos, pues los principios rectores de la política social y económica (entre los que se encuentra el artículo 39 CE), no son meras normas sin contenido», en «Discriminación por maternidad», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 299, 2008, p. 178.

<sup>31</sup> De esta manera, se excluirían conductas aisladas, aunque por sí solas también sean constitutivas de un supuesto de discriminación por razón de género, no lo serán de «móbbing por maternidad». Así por ejemplo, en el caso que resuelve la STSJ de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1.ª) Sentencia n.º 1558/2014 de 27 junio (AS/2014/1869), se entiende que la mera negativa a pasar a horario continuo por motivo de conciliación, aunque dicha negativa no esté justificada, e implique la reparación del daño a la trabajadora, por sí sola no tiene la suficiente entidad como para considerarse demostrativa de «móbbing». En cambio, indicios de móbbing producido después de su reincorporación a su puesto de trabajo tras su baja por maternidad, podrían ser conductas como las siguientes (sí es que se consiguen aportar indicios de su existencia distintos a la mera alegación de la actora): «fijar unos objetivos absolutamente inalcanzables»; «obligar a la trabajadora a realizar tareas inferiores a su cargo, degradándola bajo amenaza de despido»; «maltratar a la trabajadora delante de los clientes»; «poner continuamente incidencias injustificadas e inciertas a la trabajadora a modo de coacción, para después desdecirse», tal y como reconoce la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia n.º 7691/2016 de 29 diciembre (JUR/2017/73336); o conductas tales como el «alejamiento de nuevos proyectos y restricción de llamadas telefónicas desde que la empresa tiene conocimiento de su embarazo»; o las negociaciones previas y acreditadas para un despido indemnizado que no es aceptado por la trabajadora, como resuelve el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), Sentencia n.º 467/2005 de 23 mayo (AS/2005/1353).

<sup>32</sup> Al respecto véase trabajo de investigación inédito presentado por PEÑA GALLO, M. L., en el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, titulado «*El móbbing maternal: una forma de discriminación laboral contra la mujer en Europa. El caso de mujeres gestantes y madres en España y Reino Unido*» (p. 22 del soporte digital).

estará dando lugar a un episodio de acoso en el trabajo por cuestiones relacionadas con la maternidad.

Debe advertirse que el «móbbing por maternidad», a diferencia de lo que ocurre con los restantes ejemplos de discriminación por maternidad, por esencia, solo puede presentarse durante la vida de la relación laboral (pues, como es sabido, la propia razón de ser que identifica y define las distintas formas de acoso que pueden presentarse en la empresa es precisamente la presión intencionada tendente a causar la baja voluntaria del trabajador en la relación laboral que hasta ese momento se desarrollaba), por lo que, técnicamente, no puede hablarse de «acoso por maternidad en el acceso al empleo». Esto es: existirá «discriminación por maternidad», sin duda, pero no «acoso», al no perseguir el fin expuesto.

En abstracto, cualquiera de las circunstancias personales enumeradas en alguno de los tres grupos anteriormente citados (a saber, condiciones relacionadas con el embarazo, con el disfrute de alguno de los derechos que en materia de conciliación de la vida familiar y laboral reconoce la legislación laboral, o simplemente, por el hecho de tener cargas familiares, incluso aunque no se hubiera hecho uso de ninguna de las medidas de flexibilidad de la jornada o condiciones de trabajo previstas por esa causa), podrían desencadenar el acoso por maternidad<sup>33</sup>.

De esta forma, si el concepto «móbbing» hace referencia a toda forma de presión psicológica voluntariamente generada en el ámbito de las relaciones laborales, tendente a conseguir el abandono voluntario del trabajador de su puesto de trabajo<sup>34</sup>, con la expresión «móbbing por maternidad» se designa una de las facetas de la discriminación por razón de género: el acoso moral en el trabajo derivado de una situación personal muy concreta del sujeto afectado: la necesidad de hacer frente a sus cargas familiares. Se trata de una de las formas más intensas de discriminación por maternidad que puede presentarse en nuestro mercado de trabajo.

Es cierto que cuando la empresa adopta una decisión extintiva, en gran parte de los casos, el trabajador se encontrará protegido por la presunción de

---

<sup>33</sup> Tal como pone de manifiesto POQUET CATALÁ, R., «en el fondo, se trata de comportamientos humillantes y descalificadores integrados tanto por acciones como por omisiones, esto es, conductas activas consistentes en agresiones verbales, ataques contra su reputación personal, eliminación del apoyo necesario para el trabajador o restricciones en el uso de material, o conductas omisivas consistentes en la negación de la comunicación, la reducción de los contactos sociales o simplemente la ignorancia (...)», en «Las dificultades probatorias del acoso laboral», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 10/2016, p. 2 del soporte informático.

<sup>34</sup> Sobre el concepto y las distintas manifestaciones y factores coadyuvantes del móbbing, véase MESEGUER DE PEDRO, M., SOLER SÁNCHEZ, M. I., GARCÍA IZQUIERDO, M., SÁEZ NAVARRO, M. C., SÁNCHEZ MECA, J., «Los factores psicosociales de riesgo en el trabajo como predictores del móbbing», *Psicothema*, vol. 19, n.º 2, 2007, pp. 225 y ss; También, CAVAS MARTÍNEZ, F., «El acoso moral en el trabajo («móbbing»», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 555, 2002, pp. 1 y ss. del soporte informático.

nulidad del despido que proclaman los artículos 53.4 y 55.5 ET para casos de esta índole; pero ¿qué ocurre cuando lo que se emplean son simplemente tácticas de desgaste, aparentemente encuadradas dentro del poder empresarial de organización, control y sanción de la prestación laboral de servicios, de forma tendenciosa, buscando un desistimiento? Sin duda, en el caso de que puedan ser probadas (con las dificultades que ello implica)<sup>35</sup>, estas conductas quedarían tipificadas como infracción laboral muy grave en el artículo 8.13 bis LISOS (como constitutivas de un fenómeno más de acoso laboral encuadrable dentro del acoso por razón de sexo). Pero además de las consecuencias sancionadoras que una infracción de este tipo representa, hay que tener en cuenta que también desplegará otros derechos para el sujeto afectado: así pues, es preciso recordar que el artículo 50.1.c) ET permite al trabajador extinguir voluntariamente su contrato de trabajo, debido a la gravedad de los incumplimientos empresariales de que ha sido objeto, y recibiendo por ello una indemnización cualificada<sup>36</sup>. Eso sí, por su especial trascendencia práctica, se debe insistir en que la causa de extinción del contrato de trabajo basada en una de las causas enumeradas en el artículo 50 ET ni es automática ni queda en modo alguno sujeta a la discrecionalidad del trabajador afectado, sino que siempre requiere una previa demanda ante un Juzgado de lo Social en la que se solicite la confirmación de la gravedad del incumplimiento empresarial alegado<sup>37</sup>.

Como el artículo 50 ET está redactado en forma de alternativa («el trabajador puede») debe entenderse que la extinción contractual se reserva para las situaciones en las que, a la vista de la vulneración de derechos sufrida, al trabajador no le interese reanudar su prestación de servicios en la empresa, ni aun garantizándole la reincorporación en su destino original<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> POQUET CATALÁ, R., pone de manifiesto la dificultad a la que se enfrentan las personas afectadas por un fenómeno de acoso moral en el trabajo, a la hora de aportar, aunque sea simples *indicios*, que permitan crear la apariencia de que han sido objeto del acoso que alegan con el fin de dar lugar a la inversión de la carga probatoria, en «Las dificultades probatorias del acoso laboral», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 10/2016, p. 8 del soporte informático.

<sup>36</sup> ZAPIRAIN BILBAO, A., «Acción de tutela que *repara* lesión por tratamiento discriminatorio con indemnización, excluyendo de ésta el acoso por no probado, tras previo proceso de extinción del contrato por voluntad del trabajador con base en discriminación por razón de sexo (maternidad)», *Aranzadi Social*, vol. 3, n.º 19, 2011, pp. 5 y ss. del soporte informático.

<sup>37</sup> Y también, por lo que respecta al artículo 50 ET, el reconocimiento del derecho del trabajador a poner fin a su relación laboral con derecho a indemnización equivalente a la de un despido improcedente. Aunque se trate de una extinción instada por el propio trabajador, son las circunstancias que la rodean y legitiman las que hacen considerarse también situación legal de desempleo, permitiéndole al sujeto acceder a prestaciones reconocidas por nuestro sistema de Seguridad Social y derivadas de la falta de empleo (art. 267 del nuevo texto refundido de la LGSS).

<sup>38</sup> A estos efectos, de la argumentación utilizada por la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), n.º 677/2005 de 28 enero (AS/2005/436) se desprende que este tipo de petición es siempre a instancias de parte, sin que el juzgador pueda aplicar de oficio la causa de extinción de la relación previs-

Ahora bien, como se ha expuesto, no se puede negar que la protección que dispensa el ordenamiento jurídico laboral solo puede entrar en juego cuando el trabajador consigue crear una apariencia de discriminación por razón de su situación personal, que las reglas de la lógica permitan considerar propia de una situación de acoso. En caso contrario, pasarán desapercibidas. A estos efectos podrían plantearse los siguientes indicadores: prolongación excesiva de la contratación temporal cuando en la empresa existe una política de estabilización laboral del personal, obstáculos al disfrute de los permisos retribuidos u otros derechos vinculados a la flexibilización de la jornada de trabajo que la legislación reconoce con motivo de atención a la familia, como podrían ser para la realización de exámenes prenatales, técnicas de preparación al parto o la hora por lactancia, cambios constantes de horario, turno o de centro de trabajo sin que exista una razón profesional justificada para ello, relegación de las funciones de responsabilidad que hubiera asumido hasta entonces, imposición de sanciones desproporcionadas al tiempo de incumplimiento cometido, etc.

#### IV. CUESTIONES PENDIENTES DE RESPUESTA

Pese a que han transcurrido más de diez años desde la promulgación de la LOI, todavía quedan determinados aspectos relacionados con la discriminación por maternidad, que sería necesario mejorar con el fin de garantizar una plena igualdad entre mujeres y hombres en el mundo laboral. Entre otras, se pueden destacar las siguientes:

— Como es sabido, cuando se alega vulneración de un derecho fundamental, el trabajador no necesita aportar prueba que acredite la situación sufrida, sino que bastará que, de lo alegado, se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación para que entre en juego la inversión de la carga probatoria (art. 96.1 Ley 36/2011). Además de esto, existen situaciones tasadas a las que el legislador atribuye una protección cualificada gracias a la figu-

---

ta en el artículo 50 ET ante situaciones de traslado en las que se ha dado lugar a un grave incumplimiento de los derechos de los trabajadores. Así por ejemplo, en el caso que dicha sentencia resuelve, se aprecia que se ha producido una lesión del derecho a la libertad sindical cuando miembro del comité de empresa es traslado de centro de trabajo. Y es que en el caso concreto, tal decisión de movilidad geográfica es inmotivada. De esta forma, aunque el trabajador afectado hubiera podido solicitar la extinción indemnizada del contrato prevista en el artículo 50 ET (y por tanto, con una indemnización equivalente a la prevista por despido improcedente), si no lo hace, se mantendrá la subsistencia del vínculo laboral, reparando las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical, reponiendo al trabajador en sus anteriores condiciones laborales y abonándole la indemnización que nuestro ordenamiento jurídico contempla ante la lesión de un derecho fundamental, modulando ésta en atención a las circunstancias presentes en el caso.

ra de las presunciones. De esta forma no será necesario aportar ni tan siquiera un indicio de discriminación, pues solo demostrando que el trabajador en cuestión se encontraba en una de las situaciones personales expresamente previstas por el legislador, entrará en juego la inversión de la carga de la prueba. Esto es lo que ocurre en concreto con las distintas situaciones enumeradas en la legislación laboral en forma de presunciones (art. 53.4 y 55.5 ET).

Ahora bien, las situaciones en las que el legislador expresamente presupone la existencia de un móvil discriminatorio y que se incluyen en los artículos 53.4 y 55.5 ET son en realidad mucho más limitadas de lo que a primera vista parece.

Así, por una parte, en la redacción literal del precepto, se contemplan tan solo situaciones de extinción del vínculo laboral (y no otras que, sin llegar a ese extremo, también pueden ser muy negativas para el sujeto afectado). Se trata de un enfoque que, obviamente, limita mucho el alcance de la presunción, aunque en la práctica, las situaciones personales contempladas en el citado precepto, se tomen como punto de referencia por parte de nuestros jueces y tribunales a la hora de identificar con facilidad otros episodios de discriminación que se producen sin llegar a implicar la extinción del contrato (retribuciones, ascensos, traslados, etc.). Pero no solo eso. También, pese a estar destinados a proteger la maternidad, en los preceptos citados, el legislador se conforma con contemplar las situaciones en las que el trabajador *está disfrutando* los derechos de conciliación que reconoce la legislación laboral. En cambio, respecto a los trabajadores que se han reintegrado al trabajo *tras finalizar* los períodos de suspensión del contrato o flexibilización de la jornada por maternidad, adopción, acogimiento o paternidad, en realidad se contempla una protección prácticamente testimonial sin apenas incidencia práctica.

Y es que para poder obtener esta tutela judicial cualificada el trabajador que se haya reincorporado a sus condiciones normales de trabajo después de haber disfrutado de cualquiera de las situaciones que nuestro ordenamiento jurídico contempla para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, se exige que *«no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo»*, dejando así fuera de la presunción, por ejemplo a los trabajadores (normalmente de sexo femenino) que hubiesen disfrutado de una excedencia o una reducción de jornada de mayor duración.

No puede dejar de destacarse que, a estos últimos efectos, el legislador establece una condición tan estricta que, en la práctica, convierte a esta medida de salvaguarda del trabajador, en un derecho más simbólico que práctico (advuértase que esta garantía no cubriría ni siquiera la reincorporación del traba-

jador que se produzca después de agotar la duración máxima de la excedencia por cuidado de hijos)<sup>39</sup>.

Al no poder utilizar la presunción expresamente plasmada en el texto de la ley, el trabajador (normalmente trabajadora) interesado en demostrar que está sufriendo represalias simplemente con la finalidad de forzar una baja voluntaria tras su reincorporación a la empresa, tendrá que encontrar otros indicios de discriminación diferentes a la simple reincorporación al trabajo en un periodo temporal cercano después de haber hecho uso de los derechos de conciliación. En otras palabras, deberá aportar el *fumus boni iuri* que precisa la inversión de la carga probatoria en los casos de tutela de derechos fundamentales, lo que en la práctica no siempre es una tarea sencilla.

A la vista de la situación expuesta, quizá podría concluirse que, para ser operativa, esta medida de tutela debería comprender *los nueve meses siguientes a la reincorporación del trabajador* después de haber hecho uso de uno de los derechos previstos con el fin de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, independientemente de la edad del hijo en ese momento<sup>40</sup>. En caso contrario, medidas como la reducción de jornada por cuidado de hijos y, sobre todo, la excedencia por cuidado de hijos, pese a estar reconocidas sin restricciones para todos los trabajadores independientemente de las características de la empresa en la que presten servicios, en la práctica van a quedar reducidas, en lo que a la frecuencia de su disfrute se refiere, al ámbito del empleo público, pues las medidas actualmente vigentes no tienen fuerza suficiente para garantizar que la reincorporación se produzca sin riesgo de represalias (lo que en definitiva coloca a la persona afectada en una especial situación de vulnerabilidad, que, tristemente se experimenta con más fuerza en el ámbito de la contratación en empresas privadas).

---

<sup>39</sup> Así, si la trabajadora compatibiliza baja maternal, lactancia acumulada, vacaciones no disfrutadas, bastará una excedencia de apenas tres meses para superar los estrictísimos límites del artículo 53 ET, pues ya habrán transcurrido más de nueve meses desde el nacimiento del hijo (habida cuenta de que la excedencia por cuidado de hijo puede alcanzar los tres años de duración, resulta sorprendente la escasa protección tras la reincorporación que reportan al sujeto que las disfruta). En este sentido se pronuncia la STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6.ª), de 23 julio (Sentencia n.º 554/2015) pues, pese a estimar que en el caso concreto que se ocupa de valorar no concurren indicios suficientes de discriminación, no descarta que, pese a haber transcurrido más de nueve meses desde el nacimiento del hijo (y por tanto, no tratarse de una de las situaciones distinguidas con la «presunción de discriminación»), también se puedan alegar y probar indicios suficientes de discriminación (discriminación en este caso basada en la mera existencia de cargas familiares) como para poner en juego la inversión de la carga probatoria que prevé la jurisdicción social para favorecer la tutela de derechos fundamentales.

<sup>40</sup> De esta manera se estaría ofreciendo también una tutela reforzada a los trabajadores que se incorporen a su empresa después de haber hecho uso de una medida de suspensión del contrato o reducción de jornada para atender a otro tipo de familiares que no puedan valerse por sí mismos.

— Desde otro punto de vista no está de más señalar que, mientras no exista una intensa bonificación en la cuota de cotización a la Seguridad Social que incida sobre las trabajadoras por cuenta ajena que se acaben de reincorporar al trabajo tras el nacimiento de un hijo (tomando como modelo la bonificación que contempla la nueva ley de autónomos para aquellas trabajadoras por cuenta propia que se reincorporen a su actividad profesional tras la maternidad<sup>41</sup>), el nacimiento de un hijo seguirá generando episodios de discriminación en el empleo. Al respecto no se puede negar que, pese a su ilegalidad, todavía resulta habitual observar situaciones en las que la empresa adopta decisiones en perjuicio de un concreto trabajador con el fin de evitar mantener en plantilla a un sujeto al que sus cargas familiares, le hacen presuponer menos rendimiento, eficacia o disponibilidad. Se trata ésta de una visión muy sesgada de la realidad que, en la práctica, incide con mucha más fuerza sobre las empleadas de sexo femenino.

Pese a que implantar una generalizada reducción de la cuota de cotización durante el año posterior al nacimiento de un hijo sería una medida muy eficaz para paliar las dificultades de acceso al mercado de trabajo o de conservación del empleo a las que se enfrentan muchas mujeres tras su maternidad, parece que todavía nuestros poderes públicos no barajan esta posibilidad. Tampoco se ha propuesto hasta el momento, como medidas de estímulo a la contratación laboral, a pesar de los importantes efectos que tendría sobre el empleo femenino, estudiar fórmulas de reducción o bonificación de la cuota mensual de cotización a la Seguridad Social para las empresas que contraten personas de sexo femenino con cargas familiares (si las hay para trabajadoras mayores de 45 años, mujeres con discapacidad, paradas de larga duración, por ejemplo, pero no las hay por número de hijos, pese a la notable utilidad práctica que esto tendría).

---

<sup>41</sup> Precisamente en este sentido, el artículo 7 de la reciente Ley 6/2017, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, dispone que «Las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como trabajadoras por cuenta propia en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, que, habiendo cesado su actividad por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, en los términos legalmente establecidos, vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes a la fecha del cese, tendrán derecho a una bonificación en virtud de la cual su cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, quedará fijada en la cuantía de 50 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de su reincorporación al trabajo, siempre que opten por cotizar por la base mínima establecida con carácter general en el régimen especial que corresponda por razón de la actividad por cuenta propia. Aquellas trabajadoras por cuenta propia o autónomas que, cumpliendo con los requisitos anteriores, optasen por una base de cotización superior a la mínima indicada en el párrafo anterior, podrán aplicarse durante el período antes indicado una bonificación del 80 por ciento sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización establecida con carácter general en el correspondiente régimen especial el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal».

Pese a todo, no se puede obviar que, si verdaderamente se quieren implantar medidas contundentes destinadas a luchar con fuerza contra la desigualdad que sufren las mujeres no solo en el acceso al mercado de trabajo sino también en la conservación del empleo, ésta sin duda podría ser la solución adecuada. Y es que en realidad, ¿no será mayor el coste que implique para la Seguridad Social la pérdida voluntaria o involuntaria del empleo tras la maternidad que la minoración de ingresos que la aplicación de una bonificación representa?

En cualquier caso, y aunque parezca una obviedad, desempeñaría un importante papel en la salvaguarda de la igualdad de género y en la prevención de conductas discriminatorias el hecho de que las empresas dispusieran de información actualizada que recuerde los derechos y obligaciones que la ley les reconoce en aspectos directa o indirectamente vinculados a esta materia. En concreto, dicha información debería estar orientada principalmente a dos objetivos:

1.º Por una parte, a recordar a las empresas que cualquier forma de discriminación por razón de género, sea ésta directa o indirecta, constituirá una infracción administrativa muy grave (art. 8.12 LISOS), y por lo tanto, objeto de importantes sanciones económicas. Y es que en muchos casos los empresarios actúan amparados por una teórica discrecionalidad en las decisiones que incumben a la organización de la plantilla de la empresa, que utilizan a su interés, y en realidad no son conscientes de la trascendencia y repercusiones reales que sus decisiones pueden provocar.

2.º Y por otra, a dar a conocer los importantes incentivos en la cotización que implica la contratación de un trabajador interino cuando con él se pretende sustituir a una trabajadora en situación de baja maternal o suspensión del contrato por riesgo en el embarazo o en la lactancia natural. En este sentido cabe intuir que, si las empresas fuesen verdaderamente conscientes de que las medidas vigentes eliminan plenamente el sobrecoste que tanto temen relacionado con las situaciones vinculadas al embarazo y a la maternidad, desaparecerían también gran parte de las reticencias que en la práctica genera la contratación y el mantenimiento del empleo de las trabajadoras cuando son madres.

— Debe insistirse también en que las estadísticas disponibles hasta el momento, aunque reflejan el importante número de situaciones en las que las mujeres abandonan su puesto de trabajo tras la maternidad, no dejan constancia (pese a la gran utilidad que tendría este dato), si se trata de una decisión que proviene de la voluntad verdaderamente libre de la trabajadora, si obedece a presiones laborales tendentes a forzar su abandono del empleo tras la materni-

dad, o si en cambio, directamente está motivada por la decisión extintiva adoptada por la empresa<sup>42</sup>. Y es que solo conociendo cuál es la causa real motivadora del cese, se podrán detectar también cuáles son los defectos de los que adolece todavía nuestro mercado de trabajo que lastran la plena incorporación de la mujer al mercado laboral en idénticas condiciones que los hombres.

— Así, a la vista de lo expuesto, debe destacarse el importantísimo papel preventivo que desempeñan los planes de igualdad como instrumentos particularmente efectivos para evitar las distintas formas de discriminación por maternidad que pueden producirse en la empresa, detectando y subsanando cualquier práctica que directa o indirectamente genere un trato perjudicial a las personas con cargas familiares. Y es que en su texto pueden ayudar a perfilar el concepto de discriminación por maternidad, clarificando la genérica redacción legal.

En este sentido, procede proponer de estas líneas que, los planes de igualdad que puedan aprobarse en el seno de cada empresa, incluyan no solo medidas destinadas a garantizar una presencia paritaria de hombres y mujeres en la plantilla de la empresa en general, y en sus distintas categorías profesionales en particular, sino también a asegurar que los trabajadores de ambos sexos registren una antigüedad media similar<sup>43</sup>. De esta manera se evitarían numerosas situaciones de discriminación de la mujer que se manifiestan únicamente tras la maternidad, y que en la práctica, aunque desembocan en la pérdida involuntaria del puesto de trabajo (lo que lleva a que, en determinada empresa, la antigüedad media de las mujeres sea notoriamente inferior a la que anotan los trabajadores varones) muchas veces quedan ocultas bajo las cifras totales de contratación femenina (en las que no se tiene en cuenta la fecha de inicio de la prestación de servicios)<sup>44</sup>. De la misma forma, se echa en falta de forma gene-

---

<sup>42</sup> Al respecto véanse las cifras que se manejan en el trabajo de investigación inédito presentado por PEÑA GALLO, M. L., en el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, titulado *«El móbbing maternal: una forma de discriminación laboral contra la mujer en Europa. El caso de mujeres gestantes y madres en España y Reino Unido»* (p. 22 y ss. del soporte digital).

<sup>43</sup> Estas y otras cuestiones de ponen de manifiesto en el capítulo duodécimo, dedicado al análisis de los planes de igualdad de la obra colectiva, *«El principio de igualdad en la negociación colectiva»*, SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2016, pp. 453 y ss.

<sup>44</sup> Y es que, si no se intenta asegurar que tanto hombres como mujeres presentan una antigüedad similar en la empresa, se corre el riesgo de que las personas de sexo femenino, tras la maternidad, de forma voluntaria o presionadas para hacerlo, pierdan su puesto de trabajo. Esta situación podría incluso no dejar reflejo en las cifras de empleo femenino de la propia empresa, pues suele ocurrir que el puesto de trabajo ahora vacante sea ocupado de nuevo por una persona de sexo femenino, aunque esta vez sin cargas familiares. Sin duda se cumplirá materialmente la presencia equilibrada entre hombres y mujeres que exige la LOI, aunque de forma indirecta y muchas veces, encubierta, se habrá incumplido de forma notoria, la prohibición de discriminación de la mujer que dicha norma intenta garantizar.

ralizada que los planes de igualdad hagan referencia al «acoso por maternidad» o «móbbing maternal», individualizándolo del resto de episodios de discriminación por razón de género que se produzca en el ámbito empresarial, con el fin de evitar que pase desapercibido.

— Desde otro punto de vista, en el proceso de negociación tanto de convenios colectivos como de planes de igualdad, se comprueba la falta de sujetos negociadores con formación específica en materia de género e igualdad, lo que les lleva a omitir en la negociación cuestiones verdaderamente importantes para alcanzar una igualdad efectiva en la empresa entre mujeres y hombres, o a repetir, como si se tratara de derechos nacidos del acuerdo de voluntades plasmado en el texto del plan de igualdad, derechos que la legislación laboral reconoce ya como básicos e indisponibles para todos los trabajadores (por lo que su traslado al texto del convenio o del plan de igualdad resulta innecesario).

Al respecto, resulta muy ilustrativo reparar en el hecho de que la mayor parte de situaciones de discriminación indirecta por maternidad detectadas en la práctica (y reflejadas a lo largo de este trabajo) obedecen no ya a una decisión empresarial dictada con trasfondo discriminatorio, sino a acuerdos adoptados en un proceso de negociación colectiva en los que, intentando buscar criterios objetivos, justos y lícitos con el fin de determinar preferencia de unos trabajadores frente a otros de cara a su acceso a determinados derechos, y por tanto, utilizando parámetros aparentemente neutros, se consigue un resultado especialmente perjudicial para uno de los sexos (en todos los casos analizados, para el sexo femenino).

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (coord. MERCADER UGINA), *«Comentarios laborales de la ley de igualdad entre mujeres y hombres»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- AA.VV., *«El principio de igualdad en la negociación colectiva»*, SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2016.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., «El acoso moral en el trabajo («móbbing»», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º, 555, 2002, pp. 1 y ss. del soporte informático.
- FERNÁNDEZ DÍEZ, A., «Elección de turno de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral (STC 26/2011 de 14 de marzo)», *Asesoría & Empresa*, Thomson Reuters, soporte electrónico.

- GARCÍA PIÑERO, N., «La discriminación por razón de sexo conectada a las situaciones de embarazo o maternidad: vulneración del derecho a la promoción profesional y económica (comentario a la STC 182/2005 de 4 de julio), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 129, 2006, pp. 161-178.
- MEIL LANDWERLIN, G., «El uso de los permisos parentales por los hombres y su implicación en el cuidado de los niños en Europa», *Revista latina de sociología*, n.º 1, 2011, pp. 61-97 (consultado en soporte informático).
- MESEGUER DE PEDRO, M., SOLER SÁNCHEZ, M. I., GARCÍA IZQUIERDO, M., SÁEZ NAVARRO, M. C., SÁNCHEZ MECA, J., «Los factores psicosociales de riesgo en el trabajo como predictores del «móbbing», *Psicothema*, vol. 19, n.º 2, 2007, pp. 225 y ss.
- PEÑA GALLO, M. L., «*El móbbing maternal: una forma de discriminación laboral contra la mujer en Europa. El caso de mujeres gestantes y madres en España y Reino Unido*», trabajo de investigación en el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, repositorio digital.
- POQUET CATALÁ, R., «Las dificultades probatorias del acoso laboral», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 10/2016, soporte informático.
- SÁEZ LARA, C., «Garantía de indemnidad profesional y económica por razón de embarazo y maternidad», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 31-32, 2017, pp. 81 y ss.
- SERRANO GARCÍA, J. M., «La situación de discriminación directa de la mujer en situación de maternidad por incumplimiento de cláusulas convencionales de reconocimiento de derechos. Comentario a la STC 2/2017 de 16 de enero»; *Revista de Derecho Social*, n.º 78, 2017, pp. 149 y ss.
- TAPIA HERMIDA, A., «Discriminación por maternidad», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 299, 2008, pp. 157-184.
- VICENTE PALACIO, M. A., «En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social»; *Lan ha-rremanak: revista de relaciones laborales*, n.º 25, 2011 (ejemplar dedicado a la igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales), pp. 191-229.
- ZAPIRAIN BILBAO, A., «Acción de tutela que *repara* lesión por tratamiento discriminatorio con indemnización, excluyendo de ésta el acoso por no probado, tras previo proceso de extinción del contrato por voluntad del trabajador con base en discriminación por razón de sexo (maternidad), *Aranzadi Social*, vol. 3, n.º 19, 2011, pp. 5 y ss. del soporte informático.

# EXCEDENCIA FORZOSA

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS  
Doctor en Derecho  
Profesor Asociado Derecho del Trabajo UPCT

SUMARIO: I. *Regulación.* II. *La Administración Pública.* III. *Reingreso. Despido nulo. Daños morales.* IV. *Prescripción del derecho. Legitimación para recurrir.* V. *Tratamiento: la excedencia forzosa y por cuidado de hijo.* VI. *Denegación del derecho.*

## I. REGULACIÓN

El Estatuto de los Trabajadores, en un extenso artículo 46, regula la excedencia del trabajador, y refiere la denominada excedencia forzosa, al inicio del reseñado precepto, con el derecho protegido de conservación del puesto de trabajo y de cómputo de la antigüedad de su vigencia, para de seguido acotar a los sujetos beneficiarios, estableciendo que se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo, imponiendo que el reingreso del cargo público deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al del cese en el cargo.

Por otra parte, y avanzando en la lectura del precepto, el artículo 46.4, se incluye en este tipo de excedencia a los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior, extendiendo el derecho, al tiempo que dure el ejercicio en el cargo.

En otro inciso, el propio ET se refiere a la excedencia forzosa, en su artículo 37.3.d, estableciendo que el trabajador, que en cumplimiento un deber de carácter público y personal se encuentre ante la imposibilidad de la presta-

ción del trabajo, debido en más del veinte por ciento de las horas laborables en un periodo de tres meses, podrá quedar en esta situación de excedencia.

## II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La excedencia forzosa dará el derecho a la conservación del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad, por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo, si bien, en el precepto estatutario no aparece de forma diferenciada el distingo entre cargo público representativo, con la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo, excedencia forzosa, si bien, como referíamos anteriormente, será la dedicación y duración en el cargo el elemento determinante, pues la clave en la excedencia forzosa, más allá del elemento común de toda excedencia –de suspender la obligación de trabajar y la de retribución–, es el derecho a la reincorporación al reservado puesto de trabajo.

Resulta forzoso remarcar que la finalidad del instituto de la excedencia forzosa no es facilitar una doble carrera profesional, a los trabajadores incorporados a las Administraciones Públicas, sino evitar la ruptura o el impedimento de la carrera profesional que venían desarrollando, de forma que ésta no se vea entorpecida o trunca como consecuencia del desarrollo del cargo político. En la excedencia forzosa el interés protegido es la salvaguarda de los derechos del trabajador que opta a ocupar un cargo público, entre los que incluiremos, los cargos representativos o electivos; los cargos de designación política, los cargos orgánicos de ministros, secretarios, directores generales..., todos ellos tanto en el ámbito de la administración estatal, autonómica, o local.

Conviene ahora analizar la inclusión o no en los casos de cargos o empleos de gestión o asesoramiento, normalmente puestos de confianza, para concluir, como veremos que no pueden incluirse éstos como cargos públicos, por no serlo, pese al relieve social o incluso la consideración o rango obtenida por las propias facultades que el político delega en él, por ser personas que llevan a cabo una labor de apoyo sobre quienes desempeñan los cargos políticos<sup>1</sup>. Así, este colectivo no podrá incluirse en los supuestos de excedencia forzosa, sin ningún problema sobre la excedencia voluntaria, pues la excedencia forzosa se halla condicionada al ejercicio de un cargo público sin que sea susceptible de ampliación por analogía, toda vez que cuando se pasa a ocupar otro puesto de trabajo dentro del sector público, no se está ante una excedencia

---

<sup>1</sup> TS, Sala 4.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 2007. Recurso 3187/2006. RJ 2008/2769.

forzosa, sino voluntaria. A modo ejemplificador, no puede pasar a situación de excedencia forzosa quien prestando servicios como director en una empresa, cuyo capital social es enteramente público municipal, ha sido designado para desempeñar un alto cargo en la misma corporación municipal, tal y como entendió el TSJ de Madrid<sup>2</sup>. Es por tanto que se entiende por cargo público, no es el permanente burocrático de carrera, sino el político temporal o amovible que accede por elección, o por designación, o nombramiento de la autoridad competente, tal y como tiene establecido el Tribunal Supremo<sup>3</sup>, teniendo por tanto el derecho a la excedencia forzosa quienes ostenten estos cargos electivos en el ámbito provincial, autonómico o estatal, en los sindicatos más representativos [art. 9.1 b) LOLS y TC<sup>4</sup>].

### III. REINGRESO. DESPIDO NULO. DAÑOS MORALES.

El TSJ de Valencia<sup>5</sup> resuelve sobre una trabajadora la vulneración del derecho a participar en asuntos públicos, denegación a la reincorporación, tras su excedencia forzosa como cargo público de concejal de Ayuntamiento, abordando la sentencia la política discriminatoria sobre los excedentes en cargo público.

La trabajadora presta servicios por cuenta y orden de un banco, con antigüedad de 2 de noviembre de 2005 y salario diario de 70,78 euros, disfrutó de excedencia como concejal del Ayuntamiento de Alicante desde el 16 de junio de 2007 a 30 de noviembre de 2011, reincorporándose el 1 de diciembre de 2011; en fecha de 21 de septiembre de 2012 solicitó una nueva excedencia forzosa por ocupación de cargo público como concejal en dedicación exclusiva, a lo que la empresa accede en fecha de 25 de septiembre de 2012 con fecha de inicio y efectos de 1 de octubre de 2012 advirtiendo la obligación de solicitar el reingreso dentro del mes siguiente a la desaparición de la situación de excedencia.

La trabajadora en fecha de 7 de abril de 2015 remite comunicado a la Dirección de Recursos Humanos del Banco de Sabadell solicitando su reincorporación a partir de 13 de junio de 2015, y comunicando que permanecería en alta en el Ayuntamiento hasta el día anterior 12 de junio de 2015. La entidad demandada contestó al correo electrónico en fecha de 26 de mayo de 2015,

---

<sup>2</sup> TSJ de Madrid, Sentencia de 13 de febrero de 2009. Recurso 4536/2008. AS 2009/986.

<sup>3</sup> TS, Sala 4.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2000. Recurso 3631/1999. RJ 2000/8341.

<sup>4</sup> TC, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de octubre de 1994. Recurso Amparo 273/1993. RTC 1994/263.

<sup>5</sup> TSJ de Valencia, Sentencia de 21 de marzo de 2017. Recurso 3903/2016. AS 2017/759.

haciendo saber que no era posible el reingreso, por no disponer de ninguna vacante de categoría ni nivel profesional igual al que la trabajadora ostentaba antes de iniciar su excedencia, dando por extinguida su relación laboral con la entidad.

Durante los años 2015 y 2016, tres trabajadores extinguieron sus contratos en situación de excedencia forzosa por ejercicio de cargo público, sin que la demandante se encontrara incluida en el grupo de tres referido. La trabajadora demandante se sometió a cuatro tratamientos de reproducción asistida entre el 20 de enero de 2015 y 31 de noviembre de 2015 encontrándose en estado de gestación gemelar de 12+4 semanas aproximadamente.

La empresa alega la reestructuración por absorción de la entidad, y la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales; si bien a juicio de la Sala sí existen indicios de vulneración de derechos fundamentales, que se concretan en la negativa de la empresa a readmitir a una excedente forzosa por ejercicio de cargo público, y extinguir el contrato de trabajo alegando falta de puesto adecuado, denegando también la incorporación a los excedentes por cargo público, que cesaron en sus cargos con posterioridad a la fusión.

A juicio del TSJ, la simple denegación de la reincorporación por falta de puesto vacante, en el caso de excedencia forzosa por desempeño de cargo público, no implica una declaración automática de nulidad del despido, como sucede en otros supuestos especialmente protegidos por el legislador. Sin embargo, atendiendo al concreto caso y existiendo indicios discriminatorios, basados en la condición política, que no ideológica, de la trabajadora, corresponde a la empresa acreditar que no actuó con vulneración de estos derechos, y que se conservaba el derecho a la reserva del puesto de trabajo, porque cualquier medida extintiva, colectiva o individual adoptada por la empleadora, debía haber incluido a la trabajadora en iguales condiciones que el resto de la plantilla no excedente. Así queda acreditado que la empresa procedió a amortizar, con carácter previo a su reincorporación, los puestos reservados a varios excedentes forzosos por desempeño de cargo público, lo que supone un trato diferenciado de quienes estaban ejerciendo un derecho constitucional de participación, y produciéndose sobre la trabajadora un perjuicio, por trato diferenciado en su condición de cargo público, frente al resto de la plantilla afectada también.

Razona el tribunal de suplicación que la condición de excedente forzoso, por ejercicio de cargo público, no implica un blindaje frente a un proceso de reestructuración de plantilla, pues efectivamente como parte de la misma los trabajadores pueden verse afectados por los despidos derivados de la necesidad de amortizar plantilla, sin embargo, en este proceso el empleador no puede

hacer un tratamiento diferenciado, aplicando una política de inadmisión directa de los excedentes por cargo público, y vulnerando la garantía de estabilidad laboral que contempla el artículo 48 del ET, causando en consecuencia un perjuicio a la trabajadora que tiene su origen en el ejercicio de un derecho constitucional.

Respecto a los daños y perjuicios, que sí concede el juez de instancia, la Sala los evoca el artículo 179.3 de la LRJS, que establece que en la demanda se expresará la especificación de los daños y perjuicios, y el art. 183 del mismo texto legal, que obliga a la sentencia a pronunciarse sobre la indemnización solicitada, por la vulneración de derechos fundamentales, y por los daños y perjuicios sufridos, esto es los daños morales. Así, el tribunal de suplicación acude a la doctrina del Tribunal Supremo, sentencias de 2 de febrero de 2015<sup>6</sup> y de 26 de abril de 2016<sup>7</sup>, que establecen un amplio margen de discrecionalidad en la valoración de los daños morales y que *diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio la aplicación de parámetros objetivos*, por cuanto, ante la dificultad de traducir económicamente el daño, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia, por la redacción de los artículos referidos 179.3 y 183.3 de la LRJS, y estando los daños morales unidos a la vulneración de los derechos fundamentales, la estimación de éstos debe flexibilizarse en el sentido de establecer no solo una función resarcitoria sino de prevención general, por cuanto el importe del resarcimiento fijado prudentemente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido, cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable, siendo compatible la indemnización legal por despido y la indemnización por daño moral derivado de la lesión de un derecho fundamental.

Así las cosas, la sentencia de instancia condena a la cantidad de 48.080 euros por la ansiedad ocasionada por la pérdida de trabajo, y las oportunidades de desarrollo de su vida profesional, al ser apartada de la actividad laboral, pero sin embargo a juicio de la Sala, no constan circunstancias personales adicionales a la petición de reingreso y a la negativa de la empresa, calificada por la sentencia como un acto de despido nulo; y es por cuanto que como la sentencia de instancia argumenta de forma genérica, sin razonar siquiera la nulidad del despido, no justifica de manera clara las razones de su decisión, y la Sala entiende que con la consecuente readmisión y condena de la empresa al pago de los salarios de tramitación, no proceda un resarcimiento adicional,

---

<sup>6</sup> TS, Sentencia de 2 de febrero de 2015. Recurso 279/2013. RJ 2015/762.

<sup>7</sup> TS, Sentencia de 26 de abril de 2016. Recurso 113/2015. RJ 2016/1628.

toda vez, que la falta de incorporación al puesto de trabajo y los daños económicos y profesionales derivados se paliaron con el abono de los salarios de tramitación, que a juicio del tribunal de suplicación resarcen de por sí los daños morales, vaciando, de forma discutible, la condena adicional del juez de instancia.

#### IV. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha<sup>8</sup> resuelve el recurso interpuesto, contra la sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Albacete, en la que una persona que prestaba sus servicios como auxiliar administrativo obtiene excedencia forzosa por cargo público, siendo renovada en varias ocasiones. En fecha 13 de septiembre de 2015 solicita la concesión de excedencia forzosa con motivo de su nombramiento como personal eventual adscrito a la Diputación de Albacete, solicitud realizada con efectos de 3 de julio de 2015; habiendo previamente cesado como cargo público, y reingresando al puesto de trabajo pero volviendo a situación de excedencia a partir de 9 de julio de 2011.

La empresa remite burofax en fecha 21 de julio de 2015, en la que comunica que no tiene la consideración de cargo público, y por tanto la excedencia es voluntaria, ex artículo 46.2 ET y éste el objeto de suspensión del contrato de trabajo, y del tratamiento de su excedencia.

Cumplidos los trámites procesales previos, en el acto de juicio se contó con la testifical de una compañera, que manifestó ser nombrada en la Diputación cuatro años antes, y que las funciones del demandante eran de carácter político, siguiendo las directrices del partido, y poniendo en marcha programas como Dipualba. La sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Albacete estimó la excepción de prescripción de la acción alegada por la demandada y desestimó la demanda interpuesta, absolviendo a la demandada.

Frente a la sentencia se interpuso recurso de suplicación por la demandada, absuelta en la resolución de instancia, a lo que la recurrida invocó la falta de legitimación activa por haber obtenido sentencia favorable. La Sala desestima la pretensión argumentando de que el carácter favorable, o desfavorable de la resolución judicial se debe determinar estrictamente, en función de cómo repercute la resolución adoptada en la situación del justiciable.

---

<sup>8</sup> TSJCLM, Sentencia de 18 de octubre de 2017. Recurso 642/2017. JUR2017/290958.

Se recuerda por el tribunal de suplicación que como regla general, si la resolución beneficia al recurrente, no cabe reconocerle interés en la acción impugnatoria que pretende ejercer (TC 209/2005)<sup>9</sup>, y por tanto careciendo de legitimación para recurrir la parte absuelta en la instancia a la que no se ha impuesto condena alguna a su cargo, dado que ningún gravamen pesa sobre ella (jurisprudencia consolidada: TS de 22 de noviembre de 1989, RJ 8233; de 22 de 1 de enero de 1990, RJ 182; 9 de abril de 1990, RJ 3435 y 27 de febrero, RJ 9193; 2 de julio de 2002, RJ 2833). Si bien esta doctrina expuesta entiende la Sala que no puede ser aplicada con excesivo rigor, en cuanto a la valoración del interés de la parte en la generalidad de los casos, esto es, sin tener en cuenta las particularidades que en cada caso confluyan, como ha interpretado el Tribunal Supremo<sup>10</sup>, entendiéndose superada la doctrina por la que el carácter favorable de la resolución impide la interposición del recurso, y habilitando el acceso al mismo, en virtud de que si con carácter general, para poder recurrir en suplicación se tienen que dar los dos requisitos de haber sido parte en la fase declarativa o ejecutiva del proceso; y de haber sido afectado desfavorablemente por la resolución judicial recurrida, ambos se han considerado susceptibles de excepción o matización y dando cabida a quien no fue parte en la fase declarativa o ejecutiva del proceso, que ha dado lugar a la resolución judicial, pueda ser recurrente en suplicación y a quien pretende recurrir en suplicación habiendo sido parte en la instancia, y obtuvo una sentencia favorable.

Respecto a la prescripción, y en la revisión de hechos probados, interesa resaltar que en fecha 31 de agosto de 1999 le fue concedida excedencia forzosa, para ejercicio de cargo público, al haber sido elegido concejal en el Ayuntamiento de Hellín, manteniéndose en dicha situación hasta el 15 de junio de 2011, fecha en la cual comunicó su cese como cargo electo de concejal, solicitando su reincorporación a su puesto de trabajo en la Delegación de la empresa en Hellín. En fecha 21 de septiembre de 2015, la demandada remite burofax al por la que se comunica, como ya hizo en anteriores ocasiones y por motivos similares, que su situación legal no es la del artículo 46.1 ET, no teniendo dicho nombramiento la consideración de cargo público y por tanto siendo es improcedente la solicitud instada, entendiéndose que la situación es susceptible de considerarse como excedencia voluntaria, ex artículo 46.2 ET.

La Sala razona que nuestro Código Civil, superando la teoría de la *actio nata*, acepta la teoría de la realización, que sostiene que la acción ha nacido

---

<sup>9</sup> TC, Sala 2.ª, Sentencia de 18 de julio de 2005. Recurso de Amparo 6580/2003. RTC 2005/2009.

<sup>10</sup> Sentencia del TS de 10 de noviembre de 2004. Recurso 4531/2003. RJ 2005/743.

cuando puede ser realizado el derecho que con ella se activa, y si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiese ejercitarse, se daría el contrasentido de castigar al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la ley, pudiendo suceder que tal derecho ya quedara prescrito, lo cual es tan injusto como absurdo este criterio máxime cuando es criterio consolidado del TS que el artículo 1969 del Código Civil no habla de mantenimiento de la acción, sino que se inspira en el principio por el cual, para que opere la prescripción de las omisiones debe computarse el tiempo en que pudieron ejercitarse, y esto se interpreta como el tiempo es en el que pudieron físicamente lograr su total efecto.

Por lo expuesto, el tribunal concluye que ha quedado suficientemente acreditado, en la documental obrante y en la prueba practicada, que la parte recurrente únicamente solicitó su reincorporación a su primitivo puesto de trabajo cuando comunicó la finalización de su mandato como concejal electo del Ayuntamiento de Hellín, lo que significa que en sus posteriores comunicaciones, de 10 octubre de 2011 y la de 13 de julio de 2.015, en las que solicitaba el reconocimiento de la excedencia, se produjo la omisión del deber de reincorporación al puesto de trabajo, lo que hace que se impida entrar a valorar la naturaleza de la excedencia, forzosa o voluntaria, en el sentido de que la acción declarativa de derecho (reconocimiento de situación de excedencia forzosa) se encontraba prescrita.

## V. TRATAMIENTO: LA EXCEDENCIA FORZOSA Y POR CUIDADO DE HIJO

El Tribunal Superior de Justicia de Baleares en sentencia objeto de comentario <sup>11</sup> resuelve la cuestión procesal, cual es la legitimación de los trabajadores incluidos en el ámbito personal de un convenio colectivo para impugnar la validez de sus cláusulas, y la posibilidad de defensa de sus derechos e intereses legítimos de los afectados por dicho convenio, y el ejercicio ante el órgano jurisdiccional de la nulidad de cláusulas inaplicables, así como la naturaleza de la excedencia por cuidado de hijo y los trámites y formalidades de la misma, así como su equiparación con la excedencia forzosa.

El supuesto es el de una trabajadora que ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 24 de mayo de 2010, con la categoría de recepcionista y salario de 36,65 euros día, incluido el prorrateo de pagas ex-

---

<sup>11</sup> Sentencia del TSJB de 9 de octubre de 2014. Recurso 283/2014. AS 2015/32.

tras, siendo de aplicación el Convenio Colectivo del sector de las empresas de alquiler de vehículos sin conductor de Illes Balears.

La actora era fija-discontinua, habiendo trabajado en los siguientes intervalos temporales: del 24 de mayo al 10 de octubre y del 16 de octubre al 20 de noviembre de 2010 y del 15 de abril al 15 de octubre en el 2011, y en fecha de 14 de marzo de 2012 solicitó a la empresa demandada la reducción de jornada por cuidado de hijo menor y se habló con algún trabajador para modificar horarios, pero días más tarde procedió a solicitar la excedencia. En fecha 18 de abril de 2012 se acordó, previa solicitud por parte de la trabajadora, que la actora estaría en periodo excedencia laboral para cuidado de hijo menor desde el 16 de abril de 2012 al 15 de abril de 2013. El día 14 de marzo de 2013, vía wasap solicita una conversación personal y anuncia su reincorporación tras la excedencia.

La persona que recibe el mensaje estaba fuera de la isla, no llevaba el teléfono y no vio el mensaje hasta dos días después, si bien dicha persona no toma decisiones sobre excedencias y remite transcribiendo a la dirección de la empresa lo presentado por la trabajadora. La actora hizo constar por escrito presentado en el centro de trabajo el día 20 de marzo de 2013, su reincorporación el día 26 de abril de 2013 pidiendo en dicho escrito la reducción de jornada por cuidado de menor. La trabajadora recibió el 30 de abril de 2013 un burofax con el siguiente tenor literal que le participaba que al no haber solicitado conforme a dicho preaviso de un mes la vuelta a la empresa y en este caso al haber pasado el plazo, ha visto definitivamente extinguida su relación laboral por presentación extemporánea de la solicitud de reincorporación.

La trabajadora demandó, y la sentencia de instancia fue desestimada, por incumplimiento en el plazo de presentación de la solicitud formal, plazo de un mes previo a la reincorporación, que acarrea que la reclamación fuera considerada como impertinente, al producirse un desistimiento tácito irremediable, en aplicación del artículo 21 del Convenio Colectivo del sector de empresas de alquiler de vehículos sin conductor de las Islas Baleares, concluyendo que se había producido el desistimiento. Ambas partes, trabajadora recurrente y empresa recurrida, solicitan la alteración de hechos probados recogidos en la sentencia.

En primer término, la trabajadora interesa que se modifiquen los hechos probados para que conste que comunicó por escrito su reincorporación el día 26 de abril de 2013, el escrito fue presentado en el centro de trabajo el día 20 marzo 2013, y estaba datado con fecha de 14 marzo 2013, rubricado por la empresa sin anotación al respecto; por medio del referido escrito se solicitaba la reducción de jornada por cuidado de menor constando y también, en el

mismo comunicado se solicitaba la reincorporación con la modalidad de reducción de jornada por cuidado hijo menor, que es la situación familiar subyacente.

Por la defensa de la empresa, en fase de recurso, se interesa la supresión del inciso de que la excedencia era «para el cuidado de un hijo menor» y sostiene que no era para este tipo, sino que, aunque la demandante pidió la reducción de jornada por cuidado de un hijo en aquel mismo periodo y fue tratada esta solicitud, la excedencia era de tipo voluntario. La empresa mantiene principalmente, según su visión de parte, que estando ante una excedencia voluntaria, a tenor del artículo 21 del convenio colectivo, se produce el incumplimiento del plazo de preaviso por cuanto este supone un motivo suficiente para desestimar la demanda, sosteniendo además efectos formales y de técnica procesal, que deben ser rechazados por ser cuestiones que no pueden plantearse válidamente en fase de recurso, pues no han sido planteados en la instancia, y propugna rechazar de plano el motivo.

La Sala de Baleares, y sobre el derecho aplicado, para el tipo de excedencia a aplicar para proteger el cuidado de un hijo, equipara esta situación a los derechos propios de la excedencia forzosa, y lo hace con reglas específicas, invocando, su propia doctrina, sentencia de TSJ de fecha 4 julio 2007<sup>12</sup>, por equiparación respecto al cuidado de una madre enferma. También toma la Sala la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha<sup>13</sup>, que trata un caso de excedencia especial del artículo 46.3 del ET por cuidado de un hijo, similar al de análisis, para llegar a la conclusión final, la sala manchega de que el plazo exigido por la empresa era improcedente, y confirma el criterio del juzgador de instancia por entender que no puede prevalecer la exigencia de realizar la comunicación con un mes de antelación que establece el convenio colectivo, como requisito obligatorio para la reincorporación al trabajo a realizar dentro del primer año de excedencia por cuidado de hijo, toda vez que se está ante una situación especialmente protegida con derecho a la reserva del puesto de trabajo, y esta exigencia no se establece en el artículo 46 ET, por cuanto no puede ser empeorado el derecho y el régimen jurídico del Estatuto de los Trabajadores, ni por convenio colectivo, ni por contrato.

El TSJB parte de la situación de excedencia para el cuidado de un hijo, y lo hace desde la configuración legal propia por la que no puede desconocer, la índole especial de este tipo de excedencia, si bien razonando que la sentencia del juzgador de instancia acierta al exponer que el medio telefónico utilizado

---

<sup>12</sup> Sentencia del TSJB de 4 de julio de 2007. Recurso 241/2007. JUR 2007/308667.

<sup>13</sup> Sentencia del TSJCLM de 11 de octubre de 2005. Recurso 1209/2005. AS 2005/3187.

inicialmente por la demandante no surtió los efectos debidos, sobre todo y teniendo en cuenta que su destinatario no figuraba esos dos días en la empresa, de modo que debió asegurar la trabajadora la constatación de su voluntad de incorporarse, siendo este un acto insuficiente. La Sala entiende que los hechos y la cronología de los mismos no permite concluir que se asista ante un desistimiento nítido, teniendo en cuenta que su destinatario –que la sentencia de instancia señala como «transmisor» a la dirección–, podía haber corregido e informado del cauce adecuado de comunicación, -aun estando en tiempo-; y todo por que tan solo unos días después, y dentro del periodo del mes litigioso, la trabajadora presentó escrito formal ante la empresa informando de su situación y solicitando su reincorporación y reducción de jornada, constanding el acuse de firma de la empresa. Así, a juicio de la Sala, la empresa aún contaba con suficiente tiempo de organización propia, sin que conste ningún elemento distorsionador en este sentido, y sin embargo optó por el rechazo en función de un plazo que, en suma, no puede ser elemento determinante para la desestimación de la demanda por excedencia por cuidado de un hijo.

Razona la sentencia de suplicación que la excedencia para el cuidado de hijos merece especial protección, y se encuentra en un régimen jurídico cercano a la excedencia forzosa, con derecho a la reserva del puesto de trabajo, por lo que si el reingreso ha de solicitarse sin este condicionamiento temporal no pueden los convenios colectivos fijar requisitos no establecidos por la legislación, y todo en la medida que ha de ser respetada la jerarquía de fuentes del derecho establecida por el art. 9 de la Constitución Española y el artículo 3 del ET, y es por cuanto que el requisito restrictivo, desarrollado en el artículo 21 del convenio colectivo de aplicación, que establece un mes de antelación, sea vedado y por tanto no resulte admisible, por cuanto procede a la estimación del recurso presentado por la trabajadora, procediendo a proteger el derecho que deriva la custodia de un hijo, con el cuidado que comporta, y todo pese a que se articulara inicialmente una reducción de jornada, para seguidamente formalizar una excedencia para el cuidado de un hijo. Respecto a la inaplicación o vulneración del articulado del convenio colectivo sobre el Estatuto de los Trabajadores excediendo una regulación propia no prevista, se establece que la tutela a solicitar a los tribunales, para estos supuesto de nulidad, viene de la doctrina del Tribunal Constitucional, en concreto de la sentencia 56/2000<sup>14</sup>, que específicamente establece que el control abstracto de legalidad o validez de un convenio colectivo tiene tres vías: la impugnación de oficio atribuido a la autoridad laboral; el proceso especial de conflictos colectivos; y el proceso

---

<sup>14</sup> TC, Sala 2.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2000. Recurso Amparo 2875/1996. RTC 2000/56.

ordinario; y es por tanto, que en estos casos, la legitimación para impugnar el convenio, que se reserva a sujetos de carácter colectivo, no supone una falta de legitimación de los trabajadores incluidos en el ámbito personal de un convenio colectivo, quienes podrán impugnar la validez de sus cláusulas, por las vías procesales para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, como personas afectadas por el convenio, y quedando por tanto habilitados para reaccionar frente a concretas actuaciones de la empresa acudiendo al órgano jurisdiccional para que valore la posible nulidad.

## VI. DENEGACIÓN DEL DERECHO

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional<sup>15</sup> resuelve en fecha 13 de noviembre de 2017 la interpretación del convenio colectivo respecto al derecho a disfrutar de la excedencia forzosa por el cuidado de un hijo mayor de tres años que no pudieran valerse por sí mismos. Analizamos el supuesto:

La Resolución de 29 de junio de 2017 de la Dirección General de Empleo acordó registrar el convenio colectivo de Contact Center, estando representados las empresas del sector y los sindicatos por parte de la representación de los trabajadores. Por parte de Comisiones Obreras se planteó consultar a la comisión paritaria, para interpretación del convenio colectivo, planteando si el derecho a causante del derecho a excedencia por razón de edad, no solo incluía a las personas de edad avanzada, sino también a los menores que cumpliendo con el requisito de parentesco no pudieran valerse por sí mismos. Tras reunión de la comisión paritaria sin acuerdo, posteriormente el sindicato CGT se planteó la misma cuestión dado que la mayoría de las empresas estaban negando a los trabajadores la posibilidad de situarse en situación de excedencia para cuidado de un hijo menor aunque fuera mayor de tres años. En fecha 3 de agosto de 2017 se celebró procedimiento de Mediación sin acuerdo entre las partes, interponiéndose reclamación judicial en la que se solicita la declaración de los trabajadores la concesión de una excedencia con reserva de puesto de trabajo para cuidado de familiar cuando el sujeto causante sea un descendiente menor de edad, aun mayor de tres años.

La demanda utiliza para su defensa la sentencia del TSJ de Navarra de 23 de febrero de 2006<sup>16</sup>, estimatoria a sus pretensiones y de obligado estudio y análisis que de seguido desarrollamos. La Sala de Navarra confirma la senten-

---

<sup>15</sup> Sentencia de la AN de 13 de noviembre de 2017. Recurso 290/2017. JUR 2017/304510.

<sup>16</sup> Sentencia del TSJ de Navarra de 23 de febrero de 2006. Recurso 25/2006. AS 2006/988.

cia de instancia estimatoria del derecho a disfrutar la excedencia por cuidado de familiar, en la que la empresa impone al trabajador las vacaciones en el mes de julio, pese a que éste, desde el nacimiento de su hijo sí tenía quién le cuidara a su hijo en el mes de julio pero no en agosto, de ahí que realizara la elección de este mes para su descanso vacacional. El trabajador, ante la negativa de la empresa y la imposibilidad de solución en fecha 1 de julio de 2005 presentó solicitud de excedencia conforme al artículo 46.3 del ET, por cuidado de hijo, haciendo saber que al no poder valerse por sí mismo el menor, y la necesidad de su cuidado, se entiende obligado a instar este derecho de excedencia fijando como fecha de reincorporación el 8 de septiembre de 2005, a su vez el trabajador expresa en su carta comunicación-solicitud que ante que la ausencia de contestación por la empresa, se entendería concedido el derecho. La empresa en fecha 5 de julio de 2005 entrega carta comunicando que debido a las fechas en que se ha planteado la solicitud, la empresa no podrá contestar a la petición en el plazo que unilateralmente ha intentado establecer el trabajador, y que la falta de respuesta por parte de la empresa no equivaldrá a la concesión ni a la denegación de la excedencia solicitada, añadiendo que al encontrarse de vacaciones, caso de ser denegada su petición y en el supuesto de que no se pudiera poner en contacto con él, entendiéndose que si no se reincorporaba en fecha de 8 de agosto de 2005, se estaría ante una falta de asistencia sin causa justificada, susceptible de imponer medidas disciplinarias en su contra. El trabajador denunció ante la Inspección de Trabajo, quien contestó haciendo saber que su función no era la de interpretar la ley, siendo esta una facultad de los jueces, por cuanto no podía dar la respuesta que solicitaba al derecho objeto de ejercicio.

En fecha 21 de julio de 2005 la empresa remite nueva comunicación al actor en la que se le deniega la excedencia solicitada por considerar que no tiene derecho a la misma al tener el hijo del actor cinco años de edad, ni estar en tampoco en el supuesto de familiares personas adultas y de avanzada edad, añadiendo como argumento, que la concesión de la excedencia solicitada ocasionaría a la empresa una gravísimo perjuicio en el proceso productivo pues por razón de las vacaciones de la plantilla ya se habían organizado dos turnos de trabajo para el mes de agosto que se realizarían con el mínimo de trabajadores necesarios, por cuanto la falta de uno de ellos podría ocasionar la supresión de un turno de trabajo, lo que produciría el gravísimo perjuicio productivo y económico a la empresa. El demandante dejó de acudir a la empresa durante el período que solicitó como excedencia para cuidado del hijo de cinco años de edad, con período en el que atendió y cuidó a dicho hijo. El 25 de agosto de 2005 la empresa demandada comunica al actor la sanción de despido con

efectos de 25 de agosto de 2005, y ello por no haberse reincorporado a su puesto de trabajo después de la finalización de las vacaciones anuales en julio de 2005, y en concreto por no haber acudido a trabajar los días laborales comprendidos entre el 8 y el 24 de agosto ambos inclusive, sin justificación alguna (carta de despido que obra unido a los autos y que se da aquí por reproducida).

La esposa del demandante D.<sup>a</sup> Blanca presta sus servicios por cuenta de la empresa Master Navarra y Consulting, S.L., a jornada completa, en un puesto de alta responsabilidad dentro de la empresa, teniendo que atender a sus padres, de 90 y 85 años de edad, que se encuentran enfermos, por lo que gran parte de la responsabilidad del cuidado diario del hijo común del matrimonio recae sobre el demandante, además el demandante disfrutó de reducción de jornada por cuidado de hijo menor de edad, nacido el 7 de julio del 2000, desde el 1 de octubre de 2003.

La sentencia de instancia estimó la demanda declarando su derecho a disfrutar de una excedencia por cuidado de familiar durante el período comprendido entre el 8 de agosto y el 7 de septiembre de 2005, y frente al que se interpuso recurso de suplicación por la empresa. La Sala, tras diversas consideraciones de técnica procesal del recurso de suplicación, y entrando en el fondo del asunto invoca que la necesidad de conciliación del trabajo y la familia había sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social, y que la Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, y la Directiva del Consejo 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

Así, y efectuadas las anteriores consideraciones, se razona por el TSJ que aun cuando una primera lectura del precepto regulador, artículo 46 ET, podría hacer pensar que los sujetos causantes del derecho a la excedencia son distintos en ambos supuestos: el hijo recién nacido (menor de tres años), adoptado o acogido, en la excedencia regulada en el párrafo primero, y otro familiar, enfermo o desvalido, en el segundo, sin embargo una interpretación literal y, fundamentalmente, teleológica del precepto nos lleva a considerar que en los dos casos subyace una situación de desvalimiento de la persona causante del ejercicio del derecho, motivada por su edad, enfermedad o accidente, de tal forma que no existe obstáculo alguno para permitir el disfrute de la excedencia

solicitada por el demandante, pues un niño mayor de tres años es, sin duda, un familiar que por razón de edad no puede valerse por sí mismo, avalando su razonamiento en la interpretación de la Directiva 96/34/CE cuando prevé la concesión de un permiso parental para ocuparse del cuidado de hijos de «hasta ocho años» (cláusula 2.1). Es por tanto, que la Sala conforme al criterio del juez de instancia entiende que en la intención del legislador al regular la excedencia para el cuidado de familiares no estaba la de excluir el supuesto de atención a hijos mayores de tres años, y ello con independencia de que se hubiera disfrutado previamente de la excedencia prevista en el párrafo primero del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores para la atención o cuidado de hijos, pues ambas excedencias son compatibles y susceptibles de ser disfrutadas de forma sucesiva, por cuanto desestima el recurso, confirmando la de instancia otorgando el derecho.

Una vez realizada la abstracción y análisis de la sentencia de soporte para la presente acción, centramos la cuestión en la problemática relativa a la excedencia por cuidado de familiares y el convenio colectivo de Contact Center, disponiendo éste en su artículo 31.2 que

«2. Excedencia por cuidado de familiares.

2.1 Se tendrá derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para aprender el cuidado de cada hijo o hija, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

2.2 También se tendrá derecho a un período de excedencia de duración no superior a dos años, para atender al cuidado de parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida.»

La Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, amplió la duración de la excedencia para atender el cuidado de un familiar hasta segundo grado a dos años, en redacción que conserva el Estatuto de los Trabajadores vigente de 2015, así se contemplan dos supuestos diferentes de excedencia para atender el cuidado de familiares: el primero para el cuidado de cada hijo, tanto por naturaleza como por adopción, y en los supuestos de acogimiento –permanente o preadoptivo–, y que tendrá una duración no superior a tres años, en el que el trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo, durante el primer año (efecto asimilable al de la excedencia forzosa), y durante el resto del tiempo «la reserva quedara referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente»; y un

segundo supuesto, contemplado en el 46.3 del ET, que es el previsto para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida, con duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva.

Se puede apreciar, conforme se ha expuesto, que los sujetos causantes de una y otra excedencia son distintos, estamos ante dos supuestos claramente diferenciados en los que los sujetos causantes de una y otra clase de excedencia son distintos, a excepción de aquellos casos en que la excedencia cuya aplicación se pretende esté motivada por la atención de un hijo sea o no menor de edad, que por razón de accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñen actividad retribuida-único supuesto en que el sujeto causante sería el mismo.

Para la AN es evidente que la situación de protección del menor a causa de su edad está expresamente protegida por medio de la excedencia específica para el cuidado de hijos, que llega hasta un máximo de tres años, si bien entiende que no pueda utilizarse el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 46.3 para eludir el límite establecido en el primer párrafo, pues si en el primer párrafo del artículo 46.3 se ha establecido un límite de tres años para los hijos, no es dable soslayar ese límite acudiendo la excedencia del segundo párrafo de este precepto cuando se trate de hijos que no estén enfermos, accidentados ni discapacitados, debiendo, a su juicio, que ha de entenderse de estar ante medidas protectoras diferentes que responden a distintas situaciones; por cuanto la excedencia por cuidado de hijo es de carácter específico frente a la excedencia genérica por cuidado de familiares hasta el segundo grado que no tiene límite de edad.

Por otra parte, también diferencia entre excedencia de una y otra clase el precepto del convenio colectivo de cuya interpretación se trata, incluyendo un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender el cuidado de cada hijo o hija, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa en tanto que el segundo regula la excedencia para atender al cuidado de parientes de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida, es decir tanto legislador como los firmantes del convenio colectivo quisieron distinguir entre una y otra clase de excedencia y marcaron el límite temporal para la excedencia por cuidado de hijos en tres años, que si bien puede mostrarse insuficiente en aras a conciliar la vida laboral y familiar, la implantación de

otro superior no puede obtenerse en esta sede, siendo un límite temporal establecido conforme a la Directiva del Consejo 2010/18/UE (LCEur 2010, 334) relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental que derogó la Directiva 96/34/CE (LCEur 1996, 1756), puesto que el permiso parental por motivo de nacimiento y adopción que esta contempla puede extenderse hasta los ocho años, debiendo ser el Estado el que defina los límites.

Se desestima la demanda conforme al criterio e interpretación expuesto del artículo 46.3 del ET y de los artículos 31.2.1 y 31. 2.2 del Convenio Colectivo de Contact Center, desde una perspectiva sistemática, literal y finalista de las normas mencionadas, referenciando otras sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, como el del País Vasco<sup>17</sup>, conforme a su criterio, y apostillando finalmente la resolución de la AN que el precepto del convenio colectivo del sector de Contact Center de cuya interpretación se aborda no ha sido modificado en su redacción en los sucesivos convenios colectivos, para finalmente indicar que se aparta del criterio de la sentencia del TSJ de Navarra de 23 de febrero de 2006, sentencia comentada, de la que la Sala no comparte parecer.

---

<sup>17</sup> Sentencia del TSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2017. Recurso 226/2017. AS 2017/134335.



# EXCEDENCIA VOLUNTARIA

ANTONIO FOLGOSO OLMO

Abogado

Doctorando del Programa de Doctorado «Sociedad, Desarrollo y Relaciones Laborales» (Universidad de Murcia)

SUMARIO: I. *La excedencia voluntaria*. 1. Requisitos para el ejercicio del derecho. 2. Situación de excedencia voluntaria. 3. Prórroga y reincorporación. 4. Cuestiones problemáticas en cuanto a la existencia de vacantes. 5. Consecuencias de la negativa injustificada de la empresa a la reincorporación.–II. *La excedencia para cuidado de hijos y de familiares*. 1. Características comunes. 2. La excedencia por cuidado de hijos. 3. La excedencia por cuidado de familiares. 4. Ejercicio del derecho. 5. Compatibilidad con el trabajo. 6. Reincorporación tras la excedencia y consecuencias de la negativa.

En el presente capítulo se analizan las instituciones de la excedencia voluntaria y de la excedencia por cuidado de hijos y familiares, examinándose la naturaleza de ambas modalidades, el mecanismo para su solicitud y reincorporación posterior a la misma, así como la determinación de las vías judiciales que se abren para resolver los conflictos que puedan existir. Para ello, se realiza un estudio sobre los principales pronunciamientos judiciales recaídos en la materia desde la aprobación de la LOI hasta la fecha.

## I. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

La excedencia voluntaria constituye un supuesto atípico de suspensión del contrato de trabajo, durante el cual el trabajador no tendrá obligación de

prestar servicios para el empresario que, a su vez, no tendrá obligación de retribuir al trabajador por los mismos.

El artículo 46 ET regula el estatuto jurídico de la excedencia voluntaria, si bien partiendo del carácter mínimo de dicha ordenación, ya que su apartado sexto prevé que tal situación podrá extenderse a otros supuestos, en atención a lo pactado en la negociación colectiva, con el régimen y efectos que allí se prevean, pudiendo completar, especificar o mejorar lo dispuesto en el ET<sup>1</sup>, siendo también posible la creación de nuevos tipos de excedencias, incluso con reserva de puesto de trabajo<sup>2</sup>.

Además, en tanto que provoca una alteración de la normalidad laboral, exige que las normas que regulan su ejercicio sean interpretadas en su estricto sentido<sup>3</sup>.

## 1. Requisitos para el ejercicio del derecho

Los requisitos para su ejercicio se establecen en el apartado segundo del artículo 46 ET: el primero, positivo, consistente en ostentar, al menos, una antigüedad en la empresa de un año; el segundo, negativo, que impide ejercerlo hasta que no transcurran cuatro años de la anterior excedencia voluntaria solicitada; y el tercero, en cuanto a su duración, que no podrá ser inferior a cuatro meses ni superior a cinco años, siendo esta una de las novedades incorporadas por la LOI. El plazo mínimo anterior a la misma es de dos años.

No obstante, la exigencia de una determinada antigüedad en la empresa se trata de una cuestión que actualmente viene siendo discutida por la doctrina judicial, entendiéndose que, pese al texto de la norma, no puede ser considerado un requisito suficiente para denegar la excedencia, ni tampoco por el tipo de contratación, no siendo óbice la existencia de una contratación temporal<sup>4</sup> o fija-discontinua<sup>5</sup>, en aplicación de la Directiva 99/70/CE relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

---

<sup>1</sup> STS de 17 de octubre de 2012, RCU 4009/2011.

<sup>2</sup> STSJ de Aragón, núm. 207/2010 de 17 de marzo, rec. 113/2010 o STSJ de las Islas Baleares, núm. 48/2018 de 31 de enero, rec. 169/2017, abordándose no obstante en esta última las consecuencias que de tal declaración (no) deberían extenderse a un tercero de buena fe.

<sup>3</sup> STS de 23 de julio de 2010, RCU 95/2010.

<sup>4</sup> STSJ de Castilla y León, Burgos, núm. 20/2018, de 24 de enero, rec. 772/2017.

<sup>5</sup> STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2018, rec. 5203/2017, en relación con la STC 149/2017, de 18 de diciembre.

El trabajador tiene que formular la solicitud, no pudiendo acceder a su disfrute hasta que le sea reconocido por parte de la empresa. Por tanto, no puede darse por hecha la concesión por el mero silencio de la empleadora, exigiéndose un reconocimiento empresarial<sup>6</sup>. La razón de ser de dicha exigencia es doble: dota al trabajador de seguridad jurídica en orden a justificar sus ausencias al trabajo y permite que el empleador adopte las medidas adecuadas para sustituirlo.

Además, y aunque la norma inicialmente no lo prevé, al amparo del carácter mínimo de la regulación legal, puede exigirse que la solicitud de su ejercicio se formule con una determinada antelación (preaviso) cuando así lo disponga la normativa convencional<sup>7</sup>.

En el ámbito de la negociación colectiva, también puede limitarse el disfrute del derecho en otros aspectos como, por ejemplo, restringiendo su ejercicio simultáneo por varios trabajadores<sup>8</sup>.

## 2. Situación de excedencia voluntaria

La excedencia voluntaria no otorga un derecho incondicional a la reincorporación, ejercitable de manera inmediata cuando el trabajador exprese su voluntad de regreso o cuando concluya su duración pactada; es decir, no existe un derecho a la reserva del puesto de trabajo (como en el caso de las excedencias forzosas o las excedencias voluntarias especiales, que se analizan más adelante). En su lugar, se conserva un derecho potencial o expectante, un derecho preferente al reingreso (en los términos del apartado quinto del art. 46 ET), condicionado a la existencia de vacante en la empresa.

Este tratamiento legal diferenciado respecto del resto de las causas de excedencia tiene su fundamento en la ausencia (a priori) de causas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, amparándose la voluntaria en el mero interés personal o profesional del trabajador, digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica la conservación del puesto de trabajo a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa<sup>9</sup>.

Como consecuencia de ello, a diferencia de las excedencias forzosas o las derivadas de guarda legal o cuidado de familiares, no se considera que la mera

---

<sup>6</sup> STSJ del País Vasco, núm. 2384/2014 de 9 de diciembre, rec. 2367/2014.

<sup>7</sup> STS de 18 de mayo de 2010, RC 171/2009.

<sup>8</sup> STS de 18 de mayo de 2010, RC 171/2009.

<sup>9</sup> STS de 25 de octubre de 2000, RCU 3606/1998.

situación de excedencia voluntaria merezca una especial protección a nivel constitucional. Así, se ha entendido que, en el marco de una medida de ajuste colectivo, el criterio de permanencia, que prima a los trabajadores en activo frente a trabajadores excedentes, no resulta a priori discriminatorio<sup>10</sup>.

De este modo, el trabajador no ostenta un derecho a reincorporarse de forma inmediata, sino un mero derecho expectante. Esto implica que, por ejemplo, en caso de extinción colectiva de las relaciones laborales (al amparo del art. 51 ET), no se considera que el excedente pierda su puesto de trabajo, sino tan solo dicha expectativa; por tanto, no tiene derecho a la indemnización legalmente prevista, cuya finalidad es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño le proporciona. Este daño no es el que se produce cuando la pérdida es del derecho expectante. El trabajador contratado para ocupar el puesto de trabajo tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando este se amortice. En cambio, no tendrá derecho a ella quien estando excedente por propia decisión, no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque esta ha cesado en su actividad<sup>11</sup>.

Esa expectativa de derecho tampoco ampara el devengo de aquellos derechos previstos colectivamente cuyo nacimiento exija la previa reincorporación efectiva. Ni aún en el caso de que esta no se produzca por una negativa empresarial declarada judicialmente improcedente, que se asimila al despido en sus consecuencias –la rescisión indemnizada del contrato–, podrá presuponerse la existencia de una prestación de servicios efectivos tras la excedencia ya que, realmente, estos no han tenido lugar. No puede estimarse que la empresa obre fraudulentamente al no optar por la readmisión, ya que ello puede deberse a múltiples causas, sin que el mero hecho de dar por rescindido el contrato pueda tener connotaciones diferentes a las que ese acto significa, salvo que concurren otros indicios<sup>12</sup>, como podría ser que la actuación empresarial encubre una práctica lesiva de derechos fundamentales.

Además, la mera situación de excedencia, por sí misma, no tiene efectos respecto de la naturaleza de la contratación temporal formalizada, alterando la duración de la misma. En consecuencia, el trabajador temporal podrá encontrarse que, llegado el vencimiento de la misma, el puesto de trabajo no exista, lo que dejaría sin efecto su expectativa de derecho<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> STS de 20 de mayo de 2015, RC 290/2014.

<sup>11</sup> SSTs de 22 de enero 2008, RCUD 806/2007, de 24 de junio de 2008, RCUD 1990/2007 y de 31 de enero de 2008, RCUD 5049/2006.

<sup>12</sup> STS de 3 de noviembre de 2008, RCUD 2879/2007.

<sup>13</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 529/2017 de 18 de abril, rec. 691/2016.

El derecho expectante tendrá entidad mientras la vacante exista o pueda existir, manteniéndose vigente, y ello aunque puedan producirse fenómenos como la sucesión de empresas. En este caso la nueva empresa debe subrogarse en las obligaciones que la anterior ostentaba respecto del trabajador excedente, reconociendo la expectativa de derecho que tenía, y sin que a ello pueda obstar que la empresa saliente haya incumplido su deber de información a la entrante en relación con la excedencia, lo que no puede proyectarse negativamente sobre la esfera jurídica del titular del derecho expectante<sup>14</sup>.

Por otra parte, al no existir derecho a la reserva de puesto de trabajo, el empresario puede disponer de la plaza vacante de la forma que considere más adecuada a sus intereses: reasignando a otros trabajadores las tareas o cometidos laborales que integraban el puesto de trabajo del excedente<sup>15</sup>, reasignando sus funciones a otros puestos de trabajo<sup>16</sup>, redistribuyendo tareas<sup>17</sup>, amortizando los puestos del departamento<sup>18</sup>, externalizando las funciones<sup>19</sup>, etc. Incluso puede acordarse la amortización del puesto de trabajo durante la excedencia y, al no venir legalmente obligada la empresa a reservarlo, tal decisión ha de considerarse ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo<sup>20</sup>.

Asimismo, y dado que el contrato no se encuentra suspendido, no cabe la contratación de un trabajador interino para cubrir dicho puesto, en tanto que el artículo 15.1.c) ET condiciona el recurso a esta modalidad contractual cuando se trate de «sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo», además de cumplir ciertos requerimientos formales sobre identificación de la persona sustituida y de la causa de ello. Por otro lado, «la conservación del puesto» se predica de la excedencia forzosa o la vinculada al cuidado de familiares, mientras que la voluntaria solo da derecho «al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa». En consecuencia, sin trabajador cuyo contrato se suspenda y conserve la reserva del puesto de trabajo tampoco es posible la celebración de un

<sup>14</sup> STSJ de Cataluña núm. 2219/2016 de 13 de abril, rec. 899/2016.

<sup>15</sup> STS de 14 de febrero de 2006, RCUd 4799/2004.

<sup>16</sup> STS de 21 de enero de 2010, RCUd 1500/2009.

<sup>17</sup> STS de 15 de junio de 2011, RCUd 2658/2010.

<sup>18</sup> STS de 30 de abril de 2012, RCUd 2228/2011.

<sup>19</sup> SSTS de 30 de noviembre de 2012, RCUd 3232/2011, de 15 de marzo de 2013, RCUd 1693/2012, de 11 de julio de 2013, RCUd 2139/2012, de 17 de septiembre de 2013, RCUd 2140/2012.

<sup>20</sup> SSTS de 30 de abril de 2012, RCUd 2228/2011, de 30 de noviembre de 2012, RCUd 3232/2011, de 15 de marzo de 2013, RCUd 1693/2012, de 11 de julio de 2013, RCUd 2139/2012, de 17 de septiembre de 2013, RCUd 2140/2012.

contrato de interinidad clásico, lo que convertiría a este en un contrato en fraude de ley (art. 15.3 ET)<sup>21</sup>.

Debe señalarse que durante la situación de excedencia pueden persistir determinadas obligaciones convencionales para el trabajador, tales como la prohibición de concurrir, durante dicha situación, con la misma actividad de la empresa, so pena de perder el derecho expectante<sup>22</sup>.

### 3. Prórroga y reincorporación

Salvo que la negociación colectiva lo prevea, al vencimiento de la excedencia voluntaria no existe un derecho subjetivo a su prórroga<sup>23</sup>, ni tan siquiera cuando la empresa en ocasiones anteriores la hubiera concedido respecto de la misma situación de excedencia, al no suponer esto por sí mismo derecho alguno, ni tener naturaleza de condición más beneficiosa, ni suponer un pacto de la empresa con el trabajador, tratándose de un acto de mera liberalidad del empleador, que se agota en el acto mismo de concesión de las prórrogas previas, pero que no se proyecta hacia el futuro<sup>24</sup>.

En consecuencia, la única posibilidad que le queda al trabajador que desee mantener su puesto de trabajo es solicitar –antes de su conclusión– la reincorporación al mismo, en cuyo caso el derecho expectante podrá ejercitarse de manera inmediata solo cuando exista vacante adecuada (de igual o similar categoría) y disponible en la empresa<sup>25</sup>; si no existiese dicha vacante, tras solicitar el trabajador el reingreso, el contrato se mantendrá en suspenso hasta que aparezca una adecuada, ostentando mientras tanto el trabajador tan solo un derecho preferente a reincorporarse.

En virtud de lo establecido en la negociación colectiva, esta solicitud de reincorporación puede verse sujeta a la necesidad de llevar a cabo un determinado preaviso, siendo lícita la estipulación que anuda a su inobservancia el cese definitivo de la relación de trabajo<sup>26</sup>. No obstante, la mera inclusión en el convenio de la obligación de preavisar, sin concreción de las consecuencias de su omisión, no permite concluir que la extinción del vínculo sea la consecuencia procedente, traducándose el incumplimiento del preaviso tan solo en una

---

<sup>21</sup> STS núm. 607/2016 de 5 de julio, RCUd 84/2015.

<sup>22</sup> STSJ de Madrid, núm. 156/2018 de 14 de febrero, rec. 1398/2017.

<sup>23</sup> STS de 23 de julio de 2010, RCUd 95/2010.

<sup>24</sup> STS de 20 de junio de 2011, RCUd 2366/2010.

<sup>25</sup> STS de 21 de enero de 2010, RCUd 1500/2009.

<sup>26</sup> STS de 18 de septiembre de 2002, RCUd 316/2002.

moratoria para la empresa equivalente a dicho plazo y, desde luego, siempre que la solicitud se efectúe antes de finalizar la excedencia concedida<sup>27</sup>.

Tras solicitar el trabajador la reincorporación, tres son las posibles respuestas empresariales: ofrecer la reincorporación, rechazar esta posibilidad invocando la inexistencia de vacantes (o guardando silencio) o negar el derecho a la reincorporación en términos absolutos.

En cuanto a la primera posibilidad, si el empresario ofrece el reingreso, el trabajador se encontrará obligado a aceptarlo, considerándose en caso contrario que abandona el puesto de trabajo. Ese reingreso será a su puesto de trabajo, pero debiendo tenerse en cuenta que el trabajador viene a ocupar una vacante, sin que se produzcan las consecuencias propias que tendrían lugar en caso de haber existido una auténtica reserva de puesto de trabajo. En este sentido, algunos pronunciamientos han apreciado que el trabajador fijo discontinuo que solicita una excedencia no tendrá derecho a integrarse tras su reingreso en la lista de fijos discontinuos con el número de preferencia que tenía antes de la misma, sino ocupando el último lugar de la lista<sup>28</sup>.

Por otra parte, se ha entendido que el trabajador en excedencia voluntaria con contrato indefinido no está obligado a aceptar la reincorporación si se le ofrece para cubrir un puesto con carácter temporal<sup>29</sup> –pero si lo acepta ello no supone la modificación de la primitiva prestación de servicios, convirtiendo en temporal una relación indefinida<sup>30</sup>–, de manera que persiste su derecho expectante a la reincorporación al mismo puesto de trabajo o a otro de igual o similar categoría<sup>31</sup>.

Además, se entiende que la negativa de la empresa a incorporar laboralmente a un trabajador en la misma plaza en la que prestaba sus servicios y ofreciendo la reincorporación en una localidad diferente –que le implique cambiar de domicilio– no supone la dimisión o renuncia del trabajador que se niega a reincorporarse en el puesto ofrecido, manteniendo el derecho expectante a reincorporarse en las condiciones previstas en el convenio colectivo<sup>32</sup>, sin necesidad de verse obligado a reiterar su disposición a reincorporarse<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> STS de 24 de febrero de 2011, RCU 1053/2010.

<sup>28</sup> STSJ de Murcia núm. 662/2013 de 24 de junio, rec. 1064/2012.

<sup>29</sup> STS de 26 de junio de 1986.

<sup>30</sup> STSJ de Murcia de 2 de octubre de 1992, STSJ del País Vasco de 6 de julio de 1993, rec. 789/1993 y STSJ de Baleares núm. 309/1994, de 26 de septiembre de 1994.

<sup>31</sup> STSJ de La Rioja núm. 110/2012 de 11 abril, rec. 95/2012.

<sup>32</sup> STS 618/2017 de 13 de julio, RCU 2779/2015 o STS 795/2017, de 11 de octubre, RCU 3142/2015.

<sup>33</sup> STS de 4 de febrero de 2015, RCU 521/2014.

Debe distinguirse, por otra parte, entre las dos posibilidades restantes, lo que resultará fundamental en cuanto a la determinación de la acción a ejercitar. Hay que diferenciar así, de un lado, entre las situaciones de negativa rotunda e irrevocable de la empresa al reingreso solicitado por el trabajador, lo que viene a suponer la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con el mismo, en cuyo caso la acción a ejercitar es la de despido; y de otro lado, la mera omisión de respuesta a la solicitud de reingreso o el reconocimiento del derecho expectante, aplazando de este último para el momento en que se produzca vacante adecuada para la categoría y puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador excedente, en cuyo caso la acción a ejercitar por el trabajador que discrepe de la actuación empresarial es la del reconocimiento del derecho al reingreso<sup>34</sup>.

Para el caso de que por la empresa se negase en términos absolutos el derecho a la reincorporación o la conservación del derecho expectante, la acción a ejercitar sería la de despido, habiéndose entendido en un primer momento que, en caso de declararse su improcedencia, no procedería el abono de salarios de tramitación<sup>35</sup>.

No obstante, con posterioridad la Jurisprudencia ha considerado que cuando existe una voluntad del trabajador de reincorporarse y se dan las condiciones para ello, la relación cobra vitalidad en dos fases: la primera (dependiente de una condición), hasta que se materialice el derecho preferente a la vacante, etapa en la que el trabajador no genera derecho alguno en materia de salarios, prestación de servicios y antigüedad; la segunda, a partir de producirse tal materialización, no existiendo ya entonces diferencia en cuanto a tales aspectos entre un trabajador excedente y uno en activo, debiendo resultar las mismas consecuencias. Por su parte, cuando la declaración de despido improcedente se produce a raíz de la negativa empresarial a reconocer la conservación del derecho expectante, pese a existir vacante adecuada, se sitúa al trabajador excedente en una posición idéntica a la que ocupa el trabajador al que se deniega el reingreso existiendo una vacante actual, al menos, en cuanto a los parámetros que servirán para modular el daño causado, que se origina desde el momento en que la empresa, por su propia autoridad, acuerda hacer inoperante el derecho al reingreso. En consecuencia, la situación del trabajador excedente es análoga a la del trabajador en activo injustamente despedido, con obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos (bajo la forma de sa-

---

<sup>34</sup> STS de 22 de noviembre de 2007, RCUd 2364/2006.

<sup>35</sup> SSTs de 12 de julio de 2010, RCUd 3282/2009 y de 3 de mayo de 2011, RCUd 3453/2010.

larios de tramitación o de indemnización compensatoria y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido)<sup>36</sup>.

Si el empleador se limita a declarar la inexistencia actual de la vacante, pero el trabajador entiende que la misma sí existe, este podrá accionar contra esa decisión, debiendo acudir para ello al procedimiento ordinario previsto en el LRJS. La situación a valorar es, en consecuencia, la existente en el momento en que debía producirse la reincorporación y la posterior a dicha fecha, pero no la anterior. Así, que se encuentre vacante el puesto de trabajo en el momento de la solicitud de reingreso que se realiza con anticipación a la fecha del mismo no implica para la empresa la obligación de no cubrir el mismo hasta que finalice la excedencia<sup>37</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, podrá accionar tanto el trabajador que solicita el reingreso recibiendo la negativa de la empresa pese a existir una vacante, como el que solicita el reingreso manifestando el empleador que no hay vacante, pero cubriendo a posteriori plazas acordes con la categoría del trabajador excedente (lo que evidencia la existencia de necesidad de mano de obra permanente). En ambos casos, el trabajador podrá acudir a los tribunales, solicitando la atención a su pretensión ante las situaciones que se produjeran a partir de dicho momento, que se llevan a cabo prescindiendo del derecho al reingreso<sup>38</sup>.

#### 4. Cuestiones problemáticas en cuanto a la existencia de vacantes

Para determinar la existencia de vacante hay que atender al significado literal del término que, referido a un cargo o empleo, quiere decir pura y simplemente que está sin proveer, lo que habrá que poner en relación (en atención al último inciso del art. 3.1 CC) con el espíritu y finalidad de la norma en que está inserta<sup>39</sup>.

Se ha debatido con reiteración en sede judicial qué situaciones permiten entender, pese a la negativa empresarial, que existe una vacante que justifique el derecho del trabajador a la reincorporación. A este respecto debe recordarse que es doctrina pacífica que la carga de la prueba sobre la inexistencia de va-

---

<sup>36</sup> SSTS de 19 de diciembre de 2011, RCUd 218/2011, de 11 de junio de 2012, RCUd 3860/2011.

<sup>37</sup> STSJ de Madrid núm. 210/2016 de 2 de marzo, rec. 10/2016.

<sup>38</sup> STS de 12 de febrero de 2015, RCUd 322/2014.

<sup>39</sup> STS de 16 de marzo de 1988.

cante adecuada corresponde al empresario porque, en definitiva, la alegación de inexistencia de vacante opera como hecho impeditivo de la pretensión<sup>40</sup>.

Asimismo, la existencia de vacante no debe determinarse en función de la denominación formal de la categoría profesional sino del contenido funcional del puesto<sup>41</sup>. En este sentido debe tenerse en cuenta la modificación que ha sufrido el sistema de clasificación profesional con la entrada en vigor del RD-L 3/2012 de 10 de febrero y, en especial, en cuanto a la determinación del grupo profesional como elemento fundamental de dicho sistema, en perjuicio del concepto de categoría. El hecho de que tal modificación no haya sido llevada a la actual redacción de la normativa que regula la excedencia voluntaria no debe impedir que se entienda que el reingreso debe producirse en las condiciones correspondientes en virtud del sistema de clasificación profesional vigente en la empresa, es decir, no limitándose exclusivamente a los puestos de categoría similar, pudiendo ampliarse al resto de los del mismo grupo<sup>42</sup>. Deberá atenderse, de igual manera, a las posibilidades previstas en el convenio colectivo en cuanto a la flexibilidad interna, posibilidades de movilidad geográfica débil, etc.

Partiendo de lo expuesto, se ha considerado que existe vacante cuando tras la solicitud de reingreso la empresa realiza contrataciones temporales de la misma categoría que la del trabajador excedente. En este caso la empresa debe acreditar que las mismas se deben exclusivamente a la concurrencia de especiales circunstancias productivas de carácter transitorio, que deben ser cubiertas con esa modalidad contractual y que impiden el reingreso de un trabajador fijo de igual categoría profesional, porque no se trata de necesidades permanentes y propias de la actividad habitual de la misma<sup>43</sup>, apreciándose en caso contrario la existencia de la vacante.

Del mismo modo, también se aprecia la existencia de vacante en los supuestos en que se procede a la conversión de trabajadores temporales en indefinidos<sup>44</sup>.

Por el contrario, no se considera que exista vacante en el supuesto de existir contrataciones a tiempo parcial o temporal, que exigirían la novación del contrato del actor (a tiempo completo e indefinido)<sup>45</sup>. Cuestión distinta sería que la conversión de varios contratos a tiempo parcial en contratos a

---

<sup>40</sup> STS de 6 de octubre de 2005, RCU 3876/2004.

<sup>41</sup> STS de 21 de enero de 2010, RCU 1500/2009 y STSJ de Canarias núm. 432/2013, de 18 de junio, rec. 113/2012.

<sup>42</sup> STSJ de Andalucía, Granada, núm. 209/2018, de 25 de enero, rec. 2108/2017.

<sup>43</sup> SSTSJ de Cataluña núm. 1748/2014 de 7 de marzo, rec. 6097/2013 y 1437/2017, de 24 de febrero, rec. 7141/2016.

<sup>44</sup> STS de 12 de febrero de 2015, RCU 322/2014.

<sup>45</sup> STS núm. 935/2017, de 28 de noviembre, RCU 3844/2015.

tiempo completo alcanzase el cómputo correspondiente a la del puesto vacante<sup>46</sup>. No obstante lo anterior, algún pronunciamiento ha entendido que la actuación más ajustada a la finalidad de la norma pasaría por ofrecer al trabajador excedente la posibilidad de cubrir una vacante temporal, antes de ofrecerla a una persona ajena a la empresa, aunque fuera con esa condición de temporalidad, pudiendo el trabajador rechazar dicha oferta, manteniendo su expectativa de reingreso<sup>47</sup>.

Tampoco se ha considerado que exista vacante en los supuestos en que, tras la solicitud de excedencia del trabajador, se producen extinciones de contratos de otros trabajadores cuyas bajas no son cubiertas por otros distintos. Se razona que en la empresa privada no hay ninguna norma legal que imponga con carácter general al empresario la obligación de cubrir los puestos de trabajo que resulten vacantes, a salvo de las obligaciones que en esta materia puedan establecer los convenios o pactos colectivos, o las especiales circunstancias concurrentes en casos específicos, por ejemplo, los contratos de relevo. Al margen de estas situaciones singulares, el empleador puede adoptar la posición de no cubrir una vacante, sin que por ello el trabajador excedente tenga derecho a solicitar su asignación, por mucho que las funciones correspondientes a dicho puesto sean asignadas a otros trabajadores o, incluso, externalizadas<sup>48</sup>.

No se aprecia que exista vacante adecuada que justifique el reingreso en caso de que la misma se corresponda con la de un trabajador en excedencia forzosa o por cuidado de hijos o familiares, para cuya cobertura se formalicen contratos de interinidad. Entender lo contrario supondría dar al traste con la reserva de puesto del excedente forzoso efectuada por la empresa para el cumplimiento de su obligación, dificultando así el derecho de reserva y que puede obligar a la empresa, en último extremo, a crear un puesto de trabajo del que no dispone ni necesita si en la empresa no existe un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente a la finalización de la excedencia<sup>49</sup>.

Por otra parte, no se ha entendido que la realización de una oferta de empleo público donde aparezca el puesto que anteriormente venía siendo desempeñado por el trabajador excedente determine necesariamente la existencia de la vacante<sup>50</sup>.

Por último, debe analizarse la concurrencia del derecho al reingreso con otras instituciones, habiéndose entendido que debe ceder ante el derecho a

---

<sup>46</sup> STS de 12 de febrero de 2015, RCU 322/2014.

<sup>47</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 1560/2017, de 5 de diciembre, rec. 1428/2016.

<sup>48</sup> STS núm. 118/2018, de 8 de febrero, RCU 404/2016.

<sup>49</sup> STSJ de La Rioja, núm. 110/2012 de 11 de abril, rec. 95/2012.

<sup>50</sup> STSJ de Andalucía, núm. 254/2018 de 25 de enero, rec. 3545/2016.

obtener plaza en virtud de traslado de otros trabajadores que estuvieran en servicio activo<sup>51</sup>. En cambio, sí se entiende que prevalece el derecho del trabajador excedente frente al de otros trabajadores en activo a ser ascendidos, dado que entender lo contrario frustraría los derechos del primero, cerrándole la posibilidad de reingresar en la empresa<sup>52</sup>.

## 5. Consecuencias de la negativa injustificada de la empresa a la reincorporación

En el caso de existir una readmisión tardía por parte de la empresa –pese a existir vacante adecuada– se permite al trabajador reclamar una indemnización de daños y perjuicios<sup>53</sup>. En este sentido, existe una presunción *iuris tantum* de la existencia de perjuicio a indemnizar, que se deriva del hecho de que el trabajador no pudo obtener rendimiento por su trabajo<sup>54</sup>.

Al respecto de la cuantía de la indemnización, se ha entendido que es módulo de cálculo adecuado la equivalente a los salarios dejados de percibir como consecuencia del incumplimiento empresarial. Esa presunción *iuris tantum* podrá quebrarse por parte del trabajador, si logra acreditar la existencia de unos perjuicios superiores, así como por el empresario que consiga demostrar la concurrencia de hechos impeditivos de la indemnización reclamada. En este sentido, se ha apreciado que procede excluir del cálculo de la indemnización –en términos análogos a lo que ocurriría en el supuesto de salarios de tramitación– el período correspondiente al de servicios prestados para otra empresa<sup>55</sup> así como aquel en que el trabajador haya iniciado una actividad profesional por cuenta propia con la que haya percibido unos ingresos superiores a los que habría percibido en caso de haber sido reincorporado<sup>56</sup>. Asimismo, el cómputo de la indemnización ha de calcularse teniendo en cuenta el que le hubiera correspondido al trabajador en caso de haberse producido su efectiva reincorporación, y no el existente en el momento que pidió y le fue reconocida la excedencia<sup>57</sup>.

A los efectos del cálculo de dicha indemnización, se ha resuelto que el cómputo de la misma variará en función de la fecha en que se acredite la exis-

---

<sup>51</sup> STS de 15 de junio de 1983.

<sup>52</sup> STS de 2 de julio de 1985.

<sup>53</sup> STS de 19 de junio de 2007, RCU 2160/2006.

<sup>54</sup> STS de 28 de febrero de 1989, RC por infracción de ley núm. 1012/1987.

<sup>55</sup> STS de 4 de febrero de 2015, RCU 148/2014.

<sup>56</sup> STSJ de Madrid, núm. 42/2018, de 19 de enero, rec. 993/2017.

<sup>57</sup> STSJ de Madrid núm. 647/2010 de 16 de julio, rec. 1983/2010.

tencia de vacante. Cuando se solicita la reincorporación y no existe vacante en ese momento, pero sí en una fecha posterior, se ha considerado que el día inicial ha de situarse en la fecha en que se da comienzo al trámite preceptivo de evitación del proceso (presentación de papeleta de conciliación), habiéndose entendido que es el momento en que incurriría en mora (*ex. art. 1100 CC*), razonándose que la mera petición de reingreso, formulada en un momento en que no existe vacante idónea, pese a reflejar la voluntad del excedente de reincorporarse al trabajo, no constituye interpelación eficaz para constituir al empresario en mora. En cambio, si al terminar el período de excedencia ya existía vacante adecuada, dichos salarios se devengarán desde su finalización<sup>58</sup>.

## II. LA EXCEDENCIA PARA CUIDADO DE HIJOS Y DE FAMILIARES

El apartado tercero del artículo 46 ET regula la excedencia voluntaria para cuidado de hijos o familiares. Esta institución, a diferencia de la analizada anteriormente, presenta un contenido especialmente tuitivo para el trabajador, al asentarse sobre valores que se han considerado de una mayor entidad, tanto desde la perspectiva del derecho a no ser discriminado por razón de circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE).

Este derecho tiene unas particularidades, correspondientes a la mayor protección que tales intereses merecen, tratándose con estas medidas de facilitar todo lo posible la conciliación de la vida familiar con el trabajo y eliminar cualquier distanciamiento entre la situación de trabajador en activo y de aquel que disfruta de la excedencia por cuidado de hijos o familiares<sup>59</sup>. El derecho al cuidado de hijos es uno de los derechos asociados a la maternidad de la mujer trabajadora y, por tanto, si se limita ese derecho o se perjudica o relega a la trabajadora a consecuencia de su ejercicio, se provoca una situación de clara discriminación por razón de sexo expresamente prohibida, pues esos obstáculos dificultarán el mantenimiento (así como el acceso) de las mujeres en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones con los hombres<sup>60</sup>. En igual medida ocurre con el cuidado de familiares dado que, tradicionalmente, se ha tratado de una materia reservada al género femenino.

<sup>58</sup> SSTS de 9 de junio de 2009, RCU 3322/2008 y de 3 de diciembre de 2009, RCU 4016/2008.

<sup>59</sup> STS de 28 de junio de 2002, RC 1274/2001.

<sup>60</sup> STC núm. 233/2007 de 5 de noviembre.

Además, su dimensión constitucional debe prevalecer y servir para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto en que tales medidas puedan entrar en conflicto con otros intereses<sup>61</sup>. Como consecuencia de lo anterior, las dudas en cuanto a su aplicación que puedan plantearse deben resolverse en atención a los valores en juego (es el caso, por ejemplo, de aquella situación respecto de la que exista discrepancia en cuanto a la determinación de cuál fue la excedencia solicitada, en cuyo caso y, salvo que existan otros criterios que lo justifiquen, ha de concluirse que para el cuidado de hijos o familiares al ser más favorable que la voluntaria<sup>62</sup>).

Así, aunque el apartado primero del artículo 46 ET solo reconoce como forzosa la destinada a la ocupación de cargo público, y la excedencia por cuidado de hijo es de naturaleza voluntaria, el legislador ha entendido conveniente extender el régimen de excedencia forzosa regulado por la Ley a todo el período establecido para atender al cuidado de los hijos y familiares, por lo que los efectos jurídicos que desplegará esta serán los propios de la forzosa<sup>63</sup>.

## 1. Características comunes

El apartado tercero del artículo 46 regula el disfrute de ambas modalidades de excedencia en los siguientes términos:

a) Con cada sujeto causante (hijo o familiar) podrá solicitarse un nuevo período, si bien su inicio dará fin al que se viniera disfrutando.

b) Durante la excedencia, los trabajadores conservan un derecho absoluto a la reserva de puesto de trabajo, correspondiéndose en términos generales con el primer año de la misma, que se ampliará a quince meses en caso de trabajador perteneciente a familia numerosa de categoría general –de tres o más hijos– y dieciocho en caso de categoría especial –las de cinco o más hijos y las de cuatro hijos de los cuales al menos tres procedan de parto, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo múltiples– (art. 2 y 4 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas). Este derecho a la reserva de puesto de trabajo no desaparece a partir del transcurso de dicho plazo, si bien se atenúa, limitándose la reserva a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

---

<sup>61</sup> STC núm. 3/2007 de 15 de enero.

<sup>62</sup> STSJ de Madrid, núm. 404/2014, de 6 de mayo, rec. 2161/2013.

<sup>63</sup> STS de 21 de febrero 2013, RCU 740/2012.

c) Su disfrute podrá realizarse de forma fraccionada (siendo esta una de las novedades incluidas por la LOI). No obstante, en relación con esta posibilidad debe destacarse que no se encuentra prevista para el personal público (art. 89.4 del Estatuto Básico del Empleado Público), existiendo reiterados pronunciamientos al respecto por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa negando tal derecho en el ámbito de los empleados públicos<sup>64</sup>.

d) El período correspondiente a esta situación será computable a efectos de antigüedad, teniéndose en cuenta que cualquier diferencia de trato en materia de cómputo del tiempo entre estos trabajadores y los que permanecen en activo en la misma empresa constituiría indudablemente un elemento disuasorio para el trabajador que pretendiera acogerse a esta excedencia al saber que, durante ese tiempo, dejaría de devengar determinados derechos<sup>65</sup>. Como consecuencia de lo anterior, se ha considerado error inexcusable la puesta a disposición de una indemnización que no tiene en cuenta para su cálculo dicho período<sup>66</sup>.

e) El trabajador tendrá derecho a asistir a cursos de formación, a los que el empresario deberá convocarle, en especial con ocasión de su reincorporación.

Asimismo, y en aras de la protección integral que dicha institución persigue, las disposiciones anteriores se han complementado, previéndose además los siguientes beneficios:

i. Los períodos de hasta tres años de excedencia por cuidado de hijo y el primero de los derivados de la destinada al cuidado de familiares tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (art. 237.1 LGSS). Si tales períodos se encuentran precedidos por una reducción de jornada por guarda legal o por cuidado de familiares, las cotizaciones se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido en caso de no existir la reducción (art. 237.4 LGSS). 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 por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa

<sup>64</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 829/2010, de 21 de octubre, rec. núm. 1136/2009 o STSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 10119/2011 de 1 de abril, rec. núm. 12/2010.

<sup>65</sup> STS de 28 de junio de 2002, RC. 1274/2001.

<sup>66</sup> STSJ de Andalucía, Granada, núm. 1896/2011, de 20 de julio, rec. 1590/2011.

(art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo), debiendo considerarse a tal efecto el período íntegro en dicha situación y no exclusivamente durante el período en que persiste la reserva de puesto de trabajo<sup>67</sup>.

ii. La disposición adicional cuarta del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural establece que tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta el periodo de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del período estipulado como de cotización efectiva, salvo en lo que respecta a incapacidad temporal, maternidad y paternidad (excepción que desaparece, en estos dos últimos casos, respecto de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP).

iii. Asimismo, durante la situación de excedencia se arbitran otros mecanismos de protección, tales como los previstos en los artículos 53.4.b y 55.5.b ET, estableciendo ambos como causa de nulidad del despido el hecho de que el trabajador se encuentre disfrutando este derecho, extendiéndose incluso la protección a los supuestos en que la haya solicitado, pero aún no se haya reconocido, tratando así de evitarse que el empleador pueda anticiparse a la situación protegida por el mecanismo de despedir antes de su concesión.

Por último, debe señalarse que se trata de un derecho mínimo, mejorable tanto por convenio colectivo como en virtud de pacto individual<sup>68</sup>.

## 2. La excedencia por cuidado de hijos

Este derecho se reconoce a los trabajadores para atender al cuidado de cada hijo, durante un período de hasta tres años. En el caso de hijos naturales, este período se computará desde la fecha del nacimiento, y en el caso de hijos adoptivos –o supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente– se contará desde la resolución judicial o administrativa que reconozca tales situaciones. La diferencia entre la excedencia en caso de filiación adoptiva (o acogimiento) y de filiación biológica se justifica por la dificultad que supone la adaptación de los niños adoptados o acogidos a su nueva familia, sin que esta dificultad se limite a los menores que tienen menos de tres años de edad<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> STSJ de Madrid núm. 662/2010 de 30 de junio, rec. 942/2010.

<sup>68</sup> STSJ de Cantabria, núm. 378/2008 de 29 de abril, rec. 303/2008.

<sup>69</sup> STSJ de Madrid núm. 263/2009 de 15 de abril, rec. 1290/2009.

Esta excedencia no tiene la misma finalidad que la baja por maternidad, estando regulada por una normativa distinta y, además, no solo cabe la posibilidad de acogerse a la misma a la expiración de la baja por maternidad sino también en un momento posterior<sup>70</sup>. Igualmente, se ha entendido que, dado que en la fecha del nacimiento del hijo los padres se encontrarán con el contrato suspendido por causa de maternidad y paternidad, la excedencia no podrá comenzar a disfrutarse hasta la terminación de tales períodos de suspensión, por lo que el inicio de su cómputo no debe producirse hasta que finaliza el de maternidad, con el fin de evitar que la protección otorgada por el legislador se haga inoperante por imposibilidad de su disfrute en un determinado periodo. De otro modo, sería mayor el periodo concedido en la excedencia por cuidado de hijos en los supuestos de adopción o acogimiento<sup>71</sup>.

### 3. La excedencia por cuidado de familiares

En cuanto al cuidado de familiares se prevé un derecho similar al previsto para el cuidado de hijos, si bien con una duración de hasta dos años, siendo esta una de las novedades introducidas por la LOI (anteriormente, se establecía una duración de hasta un año) que, no obstante, podrá ampliarse por la negociación colectiva. Para el ejercicio de este derecho se exige la concurrencia de tres requisitos: parentesco, estando limitado el derecho a familiares de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; imposibilidad del familiar de valerse por sí mismo, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad; y que dicho familiar no desempeñe actividad retribuida.

A diferencia de la excedencia por cuidado de hijos, cuyo límite temporal son los tres años a contar desde el hecho causante (nacimiento o reconocimiento de la adaptación o acogimiento), en la que tiene origen en el cuidado de familiares no existen tales límites<sup>72</sup>. Además, en este caso el período de dos años no debe computarse de fecha a fecha, sino que la posibilidad de fraccionarlo permite hacerlo en varios períodos separados, sin que la totalidad de estos pueda exceder de dos años, distribuidos a lo largo de un tiempo sin previa duración definida, ya que aquí no interviene el condicionamiento de la edad, sino el de la enfermedad o discapacidad de quien no puede valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, situación objetiva que puede aconte-

<sup>70</sup> STJCE de 7 de junio de 2005, asunto C-543/03, Caso Christine Dodl.

<sup>71</sup> STSJ de Cantabria, núm. 378/2008 de 29 de abril, rec. 303/2008.

<sup>72</sup> STSJ del País Vasco, núm. 530/2017 de 1 de marzo, rec. 226/2017.

cer de forma indefinida y sea cual fuere la edad de quien la sufre. En definitiva, los períodos de suspensión del contrato nunca podrán sobrepasar dos años, pero bajo el presupuesto de que el cómputo no finaliza cuando haya transcurrido dicho plazo, sino una vez que, sumado todo el tiempo fraccionado, llegue a consumirse el período total referido<sup>73</sup>.

Se ha suscitado la cuestión acerca de si es posible solicitar la reducción de jornada por cuidado de familiares respecto de los propios hijos, una vez transcurrido el plazo de tres años desde el nacimiento, adopción o acogimiento, según sea el caso. En este sentido, no existe doctrina unificada, existiendo pronunciamientos en ambos sentidos<sup>74</sup>.

#### 4. Ejercicio del derecho

El acceso a la situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijos o familiares exige que el trabajador formule una solicitud a tal efecto, poniendo en conocimiento de la empresa la situación concreta de que se trate (razón de la excedencia, justificación, duración, etc.) para que la empleadora pueda organizar sus recursos humanos y productivos.

A diferencia de la voluntaria, que exige una previa permanencia en la empresa, en este caso se trata de un derecho que corresponde a todo trabajador y con independencia de su tipo de contrato, por lo que no podrá negarse a los trabajadores temporales por el mero hecho de la naturaleza de su contratación, con independencia de que el puesto de trabajo pueda dejar de existir durante su situación de excedencia.

Frente a dicha solicitud, le corresponde a la empresa –en el marco de la buena fe que debe regir las relaciones laborales– dar una pronta respuesta al trabajador solicitante, especialmente teniendo en cuenta que este ejercicio se encuentra vinculado a su derecho a la conciliación laboral y familiar. De este modo, no debe limitarse tan solo a dar una respuesta a la petición formulada, sino que debe procurar que se lleve a cabo en el menor plazo posible, pudiendo así el trabajador optar por aquietarse a la decisión y tratar de acomodar su si-

---

<sup>73</sup> STSJ de Madrid núm. 179/2015 de 9 de marzo, rec. 777/2014.

<sup>74</sup> Se ha pronunciado a favor de la posibilidad de permitir dicho disfrute, incluso aunque antes se haya disfrutado de la excedencia para cuidado de hijo, argumentando que se trata de excedencias susceptibles de disfrutarse de forma sucesiva, entre otras, la STSJ de Navarra de 23 de febrero de 2006, rec. 25/2006. En contra de dicha posibilidad se han pronunciado la STSJ de Aragón núm. 752/2009 de 14 de octubre, rec. 737/2009, la STSJ del País Vasco de 2 de mayo de 2007, rec. 424/2007 y la STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2003, rec. 8289/2002.

tuación personal, o impugnar judicialmente ante la Jurisdicción en un proceso de carácter urgente y preferente (art. 139.1.b LRJS) que dirima la cuestión.

La norma prevé un único supuesto de negativa a su ejercicio, cuando concurran razones vinculadas al funcionamiento empresarial, si bien exclusivamente para el caso de que el derecho lo hayan generado dos trabajadores de la misma empresa, derivado del mismo sujeto causante, y de un modo muy concreto (impidiendo el ejercicio simultáneo). Lo anterior evidencia que, con esa única excepción, prevalece el derecho del trabajador a la excedencia sobre las necesidades de funcionamiento empresarial<sup>75</sup>. No obstante, no puede descartarse que la empresa pueda negarse a conceder tal derecho cuando sea evidente que trata de hacerse un ejercicio desviado del mismo, como podría ser si no se indica ningún motivo real que lo justifique o se indican motivos abiertamente incompatibles con el cuidado de hijos o familiares.

Puede ocurrir, sin embargo, que la reacción por parte de la empresa sea el silencio. En estos casos se ha considerado ajustada a derecho la actuación del trabajador que solicita la excedencia expresando los motivos, otorgando a la empresa un plazo prudencial para pronunciarse, advirtiendo que, en caso contrario, la entendería concedida. Si la empresa entiende que existen razones para oponerse a su ejercicio, debe manifestarlo, pudiendo entonces el trabajador acudir a los tribunales en defensa de su derecho, por cuanto ante una contestación expresa de la empresa denegando la solicitud, el trabajador no puede erigirse en definidor de sus propios derechos, sino que el conflicto debe ser resuelto en vía judicial. Ahora bien, al no contestar expresamente, la empresa no puede posteriormente negar la existencia de dicha situación amparándose en la falta de contestación, lo que implicaría dejar a la decisión unilateral de la empresa el ejercicio de un derecho de protección constitucional, que se vería quebrantado por el mero silencio de la empresa demandada<sup>76</sup>. En sentido contrario se han manifestado otros pronunciamientos, indicando que el silencio, igual que la oposición, debe rebatirse en sede judicial<sup>77</sup>.

## 5. Compatibilidad con el trabajo

Alguna resolución judicial se ha pronunciado de forma contundente en el sentido de apreciar que durante la excedencia no existe una especial obligación

<sup>75</sup> STSJ del País Vasco, núm. 2384/2014 de 9 de diciembre, rec. 2367/2014.

<sup>76</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, núm. 174/2011 de 15 de febrero, rec. 3/2011, STSJ del País Vasco, núm. 2384/2014 de 9 de diciembre, rec. 2367/2014.

<sup>77</sup> STSJ de Andalucía, Málaga, núm. 656/2014 de 24 de abril, rec. 226/2014.

de no trabajar, considerando que la libertad del trabajador que decide solicitar la excedencia está fuera de toda duda, gozando del derecho a trabajar en otro empleo. Entiende que una prohibición absoluta de trabajar privaría al trabajador de la posibilidad de obtener ingresos, los cuales, obviamente, pueden ser compatibles con la labor de cuidado y necesarios para subvenir sus necesidades. Además, de aceptarse una prohibición total se primaría solo a los trabajadores más acomodados y a aquellos que, incluso sin trabajar, pueden recurrir a una atención delegada (bien contratada, bien prestada por otro familiar), aunque formalmente y de cara a la empresa, aparezca como una atención directa. De este modo, se concluye que no puede decidirse cómo el trabajador excedente debe realizar su labor de cuidado, decidiendo por él en qué momentos del día y cómo debe cuidar a su hijo o familiar o estar disponible para él, tal razonamiento implicaría que durante la excedencia el trabajador debería destinarse de forma exclusiva a la atención íntegra, total y directa del sujeto causante del derecho. Esta afirmación encerraría una especie de disciplina social en virtud de la cual se controla el comportamiento de la persona, lo cual es especialmente grave cuando el control incide, de hecho, en el colectivo femenino, al que se marcan unas pautas determinadas de comportamiento (atención íntegra, total y directa del hijo o del familiar) y al que se canaliza en una dirección determinada, viéndose privado de otras alternativas posibles, de tal forma que si no sigue aquellas pautas, será sancionado<sup>78</sup>.

Si durante la excedencia se trabaja para otra empresa, partiendo de la presunción de que los derechos se ejercitan de buena fe, hay que examinar si las nuevas condiciones de trabajo facilitan en cierta medida el cuidado del hijo o familiar. Si no consta ninguna facilidad añadida en relación con el otro empleo y que objetivamente acreditada como un menor o más adecuado horario, menor distancia, prestación flexible, etc., habrá que dar la razón a la empresa, pues la misma asume importantes obligaciones y su interés es igualmente digno de protección. En cambio, si se aprecia que desde el punto de vista razonable y objetivo el nuevo trabajo facilita de alguna forma el cuidado del hijo o familiar, no cabe, en nuestra opinión, apreciar incumplimiento alguno por parte del trabajador. En efecto, a veces una pequeña mejora en las condiciones de trabajo puede implicar un cambio sustantivo para la conciliación vida-trabajo<sup>79</sup>, especialmente en supuestos de que la nueva contratación sea con una

---

<sup>78</sup> STSJ de Madrid núm. 263/2009 de 15 de abril, rec. 1290/2009.

<sup>79</sup> STSJ de Andalucía, Sevilla, núm. 1787/2015 de 25 de junio, rec. 1810/2014 o STSJ de Madrid núm. 263/2009 de 15 de abril, rec. 1290/2009. En sentido contrario se ha pronunciado la STSJ de Castilla y León, Valladolid de 8 de abril de 2013, rec. 378/2013, la STSJ de Andalucía, Málaga, núm. 547/2017 de 22 de marzo, rec. 250/2017 o la STSJ del País Vasco, de 26 de febrero 2008, rec. 3076/2007, que apre-

jornada inferior, no teniendo el empresario la potestad de decidir cómo y cuánto debe el trabajador cuidar de su hijo o familiar<sup>80</sup>.

Por tanto, puede concluirse que en los casos en que durante dicha excedencia se realice un trabajo compatible con la finalidad de la misma, no puede entenderse que esta decaiga y, en consecuencia, desaparezca el derecho. En la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor o familiar, no se le deben anudar a la legítima aspiración de los padres trabajadores de obtener algunos ingresos –que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia para el cuidado de hijos– unas consecuencias tan negativas como las referidas<sup>81</sup>.

La limitación absoluta de trabajar solo tendrá lugar cuando exista un pacto que limite la concurrencia empresarial<sup>82</sup>, y siempre que el mismo se encuentre válidamente concertado.

Por otra parte, se ha considerado una actuación transgresora de la buena fe contractual e incluso, merecedora del despido la del trabajador que emplea desviadamente su derecho a la excedencia para el cuidado del hijo o familiar utilizándolo para trabajar en otra empresa, aunque fuera a tiempo parcial, salvo que por las características del trabajo en la otra empresa (ubicación, horario, jornada, etc.) convenga más al trabajador a efectos de compatibilizarlo con el cuidado del hijo, supuesto en el que no cabría hablar de incumplimiento contractual<sup>83</sup>. También se aprecia motivo de despido, por la actuación de engaño a la empresa, ocultar información a la empresa para poder acceder a dicho derecho, sin que haya motivo para ello o con el propósito de utilizarlo para prestar servicios en otra empresa sin que concurren los requisitos señalados de compatibilización del puesto<sup>84</sup>.

No obstante, se entiende que la empresa no ostenta facultades para variar la calificación de una excedencia previamente concedida cuando se hayan vulnera-

---

cia que se actuó fraudulentamente al trabajar a tiempo parcial para otra empresa durante la excedencia, en lugar de haber acudido a solicitar una reducción de jornada a aquella para la que inicialmente trabajaba. No obstante, dicha sentencia incluye un contundente voto particular que entiende que el trabajo a tiempo parcial durante un período de excedencia no puede ser considerado contrario a la buena fe, dado que la inferior jornada de la nueva ocupación propicia una mejor articulación entre el tiempo de trabajo y el dedicado a la atención familiar, a la vez que evita el sacrificio retributivo que impone la reducción de jornada. Afirma que rechazar lo anterior imputaría en exclusiva a la reducción de jornada todas las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral, sin reparar en que esa alternativa no está al alcance de todas las familias, dado el sacrificio salarial que comporta, lo que acabaría obligando a sus miembros a conservar las inercias contra las que se ha conjurado la norma, cuando esta se encuentra claramente alineada en el empeño por evitar el alejamiento de las mujeres del empleo una vez estas han decidido asumir la maternidad.

<sup>80</sup> STSJ de Castilla y León, Valladolid, núm. 1910/2012 de 17 de octubre, rec. 1468/2012.

<sup>81</sup> STS de 10 de febrero de 2015, RCU 25/2014.

<sup>82</sup> STSJ de Cataluña, núm. 259/2013 de 14 de enero, rec. 7347/2011.

<sup>83</sup> STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, núm. 934/2011 de 29 de junio, rec. 1810/2010.

<sup>84</sup> STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, núm. 61/2012 de 31 de enero, rec. 1532/2011.

do las normas que la regulan al realizar el excedente trabajos incompatibles con su situación. Habiéndose solicitado y concedido la misma en legal forma, la empresa carece de la facultad de dejarla sin efecto y sustituirla por otra no solicitada por el trabajador. Cuestión distinta será la consecuencia de los posibles incumplimientos de las obligaciones que se derivan de dicha situación, pudiendo la empresa acudir en su caso incluso al ejercicio de la potestad sancionadora en los términos expuestos, pero lo que en ningún modo permite nuestro ordenamiento es variar la naturaleza jurídica de una excedencia de manera unilateral<sup>85</sup>.

## 6. Reincorporación tras la excedencia y consecuencias de la negativa

Tras concluir el período de excedencia, la empresa debe reincorporar al trabajador a su puesto de trabajo. Esta situación merece una especial protección, con un régimen jurídico cercano al de la forzosa, con derecho a la reserva del puesto de trabajo, por lo que, si la norma legal prevé que el reingreso haya de solicitarse sin condicionamiento temporal, no cabe que los convenios colectivos establezcan requisitos no establecidos por la legislación<sup>86</sup>.

Además, y aunque se haya reconocido para una duración concreta, se acepta que el trabajador inste el reingreso antes de dicha fecha. En primer lugar, porque se trata de un derecho individual del que puede desistirse; en segundo lugar, porque la propia ley reconoce el derecho a fraccionar el período de excedencia; y, en tercer lugar, porque la finalidad de la norma (conciliar la vida personal y laboral de los trabajadores) es dotar de la flexibilidad y adaptabilidad al ejercicio del derecho, de modo que, en lo que respecta a su duración, únicamente está sujeta a la previsión legal de un plazo máximo de duración, sin que se condicione cómo haya de ser la forma de petición o de disfrute<sup>87</sup>.

Del mismo modo, y también en aplicación de la interpretación tuitiva de la norma que corresponde en virtud de los intereses y derechos en juego, se ha considerado que el hecho de sobrepasar un día el período de excedencia voluntaria por cuidado de hijo o familiar, excediendo así el período respecto del que se prevé la reserva de puesto de trabajo, no determina el decaimiento en su derecho ni enerva ni impide su derecho al reingreso concedido dada su voluntad inequívoca y expresada de reingreso por terminación de dicha situación<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, núm. 1705/2012 de 20 de septiembre, rec. 1046/2010.

<sup>86</sup> STSJ de las Islas Baleares, núm. 336/2014 de 9 de octubre, rec. 283/2014.

<sup>87</sup> STSJ de Cataluña, núm. 2259/2013 de 22 de marzo, rec. 6946/2012.

<sup>88</sup> STSJ de Andalucía, Málaga núm. 1603/2015 de 29 de octubre, rec. 1190/2015.

Pese a no negarse la empresa a la reincorporación, constituye un incumplimiento empresarial ofertar la reincorporación (como ofrecer un contrato temporal a una trabajadora indefinida, un contrato a jornada parcial o unos horarios incompatibles con la reducción de jornada que venía disfrutando), lo que determina que el ofrecimiento no exima a la recurrente de responsabilidad<sup>89</sup>. En cambio, se ha entendido que el ofrecimiento del puesto, si bien en un horario distinto, es ajustado a derecho<sup>90</sup>. Habrá que estar, en todo caso, a las circunstancias concurrentes.

En los supuestos en que la empresa niegue rotunda e inequívocamente el derecho a la reincorporación, de forma que se produzca un rechazo a la existencia de relación entre las partes, esta negativa no solo desconoce el derecho a la reincorporación, sino que constituye un rechazo a la existencia de vínculo entre las partes, por lo que la acción a ejercitar es la de despido<sup>91</sup>.

En el caso de que la empresa no acepte la reincorporación, pero tampoco niegue la pervivencia del vínculo, ha existido un debate en cuanto a la acción a ejercitar. En un primer momento se apreció que, frente a la negativa a la readmisión (incluso cuando no se negase el derecho y tan solo se invocase la inexistencia de vacante actual), debía accionarse por despido sin necesidad de considerar si existe o no puesto vacante, ya que el puesto de trabajo del excedente ha de existir por imperativo legal, en tanto que existe un derecho a la reserva de puesto de trabajo<sup>92</sup>.

No obstante, con posterioridad la Jurisprudencia ha cambiado su posición, entendiéndose que al no existir una negación del vínculo, la acción a ejercitar será la de reingreso y no la de despido<sup>93</sup>, y ello aunque dicha negativa se produzca durante el período en que existe la reserva del mismo puesto de trabajo<sup>94</sup>. Tampoco constituye un despido tácito el mero silencio ante la solicitud de reincorporación que tiene lugar al concluir la excedencia, al no constar voluntad extintiva de la relación laboral<sup>95</sup>, dado que solo puede apreciarse la existencia de un despido tácito a partir de hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario<sup>96</sup>.

---

<sup>89</sup> STSJ de Madrid núm. 881/2014 de 11 de noviembre, rec. 180/2014, STSJ de La Rioja núm. 354/2012, de 5 de octubre, rec. 348/2012.

<sup>90</sup> STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, núm. 2261/2014, de 18 de diciembre, rec. 1277/2013.

<sup>91</sup> STS de 23 de septiembre de 2013, RCU 2043/2012.

<sup>92</sup> STS de 21 de febrero de 2013, RCU 740/2012.

<sup>93</sup> STS de 23 de septiembre de 2013, RCU 2043/2012.

<sup>94</sup> STSJ de Cataluña núm. 7139/2016, de 1 de diciembre, rec. 5177/2016.

<sup>95</sup> STSJ de Cataluña, núm. 441/2012, de 20 de enero, rec. 5200/2011.

<sup>96</sup> STS de 23 de septiembre de 2013, RCU 2043/2012.

No debe olvidarse que tales vías son alternativas y no optativas, pues su elección no queda al arbitrio del trabajador al que se niega su eventual derecho al reingreso: para que su pretensión alcance éxito, resulta obligado seguir la vía procedente, siendo distintas las reglas aplicables y las consecuencias que derivan de la diferente postura adoptada por la empresa al responder, expresa o tácitamente, a la petición efectuada por el excedente voluntario en orden a su reingreso. Tratándose además de una excedencia por motivos de cuidado del hijo o familiar, la ejecución de la sentencia que declare el derecho a la inmediata reincorporación ha de gozar de la protección –apremios– que es propia de la tutela ejecutiva (art. 241 LRJS) y que sería la correspondiente a los intereses constitucionales transgredidos por la decisión empresarial, alcanzándose así por esta vía una protección similar a la establecida para los despidos declarados nulos<sup>97</sup>.

Sin embargo, este cambio de postura aún no puede apreciarse suficientemente asentado, especialmente a la vista del posicionamiento histórico de la Jurisprudencia al respecto de las negativas a la reincorporación producidas tras un período en que existe una reserva de puesto de trabajo (como es el caso de las excedencias forzosas), y respecto de los que se ha entendido tradicionalmente que la acción a ejercitar es la de despido<sup>98</sup>. Parece difícil apreciar algún motivo sólido que permita distinguir la reserva de puesto de trabajo propia de la excedencia por cuidado de hijos o familiares respecto de la forzosa, por lo que, según el último posicionamiento de la Jurisprudencia, también sería aplicable a esta última la doctrina que determina que la acción a ejercitar cuando no se niega el vínculo es la ordinaria (y no la de despido). En todo caso, y a la vista de lo anterior, teniendo en cuenta además las fatales consecuencias que se desprenderían de una errónea determinación de la acción a ejercitar (al estar la de despido sujeta a un breve plazo de veinte días), no resultaría imprudente plantear de forma simultánea ambas acciones, al menos, en tanto que la citada Jurisprudencia pueda considerarse más sólida.

El ejercicio de la acción de reingreso también permitirá, en términos similares a lo expuesto en cuanto a la excedencia voluntaria ordinaria, la acumulación a una reclamación por los daños y perjuicios causados, que se presumen en caso del incumplimiento empresarial. Igualmente, se presume parámetro económico adecuado el de los salarios dejados de percibir, si bien admite prueba en contra, tanto por la parte del trabajador como de la empresa<sup>99</sup>. El *dies a quo* del devengo de la indemnización correspondiente será el de la fecha de efectos respecto de la que se solicitó la reincorporación.

---

<sup>97</sup> STS de 23 de septiembre de 2013, RCU 2043/2012.

<sup>98</sup> STS de 20 de noviembre de 1989.

<sup>99</sup> STS de 4 de febrero de 2015, RCU 148/2014.

Por último, y en cuanto a las consecuencias del incumplimiento empresarial, se ha entendido que no cabe apreciar la mora del art. 29.3 ET, al tratarse de un precepto aplicable exclusivamente a los salarios, en relación a la fecha de abono, ya que por más que se utilice el parámetro del salario para determinar el alcance de la obligación de resarcir el daño, lo cierto es que no existe obligación de abono de salarios durante el periodo en que se produce el incumplimiento de la obligación de reingreso, y por ello no cabe afirmar que el empresario se hallaba en mora<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> STS de 12 de febrero de 2015, RCU 322/2014.



# JORNADA

M.<sup>a</sup> VALVANUZ PEÑA GARCÍA

Juez suplente de los Juzgados de lo Social de Madrid  
Profesora Asociada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo  
y la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Objetivos de la LOI.* III. *Conceptos básicos de la ley.*—IV. *Jornada laboral en la LOI.* 1. Medidas en el ámbito de la Seguridad Social. 2. Distribución de la jornada antes de la LOI. 3. Distribución de la jornada después de la LOI. 4. Análisis Jurisprudencial.—V. *Reforma laboral de 2012.*—VI. *Conclusiones.*—*Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE de 23 de marzo de 2007 (en adelante, LOI) establece en su Exposición de Motivos, entre otros muchos, la necesidad de una «acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre hombres y mujeres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla». Este era uno de los principales objetivos más generales de la norma que se analizará<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Después de su entrada en vigor, esta Ley, fue recurrida ante el Tribunal Constitucional el 20 de junio de 2007, por el Partido Popular, en la materia referente a las condiciones de paridad exigida en las

Esta Ley, lleva a cabo la transposición de la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombre y mujeres en asuntos de empleo y ocupación<sup>2</sup>, que establece que «Los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las practicas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo, y en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profesional y en la promoción».

La ley se dictó con la intención de incorporar la igualdad de género como un principio transversal<sup>3</sup>.

Es una Ley que tuvo una gran valoración internacional, y supuso una innovación en el marco jurídico que otros países no tenían, era de una gran ambición normativa, ya que regulaba el ámbito público y el privado, así como el político, e influyó en una gran cantidad de normas.

La necesidad de esta Ley, deriva, del mandato constitucional, recogido en los artículos 14 y 9.2 CE. El primero de ellos, proclama el «Derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo»; el segundo, consagra la obligación de los poderes públicos de «Promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas».

Así, con esta Ley, se intenta combatir todas las manifestaciones de discriminación, ya sea ésta directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad entre hombres y mujeres, lo que contribuye al enriquecimiento de la sociedad y al desarrollo económico de la misma.

La Igualdad, principio básico y título de la Ley, es, también, un principio fundamental de la Unión Europea, y así se recoge en el Tratado de Ámsterdam en el que se establece la igualdad entre hombres y mujeres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros, objetivo que se debe integrar en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.

La desigualdad entre el hombre y la mujer es todavía, y a pesar de los muchos avances, latente en nuestra sociedad y por ende, en el mercado de trabajo, pero no solo en España, sino en todos los países.

---

listas de las candidaturas a las diferentes elecciones. El recurso de inconstitucionalidad, fue desestimado en Enero de 2008. (STC 12/2008, de 29 de enero, BOE de 29 de febrero de 2008)

<sup>2</sup> DOUE 26 de julio de 2006.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ MORENO, C., «Últimas tendencia en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres», Mercader Ugina, J. R., García-Perrote García-Perrote Escartín, I. (eds.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*. Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 407.

Si bien, la mujer se ha incorporado al mercado de trabajo, y es un hecho incontrovertido, que la capacidad reproductora de la mujer, influye en el desarrollo de su carrera profesional, circunstancia, que es indiscutida y que coincide en todo tiempo y cultura, asimismo, en numerosas ocasiones, el salario de la mujer, no es más que un complemento a los ingresos familiares, y todos estos factores, suponen una pérdida de talento y capacidades, que perjudica a toda la sociedad.

Aunque los niveles de estudios se han igualado por la mujer, e incluso superado, respecto al hombre, se siguen encontrando dificultades para la completa incorporación e igualdad de la mujer en el mercado de trabajo.

Los principales escollos que todavía tiene la mujer en el acceso al mercado de trabajo, pueden sintetizarse en los siguientes:

- El mayor número de contratos a tiempo parcial que las mujeres conciertan, muchas veces, basados en la necesidad de conciliar la vida familiar con el horario laboral;

- El desigual reparto en las tareas domésticas y de cuidado de familiares, tanto de hijos, como de familiares mayores o progenitores, peso que sigue cayendo sobre las mujeres principalmente;

- El acoso sexual y por razón de sexo, que aún hoy, sigue produciéndose;

- La brecha de actividad que se agudiza, sobre todo en el momento de la maternidad; persistiendo la presencia de las mujeres, en las llamadas «ocupaciones elementales».

Todos ellos hacen que la precariedad y la temporalidad, sigan siendo las notas fundamentales del empleo femenino. A esta problemática la LOI intentó dar solución, para intentar hacer efectiva la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y que se adquirieran y consolidaran verdaderos derechos de conciliación, salarios igualitarios y desaparición de las desigualdades.

## II. OBJETIVOS DE LA LOI

Del articulado de la misma, podemos extraer los principales propósitos de la misma, de forma más concreta, así pueden sintetizarse en los siguientes:

1. Hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y eliminar cualquier forma de discriminación por razón de sexo, sea esta, directa o indirecta, en cualquier ámbito de la vida, sobre todo, los derivados de la maternidad y las obligaciones familiares

y en la esfera política, civil, laboral, económica, social y cultural, para alcanzar una sociedad más justa y más solidaria.

2. Integrar el principio de igualdad de trato y oportunidades en todas las políticas públicas, siendo este principio uno de los informadores del ordenamiento jurídico, que ha observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Establece una prohibición absoluta de discriminación por razón de sexo.

3. Establecer una participación equilibrada (mínimo 40%-máximo 60%) de mujeres y hombres en las listas electorales, en todos los ámbitos de las Administraciones Públicas y en los Consejos de Administración de las empresas.

4. Obliga por igual a todas las personas físicas y jurídicas que se encuentren o actúen en territorio español, con independencia de cuál sea su nacionalidad, domicilio o residencia. Así se recoge en el artículo 2.2 de la misma, que dispone «Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona física o jurídica que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuere su nacionalidad, domicilio o residencia». Recoge, por tanto, las pautas de actuación de los poderes públicos, y de todas las personas. Así, se establece expresamente el deber general de las empresas de respetar el principio de igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, adoptando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre hombres y mujeres, medidas que deben negociarse con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral. Asimismo, establece de forma específica, el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores.

5. Establece la ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género.

6. Define los conceptos y categorías básicas relativas a la igualdad: el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, discriminación directa e indirecta por razón de sexo, y acciones positivas por parte de los Poderes Públicos para corregir situaciones de desigualdad.

La crisis económica que ha sufrido España y de la que, aún se está empujando remontar, ha producido una paralización de la LOI, y un retroceso en la corrección de las desigualdades endémicas. Igualmente, se ha producido un estancamiento en la implantación de medidas y planes de igualdad, y un escaso desarrollo de los que ya se habían aprobado.

La estructura familiar española y la organización del trabajo siguen sin estar completamente adaptadas a las exigencias de los nuevos modelos de vida

y económicos. Siguen en nuestro país conviviendo, antiguas estructuras familiares, en las que el «cabeza de familia» masculino, sigue asumiendo el rol del mantenimiento económico del hogar, con nuevos modelos en los que ambos progenitores, asumen las tareas domésticas y el trabajo fuera del hogar.

La Ley va estableciendo, previsiones, que reconocen el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares. Asimismo, puede afirmarse que es una «ley-código» que desarrolla en el ordenamiento jurídico español «el significado del principio y del derecho de igualdad»<sup>4</sup>.

### III. CONCEPTOS BÁSICOS DE LA LEY

— Principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

- Este principio supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirecta.
- Es un principio que ha de informar todo el ordenamiento jurídico y que es de obligatoria observación en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

— Discriminación directa.

Son situaciones de discriminación directa por razón de sexo:

- Las situaciones en que se encuentra una persona, que en atención a su sexo está siendo, ha sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra persona en situación comparable.
- Todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el periodo embarazo o la maternidad.

— Discriminación indirecta.

Es discriminación indirecta por razón de sexo:

- La situación en que una disposición, criterio, o practica aparentemente neutros, pone a una persona de un sexo en situación de desventaja particular

---

<sup>4</sup> «Estudios para la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres», Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especializada, noviembre 2011

respecto a personas de otro sexo, excepto cuando pueda justificarse de forma objetiva.

- Cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de cualquier queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, sea del tipo que sea, destinados a impedir su discriminación o a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

— Acoso sexual y acoso por razón de sexo:

A los efectos de esta Ley, y sin perjuicio de lo que establece el Código Penal, el acoso sexual es cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual, realizado con el propósito o que produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular, cuando se crea un ambiente intimidatorio, degradante u ofensivo.

#### IV. JORNADA LABORAL EN LA LOI

Para llevar a cabo estos objetivos señalados en el punto segundo (todo ello, para cumplir con el fin «estrella» deseado por todo trabajador, de poder compatibilizar la vida laboral y familiar, siendo el fin último la igualdad de oportunidades, ya que como se expresa en la misma «la ley nace con vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre hombres y mujeres»,) es fundamental, incidir en el tiempo de trabajo, para ello, se introduce en la LOI, y en cuanto a la jornada laboral, varios tipos de reducción de la misma. En cuanto a la distribución de la jornada, la LOI introdujo novedades, ya que la reducción de la misma, de forma frecuente, no es la solución adecuada para llevar a cabo la conciliación de la vida familiar, personal y laboral. Las reducciones de jornada tienen efectos perjudiciales para muchos trabajadores, ya que lleva consigo una reducción salarial con el consiguiente efecto en las prestaciones. Por ello, muchos trabajadores, sobre todo mujeres, han optado, por una nueva distribución en su jornada laboral, ya que la reducción de la jornada, implica, siempre la reducción en el salario.

La modificación fundamental, fue la del artículo 34 del ET, y así, se dispone:

A) Derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la negociación colectiva o por acuerdo con

la empresa. Es una novedad importante de la Ley, ya que antes de la misma, no se reconocía ningún derecho en este sentido (art. 34.8 del ET).

Este precepto, establece un derecho que permite, de forma individual y siempre de acuerdo con sus necesidades, adaptar la jornada de trabajo a sus responsabilidades domésticas, dentro de los límites pactados convencionalmente o de forma individual, introduciendo una flexibilización de la normativa laboral, en aras a obtener la conciliación de la vida privada y laboral<sup>5</sup>.

Se reconoce así con carácter general el derecho a adaptar la distribución de la jornada, no quedando tal derecho vinculado a la reducción de jornada. El principal problema de tal regulación es que el citado derecho queda condicionado a «los términos que se establezcan en la negociación colectiva o al acuerdo que se llegue con el empresario».

La equiparación que en este ámbito se realiza entre hombres y mujeres, responde a las exigencias de la Ley, que para ello, se denomina de «Igualdad», y tiene como fin implicar a los hombres en responsabilidades familiares, con el reconocimiento de los mismos derechos, pero su efectividad, dependerá en última instancia de la iniciativa de los trabajadores en su ejercicio, lo cual depende a su vez de un cambio de comportamiento, que, en gran medida depende de un cambio de mentalidad, ajeno a la actividad legislativa.

La hipótesis de la que se parte es la necesidad del cuidado de los hijos menores en distintas circunstancias y de los menores de edad en acogimiento, así como determinados familiares o personas dependientes, para eso se articulan medidas, que no dependen del empleador, sino de los trabajadores, que se acojan a los permisos, reducción y adaptación de jornada, o bien a la suspensión del contrato o excedencias.

El artículo 36 de la LOI establece que «Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como manifestación del derecho de las mujeres y de los hombres a la libre configuración de su tiempo, buscarán la corresponsabilidad a través del reparto entre mujeres y hombres de las obligaciones familiares, de las tareas domésticas y del cuidado de personas dependientes mediante la individualización de los derechos, el fomento de su asunción por parte de los hombres y la prohibición de discriminación basada en su libre ejercicio»<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> MORGADO PANADERO, P., «Responsabilidades privadas y reducción de jornada tras la LO 3/2007» *Revista Aranzadi Social* 18/2008, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008.

<sup>6</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de mujeres y hombres», en AA. VV., *La Ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 159-186.

Las discrepancias con la empresa, frecuentes en esta materia, al ser una norma muy flexible, se resolverán por el Juzgado de lo Social, presentando la demanda en el plazo de 20 días a partir de la comunicación de la disconformidad por parte de la empresa (art. 139 LRJS)<sup>7</sup>.

B) La LOI introduce varias modificaciones en el artículo 37.4 del ET (en su disposición adicional decimoprimer), teniendo un patrón común, que es el cuidado de parientes<sup>8</sup> y así regulo, tanto el permiso por lactancia, del artículo 37.4, o el supuesto de hijos que tienen que permanecer hospitalizados tras el nacimiento (art. 37.4 bis del ET), por ser el niño nacido prematuro o neonato hospitalizado.

La LOI introdujo una posibilidad de acumulación del permiso de lactancia, siendo los derechos generados por cada hijo, distintos, garantizando a cada niño, un derecho independiente, además, a partir de LOI, se permite la acumulación de este permiso en jornadas completas, lo que ya se reconocía en algunos convenios<sup>9</sup> y en el «Plan Concilia», en el ámbito de la Administración Pública y que también puede acumularse mediante un acuerdo al que se llegue con el empresario.

De esta forma se permite que, una vez finalizada la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, cualquiera de los progenitores pueda seguir prestando los cuidados requeridos por el recién nacido, sin incorporarse al puesto de trabajo.

---

<sup>7</sup> Así lo ha establecido el TS, a partir de la entrada en vigor de la LOI, y así, todas las pretensiones sobre conciliación entre la vida laboral y familiar y el trabajo, tanto si se trata de pretensiones fundadas al amparo del artículo 37.5 y 6 del ET, como si se motivan en el artículo 34.8 del ET, deben tramitarse, conforme al artículo 139 de la LRJS, y no son recurribles en casación (STS de 3 de junio de 2013, rec. 775/2013). Al ser materias relativas a la conciliación de la vida laboral y familiar, han de ser tramitadas a través de un procedimiento urgente y preferente (STS de 28 de junio de 2013, rec. 4213/2011).

<sup>8</sup> También en la DA decimoprimer, se introduce una modificación del apartado B del artículo 37, referido a los días de permiso por nacimiento de hijo o el fallecimiento, accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica, sin necesidad de hospitalización, que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que será de dos días, cuando por tal motivo el trabajador, necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.

<sup>9</sup> Artículo 11.I.b) Resolución de 12 de mayo de 2005, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Convenio colectivo Interprovincial de la empresa Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 61 (BOE de 1 de junio de 2001), que permite la acumulación del permiso con una duración de 15 días laborables, posibilidad que reitera en el artículo 19.1.5) de la Resolución de 7 de marzo de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Sociedad de Prevención FREMAP SLU, BOE de 20 de marzo de 2014. Sobre esta técnica convencional, cfr. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Validez del convenio colectivo que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido», AS, núm. 5, 2004 (BIB 2004, 535).

Se regulan dos supuestos diferentes, permiso y reducción de jornada, siempre que el recién nacido sea prematuro o bien deba de permanecer hospitalizado, una vez que la madre tenga ya el alta hospitalaria.

C) Derecho a reducir la jornada entre un octavo y la mitad de la misma, por cuidado de directo de menores de ocho años, con disminución proporcional del salario. Se amplía por tanto de seis a ocho años la edad del menor que posibilita la reducción, y se reduce la jornada (art. 37.5 del ET)<sup>10</sup>.

Este precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional que establece la protección a la familia y la infancia (art. 39 CE), como ha establecido el TS<sup>11</sup>, y amplió la posibilidad de reducción de los seis a los ocho años del menor. Y además de los menores, también da lugar a una reducción de jornada de trabajo la guarda legal de discapacitados físicos, psíquicos o sensoriales.

D) El derecho señalado en el anterior apartado es completado en el citado artículo, con la enumeración de parientes que pueden dar lugar a reducción de jornada. Así, el párrafo segundo del artículo 37.5 LET establece el derecho a reducir la jornada de trabajo en aquellos casos en los que el trabajador tenga a su cuidado a familiares por consanguinidad y afinidad hasta el segundo grado que por razones de edad, enfermedad o accidente no puedan valerse por sí mismos, con el requisito adicional que no desempeñen actividad retribuida.

En cuanto al lapso temporal objeto de «permiso», el artículo 37.5 recoge el derecho a reducir la jornada entre un octavo como mínimo y como máximo la mitad de la misma. De esta forma, el señalamiento de un tope máximo pretende evitar que la jornada del trabajador se reduzca de tal forma que no resulte productiva para la empresa y produzca disfunciones en la organización empresarial.

La LOI, sustituyó el antiguo termino de «minusválido», por el de «persona con discapacidad», mas moderno, pero sin especificar el grado de discapacidad, siendo lo lógico, entender, que el grado de discapacidad requerido será el del 33% como mínimo.

---

<sup>10</sup> La concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y por motivos familiares corresponde al trabajador dentro de la «jornada ordinaria» de trabajo, y no tiene por qué ser dentro de la jornada ordinaria diaria (STS de 15 de septiembre de 2016, rec. 2162/2017).

<sup>11</sup> STS 11 de febrero de 2002 (RJ 2003/1956) y STS de 6 de abril de 2004 (RJ 2004/5909).

E) Novedad también importante, respecto a la regulación anterior, en la que se establecía el disfrute obligatorio de las vacaciones durante el año natural, salvo que la negociación colectiva, reconociese algo diferente o por acuerdo con la empresa, ya que la LOI, añadió, un párrafo segundo al apartado 3 del artículo 38, en los siguientes términos: «Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan».

## 1. Medidas en el ámbito de la Seguridad Social

La reducción del salario va a implicar siempre, una reducción en las cotizaciones sociales, por ello, las cotizaciones efectuadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada se computan incrementadas al 100%, es decir, como sino se hubiesen acogido a la reducción de jornada. También durante el primer año de la reducción de jornada por cuidado de familiares. Esto es a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

## 2. Distribución de la jornada antes de la LOI

Hasta la promulgación de la LOI, la posibilidad de modificar los horarios se regulaba en el artículo 37 del ET.

La aplicación de este artículo fue polémica, ya que se daban dos interpretaciones, una, que consideraba la posibilidad de modificación de horarios, vinculada a la reducción de jornada y otra, que interpretaba el artículo 37.6 del ET en sentido amplio, desvinculándolo de la reducción de jornada.

Esto dio lugar a dos sentencias del TS, que en fecha 13 y 18 de junio de 2008, dictó sentencias al respecto <sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> STS de 13 de junio de 2008, RJ2008/4227; STS de 18 de junio de 2008, RJ 2008/4230.

Ambas sentencias, resolvían cuestiones relativas a cambios de horarios, sin que existiera una solicitud de reducción de jornada, solicitudes, ambas, de trabajadoras del comercio, y el TS, les negó tal posibilidad.

El TS afirmó, que el derecho establecido en el artículo 37.6 del ET, estaba vinculado a la reducción de jornada, indicando el alto Tribunal, que la cuestión controvertida, podría haberse solucionado, con la LOI, y que si no se hizo así, se puede concluir que la voluntad del legislador, fue no reformar tal situación, dado que el artículo 34.8 condiciona el cambio de horario a la aceptación por parte de la empresa.

El supuesto de hecho de la STS de 13 junio de 2008 (RJ 2008/4227), Recurso de casación para unificación de doctrina 897/2007, que se analiza, es el de una madre de un hijo menor de seis años y separada mediante sentencia judicial, que solicita el 4 de noviembre de 2004, como consecuencia de su situación familiar del cuidado de un hijo, el reconocimiento del derecho a la asignación de un horario de trabajo que le permitiera conciliar su vida familiar y laboral, sin reducción de jornada, en concreto un horario de 7 a 14 horas de lunes a viernes y de 7 a 13,30 horas los sábados, en vez de un horario de mañana y tarde, lo que había sido denegado por conducto telefónico por la empresa, toda vez que al no hallarse en situación de jornada reducida, no le correspondía la posibilidad de elegir su horario; en el suplico de la demandante solicitó la declaración de tal derecho; la demanda se tramitó por el procedimiento ordinario.

La sentencia del Juzgado núm. 1 de Granollers desestimó la demanda. En sus hechos probados constaba aparte de lo ya dicho, que la actora venía disfrutando en alternancia semanal, el horario partido de mañana y tarde, que había pedido en su día reducción de jornada, por guarda legal de su hijo nacido el 6 de marzo de 2003, que le fue reconocido por la empresa, volviendo a la jornada efectiva de 40 horas semanales y al horario anterior en 13 de octubre de 2003 de acuerdo con su petición expresa. La sentencia al desestimar la demanda se apoyó en el artículo 37.6 del ET, por no estar prevista su petición en este artículo que solo permite la concreción horaria en los supuestos de reducción de jornada.

La sentencia que se impugnaba, desestimó el recurso de suplicación ya que si bien era cierto que el artículo 37.6 del ET indica que corresponde al trabajador la concreción horaria, ese derecho está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, que es el derecho que se reconoce al trabajador a efectos de conciliar la vida familiar y laboral, con la consiguiente reducción de retribución, no la modificación unilateral del sistema de trabajo a turnos conforme al cual fue contratada.

Se invoca por la parte como sentencia contraria la dictada por la Sala de lo Social de las Islas Baleares de 4 de julio de 2005 (AS 2005,2074), que versa sobre una reclamación similar formulada por un trabajador fijo contratado a tiempo completo con jornada irregular en Iberia, que prestaba servicios en el Aeropuerto de Menorca, en jornada partida, solicitando disfrutar una jornada de mañana o tarde, pero no partida, invocando la conciliación de la vida familiar y laboral teniendo en cuenta el cuidado de un hijo menor de dos años y que su esposa trabajaba en una pequeña empresa, con solo dos trabajadores, no existiendo perjuicio apreciable para la empresa en detrimento de sus facultades organizativas.

El TS establece como primera conclusión, que no cabe que mediante una interpretación extensiva del artículo 37.5 y 6 del ET, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 39 en relación con el 14, ambos de la CE, y la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral dado las circunstancias que concurren en la actora, esencialmente, tener un hijo menor de seis años a su cuidado y estar separada judicialmente, que se aplique lo dispuesto en dicha norma al presente supuesto.

A la misma conclusión desestimatoria de la demanda se llegaría, si pudiera aplicarse la LOI, lo que no es posible por razones temporales, pues si bien es cierto, que dicha Ley ha modificado el artículo 34 del ET, en el sentido de introducir un apartado nuevo, el ocho, que establece el derecho del trabajador a adoptar la duración y distribución de la jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo condiciona a los términos en que se establecerán en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con el empresario, respetando lo previsto en aquel acuerdo que no existe en el caso de autos; lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador.

Por lo que respecta a la otra sentencia, la de 18 de junio de 2008, RJ/2008/4230, Recurso de casación 1625/2007, el supuesto de hecho es el siguiente:

La actora, madre de una hija con un grado de minusvalía del 51% reconocida en Resolución de 19 de febrero de 2004, ha trabajado desde febrero de 1996 a tiempo parcial (90% de 1.802 horas, para tiempo completo, 1.622 horas). En el año 1998 se produjo una segunda novación de su contrato, pasando a prestar servicios durante 144 días al año y a razón de 8 horas/día, esto es, un 64,07% de la jornada anual, con obligación de trabajar los sábados y vísperas de festivos si era requerida, y mayor concentración en los meses de enero, julio, agosto y diciembre, trabajando 12 días al mes con horario de 13,40 a 22,10 horas. En fecha 3 de febrero de 2006 solicitó a la empresa pasar a rea-

lizar la jornada de trabajo de lunes a viernes de 9,30 hasta las 14,30 horas para el cuidado de su hija, con efectos de 1 del marzo de 2006, lo que le fue denegado en fecha 24 de febrero de 2006.

Formulada demanda ante el Juzgado de lo Social, este desestimo la pretensión actora, por entender que no concurren los requisitos previstos en el artículo 37, apartados 5 y 6 del ET.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga que se impugna, de fecha 22 de febrero de 2007 (JUR 2008, 262109) desestima el recurso de suplicación por la demandante, confirmando la sentencia de instancia, razonando que, si bien la demandante se encuentra dentro del campo de aplicación del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores –al tener una hija con una minusvalía reconocida del 51%– y por lo tanto podría solicitar una reducción de su jornada para el cuidado de la misma; sin embargo entiende que ni este precepto ni el espíritu de la Ley 38/99 le amparan a cambiar su jornada de trabajo ni encaja en la previsión de dicha normativa la modificación sin la correspondiente reducción de jornada.

La STS establece «aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional<sup>13</sup>, con apoyo en el artículo 37.5 y 6 del ET, sino solo de una petición de cambio de horario, y por tanto de turnos, sin reducción de jornada, carente de apoyo legal, al no estar comprendido en el artículo 37 del ET en el que la Sala no puede entrar, pues sería tanto como asumir los Órganos Judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando los artículos necesarios del ET, lo que hasta la fecha no ha querido, pudiendo hacerlo, como ha sucedido con la reforma operada en el artículo 34 del ET en la reciente Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Sala en definitiva, sin dudar que la pretensión de la demandante serviría para mejorar sus posibilidades de conciliar el trabajo con los deberes familiares porque de lo contrario no hubiera solicitado el cambio de horario, considera que no pue-

---

<sup>13</sup> La STC a que hace referencia es la STC 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007,3) dictada en un supuesto en el que el Juzgado deniega la reducción de jornada y cambio de horario solicitado, recurriendo en amparo directamente, lo que fue estimado devolviendo las actuaciones al Juzgado, para que valorando las circunstancias concretas allí concurrentes, analizando, en que medida la reducción de jornada resultaba necesaria para la atención del menor, ni cuales fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, planteándose la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida profesional y familiar, decidir si ello suponía no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del artículo 14 CE de la cuestión planteada, y en tal sentido su denegación constituiría una discriminación por razón de sexo, de acuerdo con la doctrina constitucional en esta materia; pero éste no es el caso de autos, pues aquí no se trata de un supuesto de reducción de jornada y horario, como en la sentencia del Tribunal Constitucional, con apoyo en el artículo 37-5 y 6 del ET,

de dar lugar a lo que allí pedido sin violar el principio de legalidad a que debe someter su resolución por imposición expresa del artículo 117 de la Constitución y por ello, aun conociendo la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en un supuesto muy semejante, aunque allí con base legal, ha de atenerse a los principios legales a los que está vinculada».

El análisis de estas sentencias debe ser completado con los votos particulares<sup>14</sup>, así, en la de 13 de junio de 2008, tenemos que se establece que «la negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en que medida dicha reducción resulta necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuales fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina».

Y en la de 18 de junio de 2008, se señala: «Estimamos, que las pretensiones de la demandante tienen apoyo suficiente en el espíritu de la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que dio lugar al precepto controvertido».

La sentencia recuerda que «En efecto, según la exposición de motivos de la Ley que hace referencia a los artículos 14 (igualdad ante la ley), 39 (protección social, económica y jurídica de la familia) y 9.2 (deber de los poderes públicos 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) de nuestra Constitución, la norma tiene por objeto configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada, y en concreto y en cuanto al redactado que incorpora del artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, asegurar el ejercicio adecuado de la patria potestad y el cuidado del menor o minusválido».

Asimismo, insiste en que «La norma, por otra parte, viene a completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa comunitaria, superando –dice la exposición de motivos– los mínimos de protección previstos en las mismas. De la normativa comunitaria se citan

---

<sup>14</sup> El voto particular es de los Magistrados, Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia, y la Excmo. Sra. Dña. Rosa Viroles Piñol.

expresamente las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre y 96/34 del Consejo de 3 de junio, que establecen criterios amplios y flexibles para la armonización de las responsabilidades y familiares».

Entienden los magistrados, que existe una laguna legal que puede ser llenada por la jurisprudencia –tal como señalan las sentencias de esta sala de 19 de abril de 2004 (RJ 2004, 2864) y 26 de abril de 2004 (RJ 2004,4707)– de forma que cabe entender que es posible la adaptación o modificación del horario de trabajo o jornada laboral, sin reducción de la misma, de quien por razones de guarda legal tenga su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, en los términos señalados por los apartados 5 y 6 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Como ha puesto ya de manifiesto la doctrina científica, difícilmente se sería respetuoso con el objetivo de la reforma operada por la mencionada Ley 39/1999, si se realizara una interpretación literal y la única posibilidad fuera la de la reducción de la jornada de trabajo; solución que tampoco supone un beneficio claro para la empresa, pues en muchos casos esa reducción de la jornada le va a suponer mayores trastornos y dificultades para ajustar la organización del trabajo que la derivada de un cambio del horario o jornada de trabajo, sin reducción de la misma.

Destaca del citado voto, dos cuestiones, una que únicamente entiende posible la distribución de jornada en los supuestos de menores de 6 años o minusválidos y no en otros casos de necesidad de conciliación de la vida familiar, laboral o personal, y asimismo que se realiza una interpretación extensiva de la Ley 39/1999 y no de la Ley de Igualdad.

### **3. Distribución de la jornada después de la LOI**

Toda esta problemática, la vino a solucionar la LOI, ya que la nueva regulación del artículo 34.8 del ET, reconoce un derecho a la conciliación del tiempo de trabajo, familiar y personal, que incluye la modificación de la distribución de las jornadas.

Tras la promulgación de la LOI, pueden extraerse, en cuanto a la distribución de la jornada, algunos parámetros generales, así, tenemos que:

1. La mayoría de las personas que pide el cambio en la distribución de la jornada, son mujeres, lo que significa, que aún en nuestro país, son las mujeres, las que más solicitan la posibilidad de conciliar su vida laboral con la familiar.

2. Dentro de estas solicitudes, la gran mayoría, son de personal poco o medianamente cualificado, con una brecha salarial de 1.000 a 2.000 euros brutos de salario mensuales. Las categorías laborales, suelen repetirse, y ser, mujeres con categoría de teleoperadoras, camareras, dependientas, etc., mujeres que no pueden permitirse, dado su salario, contratar a personas ajenas para ocuparse de las tareas del hogar o para el cuidado de los hijos, ya que ese salario adicional, se «comería» sus propios ingresos. Suelen residir en ciudades dormitorio o en barrios con comunicaciones escasas.

3. Las referencias normativas que se utilizan, son repetitivas:

— Artículo 14 de la CE (principio de igualdad y no discriminación), y artículo 39 de la CE (protección a la familia)

— Artículo 34.8 del ET, introducido por la DA undécima de la LOI, que establece el derecho del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y el artículo 37.5 y 6 (con relación a la concreción horaria de trabajo vinculado con la petición de reducción de jornada); y artículo 41.1 (con relación a la modificación sustancial del contrato de trabajo).

— Disposición adicional undécima de la LOI, en relación a la modificación que efectúa del artículo 34.8 del ET, en cuanto a «distribución de jornada».

— Ley 39/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

— Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre y 96/34/CE, del Consejo de 3 de junio, que establecieron criterios para la armonización de las responsabilidades laborales y familiares.

Lo que la LOI efectúa, fue a través de la DA 11, modificar el artículo 34, referido a la duración y distribución de la jornada de trabajo, y así, poder llevar a cabo los trabajadores, su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; modifica también el artículo 37 del ET, que regula el derecho de reducción de jornada, la guarda legal de menores de ocho años y discapacitados; el artículo 45 del ET, referido a la suspensión del contrato de trabajo, por tiempo menor a un año para el cuidado de hijos o menores en acogimiento que modifica el artículo 46, sobre excedencia voluntaria de duración no superior a tres años, para el cuidado de hijo, a contar desde la fecha del nacimiento, y cuidado de un familiar en 2.º grado por consanguinidad o afinidad.

En el ámbito del Empleo Público, el artículo 56 de la LOI, remite en su regulación a la legislación específica, aunque en dicho texto legal, se contiene una disposición específica, referida a las bases de los concursos para la

provisión de los puestos de trabajo, que deberían computar el tiempo que las personas candidatas hayan dedicado a la conciliación conforme a la normativa vigente (art. 57 de la LOI), norma que pretende impedir que la dedicación al cuidado y atención de la familia pueden perjudicar en el acceso y promoción en el empleo (DA 9) y más específicamente se regula la conciliación en las Fuerzas Armadas (DA 20), en la Guardia Civil (DA 24) y en la carrera judicial (DA 3).

#### 4. Análisis Jurisprudencial

Las sentencias posteriores a las del TS señaladas, se dividen en dos grupos, las que reconocen el derecho a la distribución del tiempo de trabajo y las que sostienen que no es posible una modificación de la jornada sin reducción de la misma.

##### A) EL RECONOCIMIENTO AL DERECHO A LA DISTRIBUCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

En la STSJ Aragón 672/2009, de 21 de mayo de 2009, ROJ 672/2009, recurso 316/2009, se parte de situar el problema de la determinación de la distribución de la jornada en el contexto de las relaciones desiguales de género y como medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral que constituye una medida para luchar contra la discriminación de género.

Partiendo del artículo 44.1 de la LOI, la sentencia, interpreta de forma amplia el artículo 37.5 del ET; y establece que «en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 del ET, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la CE) que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir, de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa» además de que «en principio la concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho de la trabajadora, que solo en supuestos excepcionales ha de decaer, como en caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa».

La sentencia, continua estableciendo «a juicio de esta Sala, la configuración del derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo, con relevancia constitucional, y la protección de la finalidad prevista por la legislación sobre

conciliación de la vida familiar y laboral, obliga a concluir, ponderando las circunstancias concurrentes, que la actora tiene la facultad de concretar su horario en el turno nocturno, lo que le permitirá armonizar la vida familiar y laboral, enfatizando la protección de los miembros de la familia más necesitados de protección» (...).

De ello se colige, que la sentencia no se basa en el artículo 38.4 del ET, sino en una interpretación extensiva del artículo 37.5 del ET, y en la protección de los menores.

a) *Una interpretación restrictiva del artículo 34.8 y del artículo 37 del ET*

La gran mayoría de las sentencias, desestiman la solicitud de cambios en la distribución de la jornada por parte de los demandantes. Se apoyan para tal desestimación en dos tipos de consideraciones: o bien en las limitaciones o lagunas del artículo 37 del ET y en la interpretación restrictiva del nuevo artículo 34.8 del ET.

Así la STSJ Madrid de 27 de enero de 2009 (Sentencia 70/2009, AS 2009/1122, Rec de suplicación 4376/2008), en ella, se desestima la petición de realización del trabajo solo de lunes a viernes, siendo denegado por circunstancias organizativas y por falta de concreción de circunstancia alguna que en interés del menor motive el nuevo cambio horario interesado, al entender, que la actora, sino trabaja nunca los fines de semana, los demás empleados deberían de trabajar más veces sábados y domingos, y la empresa tendría que alterar todo el sistema de organización del trabajo.

En igual sentido, la STSJ Madrid de 26 de enero de 2009 (Sentencia 27/2009), AS 2009/1121, Recurso 3943/08, que estima que la petición de la demandante, no tiene encaje material en el artículo 37.5 del ET, ya que lo que la parte actora solicitaba, no era realmente una concreción horaria, resultante de la reducción de jornada por motivos familiares, sino, que con base a tales razones, pretendía, una variación del horario de trabajo, pasando a desempeñar un turno de trabajo fijo de mañana, en lugar del régimen rotatorio de que fue el pactado al inicio de plan prestación de servicios, STSJ Cataluña 9027/2009; STSJ Andalucía 1193/2009.

La STSJ Cantabria de 31 de julio de 2015 (Recurso 315/15, Sentencia 637/15, AS 2016/146), estima que la trabajadora que tiene a su cuidado directo a un menor (familia monoparental), la forma de efectuar la reducción, ha de ser sobre la jornada diaria y no sobre la calculada en cómputo anual o

semanal; no es admisible la acumulación de la jornada semanal reducida de lunes a viernes ya que no es lo mismo jornada de trabajo que turno de trabajo <sup>15</sup>.

## B) RECONOCIMIENTO DE LA ESTRUCTURA DESIGUAL DE GENERO DEL TRABAJO

Muchas sentencias, hacen referencia a la desigualdad entre hombre y mujeres, así la STSJ Madrid, 14077/2009, que señala que «Para lograr romper con esta inercia el artículo 42 de la LOI, traza como uno de los objetivos prioritarios de la política de empleo aumentar la participación de la mano de obra femenina en el mercado de trabajo, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado. En este injusto y desigual escenario tradicional de la asignación de roles ente hombres y mujeres estas son las que han llevado la peor parte al encontrarse esclavizado por la doble jornada, la de la empresa y la del hogar, pues son las mujeres las que en la mayoría de los casos concilian el trabajo con la asunción de las responsabilidades familiares».

De lo examinado, se desprenden dos líneas:

- a) *La mayoría de las sentencias que examinan el derecho relativo a la distribución del tiempo de trabajo para conciliar la vida familiar y laboral del trabajador/a, se hace en base al artículo 37 del ET. No se acude al artículo 34.8 del ET*

Así, entre ellas, tenemos la STSJ Castilla-León/Burgos de 11 de febrero de 2011, Sentencia 131/2010, AS/2010/1399, Recurso de Suplicación 17/2010, que examina el caso de una trabajadora, que tiene una jornada reducida, por cuidado directo de un menor de seis años. El TSJ estima que la acumulación de jornadas que disfruta la trabajadora no conlleva la reducción de sus jornadas, ni días de vacaciones, ni días de asuntos propios, los cuales puede disfrutar íntegramente. El TSJ estima que la trabajadora no tiene un contrato a tiempo parcial, sino, un contrato ordinario (de interinidad) con reducción de jornada, fijada en interés del trabajador y no del empresario, y si bien tiene una

---

<sup>15</sup> Otras sentencias, sin embargo, estiman la pretensión de distribuir el tiempo de trabajo, pero en un contexto de reducción de jornada, así STSJ de Madrid 1462/09; de Castilla La Mancha 4279/09, STSJ de Asturias 2794/09 y STSJ de Madrid 2404/2009.

reducción de jornada y de salario, no puede darse mas reducción de otros derechos, como el derecho a vacaciones. El TSJ, fundamenta su decisión en el artículo 37 del ET y 3 de la LOI.

- b) *Las sentencias que examinan el derecho relativo a la distribución del tiempo de trabajo, para conciliar la vida familiar y laboral del trabajador o trabajadora en virtud del artículo 34.8 del ET, introducido por LOI, sostienen que no se concede un derecho sin más al trabajador/a a poder distribuir su tiempo de trabajo, sino que es necesario que exista negociación colectiva o pacto individual con el empresario*

En estos supuestos tenemos la STSJ Cataluña de 13 de julio de 2009, sentencia 5593/2009, AS/2009/2343, en la que se estima que un trabajador que tiene a su cuidado directo un menor, no puede concretar su horario en el medio de dos turnos alternado toda la organización productiva y sin acreditar la necesidad de la misma. La reducción de jornada (que es solicitada por parte de un trabajador, no de una trabajadora, como es lo habitual) no se le deniega, por ser reconocida por ley, lo que se le deniega es aplicar esa reducción a una determinada franja horaria de un exclusivo turno nocturno, cuando trabaja a tres turnos que alterna semanalmente, lo cual no reconoce el 37.6 del ET.

También mencionar, la relevante sentencia de la AN de 23 de marzo de 2015, sala social (S. 49/2015), que estableció que los empleados con reducción de jornada pueden elegir cómo se distribuyen dicha jornada, a pesar de que la reforma laboral, que entró en vigor el 12 de febrero de 2012, estableció que la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y por motivos familiares debe hacerse dentro de la jornada ordinaria «diaria».

La AN aplica en su sentencia el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5 (relativo a la reducción de jornada por guarda legal o de personas con discapacidad física, psíquica o sensorial), en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas

La sentencia de la Audiencia se refiere al caso concreto de una trabajadora de una empresa de «contact center» que solicitó a la empresa una reducción de jornada por cuidado de hijos menores de ocho años, pero se repartió la reducción de tal manera que no trabajaba los fines de semana que le correspon-

dían, a pesar de que su contrato de trabajo establece que la distribución de su jornada semanal es de lunes a domingo.

Acogiéndose a este aspecto de su contrato de trabajo y a que la reforma laboral establece que el reparto de la reducción de jornada debe hacerse dentro de la jornada ordinaria «diaria», la empresa denegó a la trabajadora el reparto propuesto por ésta, en el que se excluían los fines de semana. Denegación que es habitual en los tribunales.

En cambio, la sentencia de la Audiencia Nacional determina que, en virtud del convenio colectivo firmado por la empresa y por los representantes de los trabajadores antes de la entrada en vigor de la reforma laboral, la trabajadora puede determinar la distribución de su reducción de horario dentro de su jornada ordinaria, pero no necesariamente de su «jornada ordinaria diaria», de tal manera que puede no trabajar los fines de semana que le correspondan.

Esta resolución, determina que los artículos 32 y 33 del Convenio Colectivo de Contact Center, sector al que pertenece la empresa empleadora, establece que quien por razón de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, y que la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la misma «corresponderá al trabajador dentro de su jornada ordinaria».

También recoge, que el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores indica que los convenios colectivos podrán establecer «criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada» por guarda legal o de personas con discapacidad, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas.

La sentencia, en aplicación del artículo 3.3 del ET, indica que los conflictos generados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, se resolverán «mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto».

«Nos hallamos ante un supuesto de normas legales que fijan condiciones mínimas. En estos supuestos la ley, sin intención de plenitud o monopolio, se limita a fijar unas condiciones mínimas, que en cuanto a tales son también imperativas pero que, precisamente en cuanto a mínimas, dejan abierta la posibilidad de ser mejoradas por otras normas, básicamente por los convenios colectivos», establece la citada resolución.

Por todo ello, la sentencia declara el derecho de los trabajadores, a que la concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal y por motivos

familiares se disfrute «sin más requisito o limitaciones» que las que aparecen contempladas en los artículos 32 y 33 del Convenio Colectivo de Contact Center, es decir, dentro de su jornada ordinaria, y en consecuencia, sin que la empresa les pueda exigir que dicho horario se realice obligatoriamente dentro de su jornada «diaria».

Con carácter general, las sentencias de la AN, en materia de impugnación de cláusulas de convenios colectivos, se interpretan de forma muy amplia<sup>16</sup>.

Por ello, sería conveniente que el artículo 34.8 del ET no condicionara este derecho a la existencia de Convenio Colectivo o pacto con la empresa, sino que, lo ideal sería, que se estableciera en que supuestos cabe el desarrollo de dicho derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

## V. REFORMA LABORAL DE 2012

La Ley 2/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral ha dado nueva redacción al párrafo primero del apartado 5 del artículo 37 del ET, estableciendo que «quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años..., tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella».

La modificación, que pudiera parecer irrelevante, ya que solo incorpora la palabra «diaria» en referencia a la reducción de jornada de trabajo, tiene repercusión práctica, al limitar la elección de las horas en las que se prestara servicio durante el día<sup>17</sup>. Es decir, que la reducción de jornada deberá concretarse de forma obligatoria en el módulo diario. También esta reforma, añade un nuevo párrafo al apartado 8 del artículo 34 del ET, señalando: «A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas». Un buen deseo, que no pasa de ser una mera norma programática<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Así las SSAN de 12 de julio de 2001 (rec. 44/2001), 28 de febrero de 2005 (rec. 157/2004), 8 de febrero de 2007 (rec. 2/2007) y 15 de febrero de 2010 (rec. 2/2010).

<sup>17</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2012 (Reforma Laboral). Ed. Aranzadi, Pamplona 2012, p. 1.

<sup>18</sup> FRAGUAS MADRUGA, L., «Reducción de la jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2013. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2013, p. 2.

## VI. CONCLUSIONES

La disposición de estas normas, es hacer extensivo tanto a los hombres como a las mujeres trabajadoras, los derechos que se arbitran para hacer efectiva la conciliación, no diferenciando entre unos y otros, en lo que respecta a su titularidad y ejercicio, salvo que se refieran a circunstancias que solo a estas afectan, como son, el embarazo, el parto y la lactancia, lo cual, obviamente influye en la jornada laboral de estas; pero aun en éstos casos también se prevé que el padre pueda ejercitar los derechos en determinadas circunstancias.

La equiparación que en este ámbito se realiza entre hombres y mujeres, responde a las exigencias de la Ley, que para ello, se denomina de «Igualdad», y tiene como fin implicar a los hombres en responsabilidades familiares, con el reconocimiento de los mismos derechos, pero su efectividad, dependerá en última instancia de la iniciativa de los trabajadores en su ejercicio, lo cual depende a su vez de un cambio de comportamiento, que, en gran medida depende de un cambio de mentalidad, ajeno a la actividad legislativa.

La hipótesis de la que se parte es la necesidad del cuidado de los hijos menores en distintas circunstancias y de los menores de edad en acogimiento, así como determinados familiares o personas dependientes, para eso se articulan medidas, que no dependen del empleador, sino de los trabajadores, que se acojan a los permisos, reducción y adaptación de jornada, o bien a la suspensión del contrato o excedencias.

## BIBLIOGRAFÍA

- FRAGUAS MADRUGA, L., «Reducción de la jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2013. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2013, p. 2.
- GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. (eds.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*. Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 407.
- MARTÍNEZ MORENO, C., «Últimas tendencia en los contenidos de la negociación colectiva en materia de igualdad entre mujeres y hombres», Mercader Ugina, J. R., García-Perrote Escartín, I. (eds), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*. Thomson Aranzadi. Pamplona 2015, p. 407.
- MORGADO PANADERO, P., «Responsabilidades privadas y reducción de jornada tras la LO 3/2007», *Revista Aranzadi Social* 18/2008, Ed. Aranzadi, Pamplona 2008.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de mujeres y hombres», en AA. VV., *La Ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 159-186.

— «Estudios para la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres», Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especializada, noviembre 2011.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Validez del convenio colectivo que permite acumular las horas de lactancia en un mes de permiso retribuido». *Revista Aranzadi Social*, núm. 5/2004, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

— «Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2012 (Reforma Laboral). Ed. Aranzadi, Pamplona 2012, p. 1.

# MOVILIDAD FUNCIONAL

INMACULADA BAVIERA PUIG

Profesora Titular de Derecho del Trabajo  
Universidad de Navarra

SUMARIO: I. *La movilidad funcional en el contexto de las reformas*. 1. El marco legal. 2. Doctrina de los tribunales.–II. *Conductas discriminatorias vinculadas al cambio de funciones*. 1. El marco legal. 2. Cambio injustificado de puesto de trabajo por embarazo. 3. Doctrina de los tribunales relativa al cambio de funciones con motivo de la reincorporación al trabajo.–III. *El cambio de funciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*. 1. Riesgo durante el embarazo. 2. Riesgo durante lactancia natural.–*Bibliografía*.

## I. LA MOVILIDAD FUNCIONAL EN EL CONTEXTO DE LAS REFORMAS

### 1. El marco legal

La movilidad funcional, regulada en el artículo 39 ET, constituye un mecanismo de flexibilidad en el ámbito de la empresa. Esta permite un cambio de funciones, respetando las titulaciones académicas o profesionales requeridas, en el marco del grupo profesional, como expresión del *ius variandi* ordinario del empresario<sup>1</sup>. La movilidad más allá del grupo profesio-

---

<sup>1</sup> MONTROYA MELGAR, A., «Sección 1.ª: Movilidad funcional y geográfica», en Sempere Navarro, A. V. (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 518.

nal, como expresión del *ius variandi* extraordinario, sujeta a justificación causal y a limitación temporal, fue introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (RCL 1994, 1422), que afectó profundamente la redacción de este artículo<sup>2</sup>. El objetivo era introducir «una definición más flexible, ya desde el ingreso al trabajo, del contenido de la prestación laboral pactada, superando los rígidos esquemas de la clasificación subjetiva de los trabajadores, y una mayor facilidad para adaptar dicha prestación a la variación de las necesidades» (Exposición de Motivos). Más recientemente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, favoreció una vez más la flexibilidad interna para combatir la destrucción de empleo (RCL 2012, 945)<sup>3</sup>. En concreto, hizo que el sistema de clasificación profesional tuviera «como única referencia el grupo profesional con el objetivo de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz» (Exposición de Motivos).

El artículo 39 también prevé en su apartado 4 las modificaciones sustanciales «máximas», esto es, más allá del *ius variandi* ordinario y extraordinario del empresario. Por ejemplo, cuando no se respetan las titulaciones, o cuando la movilidad fuera del grupo no se ajusta a razones técnicas u organizativas, o excede el tiempo imprescindible. Este tipo de decisiones unilaterales del empresario son inhábiles a menos que se observen una serie de garantías a favor de los derechos de los trabajadores<sup>4</sup>. En estos casos, la ley prevé como requisito «el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo» (art. 39.4 ET). La delimitación entre la movilidad funcional y la modificación sustancial de condiciones de trabajo no siempre está clara, y es objeto de discusión en algunas de las sentencias que se analizan en estas páginas, con motivo de la reincorporación de las mujeres tras periodos de excedencia, bajas u otros permisos vinculados a su maternidad. A continuación se examinan una serie de sentencias relativas al cambio de funciones con motivo de la reincorporación al trabajo mencionada. En todas ellas se da la ausencia de discriminación por parte de la empresa.

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 518-520.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 518.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 524.

## 2. Doctrina de los tribunales

No se encuentran indicios de discriminación por la condición de madre y estar embarazada (los cuales han quedado contrarrestados por la concesión empresarial de las licencias y permisos legales), en el caso de una trabajadora que no fue reintegrada en el puesto de Secretaría General de la Federación Española de Baloncesto, tras la reincorporación de su segunda baja maternal. La terminación del mandato del Presidente y su reelección, con la consiguiente renovación de su equipo de confianza, unido a la insatisfacción por la actuación profesional de la demandante, llevaron a la alteración de sus funciones, dejando el cargo orgánico de confianza, para recuperar su inicial cargo técnico de asesor. Por ello, se le asignó un nuevo despacho y se le adaptaron las condiciones inherentes al nuevo puesto, respetándosele la antigüedad y retribución como Secretaria General. En consecuencia, la empresa actuó dentro de los límites de su poder de organización y dirección, por lo que no cabe deducir ni una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni que su trabajo como asesora estuviera desprovisto de contenido, ni que se hubiera producido una conducta hostigadora por parte de la empleadora, discriminando a la trabajadora por razón de su condición de mujer y madre. No habiéndose acreditado el daño o perjuicio, tampoco cabe fijar ninguna indemnización<sup>5</sup>.

El cambio de funciones de Jefa de Sección de Administración en un supermercado, a jefa de la Sección de Bazar-Menaje, tras la reincorporación de la baja por maternidad, lactancia acumulada y vacaciones, y haberse acogido a una reducción de jornada, es ajustado a Derecho [tiene encaje legal en los artículos 20 y 39 del ET y 8 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (RCL 2001, 2087)], y es ajena todo móvil discriminatorio. En este caso, la empresa llevó a cabo una reorganización general, que afectó a todos los niveles de mandos y secciones, por lo que no fue una medida «ad hoc» para la trabajadora. Debido a los resultados negativos, la empresa inició a finales de 2009 un proceso de reestructuración y rebaja de costes, por lo que unificó dos secciones bajo la responsabilidad de un único Jefe de Sección (Administración y Cajas). Además, la actora no ha variado de grupo profesional como Jefe de la Sección de Bazar-Menaje, y «aunque haya modificación de funciones lo es por las propias de Jefe de la Sección distinta, siendo en definitiva de Jefe de Sección»<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2012 (AS 2013, 364).

<sup>6</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 2012 (AS 2012, 687).

La movilidad dentro del mismo grupo profesional, debido a la compra de acciones de KLM Real Compañía Holandesa de Aviación (por parte de Air France) y a la consiguiente reorganización interna, constituye una facultad de la empresa, pese a que la actora alegue que fue debido a la reducción de jornada de 1/3 por cuidado de dos hijos menores de edad. La Sala considera que no hubo vulneración del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE), ni por tanto se dio la discriminación indirecta alegada. La actora desempeñaba sus funciones en el departamento de Venta de billetes con la categoría profesional de oficial administrativa grupo S5 y posteriormente siguió desempeñando sus funciones en el departamento de Facturación con la misma categoría y grupo profesional. Además, en el Anexo VI del Convenio colectivo de la empresa KLM consta que el nivel S5 constituye una categoría de trabajadores multifuncionales, que pueden desempeñar las funciones en los departamentos de Venta y Facturación. Por todo lo anterior, esta movilidad funcional no ha excedido las limitaciones respecto de las titulaciones académicas o profesionales, forma parte del poder de dirección de la empresa, y está amparada en el núm. 1 del art. 39 del ET<sup>7</sup>.

El cambio de puesto de trabajo (de secretaria de zona a personal del servicio de atención al cliente, sin variación de su salario), siete meses después de la adopción de dos menores de edad, no constituye un supuesto de movilidad funcional discriminatorio. Tampoco se puede llegar a tal conclusión, ni considerarlo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 ET, por el hecho de que el trabajo cara al público fuera más incómodo o menos gratificante que el realizado por una Secretaria de Dirección<sup>8</sup>.

La modificación parcial de las funciones debido a la reorganización empresarial, coincidente con el reingreso de la excedencia por cuidado de hijo, no constituye un supuesto de discriminación. La trabajadora tenía la categoría de Jefe de sección y desempeñaba el puesto de directora de promociones, comunicación y relaciones externas en la empresa Parques Reunidos SA. A la semana de su reingreso, la actora se quejó de la falta de contenido de su puesto de trabajo, no habiendo transcurrido un solo día de trabajo efectivo (ya que dos días los dedicó a entrevistarse con sus superiores para fijar los contenidos de su puesto y el resto de la semana disfrutó de vacaciones), manifestando su deseo de extinguir el contrato de forma negociada. Todo

---

<sup>7</sup> STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2010 (AS 2011, 28).

<sup>8</sup> STSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2008 (AS 2009, 1335).

ello, a juicio de la Sala, no puede llevar a la conclusión de apreciar prácticas discriminatorias por parte de la empresa<sup>9</sup>.

Tampoco constituye un supuesto de movilidad funcional discriminatorio, a falta de acreditación de la reducción de funciones y consiguiente acoso laboral, el caso de una trabajadora a la que, tras la reincorporación de la baja por maternidad, no le fue reconocida la concreción horaria solicitada por hallarse fuera de la jornada ordinaria (pero concedida anteriormente por otro director, que ya no presta servicios en la empresa), lo que le ocasionó una breve baja por estrés<sup>10</sup>.

El cambio de funciones de una jefa de zona de supermercados a jefa de departamento de aprovisionamiento (habiendo alcanzado un acuerdo con la empresa, realizado conforme al art. 39.1 ET), posterior a la reincorporación de la trabajadora y a la solicitud de una reducción de jornada, no es causa de una conducta discriminatoria por razón de sexo, a juicio del tribunal, ya que la reclamación de tutela de derechos fundamentales de la trabajadora se produjo once meses después de haber llegado a dicho acuerdo con la empresa<sup>11</sup>.

No excede los límites del *ius variandi* empresarial la movilidad funcional o reducción de funciones por razones organizativas. En este caso, la empresa acometió una reorganización con motivo de la crisis padecida en el año 2004, por lo que el cambio de puesto de trabajo tras la reincorporación de la baja materna obedeció a una necesidad organizativa, ajena a móviles discriminatorios. Cuestión distinta fue que la trabajadora no percibiera el *bonus* por incumplimiento de objetivos, con la consiguiente disminución salarial, lo que se debió realmente al escaso período de prestación de servicios<sup>12</sup>.

## II. CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS VINCULADAS AL CAMBIO DE FUNCIONES

### 1. El marco legal

El embarazo de la mujer, y en este caso vinculado a cuestiones de movilidad funcional, también ha dado lugar a numerosas situaciones de discriminación por razón de sexo. La normativa al respecto ha sufrido una larga

---

<sup>9</sup> STSJ de Madrid de 6 de julio de 2009 (AS 2009, 1783).

<sup>10</sup> STSJ de Madrid de 17 de junio de 2008 (AS 2008, 1773), FJ 3.º

<sup>11</sup> STSJ de Madrid de 27 de mayo de 2008 (AS 2008, 1888).

<sup>12</sup> STSJ de Madrid de 3 de junio de 2008 (AS 2008, 1979).

evolución, tanto en el plano conceptual como en el relativo a los efectos jurídicos. Así, en el ámbito internacional cabe destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (LEG 1948, 1), que proclamó la dignidad y el valor de la persona humana y la igualdad de derechos de hombres y mujeres; las Declaraciones de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1967 y de 1979 (RCL 1984, 790); la Conferencia de Viena sobre los Derechos Humanos de 1993 (LCEur 1993, 3078), así como las Conferencias Mundiales de Nairobi (1985) y de Pekín (1995)<sup>13</sup>.

En el ámbito europeo el Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales (RCL 1999, 1190) establece que el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, entre otras, por razón de sexo (art. 14). En el marco de la UE, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, reconoció el principio de igualdad de remuneración de mujeres y hombres trabajadores por un mismo trabajo (art. 119). Más adelante, el Tratado de Ámsterdam (RCL 1999, 1205), firmado en 1997 y que entró en vigor en 1999, tuvo una importante repercusión en la construcción de una Europa social, y estableció como misión de la Comunidad Europea la promoción de la igualdad (art. 2). Desde entonces, la igualdad por razón de sexo adquirió un carácter transversal al afectar a todas las políticas y acciones comunitarias (art. 3.2)<sup>14</sup>. Este principio también adquirió un notable desarrollo jurisprudencial a partir de las siguientes Directivas: 75/117, de 10 de febrero sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (LCEur 1975, 39); 76/207/CEE, de 9 de febrero, sobre la aplicación 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 (LCEur 1976, 44); esta última modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre (LCEur 2002, 2562), con objeto de incluir la definición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo. Cabe añadir la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio (LCEur 2006, 1696), relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación,

---

<sup>13</sup> STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 358436), FJ 3.º

<sup>14</sup> 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 y de Asuntos Sociales*, núm. 3, 2007, p. 58.

que supuso la refundición en un único texto de diversas disposiciones comunitarias en materia de igualdad<sup>15</sup>.

El Consejo Europeo de Lisboa, celebrado los días 23 y 24 de marzo del año 2000, instó a los Estados miembros a avanzar en todos los aspectos de la igualdad de oportunidades, así como en la conciliación del trabajo y la vida familiar. En concreto, estableció que el índice de empleo femenino debía pasar del entonces 51% a más del 60% en el año 2010<sup>16</sup>. Abandonado el proyecto de una constitución para Europa, el 13 de diciembre de 2007 los representantes de los 27 Estados miembros de la UE aprobaron el Tratado de Lisboa (RCL 2009, 2289), que asienta el compromiso de la UE de fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y combatir las distintas formas de discriminación. En este contexto, el 5 de marzo de 2010 fue aprobada la Carta de la Mujer, para reforzar nuevamente el compromiso de la UE a favor de la igualdad entre mujeres y hombres. Esta carta conmemoraba el 15.º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y el 30.º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>17</sup>. A ello se añaden, entre otros, el Plan de trabajo de la UE para la igualdad de mujeres y hombres (2006-2010)<sup>18</sup>, la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015<sup>19</sup> (en el marco de la Estrategia 2020), y más recientemente, el Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019. Con respecto a este último, la Comisión señaló entre sus prioridades el aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral y la promoción de una misma independencia económica de mujeres y hombres, así como reducir las disparidades en las retribuciones, los ingresos y las pensiones, para combatir la pobreza entre las mujeres<sup>20</sup>.

En el ámbito del Derecho interno la Constitución (RCL 1978, 2836) proclama la igualdad de los españoles ante la ley y la prohibición de toda discriminación, específicamente por razón de sexo (art. 14). Este principio se refleja en el Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) en los artículos 4.2 y 17, tanto en su dimensión directa como indirecta, y ha sido reforzado con motivo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de muje-

---

<sup>15</sup> STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 358436), FJ 3.º; QUESADA SEGURA. R., *La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo...*, ob. cit., pp. 61-62.

<sup>16</sup> Cfr. «[http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm)» (visitado el 28 de agosto de 2018).

<sup>17</sup> COM(2010) 78 final.

<sup>18</sup> COM(2006) 92 final, de 1 de marzo de 2006.

<sup>19</sup> COM(2010) 491 final, de 21 de septiembre de 2010.

<sup>20</sup> Comisión Europea, Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019, pp. 9-13.

res y hombres (RCL 2007, 586), que transpone la Directiva 2002/73/CE mencionada. La jurisprudencia relativa a la influencia de dicha norma en materia de movilidad funcional se analiza a continuación.

## 2. Cambio injustificado de puesto de trabajo por embarazo

Una manifestación de la discriminación por razón de sexo son los cambios de puesto de trabajo, sin justificación razonable, por causa de embarazo. Esta puede revestir diversas modalidades:

### a) *Cambios que suponen un trato peyorativo*

Este es el caso de una trabajadora que presentó síntomas de alergias para el trabajo en laboratorio, y que una vez se le facilitaron los equipos preventivos, fue considerada apta condicional para su puesto de trabajo, pero también apta para los puestos de almacén y oficinas dada su patología. Por este motivo, fue trasladada de puesto y pasó a realizar las funciones de mozo de almacén. La trabajadora solicitó la adaptación de su puesto de trabajo de laboratorio indicando que sus nuevas funciones tampoco eran adecuadas para su salud. Comunicado el estado de gestación y denegada la prestación de riesgo durante el embarazo, la trabajadora se reincorporó tras una baja al puesto de administrativa de almacén, disponiendo de un ordenador contra la pared, en situación de cierto aislamiento, para pasar datos de facturas, no habiendo realizado esta actividad previamente en la empresa. Al respecto, el tribunal consideró que con la prohibición de discriminación por maternidad quedaban limitadas las potestades organizativas y disciplinarias del empresario, y que la salud de la mujer trabajadora había de ser «compatible con la conservación de sus derechos profesionales». En consecuencia, el perjuicio ocasionado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituye un supuesto de discriminación directa por razón de sexo. Lo cual ha quedado aquí acreditado, ya que se ha reconocido «que la ubicación que da la empresa a la trabajadora es excepcional y en situación de «aislamiento», a la entrada de un almacén y alejada del ámbito ordinario de los trabajadores que realizaban tareas similares». A lo que debe añadirse que tampoco se ha acreditado la utilidad del trabajo que la misma realizaba, tarea que no había sido encargado anteriormente a ningún trabajador de la empresa, por lo que no cabe explicación alguna de estos cambios amparada en las facultades organizativas del empleador<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2013 (AS 2013, 241), FJ 6.º

b) *Asignación de nuevas funciones no acordes con la titulación*

En ocasiones se extralimita el *ius variandi* de la empresa como cuando se modifican las condiciones laborales hasta el punto de no respetar las titulaciones y la experiencia (art. 39.1 ET). Por ello, no puede trasladarse a una trabajadora embarazada, titulada en Ciencias Empresariales, del departamento de contabilidad a otro de atención al público (desempeñando unas funciones muy inferiores a su cualificación y a sus conocimientos), ya que más que ante el ejercicio del *ius variandi* empresarial nos encontramos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que debía haber seguido los trámites del artículo 41 ET<sup>22</sup>. Además, tal modificación sustancial podía constituir a juicio del tribunal «una decisión discriminatoria por razón de su embarazo y por tanto nula por imperativo del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores». En este caso resultó acreditado el hecho del embarazo y su conocimiento por la dirección de la Escuela Universitaria, lo que constituye un indicio suficiente de la existencia de un móvil discriminatorio, de conformidad con la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 74/2008, de 24 de julio (RTC 2008, 74). Por su parte, la empresa no cumplió con la carga de la prueba de justificar este cambio de funciones. Tampoco «consta que los criterios que se siguieran para elegir los trabajadores afectados por el cambio tuvieran una mínima objetividad basándose en parámetros como la antigüedad, preparación técnica, categoría profesional, voluntariedad en el traslado, etc., lo que determina que la decisión empresarial de modificar las funciones de la actora deba ser calificada como discriminatoria y nula»<sup>23</sup>.

### 3. Doctrina de los tribunales relativa al cambio de funciones con motivo de la reincorporación al trabajo

La falta de justificación objetiva y razonable de un cambio de funciones tras la baja maternal puede dar lugar a la calificación de tal medida como discriminatoria. En este sentido, si un hospital obliga a dimitir a la directora de enfermería para que pase a realizar las funciones de directora de gestión asistencial de pacientes, con objeto de que pueda cuidar mejor a su hija, al no rendir lo mismo con motivo de su maternidad, tal decisión es nula y el hospital debe reponerla en su puesto<sup>24</sup>. La cuestión radica en ponderar las circunstan-

<sup>22</sup> STSJ de Andalucía de 30 de octubre de 2008 (AS 2009, 515), FJ 2.º

<sup>23</sup> *Ibidem*, FJ 3.º

<sup>24</sup> STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 358436).

cias concurrentes entre «el derecho de la persona afectada a compatibilizar su vida familiar y laboral, de un lado, y la necesidad de respetar el poder de organización del empleador». Pero en este caso el empresario no aportó razones suficientes que permitieran «estimar de mejor valor sus facultades organizativas concretadas en el cambio de puesto de trabajo creado *ad hoc*»<sup>25</sup>. Por tanto, la conducta empresarial no se encuentra al amparo de las facultades de dirección y control de la relación laboral (art. 20 ET) y dentro de los límites del artículo 39.1 del mismo texto legal, esto es, «ajena a cualquier ánimo discriminatorio y solo motivada por la necesidad de acometer cambios en la estructura organizativa de la empresa» y «por el convencimiento de la Dirección de que es ese nuevo puesto el más acorde a las condiciones de la ahora denunciante», ya que además, su maternidad no impidió en su momento el nombramiento como Directora de Enfermería. Tal conducta discriminatoria hizo a la trabajadora acreedora de una indemnización por daños<sup>26</sup>.

Asimismo, el hecho de ocupar un puesto de libre designación, o cargo de confianza, como supervisora hospitalaria, habiendo sido cesada en él por embarazo, y no siendo reintegrada en su puesto (art. 48.1 ET) a la finalización de la suspensión de la relación laboral, sin que la empresa lo justifique debidamente, ha dado lugar a que la baja resulte peyorativa para la trabajadora. Tampoco han sido acreditadas las necesidades organizativas y asistenciales por las que sus compañeras de enfermería ocuparon las funciones de la demandante. De este modo, si la causa del cese (y consiguiente cambio de funciones –movilidad funcional– que no modificación sustancial) ha sido el disfrute del permiso por embarazo de la trabajadora, supone una medida discriminatoria por razón de sexo<sup>27</sup>.

El deterioro de las condiciones laborales con motivo de la solicitud de la trabajadora de una reducción de jornada, en un 12,5%, para cuidado de su hijo menor, da lugar a la calificación de nulidad de la medida adoptada<sup>28</sup>. En este caso, el «Grupo El Árbol», de distribución y supermercados, llevó a cabo un cambio de puesto de trabajo (de Jefa de Recursos Humanos a Gestor de Marketing) lo cual se encuentra en el marco de las facultades organizativas de la empresa. Sin embargo, el nuevo puesto de trabajo asignado ampliaba la zona de competencia a Almería, además de Murcia como hasta ese momento. Su jornada de trabajo también empeoraba las condiciones disfrutadas hasta el momento, pues pasaba a ser de lunes a sábados de 8,30 a 14,20, cuando anteriormente la actora realizaba su jornada de lunes a viernes, estando los sábados

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, FJ 5.º

<sup>26</sup> *Ibidem*, FJ 7.º y 8.º

<sup>27</sup> STSJ de Madrid de 18 de diciembre de 2017 (AS 2018, 504).

<sup>28</sup> STSJ de Murcia de 16 de junio de 2014 (AS 2014, 2753).

localizada telefónicamente. En consecuencia, quedó acreditado que la empresa realizó una serie de acciones que impedían a la trabajadora conciliar la vida familiar como reacción a la reducción de jornada solicitada, lo que constituye una discriminación por razón de sexo y una represalia por parte de la empresa. Todo ello da lugar a la nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a que la trabajadora sea repuesta a su situación anterior y a que perciba una indemnización de daños y perjuicios<sup>29</sup>.

Asimismo, la decisión empresarial de reintegrar a la trabajadora en otro puesto de trabajo, de responsable de la página web a realizar tareas de visita y captación de clientes en distintas provincias, rebasa la movilidad funcional como expresión del *ius variandi* que le compete en exclusiva a la empresa, debiendo haber acudido a la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). La empresa no demostró la existencia de una razón justificada, al coincidir con la reincorporación por parte de la trabajadora de la baja maternal y de haber solicitado una reducción de jornada por cuidado de hijo. Por tanto, a juicio del tribunal debía quedar sin efecto esta decisión empresarial, por lesión del derecho fundamental a no ser discriminada por razón de sexo, debiendo la trabajadora ser repuesta en sus anteriores funciones e indemnizada (la trabajadora sufrió un perjuicio en su esfera personal y emocional que le ocasionó una baja médica)<sup>30</sup>.

### III. EL CAMBIO DE FUNCIONES POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales (RCL 1995, 3053) prevé un supuesto específico de cambio de funciones o de puesto de trabajo por motivos de salud, cuando no fuera posible la adaptación de las condiciones del puesto de trabajo concreto (en caso de riesgo para las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, o que pudieran afectar a la salud del feto). Esta previsión legal, que contiene el artículo 26.2 [modificado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (RCL 2007, 586)] más que un derecho constituye un deber patronal. Este cambio de funciones puede realizarse, si ello fuera necesario, dentro o fuera del grupo profesional<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> *Ibidem*, FJ 5.º

<sup>30</sup> STSJ de Madrid de 13 de abril de 2012 (AS 2012, 2533).

<sup>31</sup> MONTROYA MELGAR, A., *Sección 1.ª: Movilidad funcional y geográfica...*, ob. cit., p. 520.

## 1. Riesgo durante el embarazo

La imposibilidad del cambio de funciones a una dependiente, que está diagnosticada de embarazo de alto riesgo, consecuencia de haberse sometido a una fecundación *in vitro*, le hace acreedora de la suspensión del contrato y de la correspondiente prestación de riesgo por embarazo<sup>32</sup>. La elección de las medidas previstas en el artículo 26 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (RCL 1995, 3053) «dependerá de la magnitud de los riesgos, de las circunstancias personales de la trabajadora y de la propia capacidad de organización de la empresa, y su aplicación va a depender de los resultados de la evaluación de riesgos». En este caso, las funciones de la actora exigen bipedestación o deambulación prolongada, podría poner en peligro la vida del feto (aborto espontáneo) y/o la madre, lo que a juicio del tribunal «no puede tildarse de causa externa, ajena o no relacionada con las condiciones del puesto de trabajo»<sup>33</sup>.

Asimismo, procede la prestación de riesgo por embarazo a una trabajadora con categoría de embarcadora de interior (minería subterránea) que se encuentra en situación de embarazo. Estos trabajos requieren carga física y están expuestos a agentes químicos, y en consecuencia constituyen un riesgo específico para la trabajadora. Si bien la empresa dispone de otros puestos de exterior susceptibles de ser ocupados por la embarazada, precisan –como en el caso de los puestos de administrativo– de una formación específica (nóminas, seguridad social, informática...), mientras que los trabajos de lampistería y logística o almacén exigen bipedestación, determinadas posiciones inconvenientes al estado de la gestante y el manejo de pesos superiores a diez kilos<sup>34</sup>.

Por el contrario, la posibilidad de adaptar el puesto de trabajo de técnico especialista en radiodiagnóstico fue causa de la denegación de la prestación de riesgo durante el embarazo<sup>35</sup>. Y ello porque en la «correspondiente evaluación no se establecen con el detalle requerido las condiciones, nivel, o tiempo de exposición al riesgo de radiaciones no ionizantes», conforme a las exigencias del artículo 16 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (RCL 1995, 3053), «sino que además, existen otras funciones como las administrativas o de atención a los usuarios que pueden ser llevadas a cabo por la trabajadora, como de hecho ha venido realizando hasta que se le reconoció la prestación en el mes de julio». La Sala rechaza, de acuerdo con el Anexo DCXXVII

---

<sup>32</sup> STSJ de Islas Canarias de 29 de abril de 2016 (AS 2016, 1409).

<sup>33</sup> *Ibidem*, FJ 2.º

<sup>34</sup> STSJ de Asturias de 31 de octubre de 2014 (JUR 2015, 21070).

<sup>35</sup> STSJ de La Rioja de 28 de abril de 2016 (AS 2016, 1199).

al RD 887/2011, de 24 de junio (RCL 2011, 1328), que tales cometidos de tipo administrativo o de atención al público no formen parte del contenido funcional del puesto de trabajo de un técnico especialista en radiodiagnóstico<sup>36</sup>.

## 2. Riesgo durante lactancia natural

El artículo 26 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (RCL 1995, 3053) prevé que lo en él dispuesto para el riesgo durante el embarazo, será también de aplicación durante el período de lactancia natural «si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo» (ap. 4). Así, la falta de prueba de los riesgos específicos puede dar lugar a la denegación de la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Este es el caso de una educadora de un centro de reeducación de menores, cuyas tareas consistían en la intervención directa con éstos, existiendo riesgo de agresión y/o transmisión de enfermedades infecto-contagiosas (tales como hepatitis b), sida o tuberculosis). La trabajadora finalizó la prestación por maternidad y sus vacaciones, reincorporándose al mismo puesto anterior. La empresa le comunicó que «en ese momento no existía puesto de trabajo alguno de similar categoría que no supusiera riesgo para la trabajadora». Denegada la prestación por riesgo durante la lactancia solicitada, y recurrida la resolución, el Tribunal Supremo declaró ajustada a derecho la sentencia recurrida, ante la «ausencia de prueba sobre la existencia de riesgos específicos aun cuando consten los genéricos y su relevancia en relación con la actividad de la trabajadora y con la situación de lactancia natural»<sup>37</sup>. Por su parte, el voto particular formulado dispuso que lo que debería ser objeto de análisis era el certificado médico de la Mutua sobre la existencia de riesgo durante la lactancia y si se daba el último de los requisitos exigibles para la suspensión del contrato (la adecuación del puesto de trabajo o el traslado a un puesto compatible), ya que «en la sentencia recurrida se afirma sucintamente que la empresa no intentó acomodar el puesto»<sup>38</sup>.

La denegación de la prestación también puede estar vinculada a la falta de acreditación de la existencia de riesgos específicos del puesto de trabajo previstos en el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Labora-

<sup>36</sup> *Ibidem*, FJ 3.º

<sup>37</sup> STS de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 4275).

<sup>38</sup> Voto particular formulado por la magistrada Excm. Sra. D.ª María Lourdes Arastey Sahun, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá.

les<sup>39</sup>. En el caso de una ATS-DUE que desarrollaba su trabajo en el servicio de guardia, en turnos rotatorios de mañana y tarde con baja exposición al riesgo químico, se declaró improcedente la prestación por riesgo en la lactancia, además de por lo anteriormente mencionado, porque tampoco se habían llevado a cabo «las actuaciones empresariales que, siendo factibles, debieran haberse practicado para evitar la exposición a dicho riesgo», esto es, adaptación del puesto de trabajo o movilidad<sup>40</sup>.

Por el contrario, procede reconocer la prestación por riesgo durante la lactancia natural cuando se acredite la concurrencia de riesgos e imposibilidad de cambio o adaptación de su puesto de trabajo. Este es el caso de una enfermera (ATS-DUE) que prestaba servicios en la unidad de reanimación de un complejo hospitalario, en turno rotatorio de mañana, tarde y noche. Por un lado, el servicio de medicina preventiva del hospital señaló que durante la lactancia esta enfermera era «apta con limitaciones» para el desempeño de su puesto de trabajo en relación con «agentes citostáticos», siempre que se garantizara la no exposición a este tipo de agentes. Por otro lado, la Dirección de enfermería informó que no era posible el cambio de servicios que se ajustara a las recomendaciones hechas por el servicio de salud laboral<sup>41</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

MONTOYA MELGAR, A., «Sección 1.ª: Movilidad funcional y geográfica», en SEMPERE NAVARRO, A. V. (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

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 y de Asuntos Sociales*, núm. 3, 2007.

---

<sup>39</sup> STS de 7 de abril de 2014 (RJ 2014, 3750).

<sup>40</sup> *Ibidem*, FJ 4.º

<sup>41</sup> STSJ de Galicia de 18 de abril de 2016 (AS 2016, 791).

# MOVILIDAD GEOGRÁFICA

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. *A modo de introducción: concretando la parcela de estudio.*—II. *Aspectos generales sobre la movilidad geográfica y la igualdad entre mujeres y hombres.* 1. Un breve exordio: repasando la regulación y presentando los principios informadores. 2. La doctrina judicial: supuestos y resoluciones (no siempre en favor de la conciliación de la vida familiar, profesional y personal). 2.1 Derecho de consorte: la necesaria identidad de empresas. 2.2 Otras circunstancias personales o familiares concurrentes: reducción de jornada por cuidado de menor, mantenimiento de la unidad familiar. A) Movilidad a instancia del empresario. B) ... y la solicitada por el trabajador. 2.3 Criterios de permanencia vs preferencia en los traslados.—III. *Un camino por recorrer.—Bibliografía.*

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: CONCRETANDO LA PARCELA DE ESTUDIO

Acotar el estudio que ahora se presenta a aquellas cuestiones que sobre la movilidad geográfica hayan atraído la atención de los tribunales en el último decenio con vinculación directa o indirecta, plena o tangencial, estrecha o deslavazada a los aspectos propios de la igualdad entre mujeres y hombres bien pudiera parecer algo liviano y quizá con escasa, menor o ninguna trascendencia en el ámbito de la doctrina científica laboralista <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Un repaso genérico a los principales problemas interpretativos que había suscitado la aplicación judicial del artículo 40 del ET desde su reforma en el año 1994, sobre la base fundamentalmente de la

Así pudiera desprenderse sin gran esfuerzo intelectual del hecho de que los pronunciamientos que durante este espacio temporal se han producido empleando el binomio igualdad entre mujeres y hombres/movilidad geográfica han de cuantificarse en términos numéricos como bajos, siendo relativamente pequeño. Posiblemente, y sin dar una cifra cerrada, esa unión fija y directa pretendida apenas pueda apreciarse en algo más de una decena de sentencias.

No obstante, y como es habitual en el campo jurídico, estas resoluciones de los tribunales requieren de la máxima atención del estudioso por cuanto encierran, no por cuantas veces se reiteran (sin negar el claro valor, entiéndase, de la jurisprudencia). No puede obviarse en este sentido que la repetición y cadencia de una determinada problemática supone la traslación al ámbito jurídico de una realidad más o menos presente en la sociedad o de la concienciación o percepción que se tenga de ella en un momento concreto.

Posiblemente estos pareceres menores (en términos cuantitativos), que seguidamente se analizarán, actúen como precursores de nuevas circunstancias, planteamientos o visiones que hasta el momento han permanecido ocultas ante situaciones interiorizadas y asumidas como ordinarias en el acervo general.

Corresponde ahora, por tanto, realizar un análisis exhaustivo del tratamiento que la movilidad geográfica ha tenido en el orden jurisdiccional social tras la promulgación de la LOI, esto es, de cómo esta ha incidido en la resolución de los conflictos laborales con transcendencia judicial. En definitiva, de cómo los principios de igualdad entre colectivos, entendidos en sentido generoso, se insertan en la institución que ahora se enfrenta.

Este será el pilar central del trabajo que se presenta al lector, la aproximación a la doctrina judicial, aun cuando de manera colateral se puedan realizar conexiones con la doctrina científica.

## II. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

### 1. **Un breve exordio: repasando la regulación y presentando los principios informadores**

El apartado 4 del artículo 40 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores disponía que si por traslado uno de los cónyuges cam-

---

doctrina judicial dictada por los Tribunales Superiores de Justicia, *cfr.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Movilidad geográfica del trabajador (art. 40)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000), pp. 851 y ss.

biara de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendría derecho al traslado a la misma localidad, siempre que hubiera puesto de trabajo.

El tenor literal de esta disposición legal, pese a las modificaciones que se han producido acerca de la movilidad geográfica en estos años<sup>2</sup>, se ha mantenido inalterado. Es ahora el apartado 3 del precepto de igual numeración 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, el que reproduce esta máxima<sup>3</sup>.

Junto a este primer y señero hito<sup>4</sup>, se han situado con el paso del tiempo nuevas medidas en materia de movilidad geográfica destinadas a favorecer la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, vinculadas estrechamente y con

---

<sup>2</sup> Cfr: Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social; 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; Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral [vid. un primer y exhaustivo análisis, AGUILERA IZQUIERDO, R., «Clasificación profesional, movilidad y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», en VV. AA.: *Comentarios a la reforma laboral de 2012* (J. GARCÍA MURCIA y A. MONTOYA MELGAR, Dirs.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2012 (acceso electrónico a través de proview)]; Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva [vid. con lectura transversal y perspectiva, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «La movilidad geográfica», en VV. AA.: *Estudios sobre las últimas reformas laborales. Efectos de la crisis en el Derecho del Trabajo* (J. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Dir.), Eolas Ediciones, León, 2011, pp. 115 y ss.]; Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo [vid., ampliamente, sobre ella, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «La modificación de condiciones de trabajo», en VV. AA.: *La reforma laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de Trabajo* (A. V. SEMPERE NAVARRO, Dir., y R. MARTÍN JIMÉNEZ, Coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 419 y ss., y FERNÁNDEZ PROL, F., «La movilidad geográfica tras la reforma operada por Ley 35/2010, de 17 de septiembre: un nuevo procedimiento de traslado colectivo», *Temas Laborales*, núm. 110 (2011), pp. 73 y ss.]; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género... (vid. para un estudio pormenorizado, SEMPERE NAVARRO, A. V., «Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en VV. AA.: *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales* (J. MUERZA ESPARZA, Coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 128 y ss.), en la búsqueda, primordialmente, de la anhelada flexibilidad en el marco de las relaciones laborales, sin dejar de mencionar, no obstante, los avances menores que también se han producido en esta materia.

<sup>3</sup> Sirven, por tanto, los cuestionamientos realizados sobre este particular por T. SALA FRANCO: «La movilidad geográfica», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58 (2005), pp. 110-111, acerca de su configuración como derecho y no derecho preferente, su posible aplicación a desplazamientos temporales, a las parejas de hecho, a los traslados voluntarios

<sup>4</sup> Sobre sus orígenes y la presentación de otras medidas en favor de la conciliación también recogidas en el texto originario, como eran el derecho del trabajador trasladado a la compensación de los gastos tanto propios como de familiares y en el caso de desplazamientos, al ser temporales, el derecho del trabajador a un permiso de cuatro días por cada tres meses desplazado, cfr: LOUSADA AROCHENA, J. F., «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5 (2011), BIB 2011/1120.

carácter prominente con los aspectos de conciliación de la vida familiar, profesional y personal<sup>5</sup>.

En este sentido puede señalarse, recientemente, la prioridad de permanencia en los puestos de trabajo, establecida mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, a favor de trabajadores con cargas familiares o mayores de determinada edad<sup>6</sup>.

Mención específica merece en este campo la atención prestada a los supuestos en los que los trabajadores tengan la consideración de víctimas de violencia de género, regulando el traslado preferente con reserva de puesto de trabajo<sup>7</sup>.

De modo más directo, y centrando la atención en el objeto de estudio, ha de plantearse también la influencia que la promulgación de la LOI ha desplegado en la interpretación de estas disposiciones normativas. En especial, a través de la integración y observancia del principio de igualdad de trabajo y de

---

<sup>5</sup> Acerca de estos aspectos, *cfr.* J. F. LOUSADA AROCHENA: «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», cit., sin que, no obstante, haya llegado a alcanzarse su anhelo de reforma general, desde la perspectiva de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, del artículo 40 del ET para situar a la conciliación en la columna vertebral de la regulación de la movilidad geográfica, tan importante cuando menos como la garantía de estabilidad del domicilio de trabajador, encontrándose relegada a un segundo nivel.

<sup>6</sup> *Cfr.* en la actualidad, artículo 40.7 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Un comentario sobre la regulación de la que trae origen esta cláusula legal, *cfr.* A. V. SEMPERE NAVARRO y R. MARTÍN JIMÉNEZ: *Claves de la reforma laboral de 2012. Estudio de la Ley 3/2012, de 6 de julio, y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012 (acceso electrónico a través de proview), quienes señalan que este precepto es admonitorio, no es de obligado cumplimiento, el consejo se dirige tanto a los sujetos negociadores de los convenios como a los que pactan los traslados, el listado no es cerrado, tiene el sentido de «dar pistas» a los negociadores a la hora de «objetivar» las decisiones de traslado y proteger a otros sujetos que lo merecen, al igual que los representantes y la incorporación en convenio o acuerdo protege a los sujetos incluidos al mismo nivel que los representantes de los trabajadores, con lo que la exclusividad en la protección de estos desaparece.

<sup>7</sup> Como ha señalado un sector de la doctrina científica, en realidad esta previsión no hace sino recoger en el texto legal lo que viene siendo una práctica común en estos supuestos tanto en la negociación colectiva como en los acuerdos durante el período de consultas, R. AGUILERA IZQUIERDO: «Clasificación profesional, movilidad y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», en VV. AA.: *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, cit. *Cfr.* ampliamente sobre este particular, SEMPERE NAVARRO, A. V., «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales», AS, núm. 5 (2005), BIB 2005/1145 y «Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en VV. AA.: *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, cit., pp. 128 y ss., abordando cuestiones diversas como la finalidad del derecho, la movilidad amparada, los presupuestos del derecho y los términos de ejercicio del derecho.

De un modo mucho más conciso, *cfr.* SERRANO ARGÜESO, M., «Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas», *Aranzadi Social*, núm. 20 (2004), BIB 2005/48, apuntando la novedad que supuso la introducción de esta nueva regulación.

Se rompe con la introducción de esta disposición la interpretación de la conciliación como una finalidad secundaria de la regulación de la movilidad geográfica, constituyendo las reglas de conciliación medidas *ex post facto*, reparadoras, no son *ex ante*, adaptadoras del modelo familiar contemplado, *cfr.* LOUSADA AROCHENA, J. F., «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», cit.

oportunidades entre mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 LOI)<sup>8</sup> y su determinación como criterio general de actuación de los poderes públicos (art. 14 LOI)<sup>9</sup>, en lo que ahora respecta, por los tribunales de justicia.

## 2. La doctrina judicial: supuestos y resoluciones (no siempre en favor de la conciliación de la vida familiar, profesional y personal)

### 2.1 DERECHO DE CONSORTE: LA NECESARIA IDENTIDAD DE EMPRESAS

La petición de cambio de destino que implique movilidad en la residencia del trabajador o, en sentido contrario, la renuencia de este al traslado pretendido por la empresa arguyendo en ambos supuestos con carácter fundamental motivos de conciliación de la vida familiar, profesional y personal han ocupado en buena medida los debates que se han producido en sede judicial en el período objeto de análisis.

Sin entrar en el comentario individualizado de cada uno de los pronunciamientos habidos por cuanto ello excedería con creces los límites marcados, se entiende oportuno intimar de un modo más conciso sobre aquellas cuestiones que con determinada cadencia han actuado como sustento y soporte para la resolución del conflicto.

Con carácter prioritario, en lo atinente al derecho de consorte, donde se han suscitado interrogantes acerca del cumplimiento de las exigencias fijadas por el precepto legal (identidad de empresas entre ambos cónyuges).

Así, de esta parte, las sentencias habidas han exigido con rotundidad y pulcritud el requisito de que ambos trabajadores fueran integrantes de la misma empresa. Se ha negado de este modo el traslado solicitado cuando de manera genérica y absolutamente abierta, y sin más que por el hecho de estar casada con la custodia a su favor del hijo del anterior matrimonio y tener su

---

<sup>8</sup> Cfr: una primera aproximación a esta norma, C. SAN MARTÍN MAZZUCONI, «Artículo 4. Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (C. SÁNCHEZ TRIGUEROS y A. V. SEMPERE NAVARRO, Codirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 93 y ss., destacando su valor pedagógico y como pórtico de entrada para un verdadero carácter transversal de la igualdad y no discriminación, frente a las críticas vertidas por superfluo en tanto que la fuerza jurídica de la igualdad por razón de sexo viene dada por su carácter de derecho fundamental.

<sup>9</sup> Cfr: Y. CANO GALÁN, «Arts. 14 a 22», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., p. 169, quien señala que más que principios de actuación de los Poderes Públicos el artículo 14 contiene una serie de instrucciones que deben guiar su actuación.

domicilio en localidad distinta de su centro de trabajo, se había denunciado la infracción de Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución Española y artículo 7.1 del Código Civil. Y ello, por cuanto en el ámbito de la relación laboral no existen otros derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar que aquellos que sean objeto de reconocimiento por las fuentes propias de la relación laboral (art. 3.1 del ET), esto es, por la ley, el convenio o el pacto individual<sup>10</sup>, sin que obstaran tal planteamiento las normas que de carácter programático se establecen entre otros en los artículos 14.8 y 44 de la LOI en todo caso y que desde el punto vista jurisdiccional habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas jurídicas<sup>11</sup>.

No puede extraerse de los principios informadores de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, así como de sus antecedentes y posterior desarrollo, un reconocimiento a los trabajadores de derecho alguno a trasladarse de una localidad a otra con quebrantamiento de las normas convencionales pactadas en materia de movilidad geográfica y con perjuicio para terceros con mejor derecho sin que resulte aplicable al caso el artículo 40.3 de la Ley sustantiva (derecho de cónyuge), exigiéndose la identidad de empresa entre ambos cónyuges<sup>12</sup>.

El cambio de destino ha de estar amparado, en todo caso, por el elenco de derechos normativamente definidos y de los cauces convencionalmente dispuestos para este supuesto de movilidad.

No obstante lo anterior, no faltan los pronunciamientos en los que, superando la literalidad de la norma, con cierta flexibilidad o criterios interpretativos más amplios o generosos han sabido encontrar esta identidad de empresas apoyadas precisamente en los principios de igualdad y la necesidad de conciliación, a la luz de la finalidad perseguida, del bien jurídico que con ella se trata de proteger y, finalmente, de la realidad social del momento.

Este fue el supuesto del que ahora se da parte. En él, ambos cónyuges iniciaron su prestación de servicios por cuenta y orden de una única empresa (RENFE). Años después, la ordenación del sector ferroviario procedió a desgajar la actividad de administración de infraestructuras de la de explotación

---

<sup>10</sup> Cfr. SSTSJ Castilla-La Mancha 16 de noviembre de 2009 (AS 2009, 2639); Comunidad Valenciana 12 de julio de 2012 (AS 2012, 2457) y 8 de julio de 2014 (JUR 2014, 258255) y Galicia 15 de marzo de 2013 (AS 2013, 1928).

<sup>11</sup> Cfr. STSJ Cataluña 24 de noviembre de 2015 (AS 2016, 40).

Un comentario a la misma, B. AGRA VIFORCOS, «La movilidad geográfica no es un derecho para conciliación de vida laboral y familiar cuando los cónyuges prestan servicios en diferentes empresas», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187 (2016), pp. 257 y ss.

<sup>12</sup> Cfr. STSJ Madrid 11 de octubre de 2013 (AS 2013, 3228).

del transporte por vía férrea, creando dos empresas distintas (ADIF y RENFE-Operadora). Lo anterior determinó que el personal de RENFE (empresa originaria y única) pasara a quedar adscrito a una u otra empresa en función de la naturaleza de las tareas profesionales que tuviese encomendadas, quedando el matrimonio dividido en la asignación a una y otra empresa pero manteniendo ambos su sometimiento a la misma normativa convencional, siendo común para los trabajadores de ambas entidades.

Razones de legalidad ordinaria que permitieron afirmar que se trataba de dos entidades profundamente vinculadas a nivel laboral dado el prolongado período de tiempo durante el cual sus plantillas pertenecieron a una única empresa y la constante conexión convencional que perduraba en el tiempo pese a la segregación entre las dos empresas.

A lo anterior, continuaba la sentencia, ha de unirse, indefectiblemente, que el derecho de consorte se encamina a hacer realidad uno de los aspectos que mejor caracteriza la conciliación del trabajo y la vida familiar, la convivencia marital (o de parejas de hecho) en la misma residencia. Esto entronca con el mandato del artículo 39.1 de la Carta Magna y, desde la perspectiva de la mujer, con los principios fundamentales de igualdad y no discriminación que consagra el artículo 14 de igual norma suprema; con la E. de M. de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre y con los principios generales de actuación de los Poderes Públicos recogidos en el artículo 14 de la LOI<sup>13</sup>.

## 2.2 OTRAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES O FAMILIARES CONCURRENTES: REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE MENOR, MANTENIMIENTO DE LA UNIDAD FAMILIAR...

### A) *Movilidad a instancia del empresario...*

No todos los casos resueltos por los tribunales en materia de movilidad geográfica tienen como objeto principal el cambio de residencia de uno de los cónyuges por traslado del otro (forzoso o voluntario), sino que también se aproximan a otras cuestiones en las que, como ya sido apuntado *supra*, de manera recurrente se arguye la temática conciliadora como elemento con el que contrarrestar la voluntad empresarial.

De este modo, cuando el trabajador reclamaba su derecho a permanecer en su centro de trabajo, declarándose nulo y sin efecto el traslado insular pro-

---

<sup>13</sup> Cfr. STSJ Madrid 6 de octubre de 2008 (AS 2009, 228).

puesto por la empresa, reiterando que la medida era discriminatoria por tener el trabajador reconocida una reducción de jornada por cuidado de hijo, la jurisdicción social observó indicio suficiente para hacer sospechar fundamentalmente que la decisión empresarial podía ser arbitraria.

Acreditada indiciariamente la vulneración de ese derecho a la no discriminación, la empresa no logró presentar una «justificación objetiva y razonable, suficientemente probada» de que la medida adoptada era razonable y proporcionada.

De la valoración de las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador, así como en la organización del régimen de trabajo de la empresa en la que prestaba servicios, pudo ponderarse que su elección constituía un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional. No se trataba, reafirmaba la sentencia, de que se atribuyera un derecho de preferencia no reconocido en convenio colectivo de los trabajadores que gozasen de reducción de jornada, sino de determinar si su elección podía vulnerar su derecho a la no discriminación por circunstancias personales y familiares. Lo que así quedó manifestado<sup>14</sup>.

También constituye indicio suficiente de la vulneración de derechos fundamentales la comunicación de traslado a más de seiscientos kilómetros de su domicilio habitual que se produce teniendo la trabajadora reconocida reducción de jornada por hijo menor (de año y 23 días)<sup>15</sup>, correspondiendo a la empresa acreditar que su decisión estaba plenamente justificada.

La empresa tendría que haber demostrado que su decisión era razonablemente ajena a todo propósito de vulneración del derecho fundamental, no obteniendo un resultado satisfactorio a juicio del Tribunal. Es a la empresa a quien corresponde acreditar que los traslados se habían acometido conforme el acuerdo colectivo por el que se supeditaban a determinados criterios y limita-

---

<sup>14</sup> Cfr. STSJ Andalucía/Sevilla 5 de noviembre de 2015 (AS 2015, 2564).

En términos próximos, cfr. SSTSJ Madrid 14 de mayo de 2010 (AS 2010, 1662), señalando como evidente que la decisión empresarial de destinar a su trabajador donde no se le necesitaba no quedaba justificada por razones de eficacia organizativa. La causa alegada por la empresa era insostenible, encontrando su verdadero fundamento en una limitación del ejercicio del derecho de conciliación del trabajador; y Comunidad Valenciana 15 de junio de 2010 (JUR 2010, 297546), puesto que el traslado propuesto implica una evidente afectación a la vida familiar de la trabajadora que no parece estar justificada en una necesidad organizativa exclusivamente basada en que una plaza haya quedado vacante y no se hubiera planificado su cobertura en el momento oportuno.

<sup>15</sup> También hay que tener presente en este supuesto que la medida de traslado fue comunicada a la trabajadora escasos días después de que su hijo cumpliera el año de edad, lo cual determinaba por muy pequeño margen la no aplicación del criterio de exclusión de las medidas empresariales de los trabajadores con hijos hasta esa edad, establecida en un año.

ciones, esto es, que no existían vacantes más próximas y que tales vacantes más próximas fueron ofrecidas a la trabajadora.

El incumplimiento por la empresa de las condiciones del acuerdo colectivo avocó a la nulidad de la decisión de traslado, reconociendo el derecho de la trabajadora a ser reincorporada al centro de trabajo originario en las mismas condiciones laborales que regían con anterioridad al traslado notificado<sup>16</sup>.

El mismo planteamiento estuvo presente cuando la decisión empresarial de modificar el centro de trabajo de la trabajadora arrastraba un evidente perjuicio en la utilidad que para ella suponía la reducción horaria que en su día solicitó y el empresario aceptó, ya que ese traslado suponía un incremento de más de cincuenta minutos de desplazamiento por trayecto de ida y de vuelta a su domicilio.

Para la resolución de este conflicto el Juzgado trajo a colación las reflexiones contenidas en la STC 3/2007, de 15 de enero, en especial cuando indica: «La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del artículo 37 ET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa».

De estos presupuestos interpretativos se llegó a la conclusión, frente a la necesidad probada por la trabajadora de hacer compatible su vida familiar y laboral y la falta por el empresario de razones que permitiesen estimar de mejor valor sus facultades organizativas concretadas en la alteración del centro de trabajo (cuadrantes de cambios de centro, testifical no convincente del jefe de recursos humanos de la empresa), de que la decisión empresarial no respetaba adecuadamente el derecho de la trabajadora a conciliar su vida laboral y familiar<sup>17</sup>.

En sentido contrario, se entendió ajustado a derecho el traslado de la trabajadora (casada con otro trabajador de la Entidad, y con un hijo en común menor de edad, con destino en el mismo centro de trabajo y localidad donde viven sus padres, siendo hija única), en tanto que respecto a los criterios de

<sup>16</sup> *Cfr.* STSJ Madrid de 3 de febrero de 2014 (AS 2014, 504).

En el mismo sentido, *cfr.* STSJ Cataluña de 30 de marzo de 2010 (JUR 2010, 259758).

En sentido contrario, *cfr.* STSJ Cataluña de 16 de enero de 2014 (AS 2014, 398), señalando que debería haber sido la trabajadora la que alegara la existencia de centros de trabajo en un radio de veinticinco kilómetros a los que hubiera podido ir o centro de trabajo a menos distancia al que pudiera haber sido destinada.

<sup>17</sup> *Cfr.* SJS Madrid de 1 de marzo de 2013 (JUR 2013, 184726).

permanencia del Acuerdo (ser fijo, ser miembro del Comité de Empresa, delegado de personal, de prevención o miembro del Comité de Seguridad y Salud –exigencia que solo recaía sobre una trabajadora la cual también estaba casada, tenía dos hijos y más antigüedad), se aplicaron adecuadamente, sin que pudiera apreciarse ni infracción en el principio de igualdad, cumplido, ni infracción de normas de conciliación familiar, relacionadas con el anterior, aplicables de igual forma para todas las aspirantes a permanecer en el centro de trabajo de origen<sup>18</sup>.

En igual línea habría de situarse la movilidad en la que se afirma vulnerado el derecho a no ser discriminada, por decisión unilateral del empresario, en tanto que perjudica el derecho a la reducción de jornada de la trabajadora al tener que asumir un desplazamiento mayor<sup>19</sup>. La voluntad empresarial se considera ajustada, entendiéndose que ha cumplido adecuadamente la justificación objetiva y razonable en la que sustentar la movilidad.

La valoración de las funciones de la trabajadora, centro de trabajo y horarios previos y posteriores a su baja maternal, en ningún caso denotan arbitrariedad en la decisión de la empresa en favor del traslado, sino que al contrario apoyan la prueba de la objetividad, estando exclusivamente alejados de todo propósito discriminatorio y por represalia al ejercicio de los derechos de conciliación ejercidos aquella.

La actitud empresarial manifiesta un respeto completo de las condiciones laborales básicas (categoría, horario...) de la trabajadora, a lo que acompaña que la modificación de centro de trabajo no implica modificación de residencia. Se encuentra por tanto esta alejada de ánimo discriminatorio, por venir justificado por las razones organizativas expuestas<sup>20</sup>.

Postura también encontrada cuando por la empresa ha existido una actuación dirigida a colaborar en la solución de los problemas derivados del transporte que se ocasionan del cambio de centro de trabajo, concluyendo en acuerdo con la representante de los trabajadores en relación a la generalidad de la plantilla, aun cuando no finalizara con tal pacto para las trabajadoras con jornada reducida por no ser aceptada ninguna de las alternativas propuestas por la empresa por las propias trabajadoras afectadas. Las distintas y razonables ofertas realizadas por la empresa fueron sistemáticamente rechazadas por las trabajadoras. Así las cosas, no puede aceptarse que se hubiera producido la

---

<sup>18</sup> Cfr. STSJ Andalucía/Sevilla de 5 de octubre de 2016 (AS 2016, 1677).

<sup>19</sup> Sobre la exigencia de aportación de un principio de prueba de discriminación o vulneración de derechos fundamentales en orden a la inversión de la carga probatoria, cfr. STSJ de Galicia de 20 de julio de 2011 (AS 2011, 2765).

<sup>20</sup> Cfr. STSJ de Cantabria de 30 de mayo de 2014 (AS 2014, 1301).

merma de derechos de conciliación a partir de la actuación empresarial aludida. Sobre tal base debe descartarse que la actuación empresarial haya significado una infracción de los preceptos constitucionales y legales en relación al principio de igualdad y prohibición de la discriminación<sup>21</sup>.

B) ... y la solicitada por el trabajador

Pese a las tradicionales reticencias a los traslados, también se observa algún supuesto en el que la pretensión de cambio de puesto de trabajo, acompañada por cambio de residencia (sin que se trate de derecho de consorte) es a instancia del trabajador.

No puede entenderse en este caso como un obstáculo a la movilidad la duración a tiempo completo de la jornada atribuida a la plaza pretendida, partiendo de una situación de reducción de jornada por cuidado de hijo menor. El ejercicio de derecho de reducción de jornada mal puede perjudicar a quien se acoge a él en lo que a la causación de otros derechos respecta, en tanto que lo contrario supondría tanto como autorizar una intolerable situación de desigualdad y, en algunos casos, discriminación<sup>22</sup>.

Por el contrario, no puede aceptarse el traslado solicitado por la trabajadora invocando el mantenimiento de la unidad familiar con su hijo menor, el cual reside en localidad distinta al centro de trabajo, cuando no concuerdan las exigencias fijadas en el convenio colectivo para tal fin<sup>23</sup>. Los presupuestos que condicionaban su aplicación eran claros: mantener la unidad familiar, en caso de divorcio o separación conyugal. Circunstancias que no se daban en el caso pues nada impedía que la trabajadora llevase a su hijo a la localidad donde se encuentra su centro de trabajo para convivir con ella<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2009 (AS 2010, 223).

<sup>22</sup> Cfr. STSJ de Madrid de 9 de junio de 2008 (AS 2008, 1758).

<sup>23</sup> Téngase presente que el I Convenio colectivo del Grupo de empresas AENA (BOE de 20 de diciembre de 2011) acordaba en sus artículos 39 y siguientes la movilidad geográfica, pudiéndose producir por diversas causas, de las cuales el artículo 42 señalaba las consideradas como «justificadas», entendiendo entre otras:

«[...]»

d) Cuando, por separación o divorcio o fallecimiento del cónyuge, el trabajador con hijos a su cargo precise trasladarse a otra localidad a efectos de mantener la unidad familiar».

<sup>24</sup> Cfr. STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 247167), donde se desecharon las tres razones en la que la trabajadora sustentaba su petición:

a) La custodia del menor era compartida entre la madre y el padre, lo que obligaba a mantener al hijo en la localidad a la que solicitaba el traslado.

### 2.3 CRITERIOS DE PERMANENCIA VS PREFERENCIA EN LOS TRASLADOS

De entre las resoluciones judiciales analizadas, algunas de ellas se refieren a distintos elementos (ser trabajador fijo, ser miembro del Comité de Empresa, delegado de personal, de prevención, miembro del Comité de Seguridad y Salud, mínimo de un año de antigüedad en la empresa, y no haber sido trasladado en dos años, mayor antigüedad en la empresa; conciliación de la vida familiar y laboral...) para garantizar la permanencia en el puesto de trabajo o para priorizar en demandas de traslados en los supuestos de movilidad geográfica.

En inicio, aparecen estas distintas herramientas como asépticas, neutras, objetivas, sin que trasluzcan de algún modo sobre la cuestión del género. Sin embargo, no puede ocultarse la incidencia de alguna de ellas en aquella dada la todavía hoy tardía incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Esto es, observando los distintos criterios referenciados desde una perspectiva de género algunos de ellos no resultan completamente neutros, sino que pueden llegar a desplegar una cierta tendencia negativa para el colectivo femenino, resultando en no pocos supuestos las mujeres quienes hubieran de verse impulsadas al traslado, por la falta de criterio de permanencia preferente, o sujetas a su centro de trabajo, ante la ausencia de instrumentos propicios que la situaran en igualdad de condiciones<sup>25</sup>.

Pudiera actuar en tal sentido, de modo esencial por la posterior incorporación de la mujer al mercado laboral, la dualidad de la contratación..., la exigencia de mayor antigüedad en la empresa, la participación en órganos colegiados o la condición de fijo.

## III. UN CAMINO POR RECORRER

Tras la lectura y análisis de los pronunciamientos judiciales que han centrado la atención *supra*, pueden extraerse algunas conclusiones.

La primera de ellas alude a que de una manera muy lenta, casi imperceptible, el principio de igualdad de trabajo y de oportunidades entre mujeres y

---

b) Los abuelos del niño ayudaban a la trabajadora en la atención del menor y aquéllos residían en la localidad a la que solicitaba el traslado.

c) Los convenios reguladores del acuerdo de separación y posterior divorcio estipulaban que «el menor resida en todo momento en el domicilio de Bilbao».

<sup>25</sup> Cfr. SSTSJ Madrid 9 de junio de 2008 (AS 2008, 1758) y Andalucía/ Sevilla 5 de octubre de 2016 (AS 2016, 1677).

hombres se está insertando en el acervo de la doctrina judicial, en todos sus elementos. Se están superando de este modo los aspectos más evidentes y largamente tratados en las resoluciones de los Tribunales, en los que se dispone de una tradición inveterada, y llegando hasta las cuestiones más sutiles como las que han ocupado este trabajo. Sin embargo, se pone de manifiesto que aún dista de alcanzarse la concienciación completa sobre tales extremos, viéndose en no pocos casos como materias ajenas a estas problemáticas.

La segunda, que la pretendida igualdad entre mujeres y hombres, en términos de movilidad geográfica, actúa esencialmente sobre parámetros de conciliación de la vida familiar, profesional y personal. Los principios informadores que se establecen en la LOI no han desplegado hasta el momento toda su efectividad, siendo muy escasos los supuestos en los que las sentencias han recurrido a estos para sustentar sus posicionamientos.

Por último, que incluso aquellos instrumentos que se presentan como neutros y objetivos en los que fundamentar la permanencia en la empresa o en los que sustentar la preferencia del traslado hay que tamizarlos por la perspectiva de género, en tanto que pueden suponer una desprotección para el colectivo femenino, si bien de manera recóndita y requerida en algunos casos de las debidas comprobaciones en las que sostener tales aseveraciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGRA VIFORCOS, B., «La movilidad geográfica no es un derecho para conciliación de vida laboral y familiar cuando los cónyuges prestan servicios en diferentes empresas», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187 (2016).
- AGUILERA IZQUIERDO, R., «Clasificación profesional, movilidad y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo», en VV. AA., *Comentarios a la reforma laboral de 2012* (GARCÍA MURCIA, J., y MONTROYA MELGAR, A., Dirs.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2012.
- CANO GALÁN, Y., «Artículos 14 a 22», en VV. AA., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y SEMPERE NAVARRO, A. V., Codirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «La movilidad geográfica», en VV. AA., *Estudios sobre las últimas reformas laborales. Efectos de la crisis en el Derecho del Trabajo* (FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., Dir.), Eolas Ediciones, León, 2011.
- FERNÁNDEZ PROL, F., «La movilidad geográfica tras la reforma operada por Ley 35/2010, de 17 de septiembre: un nuevo procedimiento de traslado colectivo», *Temas Laborales*, núm. 110 (2011).

- LOUSADA AROCHENA, J. F., «Movilidad geográfica y conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5 (2011).
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «Movilidad geográfica del trabajador (art. 40)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2000).
- SALA FRANCO, T., «La movilidad geográfica», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58 (2005).
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Artículo 4. Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y SEMPERE NAVARRO, A. V., Codirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- «La modificación de condiciones de trabajo», en VV. AA., *La reforma laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de Trabajo* (SEMPERE NAVARRO, A. V., Dir., y MARTÍN JIMÉNEZ, R., Coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: aspectos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 5 (2005).
- «Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en VV. AA., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales* (MUERZA ESPARZA, J., Coord.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012. Estudio de la Ley 3/2012, de 6 de julio, y del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- SERRANO ARGÜESO; M., «Las posibilidades de incorporación al mercado laboral de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar a la luz de las últimas reformas legislativas», *Aranzadi Social*, núm. 20 (2004).

# ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO<sup>1</sup>

JUAN PABLO MALDONADO MONTOYA  
Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
Universidad CEU-San Pablo, CEU Universities

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Concepto de tiempo de trabajo.*—III. *Registro de horario.*—IV. *Tiempos de descanso.* 1. Descanso intra-jornada. 2. Descanso diario. 3. Descanso semanal. 4. Descanso anual. V. *Reducción del tiempo de trabajo.*—VI. *Adaptación de jornada.*—*Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

El tiempo de trabajo y su ordenación inciden en la igualdad entre mujeres y hombres. Venimos de un mundo laboral protagonizado mayoritariamente por trabajadores varones. No es extraño que la ordenación del trabajo y el modo mismo de concebir la relación laboral y la empresa se ajustase en origen a ese molde, en el que existía un cierto reparto de tareas entre mujeres, por regla general dedicadas al cuidado del hogar y de la familia, sin perjuicio de trabajos frecuentemente marginales, y varones, por lo común llamados a proporcionar a la familia un medio de vida a través del salario obtenido con su trabajo fuera del hogar.

---

<sup>1</sup> El presente capítulo se enmarca en el proyecto «Mujeres y liderazgo femenino: La brecha de género en la cima», dirigido por Ruth Mateos de Cabo y financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, FEM 2017-83006-R.

Las mujeres fueron incorporándose cada vez más al trabajo asalariado y al mundo profesional, sin abandonar totalmente las tareas domésticas, a las que los varones no acaban de entregarse con vocación de corresponsabilidad. Y se incorporan a empresas, profesiones y oficios en los que en esencia el tiempo de trabajo se concibe igual que en el pasado, cuando uno de los dos miembros de la pareja se quedaba en casa. El inmovilismo en la ordenación y usos del tiempo de trabajo suponen un serio obstáculo para la incorporación de las mujeres a la vida laboral en plano de igualdad con los trabajadores varones. La inercia en el modo de concebir el tiempo de trabajo relega a muchas trabajadoras con responsabilidades familiares a peores posiciones profesionales y supone mayores obstáculos en su carrera profesional respecto de sus compañeros varones e incluso frente a las compañeras de trabajo que no tienen esas responsabilidades.

Para evitarlo el legislador ha ido reordenando el tiempo de trabajo progresivamente. En este sentido, destacan la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y muy especialmente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). Reducción de jornada por razón de guarda legal o cuidado de familiares (37.5 ET), concreción horaria de dicha reducción (37.6 ET), reducción de jornada y adaptación del tiempo de trabajo de trabajadoras que tengan la consideración de víctimas de violencia de género (37.7 ET), terminación del pacto de realización de horas complementarias por atención de responsabilidades familiares del trabajador a tiempo parcial (12.5 ET); son medidas específicas de conciliación del trabajo y la vida familiar introducidas por el legislador de las últimas décadas que también en parte estrechan la desigualdad entre trabajadores de distinto sexo.

Esas medidas específicas de conciliación del trabajo y la vida familiar que operan sobre el tiempo de trabajo, siendo muy importantes, tienen un alcance limitado, tanto en cuanto a los sujetos beneficiados como en cuanto a su duración. A efectos de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, lo sustancial es cómo se ordene —o reordene— el tiempo de trabajo con carácter general. Desde esta perspectiva, los logros normativos, al margen de lo que de la negociación colectiva pueda resultar, son realmente escasos. Sigue imperando una ordenación cerrada del tiempo de trabajo, sin que la cada vez mayor flexibilidad del tiempo de trabajo beneficie al trabajador ni tenga por fin facilitar la compatibilidad de trabajo asalariado y responsabilidades familiares. El impulso de la flexibilidad del tiempo de trabajo dado en las reformas laborales obedece fundamentalmente a necesidades productivas y empresariales. Hasta tal punto es así que cuando el legislador abre la puerta a flexibilidad del tiempo de

trabajo por decisión del trabajador basada en causas familiares, la doctrina califica el supuesto como «una especie de flexibilidad inversa»<sup>2</sup>. Este es precisamente el supuesto contemplado en el artículo 34.8 ET.

Mientras tanto, las nuevas tecnologías permiten un mayor control de la actividad del trabajador, dentro y fuera del lugar de trabajo, que cada vez resulta menos preciso, y la tecnología facilita la natural tendencia del trabajo y de la empresa a invadir tiempos de vida privada. Desde esta perspectiva, la tecnología desborda los modos tradicionales de limitación del tiempo de trabajo. Además, en numerosas actividades, la tecnología relaja los férreos límites del lugar de trabajo, permitiendo una cierta autonomía del trabajador.

Lo que ocurre es que la igualdad efectiva entre mujeres y hombres exige reordenar el tiempo de trabajo. Jueces y tribunales no son ajenos a esa lenta y progresiva reordenación.

## II. CONCEPTO DE TIEMPO DE TRABAJO

Una de las cosas que la jurisprudencia ha ido matizando ha sido el concepto «tiempo de trabajo». Numerosas sentencias precisan qué es trabajo efectivo y qué no lo es. La identificación del tiempo de trabajo con el tiempo de trabajo «efectivo» que el artículo 34.1 ET hace se ve erosionada, sobre todo, por las directivas y jurisprudencia europeas.

La doctrina judicial no considera tiempo de trabajo efectivo el invertido para ir y volver del lugar de trabajo en el autobús puesto a disposición de los trabajadores por la empresa para desplazarlos al centro de trabajo<sup>3</sup>. Sin embargo, la STJUE de 10 de septiembre de 2015<sup>4</sup> considera tiempo de trabajo el invertido en los desplazamientos realizados por trabajadores técnicos (en sistemas de instalación y mantenimientos de sistemas de detección de intrusión y sistemas anti-hurto en comercios) desde su domicilio al comercio de los clientes a los que cada día deben acudir según la empresa les indica telefónicamente, al haber desaparecido las dependencias de trabajo provinciales desde las que con anterioridad se desplazaban a las dependencias de los clientes. El centro de trabajo de estos trabajadores no puede reducirse a los lugares de

---

<sup>2</sup> SEMPERE, A. V., «Artículo 34. Jornada», AAVV (SEMPERE, Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 415.

<sup>3</sup> STSJ de Madrid de 28 de mayo de 2007 (AS 2007, 1719).

<sup>4</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 205).

intervención física en las instalaciones de los clientes de la empresa para la que prestan servicios<sup>5</sup>.

Significativa es la STJUE de 21 de febrero de 2018, que considera «tiempo de trabajo» el tiempo de guardia que un bombero pasa en su domicilio particular con la obligación de residir en «un lugar que le permita presentarse en el parque de bomberos (...), en condiciones de tráfico fluido y respetando el Código de Circulación, en no más de ocho minutos», supuesto que hay que diferenciar de otros trabajadores que durante su servicio de guardia tan solo deben estar localizables<sup>6</sup>.

Hay que tener presente el artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre de 2003, conforme al cual se entenderá por tiempo de trabajo *todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales*.

La STJCE de 21 de junio de 2007 condenó al Estado español por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2002/15/CE, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera<sup>7</sup>, al no haber adoptado, dentro del plazo establecido, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha directiva<sup>8</sup>.

No solo la justicia europea; también los tribunales internos matizan progresivamente el contenido del artículo 34.5 ET, cuya literalidad resulta hoy desbordada por la realidad y entra en contradicción con la Directiva 2003/88/CE. Así, el Tribunal Supremo considera tiempo de trabajo el destinado a recoger el uniforme en lugar distinto al de trabajo<sup>9</sup>. Con mayor claridad es para el alto tribunal tiempo de trabajo, por serlo efectivo, el invertido por los enfermeros para transmitirse entre sí información médico-sanitaria de los pacientes en los cambios de turno de trabajo, en tanto que se trata de obvia actividad profesio-

---

<sup>5</sup> STJUE de 10 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 205). Sobre la misma, MARTÍN RODRÍGUEZ, M. O., «Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017, pp. 239 a 278. La STJUE 10 septiembre 2015 ha sido alegada para que la STSJ Andalucía, Málaga, 18 febrero 2016 (AS 2016, 613) considere como tiempo de trabajo el invertido por el trabajador, comercial de empresa farmacéutica, en el primer y el último desplazamiento que hace desde su domicilio hasta la primera farmacia visitada y desde la última farmacia visitada hasta su domicilio.

<sup>6</sup> STJUE, 5.ª, de 21 de febrero de 2018 (TJUE 2018, 5).

<sup>7</sup> Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas.

<sup>8</sup> STJCE de 21 de junio de 2007 (TJCE 2007, 167).

<sup>9</sup> STS de 24 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 4696), empresa de vigilancia que ordena a los vigilantes a recoger el uniforme a lugar distinto al de trabajo. Esta sentencia está en la línea de evolución iniciada ya iniciada por las SSTS 24 junio 1992 (RJ 1992, 4669) y 18 septiembre 2000 (RJ 2000, 9667).

sional, resulta de absoluta necesidad –que no ya mera conveniencia– para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermos ingresados, y se lleva a cabo en el correspondiente puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el respectivo turno <sup>10</sup>.

En esa misma línea, la doctrina judicial entiende que el tiempo de trabajo «comienza cuando fichan la entrada al trabajo y termina cuando fichan la salida y a partir de ese momento llevan a cabo una serie de actividades propias de su actividad laboral e impuestas por la empresa. Estas actividades no se imponen por la empresa por capricho sino que obedecen a necesidades propias de la actividad que desarrolla la empresa y a la que se incorpora el trabajo de los demandantes, pero eso no justifica su exclusión de la consideración como tiempo de trabajo, antes al contrario, pues se trata de tiempo durante el cual los trabajadores realizan funciones propias de su actividad laboral en la empresa e indispensable para el ejercicio de tal actividad dadas las peculiaridades de tal actividad empresarial a la que se incorpora su trabajo» <sup>11</sup>.

Sin embargo, la doctrina judicial no considera tiempo de trabajo las horas durante las que el trabajador de vuelo ha de permanecer localizable mediante el complemento de localización, ya que el artículo 8 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, al referirse a la actividad del transporte distingue entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo de presencia, definiendo este último como aquel en que el trabajador se encuentra a disposición del empresario sin prestar servicio efectivo y por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares, indicando expresamente dicho precepto que los convenios colectivos determinarán en cada caso los supuestos concretos calificables como tiempo de presencia <sup>12</sup>. También es de aplicación el artículo 8 del Real Decreto sobre jornadas especiales a los trabajadores de empresas de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, cuyo convenio colectivo establece

---

<sup>10</sup> STS de 20 de junio de 2017 (RJ 2017, 3112). En ese mismo sentido, STSJ Andalucía, Granada, de 21 de abril de 2016 (AS 2016, 1244).

<sup>11</sup> STSJ de Islas Baleares de 4 de abril de 2014 (AS 2014, 1439): «En realidad, ni la empresa, ni los negociadores del convenio, desconocen que el tiempo que los trabajadores destinan a desplazarse hasta el concreto puesto de trabajo, a cambiarse de ropa y equiparse con los equipos de protección individual adecuados, como también el tiempo que destinan a intercambiar información con el trabajador que relevan es tiempo de trabajo y en la medida en que se supera la jornada máxima debe considerarse como horas extraordinarias». En el mismo sentido, la STSJ de Islas Baleares de 7 de febrero de 2018 (JUR 2018, 116788) considera tiempo de trabajo el invertido por los trabajadores aeroportuarios desde su acceso al aeropuerto hasta su llegada al puesto de trabajo.

<sup>12</sup> STSJ de Cantabria de 10 de mayo de 2007 (AS 2007, 2403): Estamos ante un supuesto de regulación convencional expresa que cataloga la actividad como de localización obligatoria, como manifestación de la autonomía colectiva del artículo 37.1 CE y 17 ET que no es contraria a normas de derecho indisponible.

cincuenta horas mensuales de presencia, por lo que no son tiempo de trabajo efectivo en el sentido de la Directiva 2003/88<sup>13</sup>. Lo mismo ocurre en el supuesto de patrón de barco<sup>14</sup>.

Para deslindar entre el tiempo de trabajo y el que no lo es, la doctrina judicial continúa tomando como referencia el lugar de trabajo. Así ocurre con los pilotos de helicópteros que durante su guardia no tienen obligación de permanecer en su base, sino que pueden moverse libremente. Aunque esas guardias se establezcan en convenio colectivo, la doctrina judicial no las considera tiempo de trabajo, ni que hayan de retribuirse como horas extraordinarias, habiéndose tenido ya en cuenta ese extremo al establecer la retribución del trabajador<sup>15</sup>.

El convenio colectivo puede establecer que la guardia de localización no constituya tiempo de trabajo efectivo, sin que ello infrinja el artículo 34 ET. La negociación colectiva goza de un amplio margen de actuación «para concluir lo que estimen más conveniente en la Regulación de las relaciones laborales de la demanda con su personal laboral, en atención a las peculiares circunstancias que lo motivan, en concreto el servicio urgente e imprevisible y la inexistencia de jornada continua en el centro de trabajo, sin que haya un precepto legal que obligue a considerar tal servicio como voluntario, o que sea ilegal la obligatoriedad, pues lo voluntario son precisamente aquellas horas extraordinarias distintas a las debidas a causas de fuerza mayor»<sup>16</sup>.

Tampoco se ha considerado tiempo de trabajo el que transcurre desde que finaliza la colocación del pescado en el puesto de trabajo y la apertura del mercado al público, por cuanto el trabajador no presta servicios efectivos ni tenía obligación de permanecer en el centro de trabajo ni se encontraba siquiera a disposición del empresario. Ciertamente el horario es perjudicial para el actor, para su descanso, y para una racional distribución de la prestación continuada del trabajo. Ello podrá dar lugar a la impugnación y el debate sobre la aplicación de la regulación de la jornada y el horario en el convenio colectivo de aplicación, pero no es posible contemplar como hora extraordinaria un tiempo en el que no se han prestado servicios efectivos ni ha existido obligación de estar a disposición de la empresa<sup>17</sup>.

La duración de los cursos de formación continua para obtener el certificado de aptitud profesional exigido para la actividad empresarial computa

---

<sup>13</sup> STSJ de Galicia de 23 de diciembre de 2015 (AS 2015, 405).

<sup>14</sup> STSJ de Galicia de 21 de febrero de 2014 (AS 2014, 1889).

<sup>15</sup> STSJ de Galicia de 24 de enero de 2008 (AS 2008, 3050).

<sup>16</sup> STSJ de Canarias, las Palmas, de 29 de octubre (AS 2009/110).

<sup>17</sup> STSJ de Andalucía, Sevilla, de 17 de mayo de 2012 (AS 2012, 2258).

como tiempo efectivo de trabajo, pero no la media hora de pausa al día para descanso programada por la entidad que ofrece esa formación<sup>18</sup>. Desde luego es tiempo de trabajo efectivo el empleado en acciones formativas obligatorias en materia de prevención de riesgos laborales, pero también lo es el invertido en cualquier formación obligatoria por necesidad o conveniencia de la empresa e impuesta por ella, aunque no tenga nada que ver con la seguridad y salud en el trabajo<sup>19</sup>. Parece que esa misma calificación ha de darse al tiempo de asistencia a encuentros de empresa impuestos o «fomentados» por la dirección con la finalidad de motivar a los trabajadores, mejorar las buenas relaciones en el seno de la plantilla, imbuir a los trabajadores el espíritu de la empresa o similares.

### III. REGISTRO DE HORARIO

Según jurisprudencia relativamente reciente, no es necesario llevar un registro de la jornada diaria de toda la plantilla para comprobar el cumplimiento de la jornada laboral y horarios pactados; únicamente se debe llevar registro de horas extras realizadas<sup>20</sup>. Con carácter general, la omisión del registro de la jornada diaria de trabajo no constituye, en cuanto tal, una infracción del orden social de las previstas en la LISOS, pero en las empresas que tengan implantado el sistema de registro de la jornada los inspectores podrán seguir utilizándolo para las comprobaciones en materia de tiempo de trabajo<sup>21</sup>.

El artículo 35.5 ET no exige pues la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados. Para el propio Tribunal Supremo, seguramente, *de lege ferenda* convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias, pero *de lege data* esa obligación no existe por ahora y los tribunales no pueden suplir al legislador imponiendo a la empresa el establecimiento de un complicado sistema de control horario, mediante una condena genérica, que obligará, necesariamente, a negociar con los sindicatos el sistema a implantar, por cuanto no se trata simplemente de registrar la entrada

---

<sup>18</sup> STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2016 (AS 2016/1792), en curso de formación impartido por autoescuela a trabajadores conductores de camiones.

<sup>19</sup> SAN de 27 de octubre de 2017 (AS 2017, 1954).

<sup>20</sup> SSTS de 23 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1174), 20 de abril de 2017 (RJ 2017, 1869) y 20 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 6127).

<sup>21</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «Registro de la jornada ordinaria en la jurisprudencia actual», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2017, p. 156.

y salida, sino del desarrollo de la jornada efectiva de trabajo con las múltiples variantes que supone la existencia de distintas jornadas, el trabajo fuera del centro de trabajo y, en su caso, la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, cuando se pacte. No se deben olvidar además –apunta el alto tribunal– las normas reguladoras de la protección de datos, de creación de archivos de datos y del control de estos, que deberán ser tratados con respeto de lo dispuesto en la Ley 15/1999 y en el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, norma que, aunque no será de aplicación hasta el 25 de mayo de 2018, deberá tenerse en cuenta para orientar la creación de registros de datos, dado que al efecto se requiere una norma legal o pactada que «establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado» (art. 9.2 Reglamento 2016/679). La creación de este registro implica un aumento del control empresarial de la prestación de servicios y un tratamiento de los datos obtenidos (más aún en los supuestos de jornada flexible, de trabajo en la calle o en casa), que pueden suponer una injerencia indebida de la empresa en la intimidad y libertad del trabajador<sup>22</sup>.

Ahora bien, para la STJUE de 30 de mayo de 2013, una normativa nacional que impone al empleador la obligación de poner a disposición de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo el registro del tiempo de trabajo, de forma que se permita su consulta inmediata, siempre que esta obligación sea necesaria para el cumplimiento por esta autoridad de la misión de supervisión que le incumbe en relación con la aplicación de la normativa relativa al tiempo de trabajo, es compatible con las Directivas europeas sobre protección de datos<sup>23</sup>.

#### IV. TIEMPOS DE DESCANSO

##### 1. Descanso intra-jornada

El apartado 4 del artículo 10 bis del RD 1561/1995 obliga a las empresas de transporte por carretera a respetar los descansos mínimos de 30 minutos si la jornada continuada excede de 6 horas, y 45 minutos si supera las 9 horas diarias, periodos que pueden dividirse en fracciones, con la finalidad de reforzar la seguridad y salud de los trabajadores móviles del transporte por carretera, mejorar la seguridad vial y facilitar la aproximación de las condiciones de

---

<sup>22</sup> STS de 20 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 6127).

<sup>23</sup> STJUE de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013/140).

competencia del sector. No se cumple tal obligación con las fracciones de tiempo pequeñas en las cuales el vehículo está parado, con el conductor a bordo, subiendo o bajando viajeros, ni los momentos en los que, por razones fisiológicas, debe acudir al baño<sup>24</sup>.

## 2. Descanso diario

Los trabajadores con contrato de duración determinada están incluidos en el concepto de «trabajador» de la Directiva 2003/88/CE, ya que ésta no hace distinción alguna entre los trabajadores con contrato por tiempo indefinido y los que han celebrado un contrato de duración determinada. Es más, las disposiciones de la Directiva relativas a los períodos mínimos de descanso se refieren la mayor parte de las veces a «todos los trabajadores»<sup>25</sup>.

También los trabajadores que ejercen actividades ocasionales o de temporada en centros de vacaciones y de ocio, al cuidado de menores, están comprendidos en el ámbito de la excepción prevista en el artículo 17, apartado 3, letras *b*)<sup>26</sup> y *c*)<sup>27</sup>, de la Directiva 2003/88/CE. Aun así, para la aplicación de esta excepción, se ha de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 17.2 de esa directiva, conforme al cual se concederán a los trabajadores afectados períodos equivalentes de descanso complementario, o una protección equivalente en casos excepcionales en los que no sea posible la concesión de esos períodos por razones objetivas. Una normativa nacional que no permite a los trabajadores disfrutar del derecho al descanso diario a lo largo de su contrato de trabajo, incluso si es un contrato con duración máxima de 80 días por año, no solamente vacía de contenido un derecho individual otorgado expresamente por esa directiva, sino que está también en contradicción con su objetivo<sup>28</sup>.

Las actividades de los servicios de policía municipal ejercidas en condiciones normales se hallan incluidas dentro del ámbito de aplicación de las directivas sobre tiempo de trabajo.

<sup>24</sup> STSJ de Asturias de 17 de enero de 2017 (AS 2017, 11).

<sup>25</sup> STJUE de 14 de octubre de 2010 (TJCE 2010, 303), personal ocasional y de temporada que trabajan un máximo de 80 días al año en centros de vacaciones y de ocio.

<sup>26</sup> Excepción prevista *para las actividades de guardia y vigilancia que exijan una presencia continua con el fin de garantizar la protección de bienes y personas.*

<sup>27</sup> Excepción que se refiere a *actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción.*

<sup>28</sup> STJUE de 14 de octubre de 2010 (TJCE 2010, 303).

El hecho de que una profesión no esté enumerada en el apartado 2 del artículo 17 de la Directiva 93/104 no impide que pueda aplicársele la excepción prevista en la misma, dado el carácter autónomo con respecto al apartado 2 del mismo artículo. Pero las excepciones facultativas establecidas en el artículo 17 de la Directiva 93/104, así como, en su caso, por los artículos 17 y 18 de la Directiva 2003/88/CE, no pueden invocarse frente a particulares directamente, ni utilizarlas para impedir la aplicación de convenios colectivos, sin haberlas incorporado antes al derecho interno. Tampoco puede interpretarse que las citadas disposiciones permitan o prohíban aplicar convenios colectivos, puesto que la aplicación de tales convenios depende del derecho interno.<sup>29</sup>

No cabe yuxtaponer o solapar el descanso diario y el semanal<sup>30</sup>, ni siquiera parcialmente, debiendo ser ambos disfrutados con autonomía e independencia el uno del otro, siendo preferente en el tiempo el diario, en su calidad de recuperador de la jornada de trabajo inmediata anterior, sobre el semanal, cuyo inicio solo podrá producirse una vez agotadas las doce horas del descanso diario<sup>31</sup>. El descanso semanal no puede quedar neutralizado mediante el método de solapar, computando dentro del día y medio del que queda compuesto, las doce horas de descanso diario, siendo ambos reales y efectivos y se disfruten de manera diferenciada e independiente el uno del otro<sup>32</sup>.

En suma, el descanso diario o entre jornadas y el descanso semanal o de término de semana de trabajo, por ser distintos y obedecer a finalidades e incluso a causas diferentes, no pueden superponerse. No en balde las doce horas de las que se compone el primero (el diario) deben disfrutarse por el trabajador inmediatamente después de terminada la jornada de trabajo, para recuperarse de ella, e inmediatamente antes de que se inicie el segundo (el semanal), de forma tal que éste no coincida, ni parcialmente siquiera, con el primero, sino que se sucedan en el tiempo<sup>33</sup>.

El descanso mínimo de 12 horas entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente también corresponde a los médicos internos residentes (MIR)<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> STJUE de 21 de octubre de 2010 (TJCE 2010/310).

<sup>30</sup> STSJ de Madrid de 14 de octubre de 2010 (AS 2011, 87).

<sup>31</sup> STSJ de Madrid de 3 de enero de 2013 (JUR 2013, 28894). Ni el derecho interno ni el europeo en materia de régimen de descansos admiten la yuxtaposición o el solapamiento, siquiera parcial, de los descansos diario y semanal. Ni siquiera el RD 1565/1995, sobre jornadas especiales, ha desarrollado pauta alguna en materia de solapamiento del descanso diario.

<sup>32</sup> STSJ de Madrid de 3 de enero de 2013 (JUR 2013, 28894).

<sup>33</sup> SAN de 7 de mayo de 2007 (AS 2007, 2863).

<sup>34</sup> SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de octubre de 2007 (AS 2007, 3471), 17 de enero de 2008 (AS 2008, 315), 6 de febrero de 2008 (AS 2008, 1212), 10 (AS 2009, 2706) y 17 de diciembre de 2009 (AS 3010, 529). El hecho que el trabajador haya descansado en otras jornadas no implica que no tenga

### 3. Descanso semanal

El artículo 5 de la citada Directiva 2004/88 obliga a los Estados miembros a garantizar que se conceda a todo trabajador, dentro de un período de siete días, un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3 de la misma Directiva, aunque sin precisar el momento en que deba concederse ese período mínimo de descanso. Puede concederse en cualquier momento dentro de cada período de siete días. Ahora bien, la citada Directiva permite a los Estados miembros cierta flexibilidad a la hora de aplicar sus disposiciones y permite establecer excepciones a los períodos mínimos de descanso exigidos, siempre que se adopten medidas compensatorias, en particular para las actividades que requieran un trabajo por turnos o para las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción. En concreto, la letra *a*) del artículo 16 de la Directiva 2003/88 admite que los Estados miembros podrán establecer un período de referencia más largo para la aplicación del artículo 5 de dicha Directiva, relativo al descanso semanal<sup>35</sup>.

La norma de derecho interno que obliga a bombero a cubrir una jornada semanal media de 54 horas que incluía turnos de 24 horas, divididos en un período de servicio activo y otro de servicio de atención continuada en los que debía permanecer en su lugar de trabajo, es contraria a la Directiva 2003/88/CE. El tiempo de trabajo correspondiente a guardias y atención continuada realizado por el personal mediante el régimen de presencia física del correspondiente trabajador en el lugar de trabajo encaja en el concepto de «tiempo de trabajo», en el sentido de la Directiva 2003/88/CE. Esta se opone a una norma nacional que establece una jornada de trabajo semanal media que, si se añaden a la misma tales períodos de guardia y atención continuada, supera el límite máximo semanal fijado en la letra *b*) del artículo 6 de la Directiva<sup>36</sup>.

---

derecho a reclamar la indemnización correspondiente por incumplimiento contractual, dado que el incumplimiento de la entidad demandada surge desde el momento mismo en que el trabajador no ha descansado el día después de la realización de la correspondiente guardia de presencia física.

<sup>35</sup> STJUE de 9 de noviembre de 2017 (TJCE 2017, 195).

<sup>36</sup> SSTJEU de 25 de noviembre de 2010 (TJCE 2010/359), que tiene presente lo ya dicho en SSTJCE de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000, 234) y de 9 de septiembre de 2003 (TJCE 2003, 250), así como en el auto de 3 de julio de 2001 (TJCE 2001, 219).

#### 4. Descanso anual

En materia de descanso anual, la evolución más destacable de la jurisprudencia afecta al tratamiento dado a las vacaciones en supuestos de incapacidad temporal sobrevenida.

En un primer momento, el Tribunal Supremo entendió que la situación de incapacidad temporal neutralizaba las vacaciones<sup>37</sup>. Esta jurisprudencia fue rectificada, en lo que concierne a la incapacidad temporal desencadenada antes del inicio de las vacaciones, por otra decisión también de sala general<sup>38</sup>. El problema concreto de la incapacidad temporal sobrevenida en el período de vacaciones no volvería al Tribunal Supremo hasta más tarde. No obstante, ya afirma entonces *–obiter dicta–* que «debe hacerse compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal, en este caso por IT, con el correspondiente al disfrute de la vacación anual».

Las SSTJCE de 20 de enero<sup>39</sup> y 10 de septiembre de 2009<sup>40</sup> enseñaron el camino que los tribunales españoles siguieron más tarde: «El derecho de todo trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio del Derecho social comunitario de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 93/104/ CE. La finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas no es otra que permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. Tal finalidad difiere por esta razón de la finalidad del derecho a licencia por enfermedad. Este último derecho se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad, de tal manera que un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> STS, Pleno, 3 de octubre de 2007 (RJ 2008, 606) y otras.

<sup>38</sup> STS, Pleno, 7 de abril de 2009 (RJ 2009, 2618).

<sup>39</sup> STJCE de 20 de enero de 2009 (TJCE 2009, 9).

<sup>40</sup> STJCE de 10 de septiembre de 2009 (TJCE 2009, 261).

<sup>41</sup> SSTJUE de 14 de abril de 2005 y 20 de septiembre de 2007. Para la STJUE de 14 de abril de 2005, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/104 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de coincidencia entre las fechas de un permiso de maternidad de una trabajadora y las de las vacaciones anuales fijadas con carácter general mediante convenio colectivo para la totalidad de la plantilla, no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas, de suerte que «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales según las cuales el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las mismas y/o el período de prórroga fijado por el Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante la

Acudiendo a esa jurisprudencia europea y a los términos de la advertencia hecha por el Tribunal Supremo, parte de la doctrina judicial empezó a entender que el trabajador no pierde el derecho a disfrutar las vacaciones, que habrán de fijarse tras el alta, en cualquier supuesto en que el período de vacaciones anuales fijado en el calendario de la empresa coincida «en todo o en parte» con la suspensión del contrato de trabajo prevista en el artículo 45.1.c) ET<sup>42</sup>.

Ante la inevitable discrepancia en la doctrina sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo fija jurisprudencia, tras proponer cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia resolvió con sentencia de 21 de junio de 2012 en los términos siguientes: El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se opone a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad temporal<sup>43</sup>.

A la vista de la referida sentencia prejudicial, la STS de 3 de octubre de 2012<sup>44</sup> resolvió que «el trabajador en vacaciones al que sobreviene una incapacidad temporal tiene derecho a compensar los días de libranza coincidentes con esta situación por otras fechas posteriores». En cuanto a cuáles sean las fechas hábiles para estos nuevos días de descanso por vacaciones no plenamente disfrutadas, esa misma sentencia adopta la solución introducida mediante el RD-L 3/2012 (y Ley 3/2012, de reforma del mercado laboral), que añadió dos nuevos párrafos al apartado 3 del artículo 38 ET; el tercer párrafo establece:

*En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior (embarazo, parto, lactancia natural, descansos maternos, licencia por paternidad) que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que correspondan, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.*

---

totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral».

<sup>42</sup> STSJ de Asturias de 18 de junio de 2010 (JUR 2010, 266534), que tiene muy presente la STS de 24 de junio de 2009; SSTSJ de Cataluña de 24 de abril de 2009 (AS 2009, 1863), Comunidad Valenciana de 12 de mayo de 2009 (AS 2009, 1910) y Andalucía, Sevilla, 17 de mayo de 2007 (AS 2007, 3277). En sentido contrario, STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2007 (AS 2008, 365) y 24 de octubre de 2008 (AS 2008, 3204).

<sup>43</sup> STJUE de 21 de junio de 2012 (TJCE 2012, 154).

<sup>44</sup> STS, Pleno, de 3 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10302). En el mismo sentido, STS de 19 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3610).

En suma, el trabajador afectado durante el período de vacaciones por incapacidad temporal sobrevenida tiene derecho a disfrutar en otras fechas hábiles los días de vacaciones coincidentes con dicha situación de incapacidad temporal.

Por otro lado, el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE no hace distinción alguna entre los trabajadores que durante el período de devengo de las vacaciones anuales se ausentan del trabajo como consecuencia de una baja médica y aquellos otros que durante dicho período trabajan efectivamente. De ello se deduce que los Estados miembros no pueden supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas del trabajador en situación de baja médica durante el período de devengo de tales vacaciones al requisito de haber efectuado un trabajo efectivo durante ese período. Así pues, según el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE, no puede restringirse el derecho a vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas que tiene todo trabajador, con independencia de que éste haya estado de baja médica durante dicho período de devengo ya sea a causa de un accidente en el lugar de trabajo o en cualquier otro lugar, ya a causa de una enfermedad de la naturaleza u origen que sea<sup>45</sup>.

El artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE tampoco hace distinción alguna en función del origen de la baja médica del trabajador, prescrita debidamente, puesto que todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro semanas, con independencia de que haya estado de baja médica ya sea a causa de un accidente en el lugar de trabajo o en cualquier otro lugar, ya a causa de una enfermedad de la naturaleza u origen que sea. Pero los Estados miembros pueden establecer que el derecho a vacaciones anuales retribuidas varíe en función del origen de la baja médica del trabajador, siempre que sea igual o superior al período mínimo de cuatro semanas. El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE no se opone a una disposición nacional que establezca, según el origen de la baja médica del trabajador, una duración de las vacaciones anuales retribuidas igual o superior al período mínimo de cuatro semanas garantizado por dicha Directiva<sup>46</sup>.

En sentido parecido, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas no se pierde después de terminado el período de devengo en situación de huelga<sup>47</sup>. No existe caducidad del derecho al disfrute de las vacaciones ni queda limitado por la suspensión contractual en supuestos de huelga, que resulta ser una incidencia que no impide su disfrute convencional, salvo circunstancias excep-

---

<sup>45</sup> STJCE, Gran Sala, 24 de enero de 2012 (TJCE 2012, 7).

<sup>46</sup> STJCE, Gran Sala, 24 de enero de 2012 (TJCE 2012, 7).

<sup>47</sup> STS 24 de junio de 2009 (RJ 2009, 4286).

cionales que permitan aplicar analógicamente la doctrina comunitaria vertida para los casos de incapacidad temporal, maternidad o paternidad<sup>48</sup>.

En cuanto al momento de disfrute, la doctrina judicial viene entendiendo que los trabajadores en situación de IT pueden acumular todos los períodos no disfrutados, aunque correspondan a distintas anualidades<sup>49</sup>.

El artículo 7.1 de la Directiva 2003/88 no se opone a disposiciones o prácticas nacionales, como los convenios colectivos, que limitan, en virtud de un período de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a dichas vacaciones de un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral durante varios períodos consecutivos de devengo de vacaciones<sup>50</sup>. Pero se opone asimismo a una disposición de derecho nacional que limita, mediante un período de aplazamiento de nueve meses a cuyo término caduca el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, el derecho de un funcionario que se jubila a acumular las compensaciones por vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas debido a una incapacidad laboral<sup>51</sup>.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta que el punto 6 de la cláusula 2 del Acuerdo marco sobre el permiso parental<sup>52</sup>, es contrario a una disposición nacional según la cual los trabajadores que disfruten de su derecho al permiso parental de dos años pierden, a la finalización de dicho permiso, los derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos durante el año anterior al nacimiento de su hijo<sup>53</sup>.

Desde otra perspectiva, el punto 2 de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial<sup>54</sup> ha de interpretarse en el sentido de que es contrario a una disposición nacional según la cual, en caso de modificación de la jornada de trabajo de un empleado, la parte de las vacaciones aún no disfrutadas ha de adaptarse proporcionalmente a la nueva jornada de trabajo, con la consecuencia de que un empleado cuya jornada de trabajo se reduzca de jornada completa a jornada a tiempo parcial ve disminuido su derecho adquirido a vacaciones anuales retribuidas, sin haber tenido la posibilidad de ejercer, durante el tiempo en que trabajó a jornada completa, o bien en adelante solo podrá disfrutar como empleado a tiempo parcial de esas vacaciones con una re-

---

<sup>48</sup> STSJ País Vasco de 24 de septiembre de 2013 (JUR 2014, 160014).

<sup>49</sup> SSTSJ Navarra de 16 de diciembre de 2009 (AS 2009/2708), País Vasco de 7 de septiembre de 2010 (AS 2011, 445), Andalucía, Sevilla, 20 de diciembre de 2012 (AS 2013/1048).

<sup>50</sup> STJUE, Gran Sala, 22 de noviembre de 2011 (STCE 2011/369).

<sup>51</sup> STJUE de 3 de mayo de 2012 (TJCE 2012/104).

<sup>52</sup> Acuerdo marco sobre el permiso parental, que figura en anexo a la Directiva 96/34.

<sup>53</sup> STJUE de 22 de octubre de 2010 (TJCE 2010, 117).

<sup>54</sup> Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, anexo a la Directiva 97/81.

tribución reducida<sup>55</sup>. Por el contrario, en caso de que se incremente la jornada laboral de un trabajador, los Estados miembros no tienen la obligación de prever que las vacaciones ya devengadas, y eventualmente disfrutadas, se vuelvan a calcular a posteriori, en función del nuevo ritmo de trabajo de ese trabajador, aunque sí debe hacerse un nuevo cálculo para el período durante el cual la jornada laboral se haya incrementado<sup>56</sup>.

Cuestión interesante –pendiente de aclaración– es si el periodo vacacional que no puede quedar neutralizado por el tiempo de incapacidad temporal es el estrictamente legal o si se refiere también a los tiempos de descanso superiores de origen contractual individual o convencional colectivo que acompañan a festivos señalados como la Navidad o Semana Santa<sup>57</sup>. A nuestro juicio, supuestos de este tipo penden de si dichos periodos de descanso son realmente vacaciones o si tienen otra consideración (periodos no lectivos, fiestas).

## V. REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

Dentro de las medidas de legalidad ordinaria dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar, introducidas en el ordenamiento jurídico a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y de la LOI, encontramos las modalidades previstas en el artículo 37 ET y también el derecho a la adaptación y distribución de la jornada de trabajo para conciliar el trabajo con la vida familiar y personal, del artículo 34.8 ET.

El Tribunal Supremo hace una interpretación extensiva del concepto de la jornada ordinaria al que refiere el artículo 37.7 ET. Si bien es cierto que el vocablo «jornada» en la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa «tiempo de duración del trabajo diario», en su acepción técnico-jurídica resulta más complejo. Bajo el epígrafe «Jornada», el artículo 34 ET regula la jornada anual, la jornada semanal y la jornada diaria de trabajo, por lo que habrá de estarse al contexto en el que aparece dicha palabra para determinar a cuál de las tres modalidades de jornada se refiere el texto<sup>58</sup>.

El pacto novatorio de reducción de jornada que tiene su origen en el deseo de conciliación de la vida personal, familiar y laboral no impide que la

---

<sup>55</sup> STJUE de 22 de octubre de 2010 (TJCE 2010, 117).

<sup>56</sup> STJUE, 6.ª, 11 de noviembre de 2015 (TJCE 2015/444).

<sup>57</sup> Este es el caso planteado en la STS 3024/2018, de 18 de julio.

<sup>58</sup> STS de 15 de septiembre de 2016 (RJ 2016/5042).

trabajadora acuda más tarde a la reducción de jornada con los derechos inherentes al artículo 37.7 ET, de seguridad social y de concreción horaria de dicha reducción<sup>59</sup>.

## VI. ADAPTACIÓN DE JORNADA

En sede de adaptación de jornada, el artículo 34.8 ET llega seguramente al extremo de lo que la caracterización de la relación laboral permite cuando establece:

*El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.*

*A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.*

A primera vista, la adaptación de la jornada fundada en el derecho a la conciliación personal, familiar y laboral, quedaría reservada a la negociación colectiva. Desde luego, es la negociación colectiva la vía más apropiada para concretar ese derecho.

Podría incluso pensarse que si la concreción del derecho solo es viable a través de la negociación colectiva laboral, el precepto es superfluo. En modo alguno es así. Si la ley no hubiera explicitado esa posibilidad, sobre cualquier derecho de adaptación por razones familiares contemplado en un convenio colectivo recaería la sombra de nulidad, por tal vez suponer una merma del poder de dirección del empresario que pudiera rebasar los límites de la nego-

---

<sup>59</sup> STSJ de Islas Canarias, las Palmas, de 15 de diciembre de 2017 (AS 2017, 2155). Se simula la realización de un pacto privado de novación contractual desvinculándose de las razones familiares que lo causaron. La irregularidad está en la suscripción de un documento de «novación contractual», de carácter temporal (2 años), cuando debió instrumentalizarse por la vía de la reducción de jornada por cuidado de menor de conformidad con lo previsto en el artículo 37.6 ET. Ponderando la dimensión constitucional del derecho ejercitado y la libertad organizativa de la empresa, en el presente caso debe darse prevalencia al derecho de la trabajadora, máxime cuando la reducción de jornada se efectuó irregularmente y sin adecuarse a la normativa legal, generando a la trabajadora el espejismo jurídico de que lo suscrito no tenía nada que ver con una reducción de jornada por cuidado de su hijo, con un perjuicio evidente para la actora al no poder beneficiarse de prestaciones familiares y otros derechos previstos en situaciones de reducción de jornada por cuidado de un menor.

ciación colectiva. La remisión expresa que el artículo 38.4 ET hace en favor de la negociación colectiva ampara y da cobertura a la negociación colectiva del derecho de adaptación por razones familiares y personales.

En realidad, el derecho de adaptación de la jornada de trabajo fundada en el derecho a conciliar la vida personal, familiar y laboral es bastante más sólido de lo que parece. El artículo 139.1 LRJS establece un procedimiento especial para los procesos en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral *reconocidos legal o convencionalmente*, que también es de aplicación *al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa* (art. 139.2 LRJS). Se trata de un procedimiento urgente y de tramitación preferente, que acaba con sentencia ante la que no procede recurso<sup>60</sup>.

Como es natural, este derecho del trabajador a adaptar su jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral depende en gran medida de las características de su actividad laboral y de la circunstancias de la empresa y de la propia actividad empresarial. Es por lo tanto perfectamente lógico que el artículo 44.8 ET remita a la vía convencional y al acuerdo; al convenio colectivo, pero también al acuerdo con el empresario. No hay obstáculo alguno a que lo previsto en el convenio colectivo sea mejorado por acuerdo con el empresario, ni que en caso de silencio del convenio colectivo sobre estos derechos, trabajador y empresario pacten su duración y distribución<sup>61</sup>.

Según la doctrina judicial, para que el artículo 34.8 ET sea alegable es preciso que la adaptación de jornada obedezca al derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> *Salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia* (139.1 b) LRJS). Desde la STS de 25 de mayo de 2013 (RJ 2013, 5121), es claro que no cabe recurso de suplicación. Con anterioridad, el TS venía admitiendo (entre otras, SSTS de 24 de abril de 2012, RJ 2012, 5881; 13, RJ 2008, 4227, y 24 de abril de 2012, RJ 2012, 5881) el recursos de suplicación frente a las sentencias dictadas en solicitudes de adecuación de jornada y horario sin reducción de jornada, por entenderse entonces que cabía la utilización del proceso ordinario, no la modalidad prevista entonces en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

<sup>61</sup> CRISTOBAL, R., «Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, p. 131.

<sup>62</sup> La STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 7 de junio 2016 (JUR 2017, 221668), aborda la solicitud de adaptación de jornada con base en un precepto del convenio colectivo que no condicionaba el disfrute del horario flexible a necesidades familiares o personales del trabajador. Si el actor lo estima conveniente a sus intereses por tener personas a su cargo que le exige disfrutar de un horario flexible, para

Parece que la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral aboca necesariamente al entendimiento entre las partes. Desde esta perspectiva, se podría sostener que, salvo peticiones absurdas o manifiestamente abusivas por parte del trabajador, el empresario tendría un deber de negociar, en el sentido de valorar la propuesta del trabajador y en caso de negación, razonar las circunstancias o necesidades empresariales que lo impiden o que justifican una alternativa.

Sin embargo, como era de prever, la aplicación de este precepto por los operadores jurídico-laborales y su interpretación por jueces y tribunales no ha resultado pacífica cuando no hay convenio colectivo o acuerdo entre el trabajador y el empresario que respalde la pretensión de adaptación. Poco a poco, como en tantas ocasiones ocurre en materia laboral, la jurisprudencia va mostrando el camino. Desde esta perspectiva, hay que distinguir entre la adaptación de jornada que suponen una reducción de jornada y la adaptación de jornada que no implica redacción alguna del tiempo de trabajo. Las primeras cuentan con el respaldo de los apartados 4 y 5 del artículo 37 ET, lo que allana la efectividad del derecho de adaptación de jornada por parte del trabajador. Las segundas, no, haciendo más difícil su efectividad, sin que haya una solución uniforme.

La STC 3/2007 afirma que en los conflictos sobre el derecho de reducción de jornada, «la dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del artículo 37 ET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa»<sup>63</sup>.

---

poder conciliar su vida familiar y laboral, podrá pedir al ayuntamiento esa adaptación de jornada y horario conforme a lo previsto en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores, y las discrepancias que se produzcan habrán de resolverse judicialmente por el procedimiento especial del artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Pero ni el actor pidió la jornada flexible con fundamento en la necesidad de conciliar su vida familiar, ni la demanda se planteó o tramitó por la modalidad procesal del artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Ni en la petición ante el ayuntamiento, ni en la demanda, aducía el actor necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral que justificaran el disfrute del horario flexible, ni en momento alguno invocó el derecho reconocido en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. Derecho para cuyo ejercicio no es esencial que exista regulación en la negociación colectiva, pues puede disfrutarse por medio de acuerdo individual entre el trabajador y el empresario, y el actor, de haber solicitado el horario flexible por razones de conciliación de la vida familiar o personal, podría impugnar judicialmente la negativa del ayuntamiento a acceder a tal medida de conciliación a través del procedimiento especial del artículo 139 LRJS.

<sup>63</sup> STC 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 3). «A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias or-

Por contra, según la STC 26/2011, el legislador habría considerado conveniente condicionar el ejercicio del derecho de adaptación de la jornada sin reducción de la misma, a «lo que se disponga a través de la negociación colectiva o acuerdo entre los propios interesados (empresario y trabajador/a)», sin que sea de aplicación en ese caso la doctrina de la STC 3/2007<sup>64</sup>. No obstante, en un supuesto muy parecido, también de adaptación de jornada sin reducción de la misma, el propio Tribunal Constitucional llega a una solución similar a la de la STC 3/2007. Para la STC 26/2011 «la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (...) debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obligaba en el presente caso a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia de educación especial en la que prestaba servicios, para ponderar si la negativa empresarial a su pretensión de trabajar en horario nocturno constituía o no un obstáculo injustificado para la compatibilidad de su vida familiar y profesional»<sup>65</sup>.

La jurisprudencia viene rechazando un supuesto derecho a cambiar de horario o turno de trabajo cuando no esté expresamente previsto en el convenio colectivo o el contrato de trabajo. Según reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, el derecho de adaptación de jornada que no esté expresamente establecido en la negociación colectiva o en el acuerdo entre trabajador y empre-

---

ganizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego».

<sup>64</sup> STC 24/2001, de 14 de marzo (RTC 2001, 24). Prueba de ello –razona la sentencia– es que habiendo sido propuesta durante la tramitación parlamentaria de la LOI una enmienda al Proyecto de Ley (núm. 50) que pretendía incorporar al apartado 8 del artículo 34 ET un nuevo punto referido a la adopción de un régimen más flexible en la elección del horario de trabajo –sobre todo en los casos de familias monoparentales–, sin embargo, tal propuesta no prosperó, manteniéndose el precepto con su actual contenido, que incluye, sin excepción, la remisión a lo que se establezca en la negociación colectiva o mediante acuerdo entre las partes para que la adaptación de la jornada a las necesidades de conciliación previstas en la norma pueda exigirse.

<sup>65</sup> STC 26/2011, de 14 de marzo (RTC 2011, 26). «En relación con las circunstancias familiares concurrentes, conforme a los datos obrantes en las actuaciones, resultaba necesario tener en cuenta el número de hijos del recurrente, su edad y situación escolar, en su caso, así como la situación laboral de su cónyuge y la posible incidencia que la denegación del horario nocturno al recurrente pueda haber tenido para conciliar su actividad profesional con el cuidado de sus hijos. Asimismo, era necesario valorar si la organización del trabajo mediante turnos fijo (diurno) y rotatorio de la residencia en la que presta servicios el recurrente permitía alteraciones como la interesada por éste sin poner el funcionamiento de la residencia en dificultades organizativas lo suficientemente importantes como para excluir tales modificaciones».

sario solo sería posible si tiene encaje en los supuestos de reducción de jornada establecidos en el artículo 37 ET, apartados 4 y 5<sup>66</sup>.

Para el Tribunal Supremo, «no cabe elaborar a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre Conciliación de la Vida Familiar y Laboral un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes, pues como bien ha tenido oportunidad el legislador con el transcurso del tiempo desde la entrada en vigor de la citada Ley, al promulgar la LOI, ha configurado una nueva expectativa (...). Así, en la nueva redacción, dada al artículo 34 ET (...). Se advierte, por lo tanto que tampoco en la normativa posterior se delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho contemplado en el artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, precepto en que se regula la jornada de trabajo» (...). Interpretando el conjunto normativo, ya se trate del vigente en la fecha de los acontecimientos origen de la reclamación como el posterior, de aplicación en la actualidad, no se advierte en el mismo conculcación por los poderes públicos del deber de aseguramiento de la protección social y jurídica de la familia, en los términos contemplados en el artículo 39 de la Constitución Española<sup>67</sup>.

Paradójicamente, la imposibilidad de recurrir las sentencias en procedimientos de reclamación de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, al dejar en manos de los jueces de lo social la virtualidad de dichos derechos, permite soluciones más ajustadas a necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral que las mantenidas por el Tribunal Supremo.

## BIBLIOGRAFÍA

- CRISTÓBAL RONCERO, R., «Reducción y adaptación de jornada por razones de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pp. 115 a 138.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «Registro de la jornada ordinaria en la jurisprudencia actual», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2017, pp. 141 a 156.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, M. O., «Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017, pp. 239 a 278.

---

<sup>66</sup> SSTS de 13 de junio de 2008 (RJ 2008, 4227), 18 de junio de 2008 (RJ 2008, 4230), 20 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3118), 19 de octubre de 2009 (RJ 2009, 7606), 20 de octubre de 2010 (RJ 2010, 8447), 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5881).

<sup>67</sup> STS de 19 de octubre de 2019 (RJ 2009, 7606).

SEMPERE NAVARRO, A. V., «Artículo 34. Jornada», AA.VV. (SEMPERE, Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 9.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 393 a 416.

# PARIDAD REPRESENTATIVA

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO  
Catedrático de Universidad  
Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. *Delimitación*.—1. La «presencia o composición equilibrada». 2. De la composición equilibrada a la paridad representativa. 2.1 Precisión. 2.2 Normas autonómicas. A) Aragón. B) Castilla-La Mancha. C) Cataluña. D) Galicia. 2.3 Normas estatales. 3. Preceptos cuya interpretación se examina.—II. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 1. El principio es bidireccional.—III. *Tribunal Constitucional*. 1. Examen de la Ley Orgánica de Universidades. 2. Examen de la LOREG. 3. Examen de la Ley Vasca 4/2005, de 18 febrero. 4. Examen de la Ley 3/2004, de 25 febrero, del Sistema Universitario Vasco.—IV. *Tribunal Supremo*. 1. Nombramiento de Magistrados. 2. Ingreso en el Cuerpo de Subalternos de la Xunta.—V. *Audiencia Nacional*. 1. Impugnación del Convenio Colectivo de Conservas. 2. Acceso al Cuerpo Superior de Administradores.—VI. *Tribunales Superiores*. 1. Comisión para acceso a Cátedra. 2. Pruebas para ingreso en la Ertzaintza. Bibliografía.

## I. DELIMITACIÓN

### 1. La «presencia o composición equilibrada»

La Disposición Adicional Primera de la LOI («Presencia o composición equilibrada») prescribe que se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo *no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento*.

Se trata de una previsión alineada con las tendencias de la Unión Europea desde tiempo atrás. En ese sentido suele citarse la Recomendación 1996/694/CE, de 2 de diciembre, exhortando a los Estados a adoptar una estrategia integrada de conjunto, destinada a promover la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones y a desarrollar o crear a tal efecto las medidas adecuadas, tales como, en su caso, medidas legislativas, y/o reglamentarias y/o de incentivación<sup>1</sup>. En otros instrumentos posteriores las instituciones eurocomunitarias ya apuntaron la necesidad de que al menos un 40% de presencia de cada sexo debiera considerarse obligatoria para preservar el principio reseñado<sup>2</sup>.

## 2. De la composición equilibrada a la paridad representativa

Aunque en esta obra se persigue el examen de los criterios sentados por los Tribunales, parece conveniente e ilustrativo realizar una sumaria exposición del tenor de las normas que se relacionan con los preceptos de la LOI ahora estudiados.

### 2.1 PRECISIÓN

En numerosos ámbitos se identifica como uno de los logros de la LOI la necesidad de que mujeres y hombres posean la misma presencia en diversos ámbitos u órganos, comenzando por la esfera política<sup>3</sup>. Se trata de una simplificación, que ayuda a identificar (mediante una sola palabra) el concepto a que se desea aludir. Esa es la razón por la que la rúbrica acogida para presidir estas páginas se ha decantado por la denominación referida. En rigor, la «paridad» alude a la igualdad total, mientras que la presencia equilibrada lo hace a una exigencia menos rigurosa.

Sin embargo, conviene recordar desde este mismo instante que el legislador orgánico de la Ley 3/2007 prescinde del término *paridad* puesto que transmite una

---

<sup>1</sup> Este texto (DOL 10 diciembre 1996), sigue siendo interesante porque muestra las diversas esferas en que podría llevarse a cabo la deseada presencia y participación equilibrada.

<sup>2</sup> Cf. A. VALDÉS ALONSO, «Composición equilibrada» en la LO 3/2007 y alcance de la aplicación efectiva de sus principios informadores», *Aranzadi Social* 2010, número 6.

<sup>3</sup> De ello da cuenta la Exposición de Motivos de la Ley: «De la preocupación por el alcance de la igualdad efectiva en nuestra sociedad no podía quedar fuera el ámbito de la participación política, tanto en su nivel estatal como en los niveles autonómico y local, así como en su proyección de política internacional de cooperación para el desarrollo».

idea de identidad que no ha querido acoger. Sí aparece esa expresión, sin embargo, en otros cuerpos normativos de tipo sociolaboral o general, más ambiciosos en sus metas. La mayoría de las veces lo hace para subir una escala más en la progresión hacia la igualdad, pues acaba apostando por la equiparación total del número de mujeres y hombres y abandonando la expuesta y matizada fórmula del 40/60.

## 2.2 NORMAS AUTONÓMICAS

### A) Aragón

El Decreto aragonés 37/2011, de 8 de marzo, regulando la selección de personal estatutario y provisión de plazas en los centros del Servicio Aragonés de Salud, dispone que en la composición de los órganos selectivos se tenderá a la paridad entre mujer y hombre <sup>4</sup>. Se trata de previsión análoga a la posteriormente acogida por el legislador <sup>5</sup>.

La Ley 7/2018, de 28 de junio, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón, dispone que la Comunidad Autónoma fomentará y promoverá acciones para que las empresas y otras entidades privadas se comprometan a alcanzar el objetivo de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en sus órganos de dirección, especialmente en aquellos sectores profesionales más feminizados <sup>6</sup>.

### B) Castilla-La Mancha

Interesa mencionar la Ley castellano manchega 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público. Conforme a ella, la composición de los órganos de selección debe ajustarse a los principios de imparcialidad, especialización y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre <sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Al regular los órganos de selección, el artículo 12 dispone que los órganos de selección, que serán de naturaleza colegiada, deberán actuar de acuerdo con criterios de objetividad, imparcialidad, profesionalidad, agilidad y eficacia, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre.

<sup>5</sup> El artículo 50.1.d) de la Ley 7/2018, de 28 de junio, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Aragón, dispone que las Administraciones Públicas aragonesas deben promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en todos los órganos relacionados con procesos de selección de personal y provisión de puestos.

<sup>6</sup> Artículo 46 («Presencia equilibrada en los órganos directivos de las empresas»).

<sup>7</sup> Así lo prescribe el artículo 49, que regula los órganos de selección. Su artículo 68.10 insiste en la misma idea: «la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de las personas candidatas».

### C) *Cataluña*

En la línea expuesta pero cambiando de temática, aparece el Decreto catalán 139/2012, de 30 de octubre<sup>8</sup>, regulando los órganos de coordinación y colaboración y los órganos consultivos de la Ley 26/2001, de cooperación al desarrollo. Esta norma marca como objetivo la consecución de una auténtica *paridad de género*, de modo que los órganos regulados *tenderán a alcanzar una representación del 50%* de las mujeres en las vocalías que los componen<sup>9</sup>.

También en Cataluña merece destacarse el Decreto 18/2010, de 23 de febrero, sobre aplicación del Estatuto del Trabajo Autónomo. Prescribe que la composición del Consejo de trabajo autónomo de Cataluña debe respetar la paridad entre mujeres y hombres (art. 12.4)<sup>10</sup>.

### D) *Galicia*

El Decreto gallego 182/2008, de 31 de julio establece la promoción autonómica de las medidas municipales de conciliación y determina los requisitos para su validación y funcionamiento, en los términos establecidos en la Ley 2/2007, de 28 marzo 2007, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia. Al establecer las funciones de las personas responsables de los planes de programación del tiempo de la ciudad (art. 15) alude a la de «comunicar a las entidades participantes en la mesa de concertación los criterios exigibles de paridad para la representación en la misma».

## 2.3 NORMAS ESTATALES

De manera pragmática y tímida, la Ley Orgánica de Universidades (LO 6/2001, de 21 diciembre) prescribe que la composición de las comisiones

---

debe llevarse a cabo por órganos colegiados de carácter técnico. Su composición, que se establecerá reglamentariamente, debe responder a los principios de profesionalidad y especialización de sus miembros y adecuarse al criterio de paridad entre hombre y mujer. Su funcionamiento debe ajustarse a las reglas de imparcialidad y objetividad».

<sup>8</sup> Puede verse en *DO Generalitat de Catalunya* de 2 de noviembre de 2012.

<sup>9</sup> De este modo, «las entidades e instituciones que dispongan de más de una persona representada en los órganos deberán respetar el criterio de paridad entre los hombres y las mujeres en la propuesta que hagan de designación de las vocalías y de suplencias».

<sup>10</sup> El artículo 15.5 añade que «la composición de la Comisión técnica de valoración atiende a criterios de paridad en el nombramiento de las personas miembros».

encargadas de la selección de profesorado deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, procurando una composición equilibrada entre mujeres y hombres, salvo que no sea posible por razones fundadas y objetivas debidamente motivadas (art. 62.3).

Recordemos que el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Ley 7/2007, de 12 de abril, dispuso que los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y *se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre* (art. 60.1)<sup>11</sup>.

En esa misma línea, años después, la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, sobre Régimen del Personal de la Guardia Civil reitera la fórmula expuesta. Cuando disciplina la selección para ingreso en centros formativos y contempla los órganos técnicos encargados de ello prevé que «se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre».

El Real Decreto 955/2018, de 27 julio, alberga la oferta de empleo público para el año 2018. En línea con la de ejercicios procedentes, su artículo 3.11 («*Criterios generales de aplicación en los procesos selectivos y sobre la publicidad y gestión de los mismos*») dispone que la composición de los órganos de selección «garantizará la paridad entre mujeres y hombres», añadiendo que esa exigencia ha de tenerse en cuenta a la hora de nombrar los miembros que ostentarán las presidencias y secretarías de aquéllos<sup>12</sup>.

### 3. Preceptos cuya interpretación se examina

Agrupando tres artículos de la LOI, el Capítulo II («El principio de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella») del Título V («El principio de igualdad en el empleo público») posee el siguiente contenido:

Artículo 52. *Titulares de órganos directivos*. El Gobierno atenderá al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el nombramiento de las personas titulares de los órganos directivos de la Administración General del

<sup>11</sup> Esa previsión ha pasado, en sus propios términos, al artículo 60.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

<sup>12</sup> Se trata de previsión que viene reiterándose en las ofertas públicas de empleo aprobadas por el Estado. Así, por ejemplo, puede verse en la oferta para los años 2012 (Real Decreto 1694/2012, de 21 de diciembre, artículo 3.10), 2013 (Real Decreto 218/2013, de 22 de marzo, artículo 3.10) y 2017 (Real Decreto 702/2017, de 7 de julio, artículo 3.12).

Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, considerados en su conjunto, cuya designación le corresponda.

Artículo 53. *Órganos de selección y Comisiones de valoración.* Todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas.

Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos.

Artículo 54. *Designación de representantes de la Administración General del Estado.* La Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella designarán a sus representantes en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas.

Asimismo, la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella observarán el principio de presencia equilibrada en los nombramientos que le corresponda efectuar en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe.

Ahora no se trata de realizar un estudio acerca del alcance que posean esos preceptos desde la perspectiva de la paridad de género<sup>13</sup> sino de examinar las pocas sentencias que sobre el mismo existen.

## II. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### 1. El principio es bidireccional

El Tribunal de Estrasburgo se aproxima a un interesante supuesto: varias ciudadanas españolas protestan por haberse denegado la proclamación de la candidatura presentada por el Partido Popular a las elecciones municipales en Garachico, por no cumplir las cuotas exigidas por la Ley las listas a las elecciones municipales, al estar integrada (como elegibles) exclusivamente por personas del sexo femenino<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Entre los muchos existentes, por su claridad y completitud, puede verse R. Y. Quintanilla Navarro y O. Mateos de Cabo, en *Comentarios a la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Dirs. C. Sánchez Trigueros y Antonio V. Sempere Navarro, Aranzadi, 2008, p. 376 ss.

<sup>14</sup> El artículo 44 bis de la Ley Orgánica de Régimen electoral (introducido por la LO 3/2017) exige que las candidaturas para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de otros órganos tengan

Concluye el TEDH que el rechazo de la candidatura no puede considerarse una diferencia de trato, en tanto en cuanto una candidatura compuesta íntegramente por hombres que no respetara la cuota del cuarenta por ciento en la lista los candidatos para cada uno de los sexos, habría sido igualmente descalificada. La Ley de que se trata establece un sistema de cuotas que se aplica indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo, para garantizar la participación equilibrada de hombres y mujeres en los cargos públicos electivos.

### III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### 1. Examen de la Ley Orgánica de Universidades

Como queda expuesto, la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades alberga previsiones relacionadas con la paridad en la composición de los órganos de selección, habiéndose cuestionado su validez<sup>15</sup>. La doctrina constitucional ha establecido lo siguiente<sup>16</sup>:

— Queda a criterio de cada Universidad, a falta de una indicación concreta en la LOU sobre el específico porcentaje de equilibrio que debe alcanzarse, decidir si toman como referencia el que contiene la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 3/2007 antes indicado (porcentaje que es vinculante «a los efectos de esta ley») u otro más cercano a la paridad.

— El precepto no prescinde del mérito y capacidad, que han de darse por cumplidas en quienes entran a formar parte de los órganos de gobierno y representación; es decir, operando siempre desde el presupuesto de la capacidad y el mérito suficientes de unos y otras.

— No resulta desproporcionado exigir la explicación de las razones «fundadas y objetivas» que impidan en un caso concreto cumplir con aquel equilibrio, cuando tal eventualidad suceda.

---

«una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento».

<sup>15</sup> Los impugnantes censuran que la representación de los distintos sectores de la comunidad universitaria en los órganos de gobierno «propicie la presencia equilibrada de hombres y mujeres», lo que, de ser entendido «como necesidad sistemática de presencia de unas y otros, independientemente de su mérito y capacidad» sería inconstitucional.

<sup>16</sup> STC 176/2015, de 22 de julio.

## 2. Examen de la LOREG

Aunque solo interesa aquí tangencialmente, recordemos que los preceptos de la Ley Electoral obligando a que las candidaturas posean una composición equilibrada ha sido reiteradamente examinada por el Tribunal Constitucional. Como pasajes relevantes de su construcción interesa recordar los siguientes<sup>17</sup>:

La búsqueda de la igualdad formal y material entre mujeres y hombres constituye una piedra angular del Derecho internacional de los derechos humanos.

El mandato de equilibrio entre sexos que se impone a los partidos, limitando una libertad de presentación de candidaturas que no les está atribuida por ser asociaciones, sino específicamente por ser partidos políticos, ha de considerarse que, incluso desde la perspectiva de que son asociaciones políticas, constituye una limitación proporcionada

El principio de composición equilibrada de las candidaturas electorales se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo. Pues bien, debemos añadir ahora que las previsiones de la disposición adicional segunda de la LOI no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo. Los candidatos defienden opciones políticas diversas ante el conjunto del electorado y, caso de recibir el respaldo de éste, lo representarán también en su conjunto y no solo a los electores de su mismo sexo.

## 3. Examen de la Ley vasca 4/2005, de 18 febrero

El Tribunal Constitucional examina la constitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres<sup>18</sup>, donde se abraza el principio de presencia equilibrada en la composición de diversos órganos de selección. Los Diputados recurrentes sostienen que esos preceptos incurren en infracción de los artículos 14, 23.2 y 103.3 CE, alegando que con la previsión de cupos o cuotas para la composición de órganos administrativos el legislador autonómico, además de vulnerar el artículo 14 CE afecta al contenido esencial del derecho de acceso a la función pública (art. 23.2 CE) y preterido los principios de mérito y capacidad, con quiebra del artículo 103.3 CE.

---

<sup>17</sup> Por todas, STC 2/2008 de 29 de enero.

<sup>18</sup> STC 13/2009 de 19 de enero.

Asegurados el mérito y la capacidad por las mismas normas impugnadas, es evidente que no puede apreciarse la infracción del artículo 103.3 CE. Además, la representación equilibrada de ambos sexos resulta conforme con el mandato constitucional de promoción de la igualdad efectiva contenido en el artículo 9.2 CE.

Respecto del ámbito político (la Ley Vasca aumenta al 50% la presencia mínima de mujeres en las listas electorales) tampoco se ve inconstitucionalidad. Porque tratándose de una medida de discriminación positiva en beneficio de la mujer se ajusta a las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad exigidas por nuestra doctrina. Y porque debe entenderse (por aplicación de la LOREG estatal) que se garantiza en todo caso que los hombres tengan asegurado un 40% mínimo.

#### 4. Examen de la Ley 3/2004, de 25 febrero, del Sistema Universitario Vasco

En conexión con la autonomía universitaria y las competencias propias tanto del Estado cuanto de la Comunidad Autónoma, el Tribunal Constitucional ha tenido que examinar la validez de la Ley vasca 3/2004<sup>19</sup>, incluyendo la regla sobre composición equilibrada de las Comisiones de contratación, en especial la norma que impone la designación por sorteo público de los miembros de la comisión llamada a seleccionar su personal docente e investigador contratado permanente.

Con arreglo a su doctrina, el contenido esencial del derecho fundamental a la autonomía universitaria supone, en principio, libertad de cada Universidad para seleccionar su personal docente e investigador y, por ello, libertad para establecer el sistema general de designación de las comisiones que han de juzgar la provisión de las plazas. Al cabo, la previsión legal está constitucionalmente justificada porque en el ámbito material afectado de la autonomía universitaria, junto a los intereses peculiares de la comunidad universitaria, concurren intereses generales derivados de que la enseñanza superior se conforme en nuestro ordenamiento jurídico como un servicio público.

---

<sup>19</sup> Cf. la STC 87/2014, de 29 de mayo, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Bilbao.

## IV. TRIBUNAL SUPREMO

### 1. Nombramiento de Magistrados

Conociendo el recurso interpuesto frente a varios nombramientos para ocupar plaza como Magistrado del Tribunal Supremo, se ha sentado la siguiente doctrina sobre su motivación<sup>20</sup>:

La exigencia formal está referida a estas tres obligaciones que también pesan sobre el Consejo: la de expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado para indagar cuales podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes; la de asegurar que el criterio de selección de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado rectamente el principio constitucional de igualdad; y la de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento.

### 2. Ingreso en el Cuerpo de Subalternos de la Xunta

Las bases de la convocatoria para ingresar en el Cuerpo de personal Subalterno de la Xunta prevén que en ciertos casos de empate, «dado que existe infrarrepresentación femenina en este cuerpo», se resolverá a favor de la mujer.

De modo implícito, al realizar la convocatoria con ese condicionante se está manifestando que en la realidad existe tal infrarrepresentación<sup>21</sup>.

## V. AUDIENCIA NACIONAL

### 1. Impugnación del Convenio Colectivo de Conservas.

Con motivo de la impugnación parcial del convenio colectivo para el Sector de Conservas, Semiconservas, Ahumados, Cocidos, Secados, Elaborados, Salazones, Aceites y Harinas de Pescados y Mariscos la Audiencia Nacional<sup>22</sup> examina, entre otras previsiones, la necesidad de presencia equilibrada introducida por la LOI y concluye que «si bien establece toda una serie de princi-

---

<sup>20</sup> STS de 27 de noviembre de 2007 (rec. 407/2006).

<sup>21</sup> STS-CONT de 13 de marzo de 2013 (rec. 1295/2011).

<sup>22</sup> SAN-SOC 66/2007 de 25 de junio (proc. 61/2007); sentencia confirmada por STS de 3 de noviembre de 2008 (rec. 169/2007).

pios de aplicabilidad general, deja en manos de los Poderes Públicos la plasmación de los mismos en lo referente a toda una serie de relaciones jurídicas y sociales, y confiere a la negociación colectiva esa misma labor en el marco de las relaciones laborales».

## 2. Acceso al Cuerpo Superior de Administradores

Con ocasión de impugnarse una plaza del Cuerpo Superior de Administradores de la Seguridad Social se ha reflexionado sobre el alcance de la LOI, incluyendo el principio de presencia equilibrada, concluyendo que el principio de igualdad informa el ordenamiento jurídico y, como tal, debe integrarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, garantizando la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y en la promoción profesional. Se prohíbe, en suma, toda discriminación directa o indirecta, pero no constituye criterio de selección, sino que trata de evitar que cualquier clase de discriminación pueda tener lugar por razón de sexo<sup>23</sup>.

## VI. TRIBUNALES SUPERIORES

### 1. Comisión para acceso a Cátedra

Especial relevancia posee la impugnación de la Resolución que designa las Comisiones de Acreditación Nacional en la Rama de Ingeniería y Arquitectura para el acceso al cuerpo docente de Catedráticos de Universidad, en concreto por ausencia de motivación respecto de la falta de equilibrio entre miembros varones y mujeres<sup>24</sup>. El TSJ madrileño declara que no es ajustada a Derecho por lo siguiente:

— El precepto establece que la composición «deberá procurar» la composición equilibrada entre mujeres y hombres. Ciertamente es que el verbo no es imperativo de igual forma a la condición a que nos hemos referido en el párrafo anterior de tal forma que podríamos considerar que en la norma se exige que se intente tal equilibrio que, según el Diccionario de la Real Academia Espa-

<sup>23</sup> SAN-CONT de 25 de julio de 2012 (rec. 126/2012).

<sup>24</sup> STSJ-CONT Madrid 536/2012 de 22 de mayo (rec. 372/2009).

ñola en su acepción más acorde con el significado que se desprende del contexto de la norma, equivaldría a «contrapeso, contrarresto o armonía entre cosas diversas,» aplicada a la proporción entre hombres y mujeres. Hasta ese preciso momento de la dicción literal del precepto cabría decir lo mismo que en el párrafo anterior, pero este añade una exigencia y es que, de no ser posible conseguir tal equilibrio, deben darse «razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas».

— En el presente caso en la Comisión para el acceso al Cuerpo de Profesores Titulares hay 12 miembros varones y 5 mujeres, y teniendo en cuenta la acepción de la palabra equilibrio que hemos dado por buena a efectos de interpretación de la norma podría considerarse que la ausencia de una sola mujer no es impedimento para entender que está equilibrada la composición de esta Comisión.

— No puede decirse lo mismo respecto de la composición de la Comisión respecto del Cuerpo de Catedráticos en la que hay 16 miembros varones y 4 mujeres, de tal forma que es evidente que no existe la armonía o equilibrio exigido legalmente sin que haya constancia de que por el Consejo de Universidades se hayan dado las razones fundadas objetivas y motivadas que exige la Ley y el Reglamento. Puesto que es una exigencia legal de motivación específica que no se ha cumplido debe considerarse que la Resolución es nula por ausencia de motivación respecto de la falta de equilibrio entre miembros varones y mujeres en la Comisión para el acceso al Cuerpo de Catedráticos de la Rama de Ingeniería y Arquitectura de forma que debe ser estimado el recurso respecto de este punto.

— En cuanto al procedimiento en general esta Sala considera que el R. D. establece un procedimiento en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 57.2 y que las normas se han formulado en término imperativo o de intención según el legislador lo ha considerado oportuno estableciendo, también, las garantías que ha considerado oportunas para conseguir los fines pretendidos según se desprende de los fundamentos jurídicos en que se funda la presente Resolución.

## **2. Pruebas para ingreso en la Ertzaintza**

También presenta interés el litigio impugnando la Resolución de 19 de abril de 2010 de la Directora del Academia de Policía del País Vasco por la que se convoca procedimiento selectivo para el ingreso en la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza (BOPV de 6 mayo 2010), en concreto por precisar que 70 plazas serán cubiertas por mujeres y otras 70 por el resto de

aspirantes que mayor puntuación obtengan. Esta reserva es declarada contraria a Derecho por lo siguiente <sup>25</sup>:

La reserva de plazas a mujeres con el fin de paliar la infrarrepresentación de las mismas en la Ertzaintza, constituye una restricción del derecho a acceder en condiciones de igualdad de acuerdo con los principios de mérito y capacidad,

Habrà de ser solo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva.

La exigencia de regulación por ley de la reserva de plazas a mujeres viene asimismo exigida desde la perspectiva de su carácter limitativo o restrictivo del derecho a acceder en condiciones de igualdad de los aspirantes varones, toda vez que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional toda limitación de derechos fundamentales ha de venir autorizada por la ley, perseguir una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional y ser necesaria y proporcionada.

No existe ninguna norma con rango de Ley, nacional o autonómica, que prevea reserva de plazas a favor de las mujeres en el acceso a la función pública, en la promoción o provisión; en segundo lugar, una normativa nacional que estableciera una preferencia automática e incondicional resultaría contraria al Derecho comunitario, no cabe reconocer dicha habilitación en los artículo 11.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y 23 de la LO 1/2008, de 30 de julio por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, dado que contienen mandatos genéricos a favor de la igualdad, como objetivo transversal, que poco añaden al mandato de sustantivación de la igualdad formal del artículo 9.2 CE (STC12/2008), sin llegar siquiera a autorizar expresamente reservas de plazas en los procedimientos selectivos de ingreso a favor de las mujeres, ni mucho menos a establecer criterios concretos sobre los supuestos y circunstancias en que las mismas, en su caso, sean admisibles.

## BIBLIOGRAFÍA

- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., y MATEOS DE CABO, O., en *Comentarios a la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., y SEMPERE NAVARRO, A. V., Dirs.), Aranzadi, 2008.
- VALDÉS ALONSO, A., «Composición equilibrada» en la LO 3/2007 y alcance de la aplicación efectiva de sus principios informadores», *Aranzadi Social* 2010, número 6.

---

<sup>25</sup> STSJ-CONT País Vasco 55/2011 de 26 de enero (rec. 855/2010).



# PERÍODO DE PRUEBA

FERMÍN GALLEGO MOYA

Abogado. Profesor Asociado del Departamento  
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad de Murcia (acreditado Contratado Doctor)

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Desistimiento y respeto a los derechos fundamentales.*—  
III. *Protección del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo de la mujer trabajadora.*—IV. *Protección de los derechos fundamentales: indicios e inversión de la carga de la prueba.*—V. *La nulidad objetiva ex lege en ciertos despidos y el desistimiento.* 1. Doctrina judicial. 2. Doctrina del Tribunal Supremo. 3. Doctrina del Tribunal Constitucional. VI. *Consideraciones críticas.*—*Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

La escueta regulación legal del período de prueba (art. 14 ET<sup>1</sup>) se limita a cimentar la institución sobre los siguientes pilares: a) su carácter facultativo y la exigencia de compromiso expreso para su constitución; b) la formalidad de su establecimiento, por escrito; c) el carácter referencial de unos plazos de duración máxima (que operan solo en defecto de convenio) acomodados al tipo de trabajador (técnicos titulados y resto de trabajadores), tamaño de la empresa (mayor o menor de 25 trabajadores) y duración del contrato (mayor o menor a seis meses); d) la compulsión a los contratantes en cuanto a la realización de las experiencias propias del contrato; e) la prohibición de imponer un

---

<sup>1</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. RCL 2015/1654.

período de prueba a quien previamente desempeñó idénticas funciones en la empresa; f) el reconocimiento al trabajador del catálogo íntegro de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo durante la prueba; g) la libertad en la resolución contractual como única excepción a los derechos anteriormente afirmados; h) la adquisición de plenos efectos por el contrato, individualizadamente el cómputo de la antigüedad, como consecuencia aparejada al transcurso de la prueba; i) la no interrupción del período de prueba, salvo pacto expreso, en las situaciones suspensivas del contrato que el precepto define.

Más allá de su concepción como experimento bilateral, la fase de prueba satisface esencialmente el interés del empleador consistente en la rescisión contractual, sin coste alguno, de un vínculo jurídico que no llegará a consolidarse, precisamente, porque al momento de su inicio se incorporó la facultad resolutoria de aquel en caso de mera inconveniencia de este.

Sabemos que, con la suscripción del contrato, las partes se obligan al cumplimiento de las obligaciones recíprocas que, sobre las mismas, vierta la legislación vigente, la normativa paccionada y las propias cláusulas individuales respetuosas con las anteriores y con los principios esenciales del Derecho del Trabajo, entre ellos, la estabilidad en el empleo. Si bien este principio parece estar ausente o, al menos, muy matizado durante la vigencia del período de prueba, en la medida en que el desistimiento empresarial en esa fase representa la excepción al sistema de extinción causal implantado en nuestro sistema de relaciones laborales, lo que da entrada, en ocasiones, a decisiones de trasfondo antijurídico indetectable. Como indica Beltrán de Heredia Ruiz<sup>2</sup>, la resolución contractual durante la fase de prueba se convierte en la «fuente de inestabilidad contractual» más común y amenazante.

Desde ese punto de vista, no quedaría afectada la estabilidad en el empleo, desde su concepción individual como derecho al trabajo, si el desistimiento empresarial se desenvuelve en el marco de legalidad que el legislador ha establecido. Es a este, en definitiva, a quien corresponde configurar la «causalidad» que deba observarse en la extinción contractual; y en materia de prueba, el legislador ha apostado por su inexigencia, por lo que existirá un motivo «justo» para el desistimiento siempre que este no entrañe fraude, abuso de derecho o violación de derechos fundamentales, de manera que los límites al desistimiento habremos de buscarlos no en la configuración «legal» de ese

---

<sup>2</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del período de prueba», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, enero-marzo de 2013, p. 200.

derecho al trabajo, sino en el marco constitucional mismo<sup>3</sup>, marco en el que adquiere un especial protagonismo el respeto al derecho fundamental a la igualdad entre hombres y mujeres y la derivada prohibición de discriminación por razón de sexo.

Ocurre, sin embargo, que paradójicamente, el sustento o soporte básico de la institución, representado por la necesaria experimentación, por los contratantes, de la relación de trabajo, sobre la que decidir el mantenimiento o no del vínculo contractual, no se acompaña de medidas legislativas que lo hagan operativo. En efecto, no se encuentra tal experimentación durante la prueba en el capítulo de derechos y obligaciones que, con carácter general, reconoce el Estatuto de los Trabajadores. Y además, el reconocimiento, inmediatamente después de la necesidad experimental, de la facultad de desistimiento libre (e informal), viene a desvirtuar la obligación anteriormente introducida aún en sus inespecíficos términos, pues se faculta a las partes a desvincularse del contrato suscrito sin necesidad de alegar la causa y mucho menos acreditar el resultado del experimento al que fueron compelidas, extremo este que, sin embargo, ha sido asumido sin fisuras por nuestros Tribunales.

## II. DESISTIMIENTO Y RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dentro del marco temporal establecido en el contrato de trabajo como período de prueba, el empresario puede acordar su extinción mediante el mero desistimiento del mismo, decisión a la que, si bien nunca le faltará una causa (vendrá forzosamente determinada por un motivo, más o menos acertado, incluso una sensación) no precisa, en la regulación legal actual, de exteriorización de aquella ni de formalidad alguna (a salvo de lo que, en su caso, pueda disponer la autonomía colectiva). Basta, pues, para la resolución contractual válida, con la mera manifestación de voluntad, informal, sin expresión (ni mu-

---

<sup>3</sup> Como recuerda PECO ALCÁZAR, M. A., «Discriminación por razón de sexo y criterios de diferenciación en el trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 924/2016, Parte Comentario, 2016, contra las conductas de discriminación por sexo en el trabajo no solo encontramos nuestra Constitución, sino que se amplía la protección a través de los Convenios de la OIT (Convenio OIT núm. 103 sobre la protección de la maternidad; Convenio OIT núm. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación; Convenio OIT núm. 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras) y otros instrumentos como la Convención de Nueva York, de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer o la Directiva 2002/73/CEE, de 23 de septiembre, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

cho menos prueba) del hecho o motivo del desistimiento, operando, durante esta fase inicial del contrato una presunción de legitimidad de los motivos del cese<sup>4</sup>, enemiga declarada del derecho a la estabilidad en el empleo, manteniéndose, durante la pervivencia del período de prueba, una «relación primariamente antagónica»<sup>5</sup> entre ambos.

No obstante, aunque el mecanismo extintivo durante la prueba no participa de los requisitos de motivación propios de la resolución causal (por lo que en principio no es controlable judicialmente su motivación), es lugar común en la doctrina y la jurisprudencia, indicar que la libertad de desistimiento contemplada en el artículo 14.2 ET ni es absoluta ni da amparo a motivaciones fraudulentas o con causa torpe, de modo que, por la vía procedimental del despido (art. 103 LRJS<sup>6</sup>) podrán ser anuladas aquellas decisiones discriminatorias o que impliquen una vulneración de derechos fundamentales<sup>7</sup>.

En este esquema, la protección específica contra el despido no surge sino hasta que se supera el citado período de prueba, encontrándonos, durante el inicio de la relación laboral, ante una suerte de «despido libre»<sup>8</sup>, al no exigir la norma estatutaria (art. 14.2 ET) que concurra una causa concreta para desistir.

No obstante, la afirmada intrascendencia en su motivación, no excluye el eventual carácter ilícito de la decisión extintiva cuando, aun en este ámbito de cualificada libertad, viene a dar cobijo a una decisión discriminatoria. Como indica, desde antiguo, el Tribunal Constitucional<sup>9</sup>, «que dicha decisión no

---

<sup>4</sup> El Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de febrero de 2009 (RJ 2009/621) establece que «el período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el período de prueba esté todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión esté motivada por razón discriminatoria que viole el artículo 14 CE o vulnere cualquier otro derecho fundamental».

<sup>5</sup> PIQUERAS PIQUERAS, M. C., *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, Ibidem, Móstoles, 1995, p. 10, sostiene que la atenuación de las normas limitativas de la libre extinción de la relación laboral constituye el rasgo más relevante del período de prueba; por el contrario, el principio de estabilidad en el empleo se manifiesta en la protección de la permanencia del trabajador en la empresa. Luego, bien puede afirmarse que entre este principio y aquella figura se establece una relación primariamente antagónica.

<sup>6</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre. RCL 2011/1845.

<sup>7</sup> Como señala DE VAL TENA, A. L., *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas (Estudios de Derecho Laboral), Madrid, 1998, p. 170, «en principio, el motivo del desistimiento empresarial no puede ser sometido a control judicial, por constituir una libre potestad que no precisa justificación; sin embargo, de esta regla general se exceptúa el desistimiento formal que esconda una razón discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales del trabajador».

<sup>8</sup> ROMERAL HERNANDEZ, J., «Uso y abuso del período de prueba: límites temporales y sustantivos a la luz de la jurisprudencia reciente», *Tribuna Social*, núm. 226, 2009, p. 32.

<sup>9</sup> STC de 16 de octubre de 1984 (RTC 1984/94).

consista en un despido causal fundado en una serie de motivos tasados, sino en una decisión no motivada, no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria», de manera que «la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el artículo 14.2 ET está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental».

En expresión de nuestros Tribunales Ordinarios<sup>10</sup>, la libertad resolutoria propia del período de prueba cede en aquellos casos en los que no se actúe con absoluto acatamiento al principio de no discriminación a que hacen referencia los artículos 4.2 c ) y 17 ET, o en los que se incurra en abuso de derecho o en fraude de Ley, de manera que la libertad resolutoria de las partes cede y sufre una rígida excepción cuando la teórica resolución *ad nutum* encubre una decisión discriminatoria al enfrentarse con el mandato prohibitivo de toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social del artículo 14 de la Constitución<sup>11</sup> porque, en definitiva, la libertad de desistimiento consagrada por el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores no ha de entenderse en términos absolutos<sup>12</sup>.

Por ello, las causas de extinción del contrato de trabajo durante y con ocasión del período de prueba por voluntad unilateral del empresario deben analizarse a la luz de la interpretación del TC, los Convenios OIT y las directivas comunitarias sobre no discriminación en el acceso al empleo, atendiendo, asimismo, al fundamento y finalidad del mismo en relación con el deber de experimento impuesto a ambas partes por el artículo 14 ET, de manera que las fronteras del acto extintivo se encuentran, por una parte, en los límites que impone el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, y por otra, en las exigencias derivadas de la legalidad ordinaria.

En este contexto, la LOI<sup>13</sup> no contiene referencias explícitas al período de prueba, pero deben considerarse aplicables durante el mismo todas las referencias que afectan al contrato de trabajo, al no ser aquella una fase o estadio previo de este. Y así, el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo durante el intervalo temporal acotado por la prueba se encontraría, entre otros:

a) En el artículo 3, que proclama el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, como la ausencia de toda discriminación, directa o indi-

<sup>10</sup> STSJ Castilla León/Burgos de 30 de mayo de 2012 (AS 2012/1858).

<sup>11</sup> STS de 8 de julio de 1986 (RJ 1986/3992).

<sup>12</sup> STS de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9090).

<sup>13</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. RCL 2007/586.

recta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

b) En el artículo 5, relativo al principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo (público, privado e incluso el trabajo por cuenta propia) y en las condiciones de trabajo, si bien dentro de estas la protección frente a decisiones extintivas se ciñe al despido, sin referencia, por tanto, al desistimiento, como mecanismo extintivo propio durante la fase probatoria.

c) El artículo 6, que proscribe cualquier tipo de discriminación de las personas (más allá de su condición de trabajadoras), directa e indirecta, por razón de sexo.

d) El artículo 8, que reconoce como discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, incluido, por tanto el que se dé en el ámbito laboral, incluida la fase de prueba.

Bajo este marco legal, ninguna extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba deberá tener por causa o motivo una circunstancia discriminatoria o vulneradora de un derecho fundamental, pudiendo reclamarse en este caso la tutela judicial encaminada a «desenmascarar»<sup>14</sup> la razón última del cese, con reposición íntegra de los derechos fundamentales conculcados.

En este sentido, no concibiéndose la relación laboral durante la vigencia del período de prueba como algo distinto al propio contrato, sino tan solo como una fase inicial (si se quiere más débil, o en consolidación), es obvio que cualquier decisión de ponerle fin ha de superar el juicio de constitucionalidad que pueda plantear el trabajador cesado<sup>15</sup>.

Cuando el móvil discriminatorio es el que determina la decisión extintiva, o la integra, incluso sin concurso de voluntad consciente en el autor, el or-

---

<sup>14</sup> Para STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2011 (AS 2011/2456), en relación con la extinción del contrato durante el período de prueba, es cierto que el principio de libre resolución de los contratos durante el período de prueba supone que existe libertad de desistimiento durante la misma, y que es irrelevante el motivo alegado para resolverlo sin que se requiera ningún medio formalista. Ahora bien, a pesar de que el empresario puede rescindir la relación laboral de un trabajador en período de prueba sin fundarla en motivos tasados, el uso de la facultad rescisoria, no puede hacerse valer en contra de un Derecho Fundamental.

<sup>15</sup> El Tribunal Constitucional, a partir de sus sentencias de 16 octubre 1984 (STC 94/84) y 26 de septiembre de 1988 (STC 166/88), reforzó la tesis de la causalidad del desistimiento durante el período de prueba, al mantener que «la motivación de la resolución del contrato durante el período de prueba, carecerá de trascendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales», y aplicar, respecto del *onus probandi*, el criterio de que «asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral, bien constituyan causa legítima subsumible en alguna de las de ruptura unilateral de aquella, a impulso del empresario, bien sin legitimar el despido por causas excluyentes de su procedencia o por incurrir en nulidad, se presenten ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional».

denamiento jurídico despliega sus efectos de mayor rango para conseguir la anulación de tales medidas, siendo en este punto conocida la doctrina jurisprudencial sobre distribución de la carga de la prueba <sup>16</sup> según la cual, cuando ante una decisión empresarial se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio por vulneración de derechos fundamentales, de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de la actuación empresarial, constituyendo esta exigencia una auténtica carga probatoria y no un mero intento probatorio, debiendo llevar a la convicción del juzgador no la duda, sino la certeza de que su decisión fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio <sup>17</sup>, haciendo desaparecer, con ello, la «verdad interina» creada por el trabajador <sup>18</sup>.

La LOI en este punto establece, en su artículo 13 que, «de acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad».

Para ello, si el trabajador cesado es capaz de aportar indicios suficientes del móvil discriminatorio, pesará sobre el empresario la tarea de articular una explicación razonable del desistimiento, ajena a aquel móvil, viéndose obligado a «descubrir» la razón de la resolución contractual, manifestación que, hasta ese momento, no le era, en absoluto, exigible. En efecto, hasta la acreditación del citado panorama indiciario, era intrascendente jurídicamente tanto la indeterminación de los motivos del desistimiento, como los argumentos de probidad del trabajador, situación que cambia, una vez inmersos en el ámbito constitucional, al exigirse al em-

---

<sup>16</sup> La STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2014 (AS 2014/981) ha señalado, con relación a la tutela frente a actos de discriminación, cómo el Tribunal Constitucional ha subrayado reiteradamente la importancia que en relación con la misma tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de este de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad solo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador.

<sup>17</sup> STSJ de Cataluña de 13 de julio de 2011, AS 2011/2456. En el mismo sentido, STSJ de Galicia de 28 de noviembre de 2017, JUR. 2018/14428.

<sup>18</sup> Como indica PIQUERAS PIQUERAS, M. C. (*La extinción...*, cit., pp. 76 y 81), «... para determinar quien deba soportar la carga de la prueba en caso de extinción del contrato de trabajo por, la actuación probatoria del demandado consistirá en hacer desaparecer la “verdad interina” creada por el demandante mediante la presunción estimada por el juzgador a través del indicio de discriminación, lo que exigirá unas veces la probanza de circunstancias de hecho que justifiquen su conducta, otras que la extinción se hubiera producido igualmente con independencia del “dato diferencial prohibido”».

presario una explicación razonable del cese, que habrá que confrontar con los argumentos de superación «objetiva» de la prueba esgrimidos por el trabajador.

De no superar el juicio de constitucionalidad, la consecuencia, *ex artículo 113 LRJS*, es la readmisión del empleado, con abono de los salarios de tramitación, con posibilidad, asimismo, de reparación de los perjuicios causados por la vulneración contraria a la CE, mediante el abono de la indemnización correspondiente (art. 183 LRJS), concreción procesal de lo dispuesto en el artículo 10 LOI, que establece que «los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias».

### III. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO DE LA MUJER TRABAJADORA

En el marco del período de prueba, las lesiones constitucionales se concretan, en un altísimo porcentaje, en la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo<sup>19</sup>, y muy especialmente<sup>20</sup> con motivo del embarazo de la mujer trabajadora, aspecto al que dedicamos la parte central de este estudio<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Para SÁEZ LARA, C., *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, CES, 1994, p. 56, la discriminación directa por razón de sexo aparece cuando existe un tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo.

<sup>20</sup> Como indica la STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2003 (AS 2003/272): «la distinción entre actuación empresarial contraria a la protección de la mujer por razón de embarazo y contraria a la discriminación por razón de sexo, ... resulta artificial, pues una y otra no pertenecen a diversas categorías de conductas vulneradoras de un derecho fundamental, sino que guardan entre sí una relación de género y especie, donde el género consiste en la prohibición de actos perjudiciales para la trabajadora que toman como eje de su adopción precisamente su condición de mujer, mientras la especie supone la prohibición de conducta empresarial desfavorable para la mujer trabajadora basada únicamente en el embarazo. Cualquier conducta contraria al derecho a la protección por embarazo es reconducible, en última instancia, a la vulneración del derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de sexo, ya que precisamente el peor trato laboral que recibe la trabajadora a consecuencia de un proceso de gestación supone un daño del que solo puede ser sujeto pasivo la mujer. Añadiendo que la infracción constitucional «se puede producir no solo por conductas que encierran tal componente subjetivo, sino también a través de actuaciones que por sus resultados últimos y, al margen de la intención de su autor, perjudican a las mujeres trabajadoras».

En el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2016 (AS 2016/1119), sobre la innecesaria concurrencia de voluntad de perjudicar en caso de lesión de derechos fundamentales.

<sup>21</sup> El motivo de que no sean muy comunes los procesos judiciales de tutela en los que aparezcan comprometidos otros derechos fundamentales (piénsese en la garantía de indemnidad, desplegada a raíz

Las causas son evidentes, y la doctrina las ha expuesto sin tapujos: la mujer que decide ser madre no se encuentra para el empresario en las mismas condiciones de disponibilidad que el trabajador varón, y esos «inconvenientes» son los que le conducen a deshacerse de ella, antes de intentar acometer soluciones organizativas para hacer compatible la vida laboral y familiar<sup>22</sup>. Y es que, pese al avance de la sociedad en la búsqueda de la igualdad efectiva, las mujeres tienen serias dificultades para conseguirla en el trabajo, pues para muchos empresarios, especialmente en el sector privado, trabajo y maternidad resultan incompatibles, lo que les mueve a desprenderse de la trabajadora cuando saben o sospechan de su estado de gravidez, ya que ello les puede conllevar bajas por maternidad, solicitudes de reducción de jornada, ausencias al trabajo por cuidado de hijos, etc.<sup>23</sup>, circunstancias que incrementan el riesgo cierto<sup>24</sup> de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad.

En el ámbito europeo, el TJUE ha venido desarrollando, desde los inicios del proyecto común, una labor de protección del embarazo y la maternidad, mediante una interpretación expansiva de la tutela protectora del Derecho comunitario<sup>25</sup>, labor que ha simultaneado con la censura de toda normativa

---

de un cese a consecuencia de una reclamación salarial, una sanción o denuncia previas, o la libertad sindical, por el ejercicio de labores representativas; o la libertad de expresión, por censura de los métodos de trabajo en la empresa), puede ser, por una parte, el hecho de que el escaso tiempo transcurrido normalmente desde el inicio de la contratación impedirá que se verifiquen tales conflictos; por otra, y quizás con mayor sentido, el trabajador esperará a que transcurra el tiempo previsto para el período de prueba antes de comprometer su trabajo mediante una actuación que, pese a su legalidad, pueda acarrear una respuesta discriminatoria por parte del empresario.

<sup>22</sup> ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «El despido de la trabajadora embarazada», *Aranzadi Social*, núm. 13, 2006 (BIB 2006/1359).

<sup>23</sup> POQUET CATALÁ, R., «El despido de la trabajadora embarazada durante el período de prueba», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, 2014, pp. 23-49.

<sup>24</sup> La STSJ de Extremadura de 31 de mayo de 2012 (AS 2012/1764) da cuenta de «una realidad sociológica tozuda, cual es el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras, lo que constituye probablemente el problema más acuciante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (España constituye el país europeo con menor tasa de actividad femenina –el 44,5%– en comparación con la tasa masculina –el 67,6%– encontrándose aún muy lejos de los objetivos marcados en la Estrategia de Lisboa para el año 2010. El índice de paro femenino sigue doblando al masculino, la temporalidad es de más de cinco puntos porcentuales respecto a los hombres, y el salario medio mensual de las féminas sigue cifrado en un 24% por debajo en las mujeres). Se trata de evitar tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que éste incida de forma negativa en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad».

<sup>25</sup> Dos de las Sentencias más paradigmáticas y que han sido objeto de numerosos comentarios, son las SSTJCE de 4 de octubre de 2001 (*Tele Danmark* y *Jiménez Melgar*), en las que se puso de manifiesto que en la calificación como discriminatorio de un despido basado en la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su contrato de trabajo por encontrarse embarazada, no tenía incidencia el hecho de que el contrato celebrado fuera de duración determinada o por tiempo indefinido (aplicación de la Directiva 92/85, art. 10), ni siquiera que se tratase de una renovación de un contrato temporal (aplicación de la Directiva

excesivamente protectora de la condición femenina que conlleve desigualdades de trato entre los sexos no fundadas estrictamente en la protección de la maternidad, sino en condiciones obsoletas basadas en la mayor debilidad del sexo femenino o tendentes a evitar su sobreexplotación laboral como sujetos potencialmente vulnerables.

Tendencia que ha mantenido nuestro TC al señalar que el mandato de no discriminación por sexo del artículo 14 CE exige eliminar aquellas normas jurídicas que «con la salvedad del embarazo y la maternidad, aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos, pero que suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo». De modo que las normas protectoras que establecen un trato diferenciado de la mujer en lo que se refiere al embarazo y la maternidad<sup>26</sup> se conciben, desde esta perspectiva, como una excepción a la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo<sup>27</sup>.

Pues bien, desde la perspectiva de nuestro derecho positivo, la extinción del contrato de trabajo de una mujer embarazada<sup>28</sup> puede merecer la calificación de nulidad por dos motivos: a) bien porque el cese responda a un móvil discriminatorio o atentatorio a algún derecho fundamental; b) bien porque el cese se haya producido encontrándose la trabajadora encinta, con independencia de que la intencionalidad subyacente a la decisión guarde relación alguna con su embarazo.

El primero de los supuestos, doctrinalmente conocido como nulidad «causal», es el que protege a la trabajadora en el ámbito de sus derechos fun-

---

76/207, art. 2.1), ni el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo, reiterando, en este último extremo, lo dicho previamente por la STJCE de 8 de noviembre de 1990 (*Dekker*).

<sup>26</sup> Según GORELLI FERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 366, estaríamos en estos casos ante normas que no tienen ese carácter discriminatorio, pues no se basan en la inferioridad de la mujer, sino en la importante función social de la maternidad y de la procreación; son normas que diferencian entre el hombre y la mujer, pero por motivos fisiológicos y no sexistas.

<sup>27</sup> RAMOS MARTÍN, N. E., «La tutela de la trabajadora embarazada en la reciente jurisprudencia comunitaria», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002.

<sup>28</sup> El despido de la trabajadora embarazada será, por supuesto, ajustado a Derecho cuando se acredite, bien un incumplimiento disciplinario grave y culpable, merecedor de la máxima sanción, bien un contexto «objetivo» que legitime la decisión de cese. En este último sentido, los Tribunales vienen validando todas aquellas decisiones de despido, objetivo o colectivo, en las que se acreditan las causas económicas, organizativas o de producción alegadas, sin que el embarazo (también baja maternal, lactancia o reducción de jornada) de la trabajadora despedida sea obstáculo. Véase STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2013 (AS 2013/1598) y 7 de noviembre de 2014 (JUR 2015/17651), STSJ de Madrid de 8 de mayo de 2013 (AS 2013/2821) y 31 de enero de 2014 (AS 2014/1589), o STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2012 (JUR 2012/365307).

damentales, de manera que, aportados por aquellos indicios razonables de vulneración (el denominado panorama indiciario suficiente<sup>29</sup>), las reglas procesales de prueba se flexibilizan hasta el punto de gravar al empresario con la carga de acreditar motivos ajenos al móvil discriminatorio apuntado, requiriéndose no una mera alegación de estos, sino un auténtico esfuerzo probatorio<sup>30</sup>.

Ahora bien, el mero conocimiento empresarial del estado de embarazo puede no ser suficiente, desde el punto de vista de esta nulidad «culpable», para desplegar las reglas procesales de inversión probatoria. Siendo importante destacar cómo, desde un punto de vista procesal, el conocimiento del estado de embarazo por el empresario puede no ser suficiente para que se produzca la inversión de la carga probatoria, y ello porque para entender concurrente el indicio de discriminación, resultan precisos tres requisitos básicos: 1) que la trabajadora se encuentre embarazada; 2) que se produzca un acto extintivo coetáneo; y 3) que exista una conexión entre ambos, exigiéndose un conocimiento, directo o indirecto, por parte del empresario, sin que el mero dato de conocimiento del embarazo y posterior despido constituya indicio de discriminación por razón de sexo (STC 342/2006, 11 de febrero de 2006 y STC 92/2008, 20 de julio de 2008)<sup>31</sup>.

Una vez establecida la realidad de un panorama indiciario «suficiente», habrá el empresario de intentar neutralizarlo, de manera que, si no lo consigue, el despido se considerará nulo<sup>32</sup>; será improcedente si, consiguiendo neutrali-

---

<sup>29</sup> El artículo 96 LRJS establece que «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

<sup>30</sup> STS de 29 de junio de 1990 (RJ 1990, 5541) y STSJ de Madrid de 23 octubre de 2013 (JUR 2013/367486).

<sup>31</sup> RTC 2006/342 y RTC 2008/92.

<sup>32</sup> La tensión entre los elementos que se configuran como indicios de discriminación, por una parte, y la resistencia empresarial, que se articula mediante la justificación objetiva y razonable de la decisión extintiva, alejada de aquel propósito, es la que resuelven nuestros Tribunales, ajustándose a las circunstancias del caso concreto. A modo de ejemplo, en STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2013 (AS 2014/981) el hecho de que la actora estaba embarazada, «es un primer indicio serio y consistente de discriminación»; el segundo indicio o sospecha de discriminación lo tenemos en el hecho que la empresa tenía formada una favorable opinión acerca de cómo se había desenvuelto la actora en el primer contrato eventual suscrito, ..., tan es así que tan solo dos meses después de su expiración suscribe un nuevo contrato con la recurrente, esta vez como auxiliar administrativo, categoría profesional de auxiliar. Ninguna empresa contrata de nuevo a la misma persona en un mismo centro si no tiene la seguridad de que se desenvuelve correctamente desde un punto de vista profesional; el tercer indicio viene representado por el hecho de que tres de las imputaciones que justificarían su cese no encajan en las funciones encomendadas a su categoría. Frente a tales indicios, el hecho de que la empresa acredite tener en su plantilla a trabajadoras embarazadas, o el testimonio de la subdirectora del centro, indicando estar descontenta con su labor, no son, desde luego, suficientes para «volcar» el citado panorama indiciario.

zar los indicios de discriminación, no logra, sin embargo, acreditar la existencia de hechos con relevancia suficiente para justificar la adecuación a Derecho de la medida adoptada; y procedente, en fin, si se acreditan los motivos del cese y estos, además de encajar legalmente en motivo de extinción, no van acompañados de panorama discriminatorio alguno.

El segundo supuesto, denominado comúnmente nulidad «objetiva» (también «automática» o «reforzada») es el que, sin necesidad de concurrencia de un móvil vulnerador de derechos fundamentales, determina la nulidad de aquella extinción contractual, no procedente, producida durante aquellos períodos «blindados» por los apartados a, b y c del párrafo 2.º del artículo 55.5 ET<sup>33</sup>, en supuestos de despido disciplinario, reproducidos, en el artículo 53.4 ET, también para los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas<sup>34</sup>.

Como es sabido, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras<sup>35</sup>, vino a dar nueva redacción a los citados preceptos estatutarios<sup>36</sup>, añadiendo a los tradicionales supuestos de nulidad causal, aquellos otros en los que meramente se constata que el cese laboral se ha producido durante la situación de embarazo, ampliándose luego, por la LOI al resto de situaciones allí indicadas<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> De períodos «blindados» hablaba ya en 2005 ALARCÓN CASTELLANOS, M. M., «La resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba: desistimiento o despido nulo», en *Aranzadi Social*, núm. 2, 2005, p. 2, quien además destaca cómo «en este último caso, la protección del trabajador es mucho mayor porque no necesita aportar indicios de discriminación para conseguir la declaración de nulidad del despido, simplemente debe demostrar que se encuentra en alguno de los períodos recogidos en el citado artículo 55.5 ET».

<sup>34</sup> No se modificó, sin embargo, el artículo 51 ET, lo que para DÍAZ MORA, J. M., «La extinción del contrato de trabajadora embarazada: ¿nulidad objetiva o causal?», *Información Laboral*, núm. 12, 2003, p. 8, equivale a la no extensión de la nulidad a este tipo de ceses colectivos, habiendo primado el legislador en mayor grado los intereses empresariales que la estabilidad en el empleo de las trabajadoras embarazadas afectadas por la regulación de plantilla.

<sup>35</sup> (RCL 1999/2800). De esta ley se ha dicho que asume las tres funciones de toda norma antidiscriminatoria, esto es, una función preventiva mediante la definición normativa adecuada, clara y comprensible de las conductas prohibidas, una función tutelar mediante el reforzamiento de los procedimientos de tutela antidiscriminatoria y del sistema sancionador y una función promocional, de fomento a la paridad y remoción de los obstáculos (en ese sentido, POQUET CATALÁ, R., *El despido...*, cit., p. 4).

<sup>36</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 39/1999 precisa que el fundamento de sus previsiones descansa en el artículo 14 CE y en las Directivas 92/1985/CEE, de 29 de junio (relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia) y 96/34/CE, de 3 de junio (relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental).

<sup>37</sup> El artículo 55 ET (Forma y efectos del despido disciplinario) establece, en su número 5, que «Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador». Añadiendo, en su segundo párrafo, que «Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado

La modificación legal operada<sup>38</sup> provocó, inmediatamente, una duda jurídica de gran trascendencia: ¿si pese al carácter «objetivo» de la regla que define como nulo el despido de una trabajadora que se encuentra embarazada, es además preciso que el empresario que adopta la decisión de cese conozca efectivamente (no importa ahora a través de qué medio) la situación de embarazo de la mujer? O lo que es lo mismo, si la nulidad objetiva puede actuar, «emancipada», con absoluta independencia del panorama vulnerador de derechos fundamentales, que es lo que, tradicionalmente, conlleva la declaración de nulidad de la medida empresarial<sup>39</sup>.

Si obtenemos una respuesta afirmativa, inmediatamente surgirá otra cuestión, no menos importante: ¿El régimen de nulidad «objetiva» previsto para el despido (dada su inclusión en los dos preceptos estatutarios referenciados), es aplicable a cualquier decisión de cese o extinción del contrato de trabajo, como puede ser la de desistir del contrato por no superación del período de prueba? Dicho de otro modo: ¿puede restringirse por esta vía la facultad empresarial de rescindir el contrato de trabajo durante el período de prueba?

Vamos a intentar aclarar, en los siguientes apartados, cuál ha sido la contestación que, cronológicamente, han venido dando los Tribunales a estas cuestiones (adelantamos ya que las respuestas han sido vacilantes) y cuál es la situación actual, que, desde este momento adelantamos, no parece estar absolutamente cerrada.

#### IV. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: INDICIOS E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

No parece que genere conflicto alguno afirmar que, con anterioridad a la reforma de los artículos 53.4 y 55.5 ET, operada por la Ley 39/1999, una pre-

---

en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período; b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley; y c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo». Nulidad, claro está, que se producirá «salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados».

<sup>38</sup> Con su correlativo reflejo en la legislación procesal: artículos 108.2. b) y 122.2.b) LRJS.

<sup>39</sup> Para DÍAZ MORA, J. M., *La extinción del contrato...*, cit., p. 1, el entronque de la modificación introducida en el artículo 55.5 ET por la Ley 39/1999 con la prohibición de discriminación por sexo es patente.

tensión de nulidad en el cese de una trabajadora embarazada requería, con carácter incuestionable, el conocimiento de la situación de embarazo por parte del empresario, al no poder concebirse un despido discriminatorio, por ese motivo, sin su previo conocimiento.

Dicha solución era además acorde con lo dispuesto, en el ámbito comunitario, por la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992<sup>40</sup>, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada<sup>41</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional había equiparado, a efectos de tutela antidiscriminatoria, el despido causal con la resolución del contrato durante el período de prueba de una trabajadora embarazada, afirmando que aunque esta última decisión no consiste en un despido causal fundado en motivos tasados, sino en una decisión no motivada, es igualmente ilícita una resolución discriminatoria<sup>42</sup>, debiendo aplicarse a esta los principios básicos de la extinción por despido.

Las dudas surgen, no obstante, cuando, en la transposición de dicha Directiva Comunitaria, llevada a cabo, precisamente por la Ley 39/1999<sup>43</sup>, se decide ampliar, de manera clara<sup>44</sup>, el ámbito protector de aquella, al incluir los supuestos indicados de nulidad «objetiva»<sup>45</sup>, ampliación que la doctrina interpretó mayoritariamente, no como una modulación de la regla general de no

---

<sup>40</sup> LCEur 1992, 3598.

<sup>41</sup> Cuyo artículo 2 considera «mujer embarazada» a la que haya comunicado su embarazo al empresario, siendo, pues, el conocimiento empresarial de dicho embarazo requisito necesario para la calificación de nulidad.

<sup>42</sup> En la STC 94/1984 (comentada por ALONSO OLEA, M., «Sobre el despido en período de prueba; y sobre el respeto a los hechos probados jurisdiccionales», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, II, 1984, ref. 127) se afirma que la facultad de resolución contractual durante el período de prueba «está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental, como en el presente caso el de igualdad». A partir de ahí se inicia la línea doctrinal (véase STC 166/1988) que configura a los derechos fundamentales como límite a la libertad de desistimiento empresarial en el período de prueba. En la STC 173/1994 se establece que el embarazo es factor de «discriminación directa por razón de sexo por tratarse de una situación que afecta exclusivamente a la mujer», de manera que a los tratamientos desfavorables basados en el embarazo se aplica la técnica de la prueba indiciaria (comentada por MONTOYA MELGAR, A., «No renovación de contrato por embarazo de la trabajadora», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, XII, 1994, ref. 859).

<sup>43</sup> La norma traspuesta en el artículo 55.5.b) es el artículo 10 de la Directiva 92/85, que establece «como garantía para las trabajadoras» la «prohibición» del despido «durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad».

<sup>44</sup> Cfr. QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., «Extinción de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, p. 337, «el legislador español ... ha optado por establecer una tutela objetiva de efecto automático, superior a la prevista en la Directiva comunitaria, que hace superflua toda constatación de la existencia de una subjetiva discriminación de la trabajadora afectada».

<sup>45</sup> Valga de ejemplo la STSJ de Extremadura de 17 de enero de 2005 (PROV 2005, 37920), que condiciona la protección dispensada por el artículo 55.5 a la previa comunicación del estado de gestación.

discriminación, sino como una fórmula, de distinta naturaleza, cuyo objetivo es acabar con una realidad social: la expulsión de la trabajadora embarazada del mercado laboral, lo que solo se puede conseguir con medidas de acción positiva que garanticen su permanencia en el empleo por razón de su estado, fuera este conocido o no por el empresario<sup>46</sup>.

A partir de este momento, algunas sentencias de suplicación acogieron la teoría de «nulidad objetiva», aplicando automáticamente la calificación de nulidad al despido no procedente de las trabajadoras embarazadas<sup>47</sup>, en virtud de la novedosa protección ajena a cualquier móvil discriminatorio, conclusión compartida por muchos autores<sup>48</sup>. Otras sentencias de suplicación, sin embargo, lo hicieron en sentido contrario<sup>49</sup>.

Sin embargo esa no fue la interpretación, al menos inicialmente, del Tribunal Supremo, que comenzó a aproximarse al nuevo texto legal exigiendo el conocimiento empresarial del embarazo («hecho indicio») para apreciar, *iuris et de iure*, la existencia de móvil discriminatorio y, con él, la nulidad del despido (con la excepción de procedencia por motivos justificados). Esta postura inicial, en la que el conocimiento empresarial del estado de gestación es constitutivo del despido nulo, encajaba, de alguna forma, en el marco de la propia Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, que expresamente exigía para que la decisión extintiva fuera nula, que el despido fuese motivado, entre otros, por el embarazo, aludiendo el término «motivado» sin duda al móvil discriminatorio<sup>50</sup>. En definitiva, la presunción del artículo 55.5.b) ET había de apoyarse, como tal presunción, en un hecho indicio, y este no podía ser otro que el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo.

En esta línea interpretativa inicial, la «polémica»<sup>51</sup> STS de 19 de julio de 2006<sup>52</sup>, dictada en Pleno (y las posteriores SSTS de 24 de julio de 2007, 29 de febrero

<sup>46</sup> Síntesis de lo manifestado por POQUET CATALÁ, R., *El despido...*, cit., p. 21.

<sup>47</sup> Entre otras, las SSTSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2000, 18 de junio de 2001, 21 de julio de 2001, 18 de enero de 2005, 22 de marzo de 2005 y 18 de mayo de 2006; STSJ de Navarra de 20 de enero de 2006; SSTSJ de País Vasco de 1 de octubre de 2002 y 21 de junio de 2005; STSJ de Asturias de 10 de junio de 2005; STSJ de Madrid de 4 de mayo de 2004; STSJ de Cantabria de 29 de diciembre de 2001.

<sup>48</sup> Y es que «si este primer apartado del artículo 55.5. ET ya califica como nulo cualquier despido en el que el empresario haya actuado por móvil discriminatorio, no tendría sentido alguno exigir también la concurrencia de intencionalidad discriminatoria en los supuestos introducidos en este precepto legal bajo las letras a) y b) por la Ley 39/1999, que de esta forma quedarían subsumidos en el caso anterior tal y como a se aplicaba con anterioridad a la reforma (DÍAZ MORA, J. M., *La extinción del contrato...*, cit, p. 5).

<sup>49</sup> Entre otras, STSJ de Madrid de 18 de junio de 2006 (AS 2006/3409).

<sup>50</sup> Si bien es la propia Exposición de Motivos la que dice mejorar la protección comunitaria, superando los niveles de protección previstos en las mismas.

<sup>51</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., «Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba», *Revista de Derecho Social* núm. 63, 2013, p. 145.

<sup>52</sup> RJ de 2006, 8040.

de 2008 y 12 de marzo de 2008), reconociendo la complejidad del asunto a resolver, y destacando la ausencia, en aquel momento, de pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esa específica cuestión, decide mantener la exigencia del necesario conocimiento empresarial del embarazo, encargándose, no obstante, de destacar las importantes ventajas incorporadas por la nueva redacción del texto legal analizado. El núcleo argumental de la sentencia<sup>53</sup> puede sintetizarse en las siguientes ideas:

— La Ley 39/1999 concibe el despido nulo como un supuesto particular de despido discriminatorio, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares.

— El presupuesto, exigido por la Exposición de Motivos, de que el despido sea «motivado» por el embarazo de una trabajadora es el conocimiento por parte del empresario que despidе de dicho estado de gestación, de manera que la tesis de la «nulidad objetiva», al prescindir del móvil de la decisión extintiva, no se ajustaría a la finalidad de la norma.

— La configuración del despido nulo de la mujer embarazada como un supuesto especial de «despido discriminatorio» conduce a una construcción sistemática del artículo 55.5. ET como norma dedicada en su integridad al despido nulo por lesión de derechos fundamentales, de manera que el párrafo inicial contiene la regla general, mientras que los párrafos incluidos en las letras a) y b) especifican la regla general a través de un régimen de prueba favorable a la trabajadora.

— La exigencia del conocimiento por parte del empresario del estado de gestación de la trabajadora se ajusta plenamente al principio de «seguridad jurídica» (art. 9.3. CE), no pareciendo razonable sacrificar la certeza del derecho haciéndola depender del dato «totalmente azaroso del estado de gestación, imposible de conocer durante un cierto tiempo incluso por la propia mujer embarazada».

— La jurisprudencia constitucional previa a la modificación del artículo 55.5 ET ha venido entendiendo que el conocimiento empresarial de la gestación es requisito constitutivo de la conducta discriminatoria.

---

<sup>53</sup> La decisión se adoptó por mayoría de 8 a 7, desmarcándose de la doctrina mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia, favorable a la aplicación automática, y de la doctrina académica, decantada mayoritariamente en idéntico sentido desde los primeros comentaristas. La sentencia cuenta, no obstante, con un potente Voto Particular (que formulan los Magistrados Moliner Tamborero y Fuentes López, al que se adhieren Desdentado Bonete, Gullón Rodríguez, de Castro Fernández, Agustí Juliá y Gilolmo López), en cuyo apartado segundo, se indica que «Una interpretación literal del artículo 55-5 b) del ET, lleva a la conclusión de acuerdo con la letra del precepto, que la calificación de nulidad es automática, de forma que actúa exista o no acreditación de indicios de discriminación, pues los despidos discriminatorios están en el párrafo primero y los automáticos en el segundo».

— La jurisprudencia comunitaria no ha declarado inexigible el requisito en cuestión, sino que, muy al contrario, la Directiva 92/85 que inspira la Ley 39/1999, integra el móvil discriminatorio, «exigiendo por la vía indirecta de una definición *ad hoc* (en referencia al art. 2.a) una garantía reforzada del conocimiento del embarazo por parte del empresario, que es el deber de comunicación de la propia trabajadora embarazada».

— La exigencia del conocimiento empresarial del embarazo (que no de «comunicación» del mismo por la trabajadora), no desvirtúa la eficacia protectora del artículo 55.5.b) ET, dado que el precepto proporciona a la gestante una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal *iuris et de iure* (art. 385.3 LECiv) del móvil discriminatorio, de manera que, «a diferencia del supuesto genérico de despido discriminatorio, en que el trabajador ha de acreditar un panorama discriminatorio respecto de un *tertium comparationis*, en esta modalidad específica de despido discriminatorio la trabajadora solo tiene que probar que el empresario conocía su estado de gestación. Pero, como toda presunción, la establecida en el artículo 55.5.b) ET ha de apoyarse en un «hecho indicio», puesto que si no hay «hecho indicio» no puede haber presunción (art. 385.1 LECiv). En el caso del artículo 55.5.b) ET el hecho indicio no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto (irrebatible porque se trata de una presunción legal *iuris et de iure*) del móvil discriminatorio».

## V. LA NULIDAD OBJETIVA *EX LEGE* EN CIERTOS DESPIDOS Y EL DESISTIMIENTO

La anterior Sentencia del Tribunal Supremo fue casada y anulada por la STC 124/2009, de 18 de mayo de 2009<sup>54</sup>, razonando el máximo intérprete constitucional que, si bien es cierto que «la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige, necesariamente, un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999 (y que) serán posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el artículo 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal, sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del artículo 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también re-

<sup>54</sup> RTC 2009/124.

forzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor (en relación a la exigencia de previo conocimiento empresarial del embarazo para aplicar la regla de nulidad del artículo 55.5.b) ET) que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido...».

No obstante la importancia indudable de esta sentencia<sup>55</sup>, su contenido ya había sido «anticipado» al resolverse un litigio anterior. En concreto, la STC 92/2008, de 21 de julio<sup>56</sup>, ya había llegado a la conclusión de que la única interpretación posible del artículo 55.5.b) ET era aquella que permitiera aislar la declaración de nulidad de la necesidad de un contexto discriminatorio concurrente. Sentencia que «desmarcaba» parcialmente al artículo 55.5.b) ET de la Directiva 92/85 que transponía, en el sentido de que aquel no venía condicionado por el requisito de la comunicación del embarazo, al ser la comunicataria una norma de mínimos<sup>57</sup>, alegando la coherencia de esta protección reforzada con los derechos a la intimidad personal y familiar.

Como ha señalado la doctrina<sup>58</sup>, hasta la aparición de esta sentencia, la tutela antidiscriminatoria de las trabajadoras embarazadas era homogénea, siguiendo el esquema clásico de este tipo de situaciones en las que está en juego la garantía del artículo 14 ET, panorama que cambia radicalmente. Lo que late en este cambio de postura propiciado por la STC 92/2008, según ha tenido ocasión de explicar la Jurisprudencia, a posteriori<sup>59</sup>, es la necesidad de modificar una realidad sociológica tozuda, cual es el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras, lo que cons-

---

<sup>55</sup> Con la introducción, por la Ley 39/1999, de una regla de nulidad que, en la práctica, prohíbe los despidos objetivos y disciplinarios (no procedentes) durante el embarazo y el disfrute de los derechos de maternidad y conciliación –arts. 53.4 y 55.5 ET–, el protagonismo de la tutela antidiscriminatoria ha disminuido, pues su aplicación exige acreditar un principio de prueba de discriminación a través del conocimiento empresarial del embarazo, mientras que aquella prohibición se aplicará automáticamente.

<sup>56</sup> RTC 2008/92. Resolvió el recurso de amparo interpuesto frente a la STS de 29 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2388), recaída en el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 954/2005, frente a la STSJ de Extremadura de 17 de enero de 2005 (JUR 2005, 37920), dictada en recurso de suplicación interpuesto frente a la SJS núm. 1 Badajoz de 24 de marzo de 2004.

<sup>57</sup> Para BADIOLA SÁNCHEZ, A. M., «Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad», *Justicia Laboral*, 2008, núm. 34, p. 33, la relación entre la normativa comunitaria, exigente del conocimiento empresarial del estado de gestación, y la interna, que elimina dicho requisito, no debe resolverse conforme al principio de primacía de la legislación europea, sino conforme al principio de norma más favorable.

<sup>58</sup> PÉREZ DEL PRADO, D., «La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La SCT 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección», *Información Laboral 1/2014* (BIB 2014/597), p. 1.

<sup>59</sup> STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2014 (AS 2014/981).

tituye probablemente el problema más acuciante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, problema de cuya trascendencia y gravedad dan cuenta los datos revelados por las estadísticas (referidos al número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia, a diferencia de los varones). Se trata de evitar tanto que su condición de mujer, derecho y libertad a ser madre merme sus legítimas expectativas en el plano laboral profesional, como que este incida de forma negativa en el pleno desarrollo de las posibilidades propias de la referida condición, especialmente la maternidad. La mujer, en fin, viene siendo objeto de una doble discriminación, tanto por pertenecer al sexo femenino como por asumir tradicionalmente las tareas domésticas y cuidado de los hijos, y ello supone un factor de competencia desigual inadmisibile con los hombres en el acceso y promoción dentro del mercado de trabajo. Por ello es necesario erradicar esta lastimosa realidad mediante instrumentos de intervención pública. La evolución experimentada por la jurisprudencia del orden social en la calificación del despido de la mujer trabajadora como nulo, al compás de la nueva doctrina marcada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 92/2008, conozca o no el empresario su situación de embarazo, es digna de elogio, por cuanto toma postura a favor de la erradicación de la desigualdad de hombres y mujeres en el trabajo. Por consiguiente, todo despido de la trabajadora embarazada que no sea procedente se ha de calificar como nulo, conoiese o no el empresario ese embarazo.

De este modo, la doctrina constitucional, a raíz de las dos sentencias citadas (SSTC 92/2008 y 124/2009) puede resumirse en dos fases:

La primera de ellas, que aborda la petición de nulidad desde un punto de vista «causal», esto es, analizando la existencia de móvil discriminatorio en la actuación empresarial, motivado por el estado de embarazo de la trabajadora, es la que se construye sobre la base de las siguientes premisas: a) un despido motivado por el embarazo de la trabajadora constituye, inequívocamente, una discriminación por razón de sexo; b) para entender vulnerado este derecho, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada; c) difícilmente podrá apreciarse la existencia de un tratamiento peyorativo basado en el embarazo de la trabajadora cuando no haya quedado acreditado el conocimiento por la empresa de dicho embarazo o de cualquier otra situación o circunstancia que pudiera entenderse conectada con el mismo; y d) es correcto no apreciar la existencia de un despido «motivado» por el embarazo cuando la trabajadora no ha aportado al proceso indicios de la vulneración de su derecho fundamental.

La relevancia de la doctrina constitucional se centra, no obstante, en la segunda parte del razonamiento, aquella que analiza la segunda cuestión planteada en el recurso de amparo desde un punto de vista «objetivo», no causal o automático; en concreto, analiza la eventual lesión de la tutela judicial efectiva que se habría producido por la interpretación arbitraria, efectuada por los órganos judiciales, del artículo 55.5.b) ET, en la redacción dada al mismo por Ley 39/1999, al exigir la acreditación del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo, cuando dicho requisito no figura en el precepto legal (interpretación esta que ha determinado la desestimación de la pretensión de la trabajadora de que se declarara la nulidad del despido del que fue objeto durante su embarazo, afectando con ello al alcance y contenido de las garantías establecidas por el legislador para la protección del derecho a la no discriminación por razón de sexo, del que indudablemente forman parte las garantías frente al despido de las trabajadoras embarazadas).

Pues bien, en este contexto, entiende el Tribunal Constitucional que, aunque la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exigiría necesariamente un sistema de tutela objetiva, como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999 (siendo válido el esquema anterior a la reforma) una vez que el legislador, a través de la nueva redacción del precepto legal [art. 55.5.b) ET] incrementa las garantías del derecho a la no discriminación, mediante un desarrollo concreto del artículo 14 CE, conectado con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, no pueden los tribunales interpretar restrictivamente el precepto legal, exigiendo un conocimiento del estado del embarazo por parte del empresario, que la norma no contempla<sup>60</sup>.

Asumiendo la interpretación constitucional desde la primera de estas sentencias, el Tribunal Supremo procedió a rectificar su doctrina<sup>61</sup>, como se ob-

---

<sup>60</sup> Para CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. M., «Período de prueba. Extinción de contrato de trabajadora embarazada», *La Ley* 5377/2013, a la vista de estas dos sentencias, debe diferenciarse, en los supuestos de despido de trabajadoras embarazadas, si la decisión extintiva responde a un móvil discriminatorio o bien, si dicha actuación meramente coincide en el tiempo con el estado de gestación de la empleada sin que tal circunstancia personal la conozca siquiera el empleador. Si se trata del primero de los supuestos enunciados, la nulidad del despido procedería directamente de la quiebra del artículo 14 CE; mientras que en el segundo supuesto –improcedente interpretación del artículo 55.5.b) ET–, ello supondría la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE en relación con el derecho a la igualdad del artículo 14 CE».

<sup>61</sup> El Tribunal modifica su doctrina, con cierta resignación, recordando que «La cuestión había sido resuelta por esta Sala en el sentido de que en tales supuestos no procedía la calificación de nulidad si no existía tal conocimiento (del embarazo), en Sentencia dictada en Sala General de 19 de julio de 2006, reiterada por la de 24 de julio de 2007. Pero nuestra anterior doctrina tiene que ser modificada dada la doctrina que ahora fija el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva constitucional del precepto, en sentencia 92/2008, de 31 de julio, al estimar el amparo en caso sustancialmente idéntico, de acuerdo con lo

serva en su Sentencia de 17 de octubre de 2008<sup>62</sup> (dictada, cronológicamente, entre las dos resoluciones del Tribunal Constitucional antes señaladas), en la que se viene a relevar a la trabajadora de la prueba del conocimiento de su embarazo por parte de la empresa, con base en que la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas guarda una vinculación directa con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, siendo el problema más importante al que se enfrenta, el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad y la lactancia, debiendo atenderse a esta circunstancia a la hora de lograr la efectividad del principio de igualdad constitucional. En este contexto, se afirma que el precepto analizado (art. 55.5, párrafo 2.º, letra b ET), es configurador de una «nulidad objetiva», distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación<sup>63</sup>. Por ello, la protección establecida por la Ley 39/1999 es más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, al dispensar a la trabajadora de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo.

Despejadas las anteriores dudas por los máximos intérpretes del ordenamiento legal y constitucional, los órganos jurisdiccionales no habrían de encontrar demasiadas dificultades teóricas al enfrentarse a los despidos de mujeres embarazadas, pues la calificación de nulidad vendría impuesta, salvo procedencia del cese, tanto si se acreditaba un panorama indiciario discriminatorio no desvirtuado, como si, en su ausencia, se concretaba la efectividad de la medida extintiva en período de gestación<sup>64</sup>.

---

dispuesto en el artículo 5 de la LOPJ de 1 de julio de 1985, sobre la interpretación de las leyes conforme a la interpretación que de los principios constitucionales se haga por dicho Tribunal».

<sup>62</sup> RJ 2008/7167.

<sup>63</sup> Entiendo que, aunque algún Tribunal tiene declarado (véase STSJ de Madrid de 26 de mayo de 2014, AS 2014/ 2443), que «el simple hecho de embarazo no es un indicio como tal cuando la situación de la actora era conocida antes de la contratación ... y no fue impedimento para ello el estado de gestación de la demandante...», forzando la literalidad del artículo 55.5.b) ET, deberíamos considerar nulo, aunque no discriminatorio, el despido de una trabajadora embarazada, cuyo estado de gestación fue conocido (si se me permite, y «aceptado») por el empresario en el momento de su contratación, y ello pese a que, en este caso, sería muy difícil achacarle una motivación discriminatoria por razón de sexo.

<sup>64</sup> Repárese, no obstante, en que a una trabajadora puede interesarle obtener una declaración de nulidad «causal» (no solo «objetiva») con finalidades varias, como la de ver reconocido su derecho, adicional, al percibo de la indemnización que compense el perjuicio causado por la vulneración de sus derechos fundamentales. En este sentido, CORDERO GORDILLO, V. (*La extinción del contrato...*, cit., p. 314), da cuenta de un supuesto resuelto por el Tribunal Constitucional (en STC 342/2006, 11 de diciembre de 2006), en el que una trabajadora, cuyo despido había sido declarado nulo no discriminatorio por los tribunales ordinarios, aplicando el artículo 55.5.b) ET, recurrió en amparo, solicitando una declaración de despido nulo por discriminatorio

Era claro, pues, que esta «doble» tutela resultaba aplicable, sin duda, tanto al despido disciplinario como a la extinción por causas objetivas, en virtud de los artículos 55.5 y 54.3 ET. Sin embargo, pronto hubieron de resolver los tribunales otro problema: la extensión de esta doble tutela y, por tanto, de la doctrina de la nulidad objetiva a supuestos distintos de los anteriores, pero claramente relacionados, como el desistimiento empresarial durante el período de prueba.

## 1. Doctrina judicial

Y en este sentido, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia no fue unidireccional, admitiendo pronunciamientos de diverso signo, habiendo identificado Cordero Gordillo<sup>65</sup> tres distintas posturas de los órganos de suplicación: a) No aplicar el artículo 55.5.b) ET al desistimiento en período de prueba, dada su naturaleza distinta al despido; b) Aplicar la nulidad objetiva a todas las extinciones, incluida la acaecida durante la prueba, aunque no exista móvil discriminatorio, al ser la regla del artículo 55.5.b) ET una medida de acción positiva de las trabajadoras embarazadas; y c) Aplicar el citado precepto a las extinciones durante el período de prueba en la forma en que el Tribunal Constitucional interpretaba con anterioridad a su Sentencia 92/2008, esto es, exigiendo el conocimiento del embarazo por la empresa<sup>66</sup>.

Así, como ejemplo de la primera postura, podemos citar la STSJ Madrid 18 julio 2006<sup>67</sup> (que mantenía que «no consta que la empresa tuviera conocimiento del embarazo de la demandante y al faltar ese indicio expresivo de la supuesta discriminación, el demandado no tiene que probar los motivos de por qué resolvió el contrato durante el período de prueba») o la STSJ de Castilla-León/Valladolid de 29 de abril de 2009<sup>68</sup>; de la segunda posición, podemos citar la STSJ de Andalucía/Sevilla de 18 de diciembre de 2008<sup>69</sup> (que señala que «nada en el artículo 55.5.b) ET permite apreciar que el legislador haya exigido como exigen-

---

y una indemnización por daños y perjuicios, petición estimada por el Alto Tribunal que aplicó la técnica de la prueba de indicios para estimar la existencia de discriminación por razón de sexo.

<sup>65</sup> CORDERO GORDILLO, V., «La extinción del contrato de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012, pp. 307-325

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 317, hace un repaso concreto de las sentencias de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia que acogen cada una de esas tres posiciones.

<sup>67</sup> AS 2006/3409.

<sup>68</sup> JUR 2009/256790.

<sup>69</sup> AS 2009/815.

cia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo»), o la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de abril de 2009<sup>70</sup>; y en fin, de la tercera opción, podemos citar la STSJ Castilla y León/Valladolid de 21 de febrero de 2007<sup>71</sup> (que aclaraba que «al encontrarse la trabajadora embarazada en el momento del cese en período de prueba, «siendo ello conocido por la empresa en tal momento», el cese solo podría ser o lícito o nulo).

## 2. Doctrina del Tribunal Supremo

El panorama fue aclarado por la STS de 18 de abril de 2011<sup>72</sup>, que niega la extensión de las reglas de la nulidad objetiva del despido a los supuestos de desistimiento en período de prueba, en atención a la muy distinta naturaleza jurídica de ambas instituciones, algo que impide aplicar analógicamente al segundo las reglas previstas para el primero.

Señala el Alto Tribunal, para justificar su «elección» restrictiva, que el legislador no ha ampliado los supuestos de nulidad «objetiva» (ni en la Ley 39/1999, ni en la posterior Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de hombres y mujeres) a causas de extinción de la relación laboral distintas del despido, de donde se infiere que el legislador habría evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al período de prueba, destacando igualmente cómo el Tribunal Constitucional ha entendido «suficientemente» protector el sistema antidiscriminatorio «causal» anterior a la reforma, con independencia de la mejora del mismo operado por Ley 39/1999, precisamente, para el su-

<sup>70</sup> AS 2009/1088.

<sup>71</sup> AS 2007/2851.

<sup>72</sup> RJ 2011/5814. El Tribunal Supremo, en Sala General, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2893/2010) interpuesto por la trabajadora frente a la STSJ de Madrid de 11 de junio de 2010 que confirmaba la SJS núm. 31 de Madrid de 2 de diciembre de 2009. En una situación de imperceptible embarazo (diez semanas) la trabajadora es objeto de contratación temporal, por período de seis meses prorrogable y pacto de prueba de dos meses, dando por extinguido, la empresa, el vínculo laboral, antes de finalizar el referido período de prueba. Solicitada la nulidad del despido alegando el conocimiento del embarazo por parte de la mercantil al tiempo de despedirla, recae Sentencia desestimatoria del Juzgado de lo Social 31 de Madrid, confirmada luego por la Sala de lo Social del TSJ Madrid, órganos jurisdiccionales que consideraron lícito el desistimiento al no acreditarse, en ese momento, el conocimiento del embarazo por parte del empresario, añadiendo: que el embarazo era anterior y no sobrevenido al momento de la contratación; que el mismo día del cese habían extinguido el contrato de un compañero varón; y que, en fin, la trabajadora no había alcanzado los objetivos de ventas fijados. Interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina, recae Sentencia desestimatoria del TS, para quien el problema ha de abordarse desde la óptica constitucional, sin que resulte de aplicación la regla de nulidad objetiva del artículo 55.5 ET, dada la naturaleza distinta del despido y de la extinción durante el período de prueba. Bajo esta premisa considera el Alto Tribunal inexistente la alegada vulneración.

puesto de despido causal. De ahí que, para extender esta protección a otras causas extintivas, habría que acudir a una aplicación analógica (*ex art. 4.1 CC*), que requeriría la existencia de una «verdadera laguna legal y la similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado».

Y es en este punto donde la Sala indica que «las diferencias con el despido, tanto objetivo, como disciplinario, se revelan sustanciales. Mientras que en esos dos supuestos de extinción por decisión unilateral del empleador la ley exige requisitos de forma (por escrito y con expresión de la causa), cuyo incumplimiento acarrea la ilicitud de la extinción, la terminación de la relación durante la prueba no está sujeta a requisitos formales, permitiendo que el desistimiento sea incluso verbal y sin exteriorización de la causa<sup>73</sup>. Puede afirmarse que el período de prueba supone una excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario, pues durante su vigencia se produce una clara atenuación de la misma», de donde se infiere que «la posibilidad de transponer al período de prueba el régimen jurídico del despido queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica (en este caso, el sistema de nulidad «cualificada» establecido por la Ley 39/1999), pues durante la fase de prueba la regla general es la de la libre resolución del contrato, y la excepción se halla en los supuestos de discriminación<sup>74</sup>. «De ahí que en una fase inicial –y precaria– de la relación laboral, como es el período de prueba, la interdicción de la discriminación se ciñe a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido que, como ha señalado el TC en las sentencias citadas, es de configuración legal»<sup>75</sup>. Pudiendo concluirse, en suma,

---

<sup>73</sup> En cambio, para BAJO GARCÍA, I., «Embarazo y nulidad objetiva de la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014, p. 186, «la decisión de extensión o no por analogía de la nulidad objetiva no puede basarse en las diferencias formales entre el acto o proceso que puede producir el resultado discriminatorio, sino en el resultado mismo, esto es, la extinción con vulneración de un derecho fundamental», y en este caso, el bien protegido en ambos supuestos es coincidente, no existiendo diferencias relevantes entre los actos de los que proviene el daño que justifican la desprotección en un supuesto frente al otro. Por otra parte, no puede hablarse de ausencia de laguna, debido a que el desistimiento encuentra regulación en el artículo 14.2. ET, puesto que, de admitirse tal argumento, tampoco cabría aplicar la nulidad por discriminación durante el período de prueba pese a la acreditación de la comunicación del embarazo, puesto que tampoco este supuesto se haya previsto en el artículo 14.2. ET.

<sup>74</sup> No obstante, como ya establecieron las SSTC 94/1984 (RTC 1984/94) y 166/1988 (RTC 1988/166) la facultad resolutoria no es omnímoda para la empresa, pues la salvaguarda de los derechos constitucionales impone, en todo caso, límites a la libre resolución del contrato, de manera que «la motivación de la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba, carecerá de transcendencia siempre que tenga cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por el precepto legal que evidentemente no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales».

<sup>75</sup> El Tribunal viene a razonar que estando ya preservado suficientemente el derecho constitucional a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, el legislador ha atendido al derecho de igualdad de oportunidades, lo que implica ajustar las medidas legales al momento en que la

que «durante el período de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho período de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas».

La Sentencia, que no atiende el Informe del Ministerio Fiscal favorable a la procedencia del recurso, cuenta, no obstante, con un convincente Voto Particular<sup>76</sup> que considera «accesorias» aquellas diferencias (elevadas a categoría fundamental por la mayoría de Sala) que han impedido extender la «nulidad reforzada» al desistimiento en período de prueba, de manera que la protección legal del embarazo de la mujer trabajadora debería ser idéntica en los supuestos de despido y en los de extinción contractual durante el período de prueba, no pudiendo resultar soslayada la referida protección por la especialidad prevista en el artículo 14.2 ET para el período de prueba. Y así, según el voto discrepante, «una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del artículo 14 CE, que incrementa las garantías precedentes frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas, conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, existe base jurídica suficiente para aplicar la doctrina contenida en las referidas SSTC 92/2008 y 124/2009 al cese o extinción de la relación laboral durante el período de prueba de una trabajadora embarazada aunque tal situación no conste que fuera conocida por el empresario, tanto más cuanto, como ha señalado la más reciente doctrina constitucional, esta última cuestión pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener –legítimamente– preservada del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia (conocimiento empresarial), que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer».

Los argumentos de disenso pueden sintetizarse así:

— Los derechos constitucionalmente protegidos en las extinciones contractuales durante el período de prueba no se limitan al derecho a la igualdad

---

protección ha de dispensarse, «según se trate de evitar que las mujeres sean expulsadas del mercado de trabajo por razón de su sexo y por los roles de género asignados, o de evitar que sean excluidas del acceso al empleo».

<sup>76</sup> Que formulan los Magistrados Salinas Molina, De Castro Fernández, Agustí Juliá, Segoviano Astaburuaga, Viroles Piñol y Alarcón Caracuel.

y no discriminación *ex* artículo 14 CE, sino también a los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados, tales como el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, protegido por artículo 40.2 CE o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el artículo 39 CE.

— Tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria ponen el acento en la protección de la mujer trabajadora embarazada ante la extinción contractual («riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad»), sin distinción de causas.

— La protección de los derechos de intimidad y/o dignidad de la mujer (que conlleva mantener en su esfera de privacidad la situación de embarazo) merecen idéntica protección en caso de despido y de desistimiento por no superación del período de prueba.

— Para aplicar esta protección reforzada frente a la discriminación, debe estarse a la situación de embarazo de la mujer trabajadora, y no a la concreta causa de cese o extinción de la relación laboral, sin necesidad de acudir a criterios de analogía entre las causas de extinción.

— Debe destacarse que la Directiva 92/85/CEE contiene un concepto amplio de despido que comprende los supuestos en los que el empleador puede proceder a la extinción contractual sin alegación de una causa, supuestos en los que habría que encajar la extinción en período de prueba, tanto si se considera que dicha extinción es causal (por no haber superado la prueba) como si se estima que, en realidad, el empresario puede extinguir de manera libérrima (sin justificar la no superación de la prueba) la relación laboral durante el período de prueba. Y, si es aplicable la Directiva comunitaria, es claro que también lo es la normativa nacional de transposición de la misma, esto es, la aplicación de la regla de nulidad automática del artículo 55.5. b) ET.

— Además, nuestro ordenamiento jurídico ha contemplado «reales despidos no causales» (es cierto que con la obligación aparejada de indemnizar): los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes por el empresario (art. 56.2. ET/95 en su versión desde 14 de diciembre de 2002 hasta 11 de febrero de 2012) y las extinciones por causas objetivas reconocidas como improcedentes en los contratos de fomento de la contratación indefinida (DA 1.<sup>a</sup> Ley 12/2001), sin que en ninguno de los dos supuestos se dudase respecto de la aplicación del artículo 55.5.b) ET si se trata de una mujer embarazada<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Obviamente, la referencia a estas disposiciones normativas ha de entenderse hecha a la situación anterior a la reforma laboral de 2/2012.

No obstante lo anterior, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha seguido dictando resoluciones confirmatorias del criterio inicial, como puede verse, entre otras, en STS de 31 de octubre de 2013 y STS de 28 de noviembre de 2017<sup>78</sup>, en las que el Alto Tribunal constriñe la aplicabilidad de la nulidad «objetiva» al ámbito de la decisión extintiva de despido.

### 3. Doctrina del Tribunal Constitucional

Ante posturas jurídicas tan dispares, incluso entre los integrantes de los mismos órganos jurisdiccionales (véanse los importantes Votos Particulares en las sentencias que resolvían la cuestión), la doctrina consideraba necesario el pronunciamiento del máximo intérprete constitucional<sup>79</sup>, que llegó con la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/2013, de 10 de octubre de 2013<sup>80</sup>.

En ella, el Alto Tribunal analiza el supuesto de una trabajadora embarazada cuyo contrato es resuelto por el empresario durante el período de prueba, sin que constase el conocimiento, por éste, del estado de embarazo de su empleada. Debía resolverse si la nulidad «reforzada» podía extenderse, también, al cese en período de prueba, o si, por el contrario, dicha limitación desnaturalizaría la propia institución<sup>81</sup>.

Descartada la existencia, en este caso, de un panorama discriminatorio (dado que no consta el conocimiento del embarazo por el empresario, amén de que con la misma fecha fue cesado un compañero varón, lo que impediría apreciar desigualdad prohibida)<sup>82</sup>, la respuesta a la cuestión básica a resolver es ne-

<sup>78</sup> RJ 2013/7751 y RJ 2017/5657.

<sup>79</sup> Así lo entendía CORDERO GORDILLO, V., *La extinción del contrato de trabajo...*, cit., p. 325), al indicar que «ante las discrepancias que existen en el seno del Tribunal Supremo, al igual que ocurrió precedentemente con el despido, sería deseable que el Tribunal Constitucional tuviera la oportunidad de pronunciarse respecto a esta cuestión...».

<sup>80</sup> RTC 2013/173. Resolviendo el recurso de amparo formulado frente a la STS de 18 de abril de 2011 (RJ 2011/5814).

<sup>81</sup> CARRASCO DURÁN, M., «La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por embarazo en el ámbito de las relaciones laborales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 875/29013, p. 2, señala, de manera gráfica, que había que valorar si la expansión de la tutela de la mujer embarazada en casos de posible discriminación había «llegado a su tope» (en referencia al alcanzado con las Sentencias del TC 92/2008 y 124/2009).

<sup>82</sup> TALENS VISCONTI, E., «Extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba. Comentario a la STC (Pleno), 173/2013 de 10 de octubre», *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, julio de 2014, p. 486, comparte el contenido del Fallo, y considera que el panorama indiciario queda neutralizado por medio de los tres elementos que indica la STC: a) el desconocimiento del embarazo impide considerar que el empresario actúa con ánimo segregacionista; b) el hecho de no haber llegado al volumen de ventas requerido por la empresa, es el dato que de manera más férrea permite aceptar como válida la extinción; y c) el cese, el mismo día, de un trabajador varón, contratado, a su vez, el mismo día que la trabajadora demandante, demostraría que la decisión fue ajena a cualquier propósito atentatorio de

gar la extensión de las garantías de nulidad «objetiva» o «reforzada» a este supuesto, por entender que la protección establecida en el artículo 55.5.b) ET queda residenciada en el estricto ámbito del despido; y ello porque entre el despido con nulidad objetiva y la resolución contractual durante el período de prueba, existen diferencias sustantivas que justifican su tratamiento dispar, que es reforzado en el caso del despido, en tanto decisión necesariamente causal y motivada, cuya trascendencia para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas resulta indudablemente mayor. El intérprete constitucional se encarga de recordar, no obstante, que esta configuración no priva a las resoluciones durante el período de prueba de sus garantías antidiscriminatorias, de manera que, pese a no requerir estas una expresión de causa o motivación, serán nulas si encierran un móvil discriminatorio<sup>83</sup>.

Haciendo suyos los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo que confirma, insiste el Constitucional en la idea de que existe, por una parte, un sistema de protección general, de carácter «constitucional», que se aplicaría a cualquier extinción que vulnere derechos fundamentales (incluida la resolución durante el período de prueba) y otro, de configuración «legal», que constituiría un plus o añadido de protección, residenciado en el ámbito estricto del despido, y no aplicable, por tanto, a las extinciones no causales<sup>84</sup>.

---

derechos fundamentales. Con todo, el autor, alerta del peligro que la interpretación de este último indicio pudiera tener «sobre futuras actuaciones fraudulentas, puesto que de acogerse literalmente podría suponer que cualquier empresario, con el único fin de desterrar la prueba sobre una extinción discriminatoria, proceda a hacer lo propio con otro trabajador varón.

<sup>83</sup> Distinguiríamos, pues, una especie de contenido «adicional» de la prohibición de discriminación por razón de sexo, de contenido legal pero infraconstitucional (similar a la construcción propia de ese contenido adicional en el derecho a la libertad sindical).

<sup>84</sup> En definitiva, como indica SEMPERE NAVARRO, A. V., «Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013, p. 8, citando las palabras del Tribunal Constitucional, «El legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al período de prueba, de modo que, en una fase inicial –y precaria– de la relación laboral, como es el período de prueba, la interdicción de la discriminación debe ceñirse a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido, que es de configuración legal».

En palabras de APARICIO ALDANA, R. K., «Discriminación por razón de sexo y criterios de diferenciación en el trabajo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2014, Parte Presentación, 2014, «mientras en el primer caso se presume que el despido de la trabajadora es nulo debiendo acreditar el empleador que tal nulidad es inexistente porque han sido otras las razones, y no la discriminación en razón de sexo, lo que ocasionó el despido; en el segundo (desistimiento), la extinción de la relación laboral por el empresario se presume legítima y procedente siendo la trabajadora quien tiene que presentar suficientes indicios para acreditar que las razones de dicha extinción son resultado de una discriminación en razón de sexo y no por no cumplir con las expectativas de la empresa.

En sentido opuesto, BAJO GARCÍA, I., *Embarazo y nulidad...*, cit., p. 185, entiende que la *ratio legis* de la norma es absolutamente extensible al supuesto de desistimiento empresarial durante el período de prueba, preguntándose, de manera retórica: ¿Cabe interpretar que la intención del legislador al introducir la regla de la nulidad radical del despido de la trabajadora embarazada, era no proteger con esta garantía a la trabajadora embarazada durante el período de prueba?

Posición jurídica que, doctrinalmente, se ha interpretado apreciando, en la protección del embarazo, una «doble tutela», ya que, por un lado, se protege el bien jurídico tradicional, cual es la prohibición de discriminación, y por otro lado, se protege «también» con la nulidad, la situación de embarazo o maternidad como interés jurídico a tutelar de forma directa y automática. De manera que en el primer caso, se requiere la existencia de un acto de discriminación por razón de sexo perpetrado por el empresario y que opera durante toda la relación laboral, incluido el período de prueba, en cuyo caso la trabajadora ha de aportar indicios suficientes de discriminación, mientras que en el segundo, se trata de una declaración objetiva y automática que constituye una acción positiva basada en el embarazo mismo<sup>85</sup>, automaticidad legal no extensible a las extinciones durante el período de prueba<sup>86</sup>.

Cosa distinta es que el período de prueba establecido en el contrato pueda reputarse ilícito (piénsese, por ejemplo, en que se ha superado el máximo convencional o en que se reitera en el nuevo contrato un período de prueba ya superado para las mismas funciones), en cuyo caso, el vínculo laboral ha de considerarse «ordinario» y, como tal, no excluyente de las reglas extintivas estatutarias<sup>87</sup>.

A partir del pronunciamiento del Tribunal Constitucional no es previsible encontrar ya Sentencias que sigan acogiendo la tesis de la «nulidad objetiva» en el cese de trabajadoras embarazadas durante el período de prueba<sup>88</sup>, al me-

<sup>85</sup> POQUET CATALÁ, R., *El despido...*, cit., p. 12.

<sup>86</sup> Para PÉREZ DEL PRADO, D., *La heterogénea tutela...*, cit., p. 3, «nuestro ordenamiento jurídico contiene, a la luz de la doctrina constitucional, dos mecanismos de tutela antidiscriminatoria de las trabajadoras embarazadas, ambos de carácter agravado, dado el derecho fundamental en juego. El primero, de grado máximo, es el sistema de nulidad objetiva, que se aplicará a los casos de despido. El segundo, de menor intensidad, es el sistema de nulidad causal (CAVAS MARTÍNEZ, F., 2008), relativo a las restantes formas de extinción, durante el período de prueba y fin del contrato temporal. El problema que plantea la opción por la tutela heterogénea es que... a un mismo supuesto de hecho se aplican diversos mecanismos de control, (de manera que) no cabe hablar de la tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada, sino de «las tutelas» (ya que) ante un mismo bien jurídico protegido, la trabajadora embarazada, la reacción legal y jurisdiccional es plural y dependiente de la modalidad contractual y de las concretas vicisitudes laborales por las que se atraviese. De esta forma, se aplicará el sistema objetivo a la extinción de contratos indefinidos que hayan superado el período de prueba; o contratos temporales, en las mismas circunstancias, siempre que su extinción se produzca *ante tempus*. Por el contrario, la tutela descansará en el causal en los primeros meses de la relación laboral indefinida o temporal, mientras dure el período de prueba; o en el caso de contratos temporales, porque su extinción venga dada por la llegada de su término y no se renueve».

<sup>87</sup> Es el supuesto que refleja la STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de diciembre de 2003 (AS 2004/1450).

<sup>88</sup> Muy al contrario, las Sentencias suelen incluir en sus Fundamentos de Derecho referencias expresas a la doctrina consolidada a raíz de la última Sentencia del Tribunal Constitucional, como puede verse, entre otras, en las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 26 de Madrid de 27 de marzo de 2014 (AS 2014/509 y AS 2014/1170); Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de noviembre de 2013 y 26 de octubre de 2015 (AS 2014/981 y AS 2016/174); Sentencia del Tribunal Superior de

nos mientras el juego de las mayorías en los órganos colegiados nacionales o la intervención del derecho comunitario, den un giro a la cuestión.

Algo que no es del todo descartable si atendemos a que, al igual que sucediera con aquella de la que trae causa, esta contiene votos particulares cuya relevancia aconseja una mención en esta parte del texto y no en las notas a pie de página.

El primero de ellos, que muestra conformidad con el Fallo<sup>89</sup>, llama la atención, no obstante, sobre dos circunstancias: a) la primera es cuestionar si se habría realizado un análisis suficiente del supuesto desconocimiento empresarial del embarazo de la trabajadora (el estado de gestación incluso podría haber sido evidente)<sup>90</sup>; b) la segunda, es la de censurar la virtualidad que, al objeto de eliminar dudas antidiscriminatorias, puede tener la decisión simultánea de cesar a un compañero varón<sup>91</sup>.

El segundo de los Votos particulares<sup>92</sup>, discrepante y de mayor alcance, estima que habría de haberse otorgado amparo a la trabajadora recurrente, en la medida en que no puede aceptarse una distinta protección a la mujer embarazada en la ruptura de la relación laboral, en función de sus circunstancias contractuales; el régimen tuitivo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, en caso de mujeres embarazadas (art. 55.5 ET), no constituye, por lo demás, un mero plus añadido por el legislador, sino un imperativo constitucional ex artículo 14 CE (que contiene un marcado carácter parificador frente a situaciones de inferioridad o desventaja estructural). De este modo, con independencia de cuál haya sido la concreción legislativa de la protección otorgada por el artículo 14 CE, los desistimientos contractuales decididos por el empresario

---

Justicia de Asturias de 12 de septiembre de 2014 (JUR 2014/250248); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de octubre de 2014 (AS 2014/2987); Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana de 6 de febrero de 2018 (AS 2018/1167), o Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de julio de 2018 (JUR 2018/233287), entre otras.

<sup>89</sup> Formulado por Andrés Ollero Tassara.

<sup>90</sup> Se pregunta el Magistrado Ollero si el embarazo mismo ¿no habría de considerarse un indicio de discriminación? y, en caso contrario, ante las dificultades de probar fehacientemente el conocimiento o la ignorancia del mismo, ¿sobre cuál de los dos sujetos pesa la carga de la prueba? La sentencia da a entender que es la trabajadora la que tendría que haber demostrado que la empresa lo sabía, lo cual, a juicio del Magistrado firmante supone gravar sobre ella, de modo excesivo, la carga probatoria.

<sup>91</sup> Señala, con claro acierto –en nuestra opinión–, que dicho dato no debiera permitir, por sí solo, descartar la existencia de discriminación, pues, de lo contrario, «bastaría para desistir de la relación laboral con una trabajadora embarazada hacerla acompañar de un trabajador varón en similar período de prueba». Por lo demás, *a sensu contrario*, la STC 17/2007 no admitió como argumento de la actitud no discriminatoria de la empresa, el hecho de que otras trabajadoras embarazadas, compañeras de la despedida, no hubieran visto extinguido su contrato de trabajo, y ello porque, como informó el Fiscal, la existencia de otros supuestos en los que la empresa haya respetado los derechos de otras trabajadoras no puede servir para neutralizar la queja aducida por la recurrente.

<sup>92</sup> Formulado por Fernando Valdés Dal Ré, al que se adhieren Adela Asua Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xiol Ríos.

durante el período de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutaran de una tutela «directa», sin necesidad de una previa intermediación legislativa, ya que aquella nace del contenido esencial del artículo 14 CE, cuyas premisas para entenderlo vulnerado son, por una parte, la concurrencia del factor protegido (en este caso, el embarazo, como realidad biológica enlazada al género) y, por otra, la existencia de un perjuicio asociado (en nuestro caso, la extinción del contrato de trabajo), sin que los elementos de legalidad que adjetivan de modo distinto cada instituto jurídico (despido y desistimiento durante el período de prueba) logren disolver la presencia de esta doble premisa. A lo anterior se añade que la doctrina constitucional afirma, de manera constante, que los derechos fundamentales pueden vulnerarse tanto por lesiones intencionales como por lesiones objetivas, no intencionales, debiendo generalizarse ante las mismas una cobertura idéntica.

## VI. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Obviamente, la imposición de la tesis mayoritaria en la disputa jurídica analizada no neutraliza los argumentos de la «vencida», de manera que, manteniendo la firmeza de sus planteamientos, son muchos los autores que vaticinan un futuro replanteamiento<sup>93</sup> de aquella. No es, por ello, descabellado, apostar por la aplicación del artículo 55.5.b) ET, indistintamente, a cualquier extinción contractual afectante a una mujer embarazada (tanto despido como desistimiento durante el período de prueba), al poder considerarse el contenido esencial de los derechos fundamentales que, directa e indirectamente, gravitan sobre el estado de gestación, de mayor relevancia que los argumentos que establecen diferencias en la naturaleza jurídica, no debiéndose olvidar la amplitud con la que el Tribunal Supremo ha abordado el concepto de despido.

---

<sup>93</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., *Prohibición de despido...*, cit., p. 152, considera que «ninguno de los análisis anteriores (en referencia al parecer mayoritario del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional) justifica interpretar restrictivamente la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas excluyendo el desistimiento empresarial durante la vigencia del período de prueba. Y además... eso puede ser contrario a la Directiva 92/85/CEE. Con lo cual la intervención del TJUE podría alterar la doctrina constitucional. Además, la perspectiva de género, que marca el signo de nuestros tiempos... nos lleva a vaticinar la futura defunción de la doctrina constitucional». A su juicio, «la fuerza expansiva de la igualdad como aspecto derivado de su dimensión objetiva o institucional para mejorar los derechos subjetivos de las personas a la igualdad de sexos, debiera conducir a una reconfiguración del contenido esencial de la prohibición por discriminación del artículo 14 de la CE, entendida en una clave de género [de manera que] ... únicamente la aplicación automática de la prohibición de despido garantiza a las trabajadoras embarazadas que, en la decisión empresarial, no influye ningún perjuicio de género».

En este sentido, la protección del principio de no discriminación por embarazo pudiera desplegar idéntica energía, no solo en el despido, sino también en el acceso al empleo y en relación a cualquier decisión o circunstancia de trabajo<sup>94</sup>, mucho más si tenemos en cuenta que el modelo de gestión empresarial imperante en nuestro país, atribuyendo equivocadamente un valor negativo al embarazo, condiciona y dificulta el acceso al empleo y su conservación, siendo extremadamente compleja la protección frente a la discriminación, sobre todo, en la fase de acceso al empleo, añadiéndose mayores garantías una vez celebrado y «asentado» el contrato de trabajo y, desde luego, en el momento de la extinción<sup>95</sup>.

Desde este punto de vista, mal se compadece con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo una interpretación legal que disminuya la protección a la mujer embarazada en el momento más necesario, esto es, aquel durante el cual ni siquiera se requiere alegación de causa para el cese.

A lo anterior debe añadirse que la misma identidad de razón que justifica la tutela reforzada de la trabajadora embarazada una vez superado el período de prueba, se da en los momentos previos<sup>96</sup>, siendo cuestionable que en este último caso se exija la demostración del conocimiento por un tercero (el empresario) de un estado de gestación que, por descontado, pertenece a la esfera más íntima de quien debiera ser dueña de la decisión de mantener tal información en su privacidad, más aún cuando su exteriorización en el ámbito laboral puede amenazar la consolidación del contrato de trabajo mediante el transcurso del período de prueba establecido.

En este sentido, es cierto que aplicar la regla de la nulidad objetiva al desistimiento durante el período de prueba implica atacar su condición de extinción no causal; sin embargo, en el otro extremo, obligar a la trabajadora a comunicar al empresario su estado de gestación para poder, de esta forma, obtener una protección reforzada ante una ulterior extinción del contrato, implica, de una parte, atentar contra su intimidad y, de otra, precarizar más su situación durante el tiempo que falte para agotar el período de prueba, facili-

---

<sup>94</sup> Aunque es cierto que la propia LOI habla de «despido», cuando podría haber hecho referencia de manera genérica a cualquier forma de extinción contractual.

<sup>95</sup> Así, BAJO GARCÍA, I., *Embarazo y nulidad...*, cit., p. 175.

<sup>96</sup> Coincidiendo con PÉREZ DEL PRADO, D., *La heterogénea tutela...*, cit., p. 5, no parece coherente que «ante un mismo bien jurídico protegido, la trabajadora embarazada, la reacción legal y jurisdiccional (sea) plural y dependiente de la modalidad contractual y de las concretas vicisitudes por las que se atraviese», como tampoco es congruente «que se busque el móvil discriminatorio en supuestos (desistimiento empresarial durante el período de prueba) en los que la protección es *per se* menor que en el caso de despido y en los que la prueba es aún mucho más dificultosa. Entiendo que en el centro de la discusión se sitúa una pregunta: si la protección reforzada lo es de la propia maternidad y de las situaciones conectadas a ella, o del principio de no discriminación; si ha de primar el primero, la postura del TC queda muy comprometida.

tando al empresario la toma de decisiones extintivas aparentemente neutras, pero basadas realmente en el hecho del embarazo, participado por la propia trabajadora y que, de otra forma, podría haber permanecido en la esfera de su intimidad.

Por otra parte, la opción por este tratamiento heterogéneo conlleva la exigencia de una carga procesal agravada. En vez de haber igualado a todas las trabajadoras, obviando en este concreto extremo el «matiz» del momento en que se produce el cese (durante el período de prueba), se ha optado por exigir a estas últimas la acreditación del panorama indiciario, resucitando, con ello, todos aquellos inconvenientes que judicialmente se habían declarado contrarios a la intimidad de la trabajadora (comunicación de su estado) y a su derecho a la estabilidad en el empleo (conocimiento empresarial que propicia el cese), situación que se complica aún más desde el momento en que ni siquiera este conocimiento del estado de gestación por el empresario es suficiente, por sí solo, para acreditar aquel panorama discriminatorio<sup>97</sup>.

En último término, la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, que se sigue acogiendo sin fisuras en pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo, posee una importancia muy destacable si atendemos a la posibilidad de establecer, por convenio colectivo, duraciones muy dilatadas del período de prueba, riesgo acrecentado con la intervención legislativa singular producida, en este ámbito, en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores en el que se ha establecido la duración, en todo caso, de un año, con independencia del tipo de prestación de servicios contratada. En todos esos casos, las trabajadoras embarazadas, al menos mientras su estado de gestación no sea notorio, habrán de convivir con temor al desistimiento empre-

---

<sup>97</sup> Como dice PÉREZ DEL PRADO, D., *La heterogénea tutela...*, cit., p. 4): «aun constituyendo (el conocimiento empresarial del embarazo) un elemento central, debería añadirse que, siendo necesario, no resulta suficiente para que se produzca la inversión de la carga de la prueba. Antes al contrario, hasta la fecha la doctrina constitucional viene exigiendo la concurrencia de algún otro elemento adicional: «el mero dato del conocimiento por parte de la empresa y posterior despido no puede constituir (conforme a la doctrina expuesta) un indicio de discriminación por razón de sexo» (STC 342/2006, de 11 de diciembre –BOE de 16 de enero de 2007, núm. 14–; en el mismo sentido, las SSTC 41/2002, de 25 de febrero –BOE de 3 de marzo de 2002, núm. 80– y 17/2003, de 30 de enero –BOE de 5 de marzo de 2003, núm. 55–). En particular, y por lo que hace al período de prueba, se entendió que constituían indicios racionales de discriminación el hecho de haber superado previamente otro período de prueba, haber cubierto los objetivos fijados y que la extinción del contrato se produjera inmediatamente después de sucesivas bajas motivadas por embarazos (STC 17/2007, 12 de febrero –BOE de 14 de marzo de 2007, núm. 63–). En otras ocasiones, sin embargo, las exigencias fueron menores, bien es cierto que había mediado una comunicación expresa del embarazo a la empresa (STC 166/1988, de 26 de septiembre, BOE de 14 de octubre de 1988, núm. 247). En suma, aun cuando el debate suele centrarse en el hecho del conocimiento empresarial, como elemento imprescindible, puede afirmarse que no es suficiente desde el punto de vista procesal.

sarial durante el período de prueba, riesgo este que, sin duda, viene a «duplicar» la precariedad laboral inherente a esta nueva modalidad de contratación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CASTELLANOS, M. M., «La resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba: desistimiento o despido nulo», en *Aranzadi Social*, núm. 2, 2005.
- ALONSO OLEA, M., «Sobre el despido en período de prueba; y sobre el respeto a los hechos probados jurisdiccionales», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, II, 1984.
- APARICIO ALDANA, R. K., «Discriminación por razón de sexo y criterios de diferenciación en el trabajo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9/2014, Parte Presentación, 2014.
- ARAMENDI SÁNCHEZ, P., «El despido de la trabajadora embarazada», *Aranzadi Social*, núm. 13, 2006 (BIB 2006/1359).
- BADIOLA SÁNCHEZ, A. M., «Un repaso al despido nulo por embarazo y maternidad», *Justicia Laboral*, 2008.
- BAJO GARCÍA, I., «Embarazo y nulidad objetiva de la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «Contrato indefinido de apoyo a los emprendedores: argumentos para la inconstitucionalidad del período de prueba», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, enero-marzo 2013.
- CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, J. M., «Período de prueba. Extinción de contrato de trabajadora embarazada», *La Ley* 5377/2013.
- CARRASCO DURÁN, M., «La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por embarazo en el ámbito de las relaciones laborales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 875/29013.
- CORDERO GORDILLO, V., «La extinción del contrato de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2011», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012.
- DE VAL TENA, A. L., *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Civitas (Estudios de Derecho Laboral), Madrid, 1998.
- DÍAZ MORA, J. M., «La extinción del contrato de trabajadora embarazada: ¿nulidad objetiva o causal?», *Información Laboral*, núm. 12, 2003.
- GORELLI FERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

- LOUSADA AROCHENA, J. F., «Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba», *Revista de Derecho Social* núm. 63, 2013.
- MONTOYA MELGAR, A., «No renovación de contrato por embarazo de la trabajadora», en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, XII, 1994.
- PECO ALCÁZAR, M. A., «Discriminación por razón de sexo y criterios de diferenciación en el trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 924/2016, Parte Comentario, 2016.
- PÉREZ DEL PRADO, D., «La heterogénea tutela antidiscriminatoria de la trabajadora embarazada. La SCT 173/2013 y la delimitación de los ámbitos de menor protección», *Información Laboral*, 1/2014 (BIB 2014/597).
- PIQUERAS PIQUERAS, M. C., *La extinción del contrato durante el período de prueba como despido*, Ibidem, Móstoles, 1995.
- POQUET CATALÁ, R., «El despido de la trabajadora embarazada durante el período de prueba», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 165, 2014.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., «Extinción de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014.
- RAMOS MARTÍN, N. E., «La tutela de la trabajadora embarazada en la reciente jurisprudencia comunitaria», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, J., «Uso y abuso del período de prueba: límites temporales y sustantivos a la luz de la jurisprudencia reciente», *Tribuna Social*, núm. 226, 2009.
- SÁEZ LARA, C., *Mujeres y Mercado de Trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013.
- TALENS VISCONTI, E., «Extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba. Comentario a la STC (Pleno), 173/2013 de 10 de octubre», *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, julio 2014.



## PERMISO POR LACTANCIA

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. *Regulación básica.*—II. *Naturaleza y finalidad.*—III. *Requisitos para el nacimiento del derecho y dinámica de su reconocimiento.*—IV. *El debate sobre la titularidad (originaria o derivada) del derecho.*—V. *Derecho necesario relativo.*—VI. *Retribución.*—VII. *Modalidades de disfrute.* 1. Ausencia durante una hora. 2. Dos ausencias de una hora total. 3. Reducción de la jornada en media hora. 4. Acumulación del derecho en jornadas completas.—VIII. *Concreción horaria.*—IX. *Términos del disfrute.*—X. *Duración del permiso.*—XI. *Compatibilidad con otras instituciones.*—XII. *Mecanismos de tutela.*—XIII. *Propuestas de lege ferenda.*—*Bibliografía.*

La generalizada incorporación de la mujer al mundo productivo común, la equiparación de funciones entre los sexos, la movilidad locativa inherente a numerosos empleos, la calidad de la alimentación artificial para bebés, la preservación de la productividad empresarial, la evitación de discriminaciones indirectas, las exigencias de salud e higiene, la flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo. Todos esos factores, en elenco que bien podría aumentarse sin esfuerzo alguno, vienen proyectándose en la regulación de una figura tan tradicional como plagada de dudas interpretativas a la hora de llevarla a la práctica.

La pausa o permiso por lactancia es la institución objeto de estudio en las páginas que siguen, cuyo objeto formal viene constituido por la especial aten-

ción a la doctrina emanada de los Tribunales. Cumplidos más de diez años de vigencia de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOI) y sentados recientemente varios criterios interpretativos por nuestros Tribunales, parece un momento adecuado para realizar un balance sobre el particular.

## I. REGULACIÓN BÁSICA

**ET de 1980.**—En el ET de 1980 el artículo 37.4 disciplinaba el permiso por lactancia con el siguiente tenor: *Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad.* Por lo tanto, en ese precepto encontramos: a) titularidad del derecho femenina («las trabajadoras»); b) reconducción del derecho a los supuestos de «lactancia», con la necesidad de interpretar si la misma podía ser artificial; c) identificación del supuesto de hecho con los casos de filiación; d) reconocimiento de la opción (incondicionada y a favor de «la mujer») entre una hora de ausencia o la reducción de jornada «normal».

**ET de 1999.**—La Ley 39/1999, conteniendo medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, según sus propias palabras, flexibiliza el derecho al permiso de lactancia. En concreto, añade al artículo 37.4 un último pasaje conforme al cual «*Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen*». Por lo tanto, ello supone la posibilidad de que, sin perjuicio de la titularidad femenina, «el padre» fuese quien disfrutara del derecho. Además, la reducción por la que puede optarse ya no es la de la jornada normal sino la propia de cada persona («*su jornada*»).

**ET de 2007.**—La LOI introduce dos cambios en la regulación de referencia, de índole bien diversa y pensando en el interés del menor. Por una parte, atiende a la peculiaridad de los nacimientos múltiples: «*la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple*». Mucha mayor relevancia tiene la posibilidad de disfrute acumulado por «la mujer», pudiendo así sumar todas las horas correspondientes al permiso de forma que se descanse en jornadas completas, si bien se matiza que dicha posibilidad se debe llevar a cabo en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo con el empresario, que deberá respetar los términos previstos en aque-

lla<sup>1</sup>. Por lo tanto, tras esta regulación: a) en casos de nacimiento múltiple se multiplica también la duración del permiso, lo que remite a la hora de ausencia y genera dudas sobre si es extensible a la reducción de jornada alternativa; b) la posibilidad de acumular el descanso se reconoce a favor de «la mujer», siendo razonable pensar que lo mismo sucede cuando el derecho lo ejercita el padre; c) la acumulación del permiso solo es posible si lo prevé el convenio colectivo o se pacta individualmente con el empleador.

**ET de 2012.**—Posteriormente, el RD-L 3/2012, de 10 de febrero (convalecido y sustituido por la Ley 3/2012, de 6 de julio) introduce diversas novedades. Primero, amplía el derecho en cuestión, que ya no queda limitado a los supuestos de hijos biológicos, sino que también se extiende a las situaciones derivadas de adopción o acogimiento<sup>2</sup>. En segundo lugar, regula la posibilidad de que el disfrute acumulado se pueda llevar a cabo por «quien ejerza el derecho», es decir, tanto por el padre como por la madre. Finalmente, prescribe que este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores<sup>3</sup>, pudiendo ser disfrutado por solo uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

Por lo tanto, tras estos cambios: a) La titularidad del derecho ya no es femenina, sino que estamos ante un derecho individual de «los trabajadores»; b) La lactancia ya no se anuda a la filiación, sino que se extiende a los supuestos de adopción o acogimiento. c) La identificación de los supuestos asimilados a la afiliación se parifica con la de aquellos que propician la suspensión del

---

<sup>1</sup> «La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla».

<sup>2</sup> La norma considera ahora sujeto causante al menor de nueve meses, ya sea hijo biológico, adoptado o acogido. Eso permite descartar abiertamente las especulaciones sobre si el permiso es aplicable o no a los supuestos de adopción y a los de guarda legal de hecho fundadas en que la Ley a la hora de configurar el beneficio se basaba tan solo en el hecho biológico (maternidad o paternidad) prescindiendo de cualquier otro dato. Por ese mismo motivo, algunos convenios colectivos mencionaban expresamente el supuesto de la adopción.

<sup>3</sup> En el nuevo texto se sustituye la expresión femenina «las trabajadoras» que encabezaba el inicio del precepto por la genérica de «los trabajadores»; recuérdese el tenor del precepto derogado: «Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones». La fórmula legal *este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres* ya venía siendo utilizada por el legislador con anterioridad en los artículos 37.5 ET (reducciones de jornadas por cuidado de menores o personas con discapacidad o cuidado de familiares impedidos) y 46.3 ET (excedencias por cuidado de hijos y familiares), si bien en estos supuestos solo se restringe su ejercicio cuando «dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante», en cuyo caso «el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa». Es verdad que en los mencionados supuestos el disfrute de los derechos por parte de los trabajadores no conlleva coste alguno para el empresario. Recordemos que en los supuestos de reducción de jornada hay una disminución proporcional del salario y en la excedencia, simplemente, no hay salario. En la lactancia del menor de nueve meses, estamos, por el contrario, ante un permiso retribuido.

contrato de trabajo. d) El permiso ve multiplicada su duración no solo en los casos de nacimiento múltiple, sino también en los supuestos de adopción o acogimiento de tal índole. e) La posibilidad de acumulación ya no se reconoce solo a favor de la mujer. f) Se abre a cualquiera de los progenitores la posibilidad de ejercer el derecho, aunque solo de uno de ellos.

**ET de 2015.**—La última novedad fue introducida por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y que amplía el derecho a los supuestos de guarda con fines de adopción.

**EBEP.**—Por otra parte, debe destacarse que la redacción del ET no es similar a la correspondiente a la misma institución y regulada en el artículo 48.f) EBEP, que extiende el derecho hasta los doce meses del hijo, amparando que la hora de ausencia al trabajo pueda disfrutarse también tanto al inicio como al final de la jornada laboral, así como el disfrute acumulado por «la funcionaria». Se indica, igualmente, que este derecho «podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen». Igualmente, se prevé el incremento proporcional del permiso en los supuestos de parto múltiple.

**Texto vigente.**—Sumariamente descrita la evolución de este permiso, como casi siempre sucede, acaba siendo imprescindible la lectura reposada de la regulación estampada en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores vigente en 2018.

En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), para la lactancia del menor hasta que este cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

## II. NATURALEZA Y FINALIDAD

**Es un permiso.**—La contextualización del artículo 37 ET permite apreciar que su regulación se encuentra excluida del precepto destinado a la regulación

de los permisos tradicionales (art. 37.3 ET), por lo que inicialmente podría considerarse que la institución analizada no tendría el carácter de permiso. No obstante lo anterior, su regulación incluye una definición explícita como permiso (art. 37.4 ET), curiosamente a diferencia del apartado precedente (art. 37.3 ET) que en ningún momento utiliza de forma expresa tal denominación. Del mismo modo, tampoco se considera una disminución de jornada con disminución proporcional de salario vinculada a la guarda legal (art. 37.6 ET).

Por tanto, puede concluirse que se trata de una institución jurídica específica, con naturaleza de permiso. Su evolución, sumariamente recordada ya, muestra que debe ser analizada en relación con las normas de conciliación de la vida laboral y familiar, avanzando en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, permitiendo que unas u otros puedan acogerse a este beneficio, lo que redundará, en definitiva, en pro de la protección del interés de los menores<sup>4</sup>.

**Tutela al menor de nueve meses.**—La finalidad de este derecho no se vincula a la protección de la maternidad<sup>5</sup>, sino a la del menor y a los cuidados que debe recibir durante la fase biológica del puerperio, lo que hace cada vez más dudosa la adecuación de la denominación del permiso pues ya hace tiempo que está desvinculado del hecho biológico de la lactancia. El interés jurídico protegido no es otro que el cuidado y especial atención que requiere el menor en esta fase de su vida<sup>6</sup>.

No obstante, atribuir la titularidad al hijo parece bastante reduccionista cuando sin contrato de trabajo de los progenitores no surge el derecho. Del mismo modo, los padres no causan por sí el citado derecho, sino que han de acreditar que tienen un hijo (o asimilado) menor de nueve meses. En consecuencia, se han de ponderar conjuntamente todos los intereses en presencia al objeto de tratar de armonizarlos.

### III. REQUISITOS PARA EL NACIMIENTO DEL DERECHO Y DINÁMICA DE SU RECONOCIMIENTO

El nacimiento del derecho a disfrutar el permiso por lactancia requiere la concurrencia conjunta de una serie de circunstancias, que se indican a conti-

<sup>4</sup> STS de 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2).

<sup>5</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., «El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)», *La Ley*, núm. 7536, 2010.

<sup>6</sup> Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La regulación de la lactancia en el ordenamiento laboral: algunas cuestiones pendientes», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2017.

nuación. Además, el derecho se extingue si desaparecen sus titulares (por ejemplo, por fallecimiento del menor o de los padres) o los presupuestos aplicativos (es el caso de extinguirse el contrato, etc.).

**Presupuestos.**—En primer lugar, la redacción actual de la norma reconoce el derecho al permiso cuando concurren las siguientes circunstancias: nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento. De este modo, este derecho no corresponderá en el supuesto de otros vínculos familiares distintos, por mucho que puedan guardar cierta analogía (por ejemplo, abuelo-nieto), salvo que concurren las circunstancias señaladas.

El segundo requisito consiste en que el hijo (o asimilado) debe ser menor de nueve meses (doce en la regulación del EBEP). Merece la pena destacar que en la primera norma que reconoció el derecho (Ley de 13 de marzo de 1900 sobre protección de la mujer y el niño en el trabajo) este no se limitaba a los hijos menores de nueve meses, sino que se extendía a los hijos en «período de lactancia», sin limitación temporal, por lo que se prolongaba durante todo el tiempo que durase la situación de lactancia natural. La limitación vinculada a una edad concreta del menor (los nueve meses) apareció por primera vez en la Ley de Relaciones Laborales de 1976. Será indiferente, en consecuencia, la duración real de la lactancia natural (e, incluso, si esta llega a producirse), pudiendo exceder o ser inferior al período referido<sup>7</sup>.

El tercero de los requisitos o presupuestos no es otro que la condición de persona vinculada en régimen laboral. Quien ejerce el derecho ha de poseer la condición de trabajador por cuenta ajena, aunque no importa la modalidad (jornada completa o parcial, duración indefinida o temporal), la cualidad del empleador o cualquier otra circunstancia. El ejercicio del derecho no está condicionado a una previa antigüedad o prestación de servicios.

**Reconocimiento.**—Concurriendo tales requisitos, la dinámica de su reconocimiento exige, como cualquier otro permiso, el previo aviso y justificación (debiendo acreditarse el hecho causante y edad del menor, mediante aportación de la documentación correspondiente: libro de familia, partida de nacimiento, etc.), siendo preciso que el trabajador que lo disfrute indique la moda-

---

<sup>7</sup> El actual permiso por lactancia en ningún caso vincula su duración a la de la lactancia biológica sino a un dato objetivo: que el hijo sea menor de nueve meses; en consecuencia, dicho beneficio ha de durar en tanto el hijo menor tenga menos de nueve meses, contados obviamente desde el nacimiento. Una vez que el hijo supera esa edad desaparece automáticamente el permiso, pero como se está ante un derecho mejorable es claro que el tope de edad puede ser ampliado por la negociación colectiva, pactos individuales o concesiones empresariales, etc. Cfr. VELASCO PORTERO, T., «El tiempo de trabajo y su organización», en *El principio de igualdad en la negociación colectiva* (Dir. Carmen Sánchez Trigueros), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016. Vid. STCT de 30 de enero de 1981, que recoge un supuesto de ampliación como condición más beneficiosa *ad personam*.

lidad en que desea ejercitarlo (de forma acumulada, fraccionada...). La regulación legal no establece ningún plazo específico de preaviso, por lo que su ausencia difícilmente será causa justificada de denegación, aunque es evidente que han de respetarse las exigencias de la buena fe.

**Trabajo de ambos progenitores.**—Además de lo anterior, en caso de que ambos padres trabajen solo uno de ellos podrá disfrutar el permiso. Suele afirmarse que quien ejerce el derecho debe acreditar que el otro progenitor no está haciendo uso del derecho (con un certificado de la empresa o una declaración formal al respecto), pero en realidad el legislador ha dejado estas cuestiones en manos de los convenios colectivos, los usos y costumbres profesionales, o la propia dinámica de la relación laboral. La práctica indica que cuando es un varón quien ejerce el derecho las empresas solicitan esa justificación y no al revés, lo que probablemente es poco respetuoso con las exigencias de la no discriminación y la finalidad de l Ley.

**Cambios en la titularidad.**—Otra cuestión, relacionada con todos estos aspectos, refiere a la posibilidad de que, durante el período de ejercicio del derecho, se cambie el titular de su disfrute, pasando de un progenitor a otro. Reconociendo la existencia de argumentos favorables tanto para la contestación negativa cuanto para la positiva, lo más adecuado parece posibilitar el cambio siempre que sea razonable y no se cometan abusos de derecho<sup>8</sup> o se actúe de mala fe, además de preavisando al empresario o empresarios afectados. A la postre, con mayor o menor acierto, lo que se persigue es posibilitar el reparto entre los progenitores de las cargas derivadas del nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo, intentando evitar que, como es usual, recaiga de modo preferente, cuando no exclusivo, en la mujer trabajadora con los consiguientes costes personales y perjuicios profesionales que ello acarrea sobre la misma, como, entre otros, el doble trabajo, el demérito de su carrera profesional o la subvaloración de su actividad profesional respecto de la del padre.

#### IV. EL DEBATE SOBRE LA TITULARIDAD (ORIGINARIA O DERIVADA) DEL DERECHO

**Regulación.**—Titulares del derecho son los trabajadores, hombres o mujeres que sean «progenitores» por nacimiento de un hijo biológico, pero también por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de un menor

---

<sup>8</sup> Ejemplo claro de ello es el disfrute acumulado del permiso por parte de uno de los progenitores y la posterior reducción diaria de su jornada por parte del otro.

de nueve meses. La construcción normativa abandona la clásica idea de que es la madre quien posee el derecho originariamente y solo de forma derivada puede pasar a otra persona. Si alguno de los progenitores no trabaja, carece de derecho alguno. Pero si cualquier de ellos lo hace surge el permiso «*los trabajadores tendrán derecho*» afirma el legislador, orgulloso de la parificación de géneros. Para disipar cualquier duda, el último tramo del apartado clarifica lo que ya dejaba clara la locución reseñada, al utilizar un masculino de alcance general: «*este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres*».

Cualquiera de los progenitores devenga los beneficios de referencia, sin que haya una titularidad originaria única, ni siquiera preferente, como tampoco aparece una fórmula para solucionar posibles concurrencias. Quien posee la condición de progenitor es titular del derecho con independencia del sexo, sin necesidad de que nadie le ceda la facultad; carece ahora de sentido hablar de titularidad originaria y derivada<sup>9</sup>.

**Titularidad dual.**—Nacido el derecho, este podrá ser ejercitado de manera indistinta por padres o madres, con independencia de su sexo. No obstante, en caso de que ambos trabajen, solo podrá disfrutarlo uno de ellos<sup>10</sup>. De este modo, el interés del menor deja de contemplarse desde una perspectiva monista y femenina (garantizar que haya una persona con mayor disponibilidad horaria durante sus primeros meses de vida, atribuyendo ese papel a la madre), para pasar a bilateralizarse y desfeminizarse (resulta indiferente que la madre ya esté en condiciones de atender al menor).

Cosa distinta es que en caso de conflicto entre los dos titulares pueda estarse a la finalidad de la regulación (el interés del menor) a la hora de tomar una decisión sobre el particular.

**La anterior polémica acerca de madres autónomas.**—En este particular ha existido una amplia polémica judicial, hoy en día prácticamente resuelta, relativa al disfrute del permiso en determinadas situaciones concretas de los progenitores. Así, inicialmente hubo algún pronunciamiento que denegó el derecho a disfrutar el permiso por el padre en el supuesto de que la madre fuese trabajadora por cuenta propia y no por cuenta ajena (amparándose en que no se podía ceder lo que no se tenía)<sup>11</sup>. Esta postura fue superada por la STJUE de 30 de

---

<sup>9</sup> Algunos convenios ya identificaban a los *trabajadores*, como titulares originarios del derecho, tal y como hace el propio ET ahora, de manera que es como si la norma hubiera venido a extender la ventaja de referencia.

<sup>10</sup> Se plantea la duda de si cuando uno de los padres trabaja en régimen laboral y el otro al amparo de normas administrativas o funcionariales ha de jugar la titularidad indistinta y la prohibición de disfrute dual.

<sup>11</sup> STSJ de Navarra de 24 de junio de 2008 (AS 2008, 1779).

septiembre de 2010 (asunto Roca Álvarez)<sup>12</sup>, que aclaraba que el hecho de que solo la madre trabajadora por cuenta ajena pueda disfrutar del permiso por lactancia podría contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones, al mantener a los hombres en una posición subsidiaria respecto al ejercicio de su función parental, obligando además a la madre a limitar su actividad profesional. De ello resultaría que las madres que tienen la condición de trabajadoras por cuenta ajena siempre podrían disfrutar del permiso de lactancia en tanto que los padres que tienen dicha condición solo podrían disfrutarlo en determinados supuestos (cuando la madre también tenga dicha condición), no siendo en consecuencia la mera cualidad de progenitor suficiente para permitir que los hombres que sean trabajadores por cuenta ajena puedan disfrutar del derecho, si bien en el caso de las mujeres sí basta con dicha cualidad<sup>13</sup>.

Al respecto, puede apreciarse que las situaciones de los trabajadores padre y madre, respecto de sus hijos, son comparables en cuanto a la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para el cuidado de aquéllos. Debe tenerse en cuenta que, aunque inicialmente fuese previsto dicho permiso con el fin biológico del amamantamiento por parte de la madre, la evolución normativa lo ha desvinculado de dicha finalidad al no referirse ya en exclusiva a la lactancia natural, habiéndose admitido desde hace años que se conceda el permiso en supuestos de lactancia artificial<sup>14</sup>. En la actualidad, se considera un mero tiempo de cuidado en favor del hijo y

---

<sup>12</sup> FOTINOPOULOU BASURKO, O., «El derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia cuando la madre es una trabajadora autónoma (A propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09; Roca Álvarez), *Lan Harremanak*/23 (2010-II). LOUSADA AROCHENA, J. F., «El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)», *La Ley* núm. 7536, 2010. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La titularidad indiferente del permiso de lactancia: el caso Roca Álvarez», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013. RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «El trabajador varón como titular del permiso de lactancia: situación tras la STJUE de 30 de septiembre de 2010», *Actualidad laboral*, núm. 22, 2010.

<sup>13</sup> En este sentido, las SSTSJ de Madrid de 10 de octubre de 2008 (AS 2009, 763), 5 de octubre de 2015 (AS 2015, 2168) y SJS núm. 1 de León de 18 de mayo de 2016 (AS 2016, 864), consideran que la titularidad del derecho corresponde a ambos progenitores sin que la circunstancia de que el otro progenitor sea trabajador por cuenta propia o no preste servicio alguno impida su reconocimiento. En el mismo sentido, STSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de enero de 2014 (AS 2014, 1124) que reconoce el permiso a trabajador varón sin que la madre trabaje, o la SJS de Pamplona de 12 de septiembre de 2014 (AS 2014, 2793) que lo reconoce encontrándose la madre en excedencia voluntaria. Además, se considera que vulnera el derecho de igualdad, la empresa que exige a sus trabajadores varones justificar la no utilización de este permiso por el otro cónyuge por haber renunciado al mismo y no hacerlo así con las trabajadoras de la propia empresa (STSJ de Andalucía de 3 de octubre de 2013 [AS 2014, 348]).

<sup>14</sup> Es verdad que la Ley utiliza el término de «lactancia» y que ello propicia la imagen de tiempo dedicado a tal función; lo que sucede es que el uso extensivo del concepto y las actuales concepciones sociales acerca de la relación entre padres e hijos pueden respaldar una interpretación muy amplia del concepto. Por lo pronto, no se discute que la lactancia pueda ser natural o artificial; tampoco se rechaza que en lugar de leche se suministren otros alimentos; por lo general también se admite que quien disfruta del permiso esté presente junto a su hijo aunque no realice la alimentación personalmente; en fin, una

como una medida conciliadora de la vida familiar y laboral tras el disfrute del permiso de maternidad, motivado por la atención o cuidados que el menor debe recibir en sus primeros meses de vida, entendiéndose que el objeto del permiso es que el trabajador pueda vigilar y ser directamente responsable de la crianza del hijo<sup>15</sup>, dedicándose a la especial atención que el recién nacido requiere en esta fase de su vida<sup>16</sup>.

En consecuencia, no persisten causas que justifiquen su atribución prioritaria u originaria a la madre. De este modo, se concluyó que el permiso puede disfrutarse indistintamente por ambos progenitores, lo que implica que también ambos podrán asumir la alimentación y el tiempo de cuidado del hijo.

**Situación actual.**—Ya ha quedado expuesta la evolución experimentada por el artículo 37.4 ET. Debe insistirse en que a ambos progenitores se les reconoce un derecho originario al permiso de lactancia, pudiendo disfrutarlo el padre incluso en los supuestos en que la madre no trabaje<sup>17</sup>. El legislador omite cualesquiera detalles acerca de cómo ha de operarse (¿quién decide el disfrute?, ¿puede ser sucesivo?, ¿cómo se enteran los empresarios de la opción?, ¿qué sucede si madre y padre reclaman el derecho?, etc.).

Como consecuencia de lo anterior, solo podrá ser disfrutado por el progenitor que tenga la guarda o custodia legal del menor, en caso de separación matrimonial, y no el otro cónyuge<sup>18</sup>.

## V. DERECHO NECESARIO RELATIVO

La regulación legal del permiso se fundamenta en normas de Derecho necesario relativo, que podrán ser mejoradas (nunca empeoradas) mediante la negociación colectiva, pacto individual o incluso concesión unilateral que mejore lo establecido por la Ley.

---

corriente interpretativa amplia entiende que el permiso se legitima con tal de que se dedique al cuidado (no solo a la alimentación) de la criatura, como ya explicita algún convenio colectivo.

<sup>15</sup> STCT de 8 de abril de 1978.

<sup>16</sup> STCT de 23 de noviembre de 1987.

<sup>17</sup> Así, «exigir que los dos progenitores sean trabajadores supondría desconocer este derecho para el trabajador de las familias monoparentales, incluido el caso de la mujer lactante que cría a su hijo sola y sin el otro progenitor, quizá desconocido. Incluso desaparecería el fundamento que se aduce para justificar la interpretación contraria a la que aquí se sostiene, esto es que el menor ya tiene la atención del progenitor que no trabaja, en el supuesto de parejas separadas cuando no se comparte la guarda y custodia, en las que la situación en que se encuentre el otro progenitor a estos efectos carece de interés con respecto del menor en tanto que en ningún caso lo podrá atender porque no tiene reconocida su guarda y custodia o tiene retirada la patria potestad [STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2018 (Sentencia 1581/2018)].

<sup>18</sup> STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 1998 (AS 1999, 1108).

Estando claro ese punto de partida, sin embargo, dados los silencios legislativos acerca de numerosas cuestiones de detalle, la duda puede surgir en muchos casos por no quedar claro si estamos ante una concreción o un empeoramiento de lo previsto por la Ley. Sentado lo anterior, y partiendo del carácter mínimo de la regulación legal, una vez reconocido el derecho resta por analizar las condiciones de su ejercicio.

## VI. RETRIBUCIÓN

Aunque la norma no indica de forma expresa que se trate de un permiso retribuido, se ha reconocido así de forma pacífica por los tribunales, corriendo a cargo del empresario la obligación de abonar el salario correspondiente, con independencia de la modalidad de disfrute (ausencia, reducción de jornada, acumulación). La media hora de reducción de jornada se reputa, según quedó dicho, como tiempo de trabajo efectivo y, consiguientemente, ha de ser abonada según lo sea la jornada de donde se detrae»<sup>19</sup>. Conforme al Convenio núm. 103 de la OIT (1955), relativo a la protección de la maternidad (ratificado el 26 de mayo de 1965 y publicado en BOE de 31 de agosto de 1966) «las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales» (art. 5)<sup>20</sup>. Si se opta por la ausencia o la acumulación, en buena lógica, la solución ha de ser coincidente.

Precisando más esa importante consecuencia la doctrina judicial dominante se sostiene que cualquier pérdida económica para el trabajador sería contraria al espíritu de la Ley, por lo que la norma ha de entenderse como garantizadora del salario íntegro, como si efectivamente se realizase el trabajo, comprendiendo todos los complementos existentes, se acumule o no el disfrute<sup>21</sup>.

Si se opta por la ausencia o la acumulación, en buena lógica, la solución ha de ser coincidente. Además, ya desde el Preámbulo de la Directiva 92/85/CEE, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia se indica que tales medidas «no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de

<sup>19</sup> En este sentido, STSJ de Baleares de 19 de septiembre de 1996 (AS 1996, 2860).

<sup>20</sup> El Preámbulo de la Directiva 92/85/CEE, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia se indica que tales medidas «no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada».

<sup>21</sup> SAN de 19 de noviembre de 2007.

trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada».

Reforzando esa conclusión, mediante argumento *a contrario*, puede observarse que en otros supuestos (como el permiso por nacimiento de hijos prematuros) sí se prevé expresamente la reducción proporcional de jornada y salario.

Cualquier interpretación sobre la ausencia de expresa previsión en materia retributiva del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el Convenio, que implique pérdida económica para el trabajador debe considerarse contraria al espíritu y finalidad de la norma. Por ello, el disfrute de este derecho nunca puede suponer una pérdida económica, debiendo incluirse todos los conceptos que el trabajador viniese percibiendo con normalidad, objetivos y los complementos funcionales<sup>22</sup>.

El convenio colectivo puede incidir en la remuneración del permiso y el análisis de conformidad del mismo respecto del mínimo indisponible que surge del mandato legal exige que se incluyan los complementos salariales que constituye la contraprestación efectiva de la actividad laboral ordinaria<sup>23</sup>.

## VII. MODALIDADES DE DISFRUTE

**Modalidades.**—Actualmente son tres las modalidades de disfrute del derecho: ausencia del trabajo, reducción de jornada o acumulación del descanso<sup>24</sup>. De las dos opciones concedidas (una hora de ausencia o reducción de jornada en media hora) una ha de ser elegida por el titular del derecho y, lógicamente, comunicada al empresario a fin de que pueda organizar su actividad en consecuencia, debiendo de estarse a lo prevenido en el número 6 del propio artículo 34 ET. La dinámica de su reconocimiento exigirá el previo aviso y justificación (debiendo acreditarse el hecho causante y edad del menor, mediante aportación de la documentación correspondiente: libro de familia, par-

---

<sup>22</sup> STS de 9 de diciembre de 2009 (RJ 20102), en relación con la regulación que de este derecho efectúa el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, al señalar que la falta de regulación específica en la ley sobre la retribución del permiso de lactancia, ésta debe ser íntegra, comprendidos también los complementos vinculados al cumplimiento de objetivos y los complementos funcionales ya que cualquier interpretación de la ausencia de regulación concreta de la retribución del permiso de lactancia, tanto en el Estatuto como en el Convenio, que implique pérdida económica para el trabajador es contraria al espíritu de la ley» ratificando la SAN de 6 de julio de 2007 (JUR 2008, 139598).

<sup>23</sup> En ese sentido, por ejemplo, STS de 6 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4174).

<sup>24</sup> El *dies a quo* del plazo para el ejercicio del derecho lo constituye el día del nacimiento del menor y el *dies ad quem* es el cumplimiento de los nueve meses (SSTSJ de Navarra de 15 de diciembre de 2003 [AS 2004, 2090] y 24 de junio de 2008 [AS 2008, 1779]).

tida de nacimiento, etc.), siendo preciso que el trabajador que disfrute el permiso indique la modalidad en que desea ejercitarlo (de forma acumulada, fraccionada...).

Para la norma, ausentarse equivale a marcharse del trabajo cuando ya se ha iniciado y con la obligación de regresar, mientras que reducir jornada implica adelantar inicio o postergar final de la actividad diaria. El derecho puede ejercerse poniendo en juego una ausencia de una hora, pero también puede dividirse «en dos fracciones» (cuya suma debe equivaler a sesenta minutos, aunque pueden ser de entidad diversa).

Es discutible si puede alterarse la opción por alguna de esas modalidades y activar otra distinta. También se ha discutido la posibilidad de compartir el disfrute del derecho.

**Posibilidad de novación.**—A favor de la referida posibilidad cabe argumentar que, al no restringirse el ejercicio del derecho corresponde al progenitor elegir cada día entre las distintas posibilidades previstas en la Ley, pues ésta se lo concede «con total y absoluta discrecionalidad para la madre», en los términos acuñados por la doctrina tradicional<sup>25</sup>. En contra de la misma aparece el elemental deber de buena fe, que impide que los derechos puedan ser ejercidos de forma abusiva. En todo caso, no parece que pueda haber problema en los supuestos de una comunicación realizada desde el primer momento y siempre que no resulte absolutamente arbitraria o injustificada, permitiéndose la petición de una opción general e inicial, para organizar adecuadamente la actividad productiva, pero posibilitar variaciones —transitorias o permanentes— cuando existan razones que lo justifiquen.

En esa misma línea argumental suele invocarse el carácter muy limitado del derecho en cuestión, hasta el punto de que la doctrina ha puntualizado de manera unánime que la hora de ausencia resulta manifiestamente insuficiente salvo que el domicilio del progenitor se encuentre suficientemente cerca del centro de trabajo o salvo que la propia empresa cuente con un servicio de guardería, etc.<sup>26</sup>. En los mismos términos se ha pronunciado en Tribunal Supremo<sup>27</sup>. Por lo expuesto, parece razonable entender que solo una flexibilización

<sup>25</sup> STCT de 23 de marzo de 1988.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Reducción de jornada y posibilidad de acumular el tiempo de reducción. Dos supuestos concretos: reducción como medida de reestructuración de la plantilla —jubilación parcial anticipada— y reducción por motivos familiares —lactancia y guarda legal o cuidado directo—» (BIB 2006,1620), *Aranzadi Social* núm. 16, 2006, p. 17.

<sup>27</sup> La STS de 20 de junio de 2005, RC 83/2004 (RJ 2005,6597) señaló expresamente que «conforme a la realidad social del momento en que ha de ser aplicada la Ley (art. 3 del Código Civil) constituye un hecho notorio que en la sociedad actual y en un entorno urbano que obliga a la inversión de considerable tiempo en los desplazamientos (...), la ausencia del trabajo, en dos fracciones de media hora, constituye

en cuanto a la forma de su ejercicio permitirá ajustar el ejercicio del derecho a su finalidad.

**Posibilidad de disfrute compartido.**—También debe destacarse que la normativa atribuye el derecho en exclusiva a uno solo de los progenitores en caso de que ambos trabajen, sin que se prevea el disfrute compartido (parcial o íntegramente).

Sin embargo, algún pronunciamiento (con la particularidad de que hacía referencia a un supuesto de parto múltiple) ha entendido que debe permitirse el reparto con la única limitación temporal de la edad del menor y sin superar la duración máxima del permiso<sup>28</sup>, pareciendo adecuado posibilitar el cambio siempre que sea razonable y no se cometan abusos de derecho o se actúe de mala fe, además de preavisando al empresario o empresarios afectados. Esta posibilidad se justificaría en la idea de compartir las obligaciones familiares.

Si bien se mira, lo que la Ley parece prohibir es el disfrute simultáneo, pero no aparece una clara prohibición de que una parte del período de los nueve meses sea disfrutada por uno de los progenitores y posteriormente lo haga el otro. Incluso esto parece preferible desde la perspectiva de compartir responsabilidades familiares (quienes trabajan) y sus costes (los empleadores). De este modo, y compendiando lo expuesto:

— Si solo uno de los progenitores trabaja habrá de ser él necesariamente el titular del derecho. La titularidad viene dada por el hecho de trabajar (por cuenta ajena, cabría añadir).

— Si no trabaja ninguno de los progenitores durante el tiempo en el que el permiso puede disfrutarse, tampoco puede haber titular ni, por tanto, permiso.

— En caso de que ambos trabajen el permiso puede disfrutarse por cualquiera de ellos completamente o de modo fraccionado con el fin de compartirlo.

## 1. Ausencia durante una hora

Una primera posibilidad de disfrute consiste en ausentarse del trabajo durante una hora, abandonando el mismo y regresando posteriormente. Con criterios flexibles y atentos al fin del permiso, se entiende que es el titular del

---

un derecho prácticamente inejercitable para el fin previsto, ya que en la mayor parte de los casos el tiempo invertido en los desplazamientos del centro de trabajo al domicilio es superior al tiempo de interrupción de la jornada laboral».

<sup>28</sup> SJCC-A núm. 11, núm. 76/2013, de 4 de abril (JUR 2013,120887).

permiso quien debe determinar cuándo cuadra mejor a sus necesidades, sin que nada impida que se sitúe al final de la jornada de mañana o al principio de la jornada de tarde cuando el horario es partido.

Recordemos que la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. También interesa ahora reiterar que nos encontramos ante un permiso o licencia; el tiempo durante el cual se deja de prestar materialmente la actividad debe computar como trabajo efectivo a todos los efectos.

## 2. Dos ausencias de una hora total

La ausencia de una hora puede dividirse «en dos fracciones»; la norma no exige que sean dos mitades exactas, admitiendo implícitamente su desigual duración temporal, pero lo que sí precisa es que ambas ausencias equivaldrán en cómputo conjunto a la hora.

Realmente, lo que quizá hubiera interesado en muchas ocasiones es retrasar en media hora la entrada al trabajo y adelantar la salida en otro tanto, pero esas hipótesis no han accedido al texto legal. Lo que sí se entiende factible es asignar media hora al final de la jornada matutina y otro tanto al inicio de la vespertina pues así también hay *ausencia* cuando se está prestando actividad laboral y se produce el retorno a la misma<sup>29</sup>.

La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

## 3. Reducción de la jornada en media hora

*Quien ejerza este derecho, por su voluntad*, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Esta tercera opción equivale a entrar a trabajar más tarde o a cesar antes; el inicio o el término se reducen en media hora; se supone que ello tiene ventajas equiparables al dejar de trabajar durante el doble de tiempo pero con las obligaciones ya descritas de incorporación anterior y posterior a la(s) pausa(s). La norma es lo suficientemente clara como para despejar cualquier duda acerca del carácter

---

<sup>29</sup> «Es permisible que la disfrute al final de la jornada de mañana –una hora antes de su término– o bien antes del inicio de la tarde, incorporándose una hora después, sin que en modo alguno ello suponga disminución de jornada, ya que el tiempo intermedio entre jornada de mañana y tarde es de descanso preceptivo» (STCT de 23 de marzo de 1988. En el mismo sentido, STSJ de Madrid de 23 de enero de 1990.

abstracto e incondicionado de la decisión: ni está sujeta a demostración de causa, ni es fiscalizable.

No es clara, sin embargo, la referencia a la «jornada» sobre la que ha de practicarse la reducción. Para clarificarlo hay que recordar la evolución normativa. Tras la modificación operada mediante Ley 39/1999, en línea de flexibilizar esta figura, la reducción de la jornada en media hora procede siempre (por ejemplo, en trabajos a tiempo parcial) y no solo cuando se complete la «jornada normal» a que antes aludía la norma<sup>30</sup>.

Algunas veces la negociación colectiva eleva esa reducción de jornada hasta la hora que dura la ausencia (previendo también el momento a que ha de aplicarse), adopta previsiones dirigidas a flexibilizar la duración del permiso, o especifica cómo ha de jugar en los supuestos de horario flexible<sup>31</sup>.

En caso de optarse por la reducción, el trabajador ha de efectuarla sobre «su jornada». Es decir, sobre la jornada efectivamente realizada, no sobre la jornada ordinaria o normal de trabajo en la empresa. De tal modo que las trabajadoras con jornada inferior a la normal no se verán privadas de este derecho, que además deberán disfrutar íntegro, sin reducción proporcional<sup>32</sup>.

#### 4. Acumulación del derecho en jornadas completas

Como reacción a la rigidez de una alternativa legal desfasada, algunos convenios empezaron a permitir la acumulación (en el mismo mes) de la totalidad de horas por lactancia. La jurisprudencia consideró válida la previsión convencional conforme a la cual la ausencia diaria correspondiente al «permiso por lactancia» puede transformarse en el derecho a un mes de permiso retribuido, pues el precepto legal en estudio (norma de Derecho necesario relativo) resulta así mejorado, permitiendo en muchos casos una atención mejor al me-

---

<sup>30</sup> En sentido diverso, la STSJ Castilla y León (Burgos) de 14 de diciembre de 1998 (AS 1998, 6604) entendió que si se trabaja durante veinticuatro horas seguidas (guardia médica) el derecho legal surgiría tres veces (una por cada turno o jornada ordinaria).

<sup>31</sup> Lo cierto es que, pese a lo consolidado de la fórmula disyuntiva, no acaba de entenderse muy bien por qué resulta imposible postergar durante una hora entera la entrada al trabajo y adelantar la salida otro tanto, mientras que sí se admite que se intercalen dos pausas de duración similar, como se ha indicado en el supuesto anterior. De hecho, en la regulación prevista en el EBEP esta posibilidad no se limita en el tiempo a media hora, señalándose que «este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad».

<sup>32</sup> Ver STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2003 (AS 2003, 1955), respecto de las trabajadoras contratadas a tiempo parcial y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2002 (AS 2003, 2289), respecto de quienes disfrutaban de una jornada reducida por razón de guarda de menor.

nor, adaptándola a la actual realidad social y permitiendo la elección por una modalidad u otra de ejercicio<sup>33</sup>.

Desde la LOI, es el propio legislador el que prescribe que el titular del derecho al permiso diario (una hora) no solo puede sustituirlo por la reducción de jornada (media hora) sino también «*acumularlo en jornadas completas*», discutiéndose si lo acumulable son las ausencias (una hora al día) o las reducciones (media hora). La interpretación lógica conduciría a entender que se puede dejar de trabajar (con retribución a cargo de la empresa) solo el tiempo que hubiera sumado, fecha a fecha, la reducción de jornada; la literal (refiriendo la acumulación al derecho, masculino, y no a la reducción, femenino) y el entendimiento *pro operario* conducen a la solución opuesta.

Es verdad que esta excepcional acumulación procede «*en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla*» y que por esos cauces hallará muchas veces solución la duda planteada<sup>34</sup>. Pero resulta impensable que el convenio pueda minorar derechos (si se entiende que la acumulación es de una hora por día laboral).

Esta modalidad de disfrute de permiso no se configura como derecho absoluto del trabajador o trabajadora, sino condicionado a lo previsto en el convenio colectivo o al acuerdo con el empresario. Esto supone la necesidad de que el convenio o acuerdo aplicable prevea expresamente la opción y fije su régimen. En defecto de previsiones convencionales, será preciso un acuerdo entre empresario y trabajador. Además, el convenio colectivo podrá establecer, independientemente de que se trate o no de un parto múltiple, un tope de acumulación de días, con un número de día superior o inferior, en función de esta circunstancia, o excluir incluso la acumulación. No es posible incrementar el período de acumulación prevista en el convenio colectivo en razón a la existencia de un parto múltiple<sup>35</sup>. En defecto de convenio colectivo o acuerdo entre empresa y trabajador deberá estarse a la voluntad de la empresa o la práctica habitual que exista en el misma<sup>36</sup>.

Debe aclararse que la acumulación se refiere a la hora de ausencia y no a la media hora de reducción, lo que se deduce de la propia redacción del texto legal, que utiliza el término «acumularlo» –en relación al ejercicio del dere-

<sup>33</sup> STS de 20 de junio de 2005 (RJ 2005, 6597; *caso Aldeasa*).

<sup>34</sup> La STSJ de Galicia 3233/2012, de 29 de mayo (JUR 2012/233831) sostiene que ha de estarse a lo acordado y rechaza que sin establecerse en el convenio, ni haberse acordado entre las partes, pueda reconocerse acumular la lactancia en 26 días, por entender que como el permiso es de una hora diaria.

<sup>35</sup> STSJ de Andalucía de 19 de mayo de 2011 (JUR 2011, 268656).

<sup>36</sup> SSTSJ de Cataluña de 1 de junio de 2011 (JUR 2011, 292322) y Galicia de 29 de mayo de 2012 (JUR 2012, 23383).

cho, reconocido en el párrafo primero del artículo 37.4 ET–, ya que en caso de haberse referido a la reducción de jornada en media hora –previsto en el párrafo segundo del artículo 37.4 ET– habría utilizado el término «acumularla»<sup>37</sup>. En todo caso, se trata de una norma mínima que podrá ser mejorada (nunca empeorada) por convenio colectivo o por pacto individual.

La doctrina judicial ha entendido que en defecto de pacto la acumulación se refiere a días laborables y no a días naturales, pues las horas sustituidas o acumuladas son también laborables<sup>38</sup>. Probablemente hay que entender que la negociación colectiva no puede computar como días consumidos, a efectos de permiso, sino los laborales; en puridad, solo hay que contabilizar las horas de trabajo que existen en cada una de las fechas del permiso por acumulación.

Muy relevante para legitimar la técnica acumulativa acogida por el convenio es el carácter voluntario que la acumulación posee; puesto que la modalidad clásica de pausa por lactancia persiste en sus propios términos para quien lo desee, mal puede admitirse que la introducción de otra alternativa altera y desnaturaliza el régimen jurídico del permiso de lactancia. De este modo, se legitima el convenio porque permite la opción individual, sin contrariar la vigencia plena de la pausa diaria para quien así lo desee; cada trabajador puede ponderar discrecionalmente las circunstancias propias para optar por una u otra vía.

## VIII. CONCRECIÓN HORARIA

Respecto de la instrumentación práctica del permiso por parte de quien pretenda disfrutarlo, lo lógico es que demuestre no solo la fecha de nacimiento de su hijo sino también que el otro progenitor no está disfrutando del permiso, para lo que la norma no contempla método particular alguno, siendo quizá válida o la declaración formal al respecto o un certificado de la empresa en que trabaje el otro progenitor que éste no ha ejercitado en la misma el derecho<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> STS de 19 de abril de 2018 (RJ 2018,1801). Sobre dicha sentencia véanse los comentarios de SEMPERE NAVARRO, A. V., «¿Cuándo y cómo se acumula el permiso por lactancia? (Al hilo de la STS-SOC 419/2018 de 19 de abril)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2018 y ROJO TORRECILLA, E., *Permiso de lactancia. Acumulación en jornadas completas y calculada sobre una hora de ausencia diaria. Notas a la importante sentencia del TS de 19 de abril de 2018*, [www.eduardorojotorrecilla.es/2018/05/permiso-de-lactancia-acumulacion-en.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/05/permiso-de-lactancia-acumulacion-en.html).

<sup>38</sup> A falta de previsión expresa en el convenio colectivo, el cómputo de los días acumulados debe hacerse por días laborables, excluyendo los domingos y festivos [STSJ de Navarra de 12 de enero de 2017 (AS 2017,5)].

<sup>39</sup> La no discriminación y el trato igual deben respetarse a la hora de exigir acreditación de uno u otro modo en función del sexo de quien ejerce el derecho; de igual modo, el empleador ha de aplicar similar trato a toda persona.

Le corresponde al titular del permiso determinar el momento en que desea disfrutarlo sin que quepa oponer por parte del empresario la existencia de razones de índole organizativa o productiva, si bien deberá estar sometido a los principios de buena fe sin que pueda ampararse la simple intención del trabajador de hacer ilusoria, arbitrariamente incómoda o abusivamente imposible el legítimo derecho del empresario a organizar su trabajo<sup>40</sup>.

Por su parte, a la empresa le corresponderá la carga de demostrar que la propuesta del trabajador le ocasiona graves problemas organizativos o productivos, como única posibilidad para restringir el derecho del trabajador, sin que pueda olvidarse que este tendrá una protección constitucional frente a la dimensión ordinaria del empresarial, a la hora de la necesaria ponderación. En este sentido, el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, de 18 de junio de 2009, aplicado por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, establece en sus apartados c) y d) de la cláusula tercera que jugará un importante papel la negociación colectiva, que podrá definir las circunstancias en las que el empresario estará autorizado para posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la organización, previéndose incluso la posibilidad de alcanzar acuerdos particulares en el marco de las pequeñas empresas, derivadas de sus especiales características.

De este modo, el derecho a la fijación horaria no se contempla como una facultad absoluta e ilimitada, correspondiéndole la competencia para resolver las posibles discrepancias a la Jurisdicción Social, a través de la modalidad procesal específica prevista en el artículo 139 LRJS, en un procedimiento urgente y preferente. Como particularidad, debe destacarse que se exige que *«el empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia»*.

Algún pronunciamiento ha hecho referencia a qué debe ocurrir en los casos en que, como consecuencia de la negativa injustificada de la empresa a concederlo, el progenitor se vea obligado a accionar reclamando su derecho, lo que le impida acceder en plazo al permiso. En alguno de estos supuestos se ha dado la opción al trabajador a disfrutar del mismo en un plazo de nueve meses a partir de su concesión (es decir, desvinculado de los nueve meses desde el nacimiento, adopción o inicio de la guarda con fines de adopción o acogimien-

---

<sup>40</sup> STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 1998 (AS 1999, 1721).

to del menor)<sup>41</sup> o incluso se ha permitido disfrutar los días acumulados correspondientes más allá de esa fecha<sup>42</sup>.

## IX TÉRMINOS DEL DISFRUTE

En cuanto al uso material que le dé el progenitor al derecho (ausencia, reducción de jornada, acumulación), debe existir un amplio margen de disposición. Ahora bien, ha de existir al menos una conexión entre el disfrute del permiso y los fines para los que se concede, incumplándose las obligaciones laborales cuando el beneficiario se limita a aumentar su tiempo libre, mejorar su ocio o realizar tareas productivas fuera de la empresa o, en general, desentenderse del móvil que legitima su menor actividad laboral<sup>43</sup>. Tales supuestos pueden incluso constituir un abuso de confianza, especialmente teniendo en cuenta que este permiso queda configurado como un derecho-deber afectado al servicio de una función de interés social<sup>44</sup>.

No obstante, partiéndose de la presunción de que los derechos se ejercitan de buena fe, habrá que analizar la utilización que se haga del tiempo de manera que será compatible con el fin del permiso siempre que facilite o mejore la atención al menor. En todo caso, se ha considerado un uso abusivo del permiso la utilización de dicho tiempo para prestar servicios para otra empresa<sup>45</sup>.

## X. DURACIÓN DEL PERMISO

El permiso se extiende desde que tenga lugar el hecho causante (nacimiento, adopción...) hasta que el menor cumpla nueve meses.

Hay que tener en cuenta que la suspensión del contrato por maternidad no pospone el inicio del cómputo del plazo para poder ejercitar el permiso de lactancia. Ello justificará que la duración podrá ser superior para el padre res-

---

<sup>41</sup> STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 2010 (AS 2011, 73).

<sup>42</sup> SJS núm. 3 de Pamplona de 12 de septiembre de 2014 (AS 2014, 2793) o SJS núm. 1 de León de 18 de mayo de 2016 (AS 2016, 864).

<sup>43</sup> En este sentido, véase la STS de 19 de junio de 1989 (RJ 1989, 5423). También STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2000 (AS 2000, 4253), sobre despido procedente por transgresión de la buena fe contractual. El artículo 37.4 incorpora este elemento finalista en su propia formulación, aunque de manera un tanto irregular; en concreto, al advertir que la opción por la segunda modalidad de disfrute ha de llevarse a cabo «con la misma finalidad» que la primera, respecto de la cual se indica, según hemos estudiado, que consiste en la «lactancia de un hijo menor de nueve meses».

<sup>44</sup> STCT de 8 de abril de 1988.

<sup>45</sup> STS de 19 de junio de 1989 (RJ 1989, 9896).

pecto de la madre (por la superior extensión de la suspensión del contrato por la maternidad, respecto de la paternidad).

De igual manera, debe tenerse en cuenta que el derecho a la ausencia de una hora no deberá minorarse en el supuesto de que el trabajador haya optado por reducir igualmente su jornada al amparo del art. 37.6 ET, dado que la norma no distingue entre jornada normal o reducida, refiriéndose a la que en el momento en cuestión venga disfrutando el progenitor, y tratándose de dos instituciones por lo demás perfectamente compatibles.

Por otra parte, la norma prevé expresamente que la duración del permiso se incrementará proporcionalmente en caso de pluralidad de causantes (ya sea por parto, adopción, guarda con fines de adaptación o acogimiento múltiples)<sup>46</sup>. Resulta lógico que cada uno de los hijos genere un derecho independiente para atender a su cuidado y alimentación, que no deberá verse perjudicado por la necesidad de compartirlo con sus hermanos. Se podrá observar, además, la diferencia respecto de otras instituciones, tales como la suspensión por maternidad (art. 48.4 ET), en que el incremento generado por cada sujeto causante no se realiza en términos de proporcionalidad, sino de dos semanas adicionales por cada hijo.

La duración del permiso de lactancia puede verse afectado por otras situaciones. Se ha planteado, por ejemplo, que si tras la suspensión del contrato (por maternidad o paternidad) se disfruta de las vacaciones, el cálculo de la acumulación del permiso no podrá tener en cuenta los días correspondientes a dichas vacaciones.

## XI. COMPATIBILIDAD CON OTRAS INSTITUCIONES

Ha sido problemática la concurrencia del permiso con otras situaciones que se vinculan a los derechos de conciliación de la vida familiar. Cuando la titularidad del derecho era femenina se entendió que la suspensión del contrato por parto es incompatible con que el otro progenitor reduzca su jornada por

---

<sup>46</sup> La reforma introducida en el artículo 37.1 ET por la LO 3/2007, relativa al incremento de los permisos o reducciones de jornada por lactancia en caso de parto múltiple, en cuanto constituye una norma de mínimos, prevalece sobre lo pactado en los convenios colectivos vigentes en dicho momento y viene a sustituir su contenido pero solo en relación con el aumento proporcional de la duración del permiso o reducción, no así con los días de acumulación. De esta forma, si no hay previsión convencional o acuerdo con el empresario, no habrá acumulación y, conforme a la ley, un convenio colectivo podría establecer, tras la vigencia del nuevo artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, un tope de acumulación de 14 días, un tope con un número de días superior o inferior, o excluir incluso la acumulación [STS de 11 de noviembre de 2009 (RJ 2010/247)].

lactancia<sup>47</sup>, pero actualmente la respuesta debiera ser la contraria. A continuación se analizan algunas de dichas situaciones:

a) Con la excedencia por guarda legal del otro progenitor

Se ha debatido acerca de la procedencia del permiso en el supuesto de que el otro progenitor se encuentre en situación de excedencia por cuidado de hijos. En este sentido, existen varios pronunciamientos que deniegan el derecho en estos supuestos precisamente por entender que ya que el otro no trabaja, tendrá disponibilidad para encargarse del cuidado del hijo<sup>48</sup>. Esta conclusión es difícil de compartir especialmente a la vista de la doctrina europea (Asunto Roca Álvarez)<sup>49</sup>, existiendo también algún pronunciamiento en sentido contrario<sup>50</sup>.

b) Con la reducción de jornada por guarda legal del mismo progenitor que solicita el permiso por lactancia.

Si se disfruta del permiso por maternidad a tiempo parcial, algún tribunal entiende que el mismo trabajador no puede acogerse (simultáneamente) a los beneficios del precepto ahora comentado<sup>51</sup>; la compatibilidad parece existir cuando quien hace uso de las posibilidades del artículo 37.4 ET es persona distinta. En suma: si la misma persona reduce jornada por cuidado de hijo e invoca la pausa por lactancia, existen poderosos argumentos para posibilitar esas hipótesis, pero la doctrina judicial es contradictoria<sup>52</sup>.

Se discute si el permiso solo procede en los términos previstos legalmente en los casos de trabajadores a jornada completa y si debe aminorarse proporcionalmente en supuestos de reducciones de la misma. No obstante, esta posibilidad no tiene amparo legal a la vista de la regulación vigente, especialmente teniendo en cuenta los siguientes argumentos: 1.º) La norma no diferencia ni restringe el beneficio en cuestión (*ubi lex non distinguet...*); 2.º) En todo caso, es dudoso que el sentido de los preceptos deberá de resolverse en términos de

---

<sup>47</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 1999 (AS 1999, 3204).

<sup>48</sup> STSJ de Castilla y León, Burgos de 12 de julio de 2012 (AS 2012, 1885).

<sup>49</sup> Vid. TRILLO GARCÍA, A. R., «El permiso de lactancia. La posibilidad de que dicho permiso pueda ser disfrutado por el padre cuando la madre trabajadora tiene suspendido el contrato de trabajo por excedencia por cuidado de hijos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 66, 2013.

<sup>50</sup> SJS núm. 3 de Pamplona de 12 de septiembre de 2014 (AS 2014, 2793).

<sup>51</sup> Así lo prescribe la DA primera.7 del RD 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

<sup>52</sup> Así puede comprobarse a la vista de STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de mayo de 2003 (AS 2003, 2289) y STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2003 (AS 2003, 1955).

reequilibrio (*in dubio pro operario*); 3.º) La heterogeneidad de las dos instituciones impide que la específica finalidad de la lactancia se subsuma entre las diversas atenciones que la reducción de jornadas posibilita afrontar; 4.º) Así lo entendió algún pronunciamiento judicial recaído al hilo de anteriores legislaciones<sup>53</sup>.

c) Con la reducción de jornada por guarda legal del otro progenitor

Tampoco parece que pueda haber problemas en el supuesto de que uno de los padres reduzca su jornada por guarda legal y otro solicite el disfrute del permiso por lactancia. No existe superposición o solapamiento de derechos, puesto que bajo una perspectiva legal se trata de instituciones distintas, con regímenes también diferentes (la reducción de jornada no genera derecho a retribución en tanto que el permiso sí, etc.).

d) Con la inactividad del otro progenitor

Se ha discutido el derecho al permiso por lactancia en los supuestos en que uno de los progenitores solicita su disfrute, encontrándose el otro en situación de desempleo, habiendo entendido algunos pronunciamientos que el cuidado del menor quedaba garantizado durante dicha situación de inactividad<sup>54</sup>. Esta postura ha sido fuertemente rebatida, existiendo numerosos pronunciamientos que han entendido que por tratarse de un derecho individual, resultará indiferente que uno de los dos progenitores no trabaje, entendiéndose que lo contrario implicaría que un permiso como el analizado, lejos de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental<sup>55</sup>. En este mismo sentido han recaído numerosos pronunciamientos judiciales<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> La STCT de 9 de febrero de 1978 señaló que «es obvio que si la intención del legislador hubiera sido la pretendida por la empresa hubiera redactado de distinta forma las situaciones en que pueda encontrarse la mujer trabajadora en los apartados 5.º y 6.º (del artículo 25 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976), refundiéndolos en uno solo, lo que el legislador no ha hecho y, por tanto, debe reconocerse la compatibilidad entre la pausa por lactancia y la reducción de la jornada para el cuidado del menor».

<sup>54</sup> STSJ de Andalucía, Sevilla de 5 de noviembre de 2015 (AS 2015, 2473).

<sup>55</sup> En este sentido se pronunció finalmente la STJCE 222/2014, de 16 de julio de 2015, caso *Mais-trellis* (STJCE 2015,306), entendiéndose que las disposiciones de la Directiva 1996/34 y de la Directiva 2006/54 en la materia «se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental en el supuesto de que su esposa no ejerza una actividad laboral o profesional».

<sup>56</sup> STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2015 (AS 2015,2168) o STSJ de Andalucía, Granada (Sala Contencioso-Administrativo) de 19 de abril de 2016 (JUR 2016, 143851).

## XII. MECANISMOS DE TUTELA

Como se ha señalado, el procedimiento para tutelar las situaciones en que el empleador se oponga o dificulte el acceso al derecho se tramitarán conforme a la modalidad procesal recogida en el artículo 139 LRJS, caracterizada por un procedimiento urgente y de tramitación preferente.

Además, el permiso por lactancia se encuentra entre las situaciones protegidas por los artículos 53.4.b y 55.5.b ET, estableciendo ambos como causa de nulidad del despido el hecho de que el trabajador esté disfrutando dicho permiso, extendiéndose incluso la protección a los supuestos en que lo haya solicitado pero aún no se haya reconocido, tratando así de evitarse que el empleador pueda anticiparse a la situación protegida por el mecanismo de despedir antes de su concesión. En tales circunstancias, el despido se declarará nulo salvo que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho al permiso.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el período de disfrute del permiso no podrá ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo del absentismo que podría justificar un despido objetivo de los regulados en el artículo 52.d ET.

## XIII. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

La redacción actual del precepto es objetivamente mejorable y, muy probablemente, se encuentra muy superada por la realidad. A continuación se enumeran una serie de posibilidades formuladas por la doctrina<sup>57</sup> que se abren de cara a una más óptima regulación del derecho.

Resultaría conveniente valorar la necesidad de cambiar la propia denominación del permiso, desvinculándolo nominalmente de la lactancia, y anudándolo –incluso nominalmente– al período de puerperio.

También debe tenerse en cuenta el conjunto de situaciones merecedoras de protección y que, no obstante, han quedado fuera del ámbito de protección de la norma. Puede pensarse en los supuestos en que sean otros familiares los que asuman temporalmente la guarda del menor (como los abuelos, por no poder hacerse cargo los padres temporalmente del cuidado de los menores), y que se encontrarían privados de este derecho.

---

<sup>57</sup> Entre otros, LOUSADA AROCHENA, J. F., «El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)», *La Ley* núm. 7536, 2010.

De forma muy generalizada se ha hecho referencia a la conveniencia de articular nuevos sistemas de ordenación del disfrute del derecho, apartados de los mecanismos previstos en la ley, y que le dotasen de una mayor flexibilidad que, en definitiva, sería compatible con la finalidad real del mismo. Sería el caso, por ejemplo, de la sustitución por un crédito horario a favor de los progenitores.

Se ha planteado la posibilidad de eliminar la limitación en cuanto al disfrute del permiso alternativo, de forma que pueda ejercitarse de manera simultánea por ambos cónyuges, lo que cohonstaría con la tutela del bien jurídico protegido del cuidado del menor, así como reduciría los efectos perjudiciales para la madre en cuanto a que sigue siendo la beneficiaria fundamental del mismo. De este modo, el permiso se convertiría en un derecho individual, mucho más compatible con la finalidad de conciliación de la vida familiar y laboral.

Por otra parte, debe valorarse la conveniencia de incentivar el ejercicio masculino del derecho o de evitar perjuicios para la madre que lo ejercita, a cuyo efecto podría aceptarse la asunción de la retribución por medio del establecimiento de una prestación con cargo a la Seguridad Social o reducción de los gastos sociales con cargo a dicho período.

Por último, y aparte de la conveniencia de bonificar a las empresas que habiliten medios específicos para facilitar la lactancia (tales como implantación de salas específicas para ello), a la vista de que la mayoría de estudios médicos recomiendan la lactancia natural por sus numerosos beneficios tanto para la madre como para el lactante, sería conveniente valorar la extensión del permiso más allá de los nueve meses, vinculado a la condición real de lactante del menor.

## BIBLIOGRAFÍA

- CORDERO GORDILLO, V., «La titularidad paterna del permiso por lactancia», *Revista de derecho social*, núm. 53, 2011.
- FOTINOPOULOU BASURKO, O., «El derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia cuando la madre es una trabajadora autónoma (A propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, Asunto C-104/09; Roca Álvarez)», *Lan Harremanak*/23 (2010-II).
- LOUSADA AROCHENA, J. F., «El permiso de lactancia, las últimas reformas y el estado de la cuestión», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 22, 2008.

- LOUSADA AROCHENA, J. F., «El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010, caso Roca Álvarez)», *La Ley* núm. 7536, 2010.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La titularidad indiferente del permiso de lactancia: el caso Roca Álvarez», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102, 2013.
- MARTÍNEZ BOTELLO, P., «La lactancia acumulada y la calidad de los días de su disfrute», *Revista de Información Laboral* núm. 12/2017.
- POQUET CATALÁ, R., «El permiso de lactancia tras las últimas reformas», *Actualidad laboral*, núm. 4, 2014.
- RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «El trabajador varón como titular del permiso de lactancia: situación tras la STJUE de 30 de septiembre de 2010», *Actualidad laboral*, núm. 22, 2010.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Parto múltiple y acumulación del permiso de lactancia tras la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 19/2008, paraf. 71/2008.
- «La regulación de la lactancia en el ordenamiento laboral: algunas cuestiones pendientes», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2017.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Conciliación de la vida familiar en la reforma laboral de 2012: lactancia», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «¿Cuándo y cómo se acumula el permiso por lactancia? (Al hilo de la STS-SOC 419/2018 de 19 de Abril)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2018.
- TRILLO GARCÍA, A. R., «El permiso de lactancia. La posibilidad de que dicho permiso pueda ser disfrutado por el padre cuando la madre trabajadora tiene suspendido el contrato de trabajo por excedencia por cuidado de hijos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 66, 2013.
- VELASCO PORTERO, T., «El tiempo de trabajo y su organización», en *El principio de igualdad en la negociación colectiva* (Dir. Carmen Sánchez Trigueros), Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016.

# PERMISO POR PATERNIDAD

M.<sup>a</sup> BELÉN FERNÁNDEZ COLLADOS

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

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Situaciones protegidas.* 1. Nacimiento de hijo/a o paternidad biológica. 2. Adopción. 3. Guarda con fines de adopción o acogimiento.–III. *Prestación económica, beneficiarios y plazo de solicitud del permiso.*–IV. *Periodo de suspensión o permiso.*–V. *Compatibilidad entre el disfrute del permiso de maternidad y paternidad.*–VI. *Calificación de la extinción de la relación laboral conectada con el disfrute del permiso por paternidad.*–*Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

La LOI incorpora al ordenamiento jurídico español el permiso por paternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo de la que deriva una prestación contributiva temporal o subsidio. Una medida que fue calificada por la propia exposición de motivos de la LOI como la «más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral», al establecerse como un derecho individual y de carácter intransferible del otro progenitor, con el objeto de «contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares» (art. 44.3 LOI), pues hasta la fecha, la única posibilidad de que un padre pudiera suspender el contrato de trabajo con reserva del puesto y derecho a percibir una prestación económica sustitutoria del salario era compartiendo parte del derecho atribuido a la madre. Se cumple de esta manera lo dispuesto en la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco

sobre el derecho parental celebrado por la UNICE, el CEEP y el CES, sobre el carácter individualizado y no transferible entre hombres y mujeres de los permisos parentales (cláusula 2).

Desde que la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, entrara en vigor, lo cierto es que las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral apenas han cumplido con su finalidad última de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, pues su objeto se ha pervertido al convertirse la mujer en la destinataria fáctica de las mismas, de ahí la importancia de que estas medidas se dirijan a los varones y que tiendan a romper definitivamente con el trasnochado esquema social del reparto de roles, incidiendo en la coresponsabilidad y el reparto de tareas <sup>1</sup>.

Así pues, el propósito de esta medida es ciertamente ambicioso, pues más allá de intensificar el catálogo de medidas de conciliación, se pretende: compensar las trabas, siquiera en plano legal, a la participación del padre en el cuidado de los hijos, derivadas de la configuración del permiso por maternidad biológica; aumentar el protagonismo del padre en el cuidado de los hijos desde su nacimiento; ampliar el abanico de posibilidades de reparto entre ambos progenitores de los derechos reconocidos para el cuidado de los hijos recién nacidos, adoptados o acogidos; flexibilizar el disfrute de los derechos acomodándolo a las necesidades y características de cada familia: repartir el riesgo profesional de la asunción de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres; e incluso, abrir una nueva vía para dar cabida a las nuevas realidades familiares en el disfrute de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar <sup>2</sup>.

La Disposición adicional undécima de la LOI introdujo en el Estatuto de los Trabajadores (ET) la paternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo <sup>3</sup> y la Disposición adicional decimoctava LOI, añadió a la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) un nuevo capítulo dedicado a la prestación por paternidad, con tres preceptos reguladores de la situación protegida, los bene-

---

<sup>1</sup> Cfr. FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., «El permiso por paternidad como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: aspectos críticos y propuestas de mejora», *Revista española de Derecho del Trabajo*, Civitas, núm. 139, pp. 635 y ss.

<sup>2</sup> GARCÍA NINET, J. I. (Dir.) y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley de la Igualdad*, Valencia, CISS, 2007, p. 720, y NÚÑEZ-CORTÉS, CONTRERAS, P., y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 300/2008, p. 78.

<sup>3</sup> Vid. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «Disposición undécima. Modificaciones del Texto Re-fundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores» en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO A. V. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Aranzadi, 2008, pp. 707 y ss.

ficiarios y la prestación económica<sup>4</sup>, que serán desarrollados por el 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 (RD 295/2009, en adelante). Esos tres aspectos de la prestación configuran su régimen jurídico, y junto con el plazo de solicitud, el periodo de suspensión de la relación laboral, la compatibilidad entre los permisos de maternidad y paternidad, y la nulidad del despido conectado con el disfrute del permiso por paternidad, constituyen los aspectos claves de la doctrina judicial que durante esta década de vigencia de la LOI han delimitado en la práctica de las relaciones laborales el permiso por paternidad.

## II. SITUACIONES PROTEGIDAS

Las situaciones protegidas por la prestación por paternidad son las previstas en el artículo 48.7 ET para los trabajadores por cuenta ajena y en el artículo 49.c 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 (EBEP, en adelante) para los funcionarios públicos, es decir: nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, y su disfrute coincidirá con el periodo de suspensión o permiso dispuesto en las normas referidas. El artículo 22.4 RD 295/2009 hace extensibles esas situaciones protegidas a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos regímenes especiales del sistema de Seguridad Social.

### 1. Nacimiento de hijo/a o paternidad biológica

Se entiende que se ha producido la situación protegida de nacimiento de hijo conforme al Código Civil «en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno» (art. 30 CC). Dos son, por tanto, los requisitos: vitalidad en el momento del nacimiento y entero

---

<sup>4</sup> Vid. RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN E., «Disposición Adicional decimooctava. Modificaciones de la Ley General de la Seguridad Social», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRRO, A. V. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Aranzadi, 2008, pp. 934-940.

desprendimiento del seno materno<sup>5</sup>, así pues, en los supuestos de muerte intrauterina, no se considera producido el nacimiento de hijo<sup>6</sup>.

La Ley 20/2011 del Registro Civil, de 21 de julio, reformó el arcaico artículo 30 según el cual «para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno», cuya interpretación literal podía significar la denegación de la prestación por paternidad en caso de fallecimiento a las pocas horas, sin llegar a vivir 24 horas desprendido del claustro materno, interpretación que no fue acogida por alguna sentencia de suplicación, en la que se ha llegado a señalar que «la regulación de los efectos civiles y derechos de las personas nacidas no puede condicionar el derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral ni transformar el sentido de la expresión «nacimiento de hijo» como situación protegida» y que el permiso por paternidad no tiene «como finalidad exclusiva el cuidado del ser nacido, sino también la nueva situación familiar, dado que el permiso no se reduce en caso de fallecimiento del bebé una vez transcurridas las 24 primeras horas, lo que evidencia que su finalidad es más amplia (acompañamiento a la madre, incluso si el bebé ha fallecido)»<sup>7</sup>.

Con todo, debe subrayarse la diferencia con la maternidad biológica, en cuyo caso es posible acogerse al permiso por maternidad con independencia de que el feto nazca vivo o muerto, si el alumbramiento tiene lugar tras más de 180 días de vida fetal (art. 8 RD 295/2009). De hecho, el artículo 26.7 RD 295/2009 establece que «No podrá reconocerse el subsidio por paternidad si el hijo o el menor acogido fallecen antes del inicio de la suspensión o permiso. Sin embargo, una vez reconocido el subsidio, éste no se extinguirá aunque fallezca el hijo o menor acogido». Así pues, el otro progenitor tendrá que acudir a las licencias retribuidas del ET, cuando el tenor literal del artículo 37.3.b<sup>8</sup> se refiere textualmente a la hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y no al cónyuge o pareja de hecho, supuestos en los que el otro progenitor puede no encajar tampoco, ya que el concebido no nacido puede no provenir de la pareja matrimonial o de hecho. Tampoco se puede hablar en puridad de un fallecimiento de pariente hasta el segundo grado

---

<sup>5</sup> Para mayor abundamiento *vid.* MACANÁS VICENTE, G., «Efectos y defectos del artículo 30 del Código civil. Aspectos relativos a la muerte perinatal inmediata», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4/2013.

<sup>6</sup> STSJ de Galicia de 10 de julio de 2014 (AS 2014, 1871).

<sup>7</sup> STSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 2010 (AS 2011, 917).

<sup>8</sup> «Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.»

de consanguinidad porque no se reúnen los requisitos del artículo 30 CC, por lo que la posibilidad de acompañar al otro progenitor en una situación tan dramática queda en manos de la generosidad de la empresa. No obstante, alguna interpretación judicial, pese al tenor literal del artículo 26.7 RD 295/2009 ha señalado que el hecho causante es el nacimiento, con independencia del fallecimiento posterior del recién nacido<sup>9</sup>.

## 2. Adopción

La situación protegida es la adopción de menores de seis años, o de menores de edad que sean mayores de seis años, cuando se trate de menores con discapacidad, o que por sus circunstancias y experiencias personales, o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (art. 48.7 en relación con el artículo 45.1.d ET).

Corresponde a los adoptantes decidir cuál de ellos disfruta del permiso por maternidad y cuál del permiso por paternidad, siempre que cualquiera de los dos puedan ser beneficiarios de la prestación por maternidad (arts. 178 y 181 LGSS) y/o de la prestación por paternidad (art. 184 LGSS), ya que ambas, en principio, no son acumulables en un mismo beneficiario (art. 23.2 RD 295/2009), si bien, en caso de disfrute compartido de los periodos de descanso o permisos por maternidad, la condición de beneficiario del subsidio por paternidad es compatible con la percepción del subsidio por maternidad, siempre que el beneficiario cumpla todos los requisitos exigidos (art. 23.3 RD 295/2009).

Si la adopción acontece en una familia monoparental, si el adoptante percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad (art. 23.3 RD 295/2009).

La normativa no prevé el supuesto de concurrencia entre el nacimiento de hijo biológico y adopción de otro hijo, para lo cual la doctrina judicial ha aplicado analógicamente [art. 4.1 CC (LEG 1889, 27)] la situación de parto o adopción múltiple<sup>10</sup>.

Algo más controvertida ha sido la adopción de hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho. Dicha adopción, con independencia de que el adoptante esté unido en matrimonio o sea una unión de hecho, o de que la pareja sea heterosexual u homosexual, aun existiendo previa convivencia entre adoptante

<sup>9</sup> STSJ de Asturias de 17 de abril de 2018 (JUR 2018, 157476).

<sup>10</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de junio de 2010 (AS 2010, 1758).

y adoptado, y habiendo disfrutado en su día la madre o el padre biológico de la suspensión del contrato de trabajo y del correspondiente subsidio por maternidad, ¿genera un nuevo derecho a suspender el contrato y percibir una prestación por maternidad o por paternidad?. La mayor parte de la doctrina judicial se ha pronunciado a favor, salvo en supuestos muy concretos como en el que se deniega el subsidio por maternidad a la persona que adopta al hijo biológico del otro miembro de la pareja por existir convivencia previa entre adoptante y adoptado, en un supuesto de un matrimonio heterosexual y la adopción del hijo biológico de la madre, si bien, el niño ya tenía 13 años<sup>11</sup>. Por el contrario, el TS ha concedido la suspensión del contrato de trabajo y la prestación por maternidad a la esposa adoptante de la hija biológica de su cónyuge (también mujer), pese a la previa convivencia entre adoptante y adoptada y aunque la madre biológica disfrutó en su día del permiso por maternidad<sup>12</sup> y la doctrina judicial de suplicación se ha pronunciado en idéntico sentido<sup>13</sup>. Si bien, otras sentencias lo que reconocen es la suspensión del contrato y el subsidio por paternidad, porque en esos casos se ha solicitado el permiso por paternidad<sup>14</sup>. De todo lo cual, cabe deducir que en los supuestos de adopción de hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho, se reconocerá la prestación por maternidad o por paternidad en función de lo solicitado en la demanda.

### 3. Guarda con fines de adopción o acogimiento<sup>15</sup>

La normativa reglamentaria (art. 22.1 RD 295/2009) señala que «se considerarán, de igual modo, situaciones protegidas los acogimientos provisionales formalizados por las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP», así como «la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor».

---

<sup>11</sup> STSJ de Cataluña de 20 septiembre de 2010 (AS 2010, 1930).

<sup>12</sup> STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428).

<sup>13</sup> SSTSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 22 mayo de 2014 (AS 2014, 2441) y de 27 abril de 2015 (AS 2015, 1758) y del País Vasco de 16 de junio de 2015 (JUR 2015, 210299).

<sup>14</sup> SSTSJ del País Vasco, de 30 marzo de 2011 (AS 2011, 875) y de Galicia, de 6 noviembre de 2013 (AS 2013, 3138).

<sup>15</sup> Vid. ROMERO CORONADO, M. A., «Ley 26/2015, de 28 de julio: el nuevo permiso laboral para las familias en situaciones de adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42/2016, pp. 323-328.

Igualmente, el artículo 22.2 RD 295/2009 considera jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo permanente o simple «las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cualquiera que sea su denominación», siempre que su duración no sea inferior a un año.

Tanto en el supuesto de adopción como en el de acogimiento familiar, cuando se trate de personas con discapacidad, o de quienes, por sus circunstancias y experiencias personales, o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes, para que se produzca la situación protegida el adoptado o acogido deberá ser menor de dieciocho años, entendiéndose que los menores de edad, adoptados o acogidos, que sean mayores de seis años presentan alguna discapacidad cuando ésta se valore en un grado igual o superior al 33%, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (art. 22.3 295/2009).

### III. PRESTACIÓN ECONÓMICA, BENEFICIARIOS Y PLAZO DE SOLICITUD DEL PERMISO

La prestación económica por paternidad, al igual que la prestación por maternidad, consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso y debiendo atenderse a las especificidades dispuestas en atención a la modalidad contractual (trabajo a tiempo parcial) o del tipo de actividad realizada (para la formación, artistas y profesionales taurinos) (art. 25 RD 295/2009).

Podrán ser beneficiarios del subsidio por paternidad tanto los trabajadores por cuenta ajena, como los trabajadores por cuenta propia, y los empleados públicos, que encontrándose en la situación protegida prevista en el artículo 183 LGSS, reúnan los requisitos generales y específicos para disfrutar de esta prestación, incluso si la madre reside en un país extranjero y el nacimiento se produce fuera de España (art. 23.8 RD 295/2009).

Es condición general estar afiliado y en alta o en situación asimilada en algún régimen del sistema de Seguridad Social. El artículo 24 RD 295/2009 fija las situaciones que son consideradas asimiladas a la de alta para beneficiarse del subsidio por paternidad, conforme al cual se ha reconocido como

situación asimilada al alta la de un trabajador de una empresa de trabajo temporal que ha solicitado la prestación por paternidad después de haberse extinguido el contrato de trabajo, durante la extensión de los días correspondientes a vacaciones no disfrutadas y abonadas a lo largo de la prestación de servicios<sup>16</sup>. Algo más complejo es el caso de un trabajador que solicitó el permiso por paternidad tras haber sido declarado judicialmente improcedente su despido, en cuyo caso la doctrina de suplicación entiende que se encontraba en situación legal de desempleo y por tanto en situación asimilada a la de alta<sup>17</sup>.

Cuando el trabajador preste sus servicios retribuidos sin haber sido dado de alta en el sistema de Seguridad Social, será responsabilidad del empleador el pago de la prestación por paternidad (art. 167.2 LGSS)<sup>18</sup>.

El periodo mínimo de cotización exigido es de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión por paternidad, o, alternativamente, 360 días a lo largo de la vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha<sup>19</sup> (el mismo que para acceder a la prestación por maternidad si se es mayor de 26 años artículo 178 LGSS).

Los trabajadores por cuenta ajena podrán percibir el subsidio por paternidad durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente<sup>20</sup>, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del

---

<sup>16</sup> STSJ de País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 28 de febrero de 2017 (AS 2017, 485).

<sup>17</sup> STSJ de la C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 18 de noviembre de 2011 (AS 2012, 1201).

<sup>18</sup> Tal es el anecdótico caso de un profesor de secundaria, que pese a ser nombrado funcionario interino para el nuevo curso en el mismo centro docente donde ya impartió clases el curso anterior, e incorporarse a su trabajo en septiembre, en noviembre no había sido dado de alta en el sistema de Seguridad Social, por lo que le fue denegado el permiso de paternidad que había solicitado en el mes de octubre por no encontrarse en situación de alta o asimilada al alta. El profesor acude al Juzgado de lo Social donde se le reconoce la prestación por paternidad y se condena al empleador, en este caso a la Comunidad de Madrid, como responsable directa de su abono, con absolución del INSS y de la Tesorería General de la Seguridad Social. Llama la atención que en suplicación la Comunidad Autónoma de Madrid alegue en su defensa que la culpa del retardo en dar de alta en la Seguridad Social al trabajador es de éste ya que no rellenó la ficha de la nómina, de la declaración de incompatibilidad y de la toma de posesión, ya que la obligación de dar de alta es exclusiva del empresario [STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3.ª) de 14 de mayo de 2009 (JUR 2010, 279089)].

<sup>19</sup> Para acreditar el periodo de cotización, tendrá la consideración de periodo de cotización efectiva el periodo de suspensión con reserva del puesto de trabajo contemplado en el artículo 48.10 ET para supuestos de violencia de género (téngase en cuenta que el otro progenitor puede ser también una mujer), y el periodo por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo (art. 165. 5 y 6 LGSS).

<sup>20</sup> Vid. FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., «La suspensión del contrato de trabajo por paternidad y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, diferentes y compatibles», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1/2009 (BIB 2009, 254).

contrato por parto, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión, y siempre que, en todos los casos, se produzca el disfrute del periodo de descanso correspondiente (arts. 48.7 ET y 26.3 RD 295/2009). Periodo que igualmente ha de respetarse por los trabajadores fijos-discontinuos<sup>21</sup>.

Los trabajadores por cuenta propia «podrán percibir el subsidio durante el periodo comprendido desde el nacimiento del hijo, desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice el periodo correspondiente al descanso por maternidad, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicho descanso, siempre que, en todo caso, se produzca el cese en la actividad durante dicho periodo» (art. 26.3 RD 295/2009).

Dado que el subsidio por paternidad puede solicitarse «hasta que finalice la suspensión del contrato por parto, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión», se ha planteado ante los tribunales cuál es el plazo de solicitud cuando el permiso por maternidad es ampliado por convenio colectivo, pudiendo hallarse pronunciamientos contradictorios: estimando solicitado en plazo el subsidio por paternidad transcurridas las 16 semanas del ET, pero antes de que finalizaran las 20 del convenio aplicable a la trabajadora, en aplicación del principio *in dubio pro operario* y del artículo 3.3 ET<sup>22</sup>, o por el contrario, considerando extemporánea la solicitud posterior a las 16 semanas, pero anterior a la finalización del «periodo adicional de maternidad o licencia de maternidad»<sup>23</sup>. No obstante, ha de advertirse que ambos pronunciamientos se hacen estando vigente el tenor literal del artículo 48 bis del RDL 1/1995 ET, hoy sustituido por el artículo 48 ET, en el que expresamente se señalaba «hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión», por lo que la nueva redacción debería dar lugar a una interpretación más en la línea de la STSJ de Cataluña.

Más problemáticos resultan los casos de adopción del hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho, en los que la doctrina judicial ha interpretado que el plazo del disfrute del permiso de paternidad ha de diferirse al momento de

<sup>21</sup> «no encontraría explicación colocar en mejor condición al trabajador fijo-discontinuo, que no deja de ser trabajador a tiempo parcial, para permitirle el disfrute íntegro de la licencia de forma continuada durante los 13 días naturales, que a otros trabajadores a tiempo parcial, durante un número de horas al día o días a la semana o al mes, que solo disfrutarían de la prestación en la parte proporcional a aquella en que se prestan los servicios respecto a la jornada completa», STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2013 (AS 2013, 1679).

<sup>22</sup> STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2010 (AS 2010, 2451).

<sup>23</sup> STSJ de Andalucía/Granada de 9 de mayo de 2013 (JUR 2013, 234530).

la adopción, pues en el momento del nacimiento y durante el tiempo que la madre se benefició del permiso por maternidad, la adoptante no reunía la condición de progenitor ni biológico, ni por adopción<sup>24</sup>.

No obstante, otra interpretación judicial es la que determina que como el artículo 28 RD 295/2009 entre las causas de denegación, anulación y suspensión del derecho no prevé la circunstancia del plazo en el que la prestación haya de ser solicitada, no puede establecerse una distinción que la ley no hace y menos para efectuar una interpretación restrictiva del derecho, por lo que tratándose de una prestación de seguridad social solo le sería de aplicación la prescripción del derecho al reconocimiento de la prestación que el artículo 53 LGSS prevé en cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante, sin que el plazo de retroacción de efectos que establece (3 meses anteriores a la solicitud) resulte de aplicación a una prestación, no de tracto continuado, sino que se abona en un único pago (art 29.3 RD 295/2009) ni conlleve desde luego la extinción del derecho de superar la solicitud dicho plazo trimestral<sup>25</sup>. Esta tesis es también acogida en el caso de una filiación establecida por reconocimiento ante el encargado del Registro Civil<sup>26</sup>.

Para las personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, ni el artículo 49.c) EBEP, ni el artículo 26.3 RD 295/2009, establecen un plazo de solicitud, simplemente ambos preceptos aluden a que se podrá disfrutar a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción<sup>27</sup>.

#### IV. PERIODO DE SUSPENSIÓN O PERMISO

El subsidio por paternidad se percibirá durante el periodo de suspensión que se disfrute por las situaciones protegidas ya analizadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.7 ET, o durante el periodo de permiso que se disfrute,

---

<sup>24</sup> STSJ del País Vasco de 30 marzo de 2010 (AS 2011, 875).

<sup>25</sup> STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 2 de julio de 2012 (JUR 2012, 274280).

<sup>26</sup> STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 7 de junio de 2017 (JUR 2017, 306160).

<sup>27</sup> La STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010 (JUR 2010, 153808) señala que el artículo 49.c) EBEP «no exige que la solicitud y disfrute del permiso de paternidad haya de efectuarse dentro de los 15 días siguientes al nacimiento de un hijo, lo que dispone es que su duración será de 15 días a disfrutar a partir de la fecha del nacimiento» y que tampoco se establece dicho requisito ni en la LOI, ni en ninguna de las normas de la LGSS que regulan la prestación por paternidad.

en los mismos supuestos, por el trabajador autónomo, o por el empleado público de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.c) EBEP. Es decir, cinco semanas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

El periodo de suspensión será ininterrumpido, si bien, la disposición final trigésima octava de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, ha introducido la salvedad de que la última semana del período total a que se tenga derecho, previo acuerdo entre empresario y trabajador, pueda disfrutarse de forma independiente en otro momento dentro de los nueve meses siguientes a la fecha de nacimiento del hijo, la resolución judicial o la decisión administrativa a las que se refiere el párrafo anterior. Acuerdo que habrá de ser adoptado al inicio del período de suspensión (art. 48.7 ET).

La suspensión del contrato, permiso, o cese de actividad, por paternidad podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial.

Inicialmente, conforme a la propia LOI, el ET preveía una suspensión del contrato de 13 días y el EBEP regulaba un permiso de 15 días, generándose cierta conflictividad judicial sobre la aplicación de uno u otro precepto al personal laboral de las Administraciones Públicas, hasta que el Tribunal Supremo<sup>28</sup> declaró que al personal laboral le es de aplicación la regulación laboral del ET<sup>29</sup> y que dicho régimen no es menos beneficioso que el dispuesto para los funcionarios en el EBEP.

La LOI en su Disposición Transitoria novena dispuso la ampliación progresiva de la duración del permiso por paternidad hasta alcanzar las cuatro

---

<sup>28</sup> STS de 19 de mayo de 2009 (RJ 2009, 4167).

<sup>29</sup> En este sentido se han pronunciado las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 20 de febrero de 2009 (JUR 2009,188770); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 9 de junio de 2009 (JUR 2009,353293); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 21 de julio de 2009 (JUR 2009, 446904); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 29 de septiembre de 2009 (AS 2010, 355); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 30 de septiembre de 2009 (AS 2009, 2578); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 2 de noviembre de 2009 (AS 2010, 626); STSJ de Comunidad Valenciana, de 17 de noviembre de 2009 (AS 2010,190); Comunidad Valenciana, de 11 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 117418); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife de 28 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 137781); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 31 marzo de 2010 (AS 2010, 2770); Comunidad Valenciana, de 1 de junio de 2010 (AS 2010, 1702); Andalucía, Sevilla, de 16 de julio de 2010 (AS 2010, 1825); Cataluña, de 4 octubre de 2010 (AS 2010, 2451); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 8 de noviembre de 2011 (JUR 2012, 80366); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 23 de febrero de 2012 (JUR 2012, 328669); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 21 marzo de 2012 (AS 2012, 2862); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 24 de mayo de 2012 (JUR 2012, 327130); Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 26 junio de 2012 (AS 2013, 187); y Cataluña de 8 de marzo de 2013 (AS 2013, 1679).

semanas a los seis años de la entrada en vigor de la LOI. La LOI entró en vigor el veinticuatro de marzo de 2007, por lo que dicha ampliación progresiva debería haber culminado en 2013. Sin embargo, se fue postergando hasta la aprobación de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, que pretendía ampliar el permiso directamente a las cuatro semanas, aunque curiosamente su entrada en vigor se seguía posponiendo arguyendo razones presupuestarias, en principio hasta el 1 de enero de 2011 (Disposición Final Segunda de la Ley 9/2009), y más tarde hasta el 1 de enero de 2017<sup>30</sup>. Es decir, la ampliación no ha sido progresiva, ni se ha cumplido el plazo de 6 años, pues ha transcurrido finalmente casi una década. Aunque con la entrada en vigor de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, el 5 de julio, se ha vuelto a ampliar hasta las 5 semanas actuales.

Con respecto a los efectos de la entrada en vigor de la ampliación de la duración del permiso por paternidad efectuada en 2017, el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS, en adelante) interpretó que debe tenerse presente la diferencia entre el plazo de solicitud del disfrute del derecho y la fecha del hecho causante. Aunque los trabajadores por cuenta ajena podrán percibir el subsidio por paternidad durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por parto, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión, y siempre que, en todos los casos, se produzca el disfrute del periodo de descanso correspondiente (arts. 48.7 ET y 26.3 RD 295/2009), debe atenderse a la fecha del hecho causante, es decir, al nacimiento de hijo/a, adopción, o guarda con fines de adopción o acogimiento, para determinar si el beneficiario tiene derecho a 15 días o a 4 semanas de permiso por paternidad. Así pues, si el nacimiento de hijo/a, la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o la decisión administrativa o judicial de acogimiento, son anteriores al 1 de enero de 2017, aunque el beneficiario del derecho lo solicite antes de que finalice la suspensión del contrato por parto, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión, ya en 2017, el periodo de suspensión o de permiso será de 15 días, porque el hecho causan-

---

<sup>30</sup> Vid. MOLINA NAVARRETE, C., «La «novela» sobre el permiso de paternidad: ¿acaso puede «hacerse el amor de padre» con el «desamor» de la ley?», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 321/2009.

te aconteció en 2016. Esta interpretación del INSS no estuvo exenta de polémica y algunos sindicatos instaron a que los progenitores recurrieran las resoluciones del INSS. Con la ampliación de 2018 se vuelve a plantear esta situación.

La duración del permiso puede ampliarse convencionalmente, aunque el tiempo adicional no será subsidiado por la Seguridad Social, sino que correrá a cargo del empresario, siendo muy excepcional esta situación. A este respecto debe destacarse la gran controversia que provocó la previsión en el Plan de igualdad de ABANCA de una semana adicional de permiso de paternidad a lo legalmente establecido, puesto que la patronal quiso entender que esa semana adicional quedaba comprendida en las cuatro semanas legalmente establecidas a partir del 1 de enero de 2017, interpretación que ha sido rechazada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional<sup>31</sup>.

Es fundamental distinguir entre la ampliación convencional de la licencia retribuida por nacimiento de hijo (art. 37.3.b ET) y la suspensión del contrato de trabajo con derecho al percibo de un subsidio del sistema de Seguridad Social (art. 45.1.d ET), de distinta naturaleza y compatibles entre sí<sup>32</sup>, a diferencia de lo sucedido entre la suspensión del contrato de trabajo por paternidad regulado en el ET y el permiso previsto en el BEP<sup>33</sup>.

La Plataforma por los Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPIINA), con el propósito de conseguir la reforma del sistema de permisos de maternidad y paternidad para que ambos sean iguales, intransferibles y retribuidos, no solo ha contribuido a que se presentara una Proposición de Ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento<sup>34</sup>, también ha acudido a los tribunales para que se estimara discriminatoria la duración inferior del permiso de paternidad en comparación con el permiso de maternidad. La respuesta judicial ha sido contundente: «los argumentos del recurso lo son de *lege ferenda*, y deben en su caso servir para instar un debate social, o debatir en propuestas normativas y parlamentarias las correspondientes modificaciones legislativas, pero no son procedentes en este momento, pues estando clara la normativa, y establecida jurisdiccionalmente su constitucionalidad, la Sala debe atenerse a la aplicación del dere-

<sup>31</sup> STC AN (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 27 de junio de 2017 (JUR 2017, 194879).

<sup>32</sup> STSJ de Justicia del País Vasco de 23 de septiembre de 2008 (AS 2008, 2748).

<sup>33</sup> STC AN de 6 de marzo de 2008 (PROV 2008, 134850). *Vid.* FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., *La suspensión..., op. cit*

<sup>34</sup> BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B. XII Legislatura, núm. 73-1, de 16 de enero de 2017.

cho vigente. Y en este punto es claro que el principio de igualdad y no discriminación, no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, 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 CE, y es lícito y aún conveniente establecer diferencias entre el hombre y la mujer en la regulación de los permisos de paternidad y maternidad»<sup>35</sup>. Para la Sala de lo Social de Madrid la diferente duración se funda en razones objetivas como son las derivadas del hecho biológico de la maternidad, teniendo por objeto el permiso por maternidad, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto<sup>36</sup>. También la Sala de lo Social del País Vasco se ha pronunciado en la misma línea con una extensa sentencia en la que se hace un pormenorizado análisis de la doctrina comunitaria<sup>37</sup>.

Finalmente, debe ponerse de manifiesto que para la aprobación de los próximos Presupuestos Generales del Estado para el año 2019, se está planteando la posibilidad de un aumento gradual de los permisos por paternidad hasta igualarlos con los de maternidad en el año 2021.

## V. COMPATIBILIDAD ENTRE EL DISFRUTE DEL PERMISO DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD

La prestación por maternidad y la prestación por paternidad están vinculadas, pues el disfrute del derecho a la prestación por paternidad corresponde «al otro progenitor»<sup>38</sup>, de manera que puede resultar cuestionable la compatibilidad del disfrute de ambas prestaciones. En el caso de nacimiento de hijo/a o paternidad biológica parece claro a quién corresponde el derecho, pero la casuística es mucho más compleja de lo que parece y lleva a cuestionarse la compatibilidad entre la prestación por maternidad y paternidad biológica en cinco situaciones: si se comparte el subsidio contributivo por maternidad, si la madre biológica percibe el subsidio no contributivo y opta porque el padre

---

<sup>35</sup> STSJ de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 2 de febrero de 2017 (JUR 2017, 138829).

<sup>36</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 30 de junio de 2017 (AS 2017, 1535).

<sup>37</sup> STSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 11 de diciembre de 2017 (JUR 2018, 33554).

<sup>38</sup> Vid. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., y VELASCO PORTERO, M. T., «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de igualdad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.17/2007 (BIB 200/3033).

disfrute del subsidio contributivo de maternidad, si fallece la madre, si la madre renuncia a toda relación materno-filial, y si la madre no tiene derecho a disfrutar del subsidio por maternidad.

a) *Cuando se comparte el subsidio contributivo por maternidad*

Aunque la madre biológica cede su derecho, dado que el otro progenitor sigue siendo el padre biológico, éste es el que tiene derecho al disfrute de la suspensión del contrato y el subsidio por paternidad, siendo pues compatibles.

b) *Cuando la madre biológica percibe el subsidio no contributivo y opta porque el padre disfrute del subsidio contributivo de maternidad*

En estos casos, descontando el periodo de subsidio no contributivo, el artículo 3.5 RD 295/2009, especifica que será compatible con el de paternidad.

c) *Cuando fallece la madre*

El artículo 3.3 RD 295/2009 dispone que, «con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la prestación económica por maternidad durante todo el periodo de descanso o durante la parte que quedara por disfrutar de dicho periodo, computado desde la fecha del parto», «y sin que se descuente la parte que la madre hubiera podido percibir con anterioridad al parto», y que además ello «es compatible con el derecho al subsidio por paternidad».

d) *Cuando la madre renuncia judicialmente a toda relación materno-filiar (maternidad subrogada o vientre de alquiler)*

En las familias monoparentales, esta situación se ha equiparado a la de la existencia de un único progenitor<sup>39</sup>, en cuyo caso se tiene derecho a la prestación por maternidad, si bien, la duda se plantea entonces con respecto a la

---

<sup>39</sup> La STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2009 (AS 2010, 277), tras declarar que «el derecho a suspender el contrato para atender al menor, pertenece sin discriminación por sexo ni por clase de filiación, al padre y a la madre de modo íntegro de existir un solo progenitor y en régimen de cotitularidad en caso contrario», equipara este caso al de un «supuesto de titularidad única a favor del actor», de manera tal que el otro progenitor tendrá derecho a la prestación por maternidad. *Vid.* ÁLVAREZ CUESTA, H., «El

prestación por paternidad, que como se ha indicado en caso de maternidad biológica con fallecimiento de la madre es acumulable al disfrute de la prestación por maternidad (art. 3.3 RD 295/2009), pero no cuando exista un único progenitor, adoptante o acogedor (art. 23.3 RD 295/2009). La doctrina de suplicación<sup>40</sup> entiende que el padre tendrá derecho a la suspensión y la prestación por maternidad, pero no por paternidad, por ser de aplicación el artículo 23.3 RD 295/2009 referido a la existencia de un progenitor, adoptante o acogedor<sup>41</sup>.

Cuando la familia no sea monoparental, no habrá problema alguno de compatibilidad, puesto que uno podrá disfrutar del permiso de maternidad y el «otro progenitor» del de paternidad<sup>42</sup>.

e) *Cuando la madre no tiene derecho a disfrutar del subsidio por maternidad en razón de su actividad profesional*

El propio artículo 3.4 RD 295/2009 distingue cuatro situaciones:

— La madre trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad.

— La madre que, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional.

— La madre que no tiene derecho a la prestación por maternidad por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos ni en una mutualidad de previsión social alternativa.

---

ejercicio de la paternidad biológica en solitario y la titularidad compartida de la maternidad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 21/2010 (BIB 2010/1245).

<sup>40</sup> SSTSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2014 (RJ 2015, 406) y de 12 febrero de 2016 (AS 2016, 737).

<sup>41</sup> Sobre el artículo 23.3 RD 295/2009 la STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2014 (RJ 2015, 406) señala que «Lo primero que debemos destacar es lo absurdo de la norma porque siempre hay dos progenitores. En efecto, carece de sentido indicar que una persona solo tiene un progenitor porque siempre, en el origen biológico, habrá dos progenitores, otra cosa es que puedan o no ser conocidos o estar determinados».

<sup>42</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 3.ª) de 17 de febrero de 2017 (JUR 2017, 100578).

— La madre que no alcanza a ser beneficiaria del derecho a la prestación por maternidad por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación.

En los tres primeros casos el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad<sup>43</sup>. No ocurre igual en el último de los supuestos, en el que el otro progenitor no podrá disfrutar del subsidio por maternidad<sup>44</sup>.

## VI. CALIFICACIÓN DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL CONECTADA CON EL DISFRUTE DEL PERMISO POR PATERNIDAD

La LOI blinda el disfrute del permiso de paternidad garantizando que el empresario no pueda tomar represalias contra quienes se acogen a este derecho<sup>45</sup>, dada su vinculación con el principio de igualdad y no discriminación por razón de género. Con ello, la LOI viene a transponer, en este concreto aspecto, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, en relación con la figura del permiso por paternidad.

En consecuencia, aunque el despido se funde en motivos disciplinarios o en una extinción por causas objetivas, sea colectivo o individual, el legislador calificará como nulo el despido durante el periodo de suspensión del contrato por paternidad, o notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo, e incluso el despido de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar el periodo de suspensión del contrato por paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor (art. 55.5 ET). La nulidad del despido se produce porque el empresario, aun respetando formalmente los mandatos legales, adopta medidas en apariencia ajustada a la legalidad, pero encaminadas a dificultar, evitar o adoptar represalias contra el trabajador por haber hecho uso —o

<sup>43</sup> STSJ de Andalucía, Málaga, de 14 julio de 2013 (AS 2013, 2056).

<sup>44</sup> La STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de abril de 2015 (AS 2015, 2653) desestima la prestación por maternidad al padre porque la madre estando afiliada a la Mutuality de la Abogacía optó por no suscribir con la Mutuality la prestación pudiendo hacerlo. *Vid.* STC (Pleno) de 19 mayo de 2011 (RTC 2011, 75).

<sup>45</sup> STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 16 enero de 2015 (JUR 2015, 60561).

pretender hacerlo—, de un derecho incluido en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral<sup>46</sup>.

No obstante, se trata de una presunción *iuris tantum*, lo que significa que el despido será nulo salvo que se declare su procedencia por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho al permiso por paternidad, eso sí, procederá la inversión de la carga de la prueba, ya que como señala el artículo 96.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS, en adelante) «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». El demandante que invoque la regla de la inversión de la carga de la prueba habrá de desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de vulneración del derecho fundamental, y alcanzando tal resultado, recaerá sobre la parte contraria la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada<sup>47</sup>.

La nulidad del despido comporta la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

En la doctrina de suplicación puede encontrarse una buena representación de las distintas situaciones posibles en la práctica. La más frecuente es la declaración de nulidad del despido disciplinario que pretende ser fundamentado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador consistente en la «disminución

---

<sup>46</sup> STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2.ª) de 18 de febrero de 2016 (JUR 2016, 53946).

<sup>47</sup> SSTC 87/2004, de 10 de mayo (RTC 2004, 87) y 138/2006, de 8 de mayo (RTC 2006, 138). El Tribunal Constitucional tiene establecida la siguiente doctrina [STC de 17 de marzo de 2003 (RTC 2003, 49)]: «Es sabido que la prueba indiciaria se articula en un doble plano [por todas SSTC 90/1997, de 6 de mayo (RTC 1997, 90) y 66/2002, de 21 de marzo (RTC 2002, 66)]. El primero la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia [STC 207/2001, de 22 de octubre (RTC 2001, 207)]. El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (SSTC 87/1998, de 21 de abril (RTC 1998, 87); 293/1993, de 18 de octubre (RTC 1993, 293); 140/1999, de 22 de julio (RTC 1999, 140); 29/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 29); 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre (RTC 2001, 214); 14/2002, de 28 de enero (RTC 2002, 14); 29/2002, de 11 de febrero (RTC 2002, 29), y 30/2002, de 11 de febrero (RTC 2002, 30)]. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada».

continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado» (art. 54.2.e ET), pero que se realiza tras la solicitud del trabajador de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad, no pudiendo ser acreditado el incumplimiento del trabajador<sup>48</sup>, o tras la información a la empresa de la próxima paternidad y la intención de solicitar el permiso<sup>49</sup>, e incluso supuestos en los que la propia empresa reconoce la improcedencia del despido<sup>50</sup>. Sin embargo, sí se ha considerado procedente el despido disciplinario por «transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo» (art. 53.2.d ET), cuando ha quedado probado que el trabajador consumió un producto de la empresa sin abonarlo, lo que determina que la razón del despido no es el disfrute del permiso por paternidad<sup>51</sup>, o cuando se constata que una vez recibida la carta de despido se solicita el permiso por paternidad con efectos retroactivos con el fin de conseguir la nulidad del despido<sup>52</sup>.

Igualmente, tal y como prescribe el propio ET, es nulo el despido que pretende represaliar al trabajador tras su reincorporación al trabajo, después de haber disfrutado del permiso por paternidad producido dentro del periodo de nueve meses desde el nacimiento del hijo que lo motivó<sup>53</sup>.

Por lo que hace a la extinción del contrato por causas objetivas, es reiterada la doctrina de suplicación en la que se señala que el disfrute del permiso por paternidad no es garantía de indemnidad, de manera tal que la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción podrá ser declarada procedente o improcedente<sup>54</sup> según concurren o no dichas causas, cuando no quede acreditado que el despido se deba a la existencia de una solicitud de permiso de paternidad<sup>55</sup> o al disfrute del mismo. En ningún caso, a la hora de determinar el umbral de las faltas de asistencia al trabajo justificadas, que conllevan la extinción del contrato de trabajo por cau-

<sup>48</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 11 julio de 2014 (AS 2014, 2056).

<sup>49</sup> STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 2 de octubre de 2017 (JUR 2017, 260156).

<sup>50</sup> STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 2.ª) de 18 de febrero de 2016 (JUR 2016, 53946).

<sup>51</sup> STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 17 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 287318).

<sup>52</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2.ª) de 18 de mayo de 2010 (JUR 2010, 229058).

<sup>53</sup> SSTSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 2.ª) de 29 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 110076) y de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 16 abril de 2010 (JUR 2010, 233499) y (Sala de lo Social, Sección 5.ª) de 30 marzo de 2015 (JUR 2015, 162260).

<sup>54</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 31 de julio de 2014 (AS 2014, 2590).

<sup>55</sup> En la STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2.ª de 27 junio de 2011 (AS 2011, 2660) no se aprecia vulneración del derecho por falta de prueba de la existencia de una solicitud de un permiso de paternidad, realizada supuestamente el mismo día en que es comunicada la extinción, habiendo afectado la misma a varios trabajadores, y estando plenamente acreditada la conexión entre la medida extintiva y la viabilidad futura de la empresa.

sas objetivas dispuesta en el artículo 52.d ET, se computará la ausencia en ejercicio del permiso por paternidad<sup>56</sup>.

En los casos de despido colectivo, como en el individual, el despido será declarado procedente si concurre la causa invocada en la carta de despido no relacionada con el ejercicio del derecho a la paternidad<sup>57</sup>.

Cuando se trata de personal eventual, el acuerdo del cese o no prórroga hasta el máximo de 180 días que establece la normativa, no puede argumentarse en el hecho de que las funciones no van a poder ser desempeñadas por encontrarse el trabajador disfrutando del permiso de paternidad con motivo del nacimiento de su hijo, ya que de ello se deriva que el cese se fundamenta en el ejercicio del derecho, lo que determina una infracción del principio de igualdad y una discriminación<sup>58</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., «El permiso por paternidad como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: aspectos críticos y propuestas de mejora», *Revista española de Derecho del Trabajo*, Civitas, núm. 139.
- «La suspensión del contrato de trabajo por paternidad y el permiso retribuido por nacimiento de hijo: dos medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, diferentes y compatibles», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1/2009 (BIB 2009, 254).
- GARCÍA NINET, J. I. (Dir.) y GARRIGUES GIMENEZ, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley de la Igualdad*, Valencia, CISS, 2007, p. 720 y NÚÑEZ-CORTÉS, CONTRERAS, P. y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 300/2008.
- HIERRO HIERRO, F. J., «Maternidad subrogada y prestaciones de seguridad social», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190/2016.
- MACANÁS VICENTE, G., «Efectos y defectos del artículo 30 del Código civil. Aspectos relativos a la muerte perinatal inmediata» *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4/2013.
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., «Disposición undécima. Modificaciones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores» en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgáni-*

---

<sup>56</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 24 de noviembre de 2017 (JUR 2018, 34259).

<sup>57</sup> STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 22 mayo de 2015 (JUR 2015, 173720).

<sup>58</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) de 18 de enero de 2017 (RJCA 2017, 5).

*ca 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Aranzadi, 2008.

- MOLINA NAVARRETE, C., «La “novela” sobre el permiso de paternidad: ¿acaso puede «hacerse el amor de padre» con el “desamor” de la ley?», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 321/2009.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y VELASCO PORTERO, M. T., «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y paternidad en la nueva Ley Orgánica de igualdad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.17/2007, (BIB 200/3033).
- RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E., «Disposición Adicional decimoctava. Modificaciones de la Ley General de la Seguridad Social», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Aranzadi, 2008.
- ROMERO CORONADO, M. A., «Ley 26/2015, de 28 de julio: el nuevo permiso laboral para las familias en situaciones de adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42/2016.



# PERMISO POR MATERNIDAD

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Profesora Contratada Doctora Indefinida (Acreditada como Titular de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada

SUMARIO: I. *La maternidad y su protección social ante lo nuevos modelos de familia.*—II. *Maternidad y Seguridad Social: planteamiento general y perspectiva de conjunto.*—III. *Una nueva prestación: La «maternidad por subrogación».* 1. La maternidad subrogada como una nueva realidad social. 2. Antecedentes y sentencias favorables. 3. Trasfondo y cambio de rumbo en la doctrina del Tribunal Supremo.—IV. *Conclusiones.—Bibliografía.*

## I. LA MATERNIDAD Y SU PROTECCIÓN SOCIAL ANTE LOS NUEVOS MODELOS DE FAMILIA<sup>1</sup>

La protección pública de la maternidad constituye, en efecto, una de las preocupaciones centrales de la legislación laboral y de Seguridad Social y, en definitiva, del Derecho Social. Y lo ha sido así, como se sabe, desde los orígenes con las primeras normas sociolaborales, tanto en el ámbito internacional como en los Derechos nacionales, que han permitido establecer, dentro de una continua evolución, un estándar internacional de protección aportando un con-

---

<sup>1</sup> Para un estudio más exhaustivo, ver MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., «La renovada tutela social 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.

junto de garantías sociales de potencial proyección universalista. En la misma Unión Europea se ha regulado esta materia a través de diversos instrumentos jurídicos. Es lo cierto que ante todo el centro de atención de la acción pública tiene que ser la tutela del interés de la mujer trabajadora (tanto en lo que respecta a la salud, como a su protección laboral y de Seguridad Social), pero, sin olvidar, que tras esa protección concurren también intereses de carácter social en una «sociedad del envejecimiento». Las nuevas estructuras familiares y las formas de maternidad estando dando lugar a constantes modulaciones en el concepto de familia, que motivan una construcción social más allá del elemento primario de carácter biológico. De ahí que la realidad actual –la experiencia jurídicosocial– muestre profundos cambios en los modelos de familia y en los modelos de regulación jurídica de esta «institución social».

La respuesta del ordenamiento jurídico a esos cambios frecuentemente ha sido tardía, y por ello se ha creado una imagen artificial de una supuesta estabilidad del modelo de regulación cuando lo cierto es que los cambios se han venido produciendo –por exigencias de adaptación y de política del Derecho– sea por vía normativa o por vía de doctrina judicial (a impulso también de la doctrina científica). Cabría, pues, precisar que –como se verá después– el Derecho Social en su conjunto se ha venido *renovando, mejorando su tutela y adaptándose* a los nuevos modelos de familia y a las nuevas sensibilidades socio-culturales relativas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar...<sup>2</sup>. Y esa adaptación ha venido operándose tanto respecto a la protección laboral como la tutela dispensada por el sistema de Seguridad Social y más ampliamente de protección social pública.

Tales respuestas se habían venido estructurando alrededor de un conjunto de pautas tradicionales típicas que conforman un haz de derechos (los «derechos de maternidad») que, al tiempo, han tenido que ser trascendidas, superando así, en gran medida, el problema que tiene que ver con la unilateralidad (y en no poco de paternalismo). En efecto, visto desde un enfoque tradicional, la maternidad ha sido entendida como un estado biológico diferenciador, que incidía en la salud de la mujer trabajadora y que exigía una tutela protectora tanto en la vertiente contractual (suspensión del contrato de trabajo o de la relación de servicios profesionales), como en la esfera de la Seguridad Social. Y es que, por lamentable que pueda ser, la maternidad ha sido durante largo tiempo equiparada a la enfermedad (formando así parte inescindible de la prestación por incapacidad temporal). Lo cual conducía, de inmediato, a un

---

<sup>2</sup> HIERRO HIERRO, F. J., «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016, pp. 3 y ss., en su versión digital.

acotamiento subjetivo que limitaba la protección socio-laboral de la mujer trabajadora atendiendo a esa vertiente fisiológica natural. Por otra parte, la protección concedida a la mujer quedaba impregnada por una determinada manera de entender el rol social de ésta como la persona que tenía atribuida la función subalterna y la responsabilidad del cuidado de los hijos y, en general, del hogar familiar. Aquí el Derecho Social asumía una función de reproducción jurídica e institucional de la realidad socio-cultural dominante en una sociedad patriarcal. Es así que la maternidad se ligaba, necesariamente, al cuidado de la familia atribuido en exclusiva o predominantemente a la mujer.

Partiendo de esta concepción cultural (o de «cultura jurídica», en el sentido que expresa Giovanni Tarello<sup>3</sup>) la protección de la maternidad ha venido centrándose, tradicionalmente, en la mujer trabajadora. Y todo ello, a fin de ampararla desde la perspectiva sanitaria, al tiempo que se le facilitaba y, la asunción efectiva de las responsabilidades familiares incrementadas por la natalidad como pretendida consecuencia natural de la maternidad. De este modo, se justificaría que las suspensiones o los permisos ligados al cuidado de los hijos quedaran inexplicablemente unidos a la maternidad. Por lo que solo quedaba ya dar un paso para que, de manera efectiva, se les reconocieran a las mujeres trabajadoras la titularidad dominante sobre estos derechos vinculados a la maternidad. En realidad, todo este enfoque dependía del modelo de sociedad que deben perseguir las políticas públicas en un sistema democrático, el cual estaba, en no poco, sobredeterminado por la división sexual del trabajo social, en el sentido durkheimiano de la expresión<sup>4</sup>.

Junto a las innegables dimensiones físicas que presentan las mujeres se han sumado factores tales como el sociológico y cultural, los cuales se encuentran sometidos a las constantes transformaciones sociales, determinado así una degradación no solo del trabajo de la mujer, sino también de su papel en la sociedad (su posición subalterna en la estructura social) y, muy en particular, de la concepción de la maternidad en cuanto condición que permite la estigmatización de la mujer y la justificación de auténticos tratos discriminatorios del trabajo que presta ésta, en cuando no de la misma atribución subjetivamente selectiva de derechos prestacionales en materia de Seguridad Social. Esta justificación –facilitada por una reconocible aceptabilidad social muy generalizada– se producía (y en parte lo sigue estando) tanto en la perspectiva legislativa,

---

<sup>3</sup> Véase TARELLO, G., *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2002, espec., pp. 166 y ss.

<sup>4</sup> DURKHEIM, E., *Lecciones de sociología. Física de las Costumbres y del Derecho*, trad. Estela Cató, revisión, edición y estudio preliminar, «Cuestión social y reforma moral: las corporaciones profesionales», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2006.

como en la de aplicación e interpretación judicial (la realización judicial del Derecho, esto es, el Derecho vivo judicial). Y es que, como ya verá más adelante, la superación de este planteamiento operará, precisamente, a través de ese doble cauce jurídico e institucional. No obstante, cabe advertir que lo cierto es que hasta fechas relativamente recientes ha dominado el punto de vista tradicional, lo cual ha contribuido a «cronificar» el papel y la función social de la mujer en la división social del trabajo por razón de género.

No deben ignorarse los «marcos» de referencia de las políticas del Derecho relativas a la protección social de la maternidad. En este sentido, es relevante el modelo productivo y la perspectiva antropológica dominante. Hay que tener en cuenta que el Derecho de la Seguridad Social estuvo pensado para el paradigma del sistema productivo en donde la persona asegurada (la mujer) era prevalentemente al hombre. De ahí que el papel que desempeñara la mujer fuese, principalmente, el de beneficiaria de la acción prestacional disfrutada a título de derecho derivado de su vínculo conyugal o matrimonial. Por otra parte, conviene recordar que la Seguridad Social en la tradición continental de base previsional no ha venido asumiendo como elemento esencial la redistribución social, pues con la sola dimensión contributiva no resulta posible afrontar las situaciones de desventaja o desigualdad sociales. Más bien, cuando en la Seguridad Social prevalece el vector contributivo, se produce entonces el efecto paradójico que contribuye a legitimar, reproducir y perpetuar la fragmentación social realmente existente. Es así que la Seguridad Social se construyó desde los orígenes como un gran instrumento de protección social pública que estaba diseñado para el aseguramiento social del trabajador varón (no para la mujer trabajadora, que ocupaba por entonces un lugar secundario en el mercado de trabajo). Y, en consecuencia, todo el Sistema de Seguridad Social estaba montado sobre la base de unas reglas y medidas de acción prestacional enfocadas a fin de hacer frente a ese paradigma del trabajador varón que, con ciclos de vida laboral más o menos uniformes, disfrutaba de una cierta estabilidad en el empleo y a tiempo completo<sup>5</sup>. No se había producido todavía la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo (y en condiciones de mínima de oportunidades y de trato).

---

<sup>5</sup> MALDONADO MOLINA, J. A., «El derecho a la Seguridad Social de la mujer», en VV. AA., *Género y Derechos Fundamentales*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2010, pp. 445 y ss., con referencia a MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996, p. 230. Sobre los ciclos vitales y su incidencia en la planificación de la Seguridad Social, puede consultarse *Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, Número Extraordinario (2008); íd.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España*. José Maluquer y Salvador, Granada, Ed. Comares, 2007.

Por tanto, es un hecho históricamente verificable que la Seguridad Social tradicional no estaba pensada para la protección de la mujer trabajadora, pues introducía grandes obstáculos para instrumentar una protección adecuada y efectiva de la mujer trabajadora. En la igualdad formal imperante en la construcción del sistema (en la perspectiva de género) se ocultaba la desigualdad realmente existente entre el desarrollo no equiparable de la vida laboral del hombre y de la mujer. Su resultado más visible y grave fue la exclusión práctica de la mujer de la tutela frente a determinados riesgos sociales. Y en esa misma perspectiva de los riesgos cubiertos cabe decir que, adicionalmente, los riesgos tradicionalmente objeto de cobertura por la Seguridad Social (y su antecedente en la previsión social como expresión de los seguros sociales evolucionados) no contemplaban *riesgos específicos* de la mujer trabajadora, como es el caso del riesgo durante el embarazo (incorporado tardíamente en virtud de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre) o el riesgo durante la lactancia natural (incluido, en fechas próximas, por parte de la LOI<sup>6</sup>); ambos riesgos estrechamente vinculados a la prevención de riesgos laborales<sup>7</sup>. Hasta hace poco no se preveían medidas que adaptaran los requisitos establecidos para tener derecho a las prestaciones al ciclo vital y de vida laboral de la mujer trabajadora (como sucede, por ejemplo, en el caso de las situaciones asimiladas al alta y los períodos cotizados y, asimismo, de cara al mantenimiento o conservación de las prestaciones por desempleo de la Seguridad Social cuando en el disfrute del subsidio de maternidad y se extinga el contrato de trabajo –art. 284.1 de la LGSS<sup>8</sup>).

Es necesario realzar que el reconocimiento de los derechos específicos de la mujer trabajadora ha exigido una larga evolución en la lucha por el Derecho

---

<sup>6</sup> La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, llevó a cabo una notable *intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social*. Y es que al tiempo que ha introducido importantes modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones otorgadas en caso de maternidad y de riesgo durante el embarazo, ha incorporado en el ordenamiento jurídico de la protección social pública dos nuevos subsidios: el correspondiente al permiso por paternidad y el que se concede en supuestos de riesgo durante la lactancia natural; todo ello con el objetivo de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral y para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar.

<sup>7</sup> El artículo 26.3 LPRL, regula la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, estableciendo que «podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 54. 1.d) del Estatuto de los Trabajadores». Por su parte, el artículo 26, apartados 1 y 2 de la LPRL, regula la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural. Véase la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia. Véase, al respecto SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El riesgo durante el embarazo. Régimen Laboral y de Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2002; LÓPEZ RUBIA, M. E., *Regulación jurídica de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Thomson Reuters-Ed. Aranzadi, 2015, y la amplia bibliografía allí citada.

<sup>8</sup> MALDONADO MOLINA, J. A., *El derecho a la Seguridad Social de la mujer*, cit., pp. 445-446.

que, como suele ocurrir, han sido en parte conquistados y en parte otorgados por el poder público. Así ha ocurrido desde la normativa internacional general (señaladamente en virtud de los Convenios de la OIT en materia de Seguridad Social) y por el Derecho Social Comunitario y la acción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya efectividad en el espacio social europeo ha exigido todo un proceso de revisión y transposición de la normativa de la Unión bajo el control de constitucionalidad de los Tribunales Constitucionales existentes en los Estados miembros. Este desarrollo ha permitido, de un lado, centrar la atención sobre los riesgos específicos de la mujer trabajadora y, de otro, conferir legitimidad a las distintas medidas de acción positiva dirigidas hacia ella. Lo que comporta un reconocimiento de las diferencias existentes y de las necesidades de introducir medidas encaminadas hacia la compensación de las desigualdades por razón de sexo. De ahí la tendencia a la tutela de la mujer como parte de un colectivo o grupo de riesgo desde la perspectiva no solo de la Seguridad Social, sino también desde el punto de vista del Derecho de la prevención de riesgos laborales, en cuyo marco se protege a la mujer trabajadora respecto a los riesgos derivados del trabajo. Por lo que se prevé así que el embarazo y la lactancia sean situaciones de riesgo para el hijo, el cual queda vinculado a las características del ambiente de trabajo donde se realiza la actividad laboral.

Todo ello supone que la perspectiva de tratamiento unidireccional de la maternidad como simple «riesgo biológico» se haya visto en parte complejizada y trascendida, y no solo por la pérdida de unilateralidad, sino también por la lucha por el reconocimiento jurídico de los permisos y las prestaciones de Seguridad Social hacia realidades y figuras como la de la «maternidad subrogada», en donde se difumina el elemento biológico y se realiza el elemento de cuidados familiares. De ahí que en ciertos aspectos la doctrina jurisprudencial tienda a la asimilación de estas nuevas situaciones a las más tradicionales figuras de la adopción, en una cuestión todavía abierta (al debate y regulación jurídica) en los ordenamientos jurídicos europeos. Esa lucha por el reconocimiento jurídico constituye una manifestación de la experiencia de la injusticia y de la reivindicación de la autonomía personal y la integración en la sociedad. De este modo, la política de igual reconocimiento se basa en la concepción moderna de la dignidad a la que toda persona como ser humano tiene derecho, al menos en una sociedad digna o decente<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> En una perspectiva general, y en relación con la teoría de la justicia, HONNETH, A., *La lucha por el reconocimiento*, Barcelona, Ed. Crítica, 1997, y bajo esa inspiración MARGALIT, A., *La sociedad decente*, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 1997, reeditado, en la misma editorial, en 2010.

## II. MATERNIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL: PLANTEAMIENTO GENERAL Y PERSPECTIVA DE CONJUNTO

En el Sistema de Seguridad Social se ha venido articulando un haz de medidas de protección de la maternidad que, en cierto sentido, constituye todo un complejo normativo que sirve de cierre al conjunto protector establecido por el Derecho Social (Ordenamiento Laboral y Derecho de la Seguridad Social) respecto al proceso de maternidad (o vinculada a ella)<sup>10</sup>. Así, la suspensión del contrato laboral o el cese temporal en el trabajo se ha venido anudando—como factor generador—al disfrute del permiso de maternidad y la situación de riesgo durante el embarazo, de tal manera que dichas medidas de Seguridad Social pretendían atender a las situaciones de necesidad económica de la trabajadora y, en su caso, del trabajador varón (respecto al cuidado de los hijos) cuando operado el procedimiento de inejecución temporal de la prestación de servicios se deja de percibir las retribuciones pertinentes<sup>11</sup>. En esa lógica de sustitución de rentas de activo dejadas de percibir temporalmente se verifica que el dato de que la tutela de la capacidad económica de la trabajadora o del trabajador constituye la finalidad básica de las prestaciones por maternidad y por riesgo durante el embarazo. Es así que la acción protectora específica de la Seguridad Social interviene en estrecha ligazón con al cese temporal en el trabajo profesional, esto es, vinculada a finalidades típicamente laborales. Este rasgo funcional se añade la tutela y fomento del empleo los trabajadores que asuman la responsabilidad inherente a la maternidad/paternidad. Es para este todo en donde el sistema en su conjunto está pensando para la sostenibilidad/mantenimiento de la capacidad económica del sujeto protegido y la garantía de sus derechos laborales (vinculados, en última instancia, al derecho al trabajo). En este sentido, cobra especial relevancia el derecho de reintegración del permiso y prestación de maternidad/paternidad<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Véase GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico laboral y de Seguridad Social*, Madrid, CES, 2004, p. 168.

<sup>11</sup> Y es que, hasta su reconocimiento por las sentencias del Tribunal Supremo de finales de 2016, se venía negando la prestación por maternidad. Por lo que, únicamente, se garantizaba el disfrute de la prestación por paternidad. Ver HIERRO HIERRO, F. J., «Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017, pp. 112-113.

<sup>12</sup> STJUE de 6 de marzo de 2014, asunto C-595/12, en conexión con la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) artículo 15.

Conforme al artículo 15 («Reintegración tras un permiso de maternidad»): «La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia».

El mantenimiento de la capacidad económica (prestaciones económicas de sustitución de las rentas de activos) ha venido siendo la finalidad principal e inmediata de las prestaciones públicas vinculadas a la maternidad. La normativa internacional refleja esta orientación, enlazando la situación laboral con la acción protectora específica de la Seguridad Social. Así, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, los Convenios de la OIT, núm. 103, artículo 4, apartados 1 y 2, núm. 183, artículo 6, apartados 1 y 2, y núm. 156, artículo 4. En esta dirección, el Derecho social comunitario ha tratado ante todo de garantizar el mantenimiento de la capacidad económica de las trabajadoras en tales situaciones de necesidad. Así ya con la Directiva 96/34/CE, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental, Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por *BusinessEurope*, la *Ueapme*, el *Ceep* y la *Ces*, y se deroga la antes citada Directiva 96/34/CE, así como la Directiva 92/85/CEE, sobre medidas para promover la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que éste en período de lactancia, que realiza la exigencia de que las legislaciones de los Estados miembros garanticen los derechos laborales, incluido el salario y/o el beneficio de una prestación económica adecuada de sustitución de ingresos de activo dejados de percibir por las trabajadoras (art. 11). Debe retenerse en cuenta aquí que el artículo 8 de la Carta Social Europea Revisada de 1996 (hecha en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996) reconoce un «Derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad», atribuyéndole un contenido mínimo necesario que ha de ser garantizado por las Partes firmantes<sup>13</sup>.

En la normativa internacional se constata una cierta indefinición respecto a la cuestión de determinar quién asume la responsabilidad económica directa de las prestaciones en estos casos. Así, en el marco europeo, el Código Europeo de la Seguridad Social (el cual, por cierto y significativamente, remite el

---

<sup>13</sup> Para garantizar el *ejercicio efectivo* del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen: 1. a garantizar a las trabajadoras, antes y después del parto, un descanso de una duración total de catorce semanas, como mínimo, sea mediante vacaciones pagadas, sea por prestaciones adecuadas de la seguridad social o por subsidios sufragados con fondos públicos; 2. a considerar como ilegal que un empleador despida a una mujer durante el período comprendido entre el momento en que comunique su embarazo a su empleador y el fin de su permiso de maternidad, o en una fecha tal que el período de preaviso expire durante ese período; 3. a garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo; 4. a regular el trabajo nocturno de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos; 5. a prohibir el empleo de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos en trabajos subterráneos de minería y en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados por su carácter peligroso, penoso o insalubre, y a adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos de estas mujeres en materia de empleo».

artículo 12.2 de la Carta Social Europea revisada de 1996) se hace referencia a la obligación jurídica de los Estados signatarios de establecer prestaciones. Sin embargo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, mantiene la incertidumbre, pues alude al «permiso pagado» y refiere de inmediato a las prestaciones de Seguridad Social por maternidad. No es de extrañar que la misma Directiva 92/85/CEE hablase ya, de manera indistinta, de «garantizar los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o una prestación adecuada». Tampoco los instrumentos de la OIT son totalmente definidos en esta materia: más nítido el Convenio OIT, núm. 103, que se pronuncia por la exclusiva responsabilidad pública (art. 4.4) y la explícita exclusión empresarial (art. 4.8), y más ambiguamente, sin duda, el Convenio OIT, núm. 183, que parece abrir a un posible ingreso con cargo al empresario, sea con base a su consentimiento o sea a través de los acuerdos contraídos en el marco del proceso de concertación social, o, finalmente, por el cauce previsto en el propio Derecho interno. Esa posible opción concedida a los Estados no deja de ser problemática.

Si hablamos de una prestación de Seguridad Social se acentúa innegablemente el elemento de compromiso del poder público de garantizar un derecho de ciudadanía, más allá de obligaciones empresariales vinculadas a la garantía social que ofrecería el sistema público. En nuestro Derecho interno la opción clásica ha sido la de apostar por un sistema prestacional público, a través de la instauración de subsidios por: maternidad (arts. 177 a 180 de la LGSS); riesgo durante el embarazo (arts. 186 y 187 de la LGSS); riesgo durante la lactancia natural (artículos 188 y 189 de la LGSS) y la paternidad (art. 183 a 185 de la LGSS). Y ello sin perjuicio de que el empresario asuma obligaciones de prestación en lo concerniente a una posible mejora voluntaria de las aludidas prestaciones otorgadas por el sistema público implantadas a través de la negociación colectiva (artículos 238 a 240 de la LGSS y Orden de 28 de diciembre de 1966, reguladora de las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social). Dado el presupuesto de la suspensión del contrato o del cese temporal de la actividad, es lógico que los periodos de inactividad en tales supuestos justificados no den lugar por imperativo legal a prestaciones económicas de sustitución por parte del empleador (cuestión distinta es, y así se insiste, en que puedan establecerse mejoras voluntarias a cargo de éste)<sup>14</sup>. Pero sobre todo lo que conviene realzar es que ésta es la lógica del

---

<sup>14</sup> Véase GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, cit., p. 170, que subraya, certeramente, que dicha opción de política legislativa es coherente con «la *sinlagmaticidad* propia de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo pues, dado (en las situaciones de referencia) el *cese temporal de la obligación de trabajar* –por otra del mecanismo suspensivo–, ha de cesar, consecuentemente, la recíproca obli-

*derecho social de prestación* y su inserción en el programa propio de prestaciones de la Seguridad Social. Es decir, como riesgo específico protegido –o situación de necesidad específica– por el Sistema de Seguridad Social.

Estas prestaciones públicas básicas se articulan con otras medidas de protección social vinculadas a la maternidad. Es el caso de las prestaciones en especie, como la asistencia sanitaria dispuesta para las trabajadoras en el proceso de maternidad (embarazo, parto y puerperio) y para el hijo o hijos concebidos (art. 42 LGSS, arts. 90 y 100 LGSS/74; RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización). Pero también otras que tienen una naturaleza económica cuya finalidad es la de facilitar al sujeto protegido el ejercicio de sus responsabilidades familiares e incluso fomentar la natalidad. Se trata de aquellas que inciden en el cuidado de los hijos, especialmente a través de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo (reguladas en los artículos 351. a), 352 a 356) e igualmente de una prestación no contributiva de pago único por parto o adopción múltiples (reguladas en los artículos 352.c), 359 y 360 de la LGSS) y, finalmente, la prestación de pago único por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos (regulada en los artículos 352.b), 357 y 358 de la LGSS). Estas prestaciones no tienen carácter de rentas de sustitución de la retribución dejada de percibir, sino de prestaciones complementarias encaminadas a afrontar las mayores dificultades económicas que supone para la familia el nacimiento de los hijos. No debe olvidarse las prestaciones por excedencia (art. 237 de la LGSS) que no presentan un contenido económico y en donde se entienden que constituye como período de cotización efectiva el primer año (con reserva del puesto de trabajo) de excedencia para el cuidado de hijos, evitando así la incidencia negativa sobre los derechos de Seguridad Social<sup>15</sup>.

Existen distintos instrumentos protectores de la mujer por la Seguridad Social, pero también por prestaciones durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Además, la maternidad ha tendido a enmarcarse dentro de la política del Derecho encaminada a propiciar la conciliación de la vida personal, familiar y profesional.

---

gación de pagar el salario, haciéndose necesaria la provisión de unas determinadas rentas de sustitución que subviengan las necesidades económicas emergentes del/la trabajador/a. La configuración de tales períodos de inactividad como permisos retribuidos a cargo del empresario resultaría, en cualquier caso, una carga exorbitante para éste, además de una consecuencia contraria a la lógica jurídica de la suspensión contractual y, por ende, un argumento altamente disuasorio de cara al empleo de mano de obra femenina».

<sup>15</sup> GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A., *La maternidad...*, op., cit., p. 171-172.

La maternidad tuvo un reconocimiento histórico en nuestro país con el RD-Ley de 22 de marzo de 1929 y antes de que se implantará el seguro de enfermedad, con el que después se unificaría, no sin ya apreciable disfuncionalidad. Ciertamente la maternidad nació como un seguro específico, pero sería absorbido en el distinto y más genérico seguro de enfermedad, tipificándose como una causa determinante más de la tradicionalmente denominada «incapacidad laboral transitoria» (hoy «incapacidad temporal», hoy depurada de la maternidad como tal). Este encuadramiento no solo difumina la especificidad del riesgo, sino que además comporta una visión negativa y estigmatizadora de la maternidad en cuanto que es asimilada sin más a la enfermedad. Por lo demás, ello supuso que se acogiera de manera indiferenciada al régimen jurídico aplicable a la Incapacidad Laboral, el cual por definición tiene un carácter restrictivo, pues está siempre presidido –aunque sea de modo subyacente– por la lógica prestacional y la técnica de control que pretende introducir desincentivos al denominado «absentismo laboral». Debe realzar que no es hasta el año 1994 cuando se produce la necesaria y lógica segregación de la maternidad de la incapacidad temporal, creándose, al efecto, un subsidio específico (su regulación en el Capítulo VI del actual LGSS, desarrollado reglamentariamente por el RD 295/2009, de 6 de marzo<sup>16</sup>)<sup>17</sup>.

Será a partir de la Ley 39/1999, de 3 de marzo, cuando se estableció el descanso paterno y por adopción, intensificándose así un cierto «desplazamiento» o «escoramiento» de la maternidad como hecho individual hacia la protección familiar y de conciliación (Exposición de Motivos), lo que llevó también a producir una ampliación de los permisos por adopción y acogimiento permanente y preadoptivo. Es así que desde entonces no se configuraría la maternidad como un hecho limitado a la madre trabajadora, sino que asimismo se hacía partícipe del pleno derecho al padre. El cambio de enfoque es cualitativo, porque la maternidad deja de estar en la esfera de la relación laboral de la mujer trabajadora para desplazarse hacia la institución familiar, y específicamente en lo atinente al reparto de responsabilidades familiares de la pareja en orden al cuidado del neonato.

---

<sup>16</sup> Por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. El Real Decreto-ley 295/2009, de 6 de marzo, se ha visto actualizado en virtud de: la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>17</sup> Véase MALDONADO MOLINA, J. A., *El derecho a la Seguridad Social de la mujer*, cit., p. 466.

Este proceso continuaría con el surgimiento de nuevos tipos de prestaciones en virtud, inicialmente, del RDL 1/2000, de 14 de enero, de medidas de protección familiar de la Seguridad Social. Normativa ésta que tratará de afrontar el hecho del nacimiento de hijos en casos especialmente gravosos, para lo cual crea dos nuevas prestaciones de pago único: la primera de ellas, a los casos de nacimiento del tercer o posterior hijos y, la segunda, para los supuestos de parto múltiple. Y nótese que, en todos estos casos, la cobertura no es la mujer, sino la unidad familiar por incremento de gastos. Así, esta prestación asume un doble objetivo, a saber: la atención a la salud de la madre (así las previsiones sobre el descanso por puerperio) y, asimismo, la de facilitar el cuidado del recién nacido o del menor objeto de adopción (asistencia sanitaria anudada como prestación específica). Con todo, no se debe olvidar que la madre continúa ostentando la centralidad en los mecanismos de protección pública en los supuestos de nacimiento de un hijo o hijos, precisamente por el hecho de que es ella la que queda expuesta a los riesgos físicos inherentes al nacimiento<sup>18</sup>. De ahí esa visible centralidad en el cuadro de medidas protectoras tanto desde el punto de vista laboral como en su impacto preordenado por la acción prestacional de la Seguridad Social. No se puede diluir ese objetivo fundamental en el esquema predispuesto para el proceso de maternidad y su *iter* evolutivo (maternidad biológica estricta expresión –comprensiva del embarazo, parto y puerperio, a disfrutar por la madre–, adopción y acogimiento preadoptivo como permanente o simple, que, eso sí, puede ser disfrutada tanto por la madre como el padre; artículo 177 de la LGSS).

### III. UNA NUEVA PRESTACIÓN: LA «MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN»

La determinación de la maternidad había sido, desde siempre, una cuestión que había planteado conflictos. Y es que, de acuerdo con el principio *mater semper certa est* solo puede adquirir esta condición la madre que da luz al neonato<sup>19</sup>. Este tema se convierte aún más problemático con la aparición de la llamada «maternidad por subrogación» o «maternidad subrogada», la cual remite a nuevas formas de concepción de este fenómeno, que solo cabe entender a la luz de los continuos cambios que experimenta la sociedad contemporánea.

---

<sup>18</sup> De nuevo, MALDONADO MOLINA, J. A., *El derecho a la Seguridad Social de la mujer*, cit., p. 467.

<sup>19</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y DE CASTRO MEJUTO, S. J., «¿Mater semper certa est? La maternidad subrogada como situación generadora de derechos laborales. Pautas de urgencia para la solución de un intrigado litigio, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2015.

El fenómeno de las «madres de alquiler» (como vulgarmente se conoce el prodigio en cuestión) ha adquirido una particular relevancia en la actual coyuntura. Nos encontramos con «madres subrogantes», esto es, madres que en virtud de un convenio de gestión por sustitución alumbran a un hijo o hijos para ser entregados a otra persona o familia que asume la condición materna/paterna. Se trata de una cuestión controvertida sobre la cual existen pronunciamientos tanto del TJUE, como de los tribunales nacionales. El problema práctico que suele plantearse aquí –en un supuesto que inevitablemente está llamado a tener más operatividad de lo que parece en la vida real– es si la maternidad por subrogación es o no merecedora de protección con el mismo alcance análogo a aquel que se establece ya respecto de la maternidad por adopción en el marco de los ordenamientos sociolaborales de los países de la Unión Europea. Pero ahí no queda todo, pues se trata también de delimitar jurídicamente –a estos efectos de llevar a cabo la articulación de una protección sociolaboral– la noción técnica de madre por subrogación y la extensión de las medidas protectoras y beneficios sociales a la madre biológica, así como a las personas que asumen derivativamente la condición de maternidad/paternidad respecto del hijo alumbrado por otra persona con la cual se ha alcanzado un acuerdo o convenio de gestión por sustitución. De ahí la relevancia de la regulación contenida en la Directiva 2010/18/UE, toda vez que las «madres subrogantes» podría pretender reclamar el disfrute de un permiso laboral para propiciar una conciliación de la vida familiar y profesional, con la consiguiente repercusión o incidencia en el cuadro de prestaciones específicas previstas en el sistema de Seguridad para el «proceso por maternidad» y otras prestaciones sociales conexas. No se olvide que la lógica aquí es doble, de un lado, la protección siempre será necesaria e indiscutiblemente de la madre biológica por lo que, de otro, la conciliación de la vida profesional y laboral quedará también y por ende vinculada a ésta<sup>20</sup>. En este orden de cautelas, las personas que asuman la atención y cuidado de los hijos recién nacidos quedarán vinculadas a las responsabilidades que de ello se originen.

En varios países europeos, como es el caso de España, la maternidad subrogada no es admitida por el ordenamiento jurídico, por lo que suele sancionarse ésta con la nulidad el contrato de gestación en virtud del cual se formaliza la misma. Sin embargo, y pese a ello, el interés controvertido de los padres intencionales o subrogantes no se circunscribe tan solo a la determinación de

---

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo (I y II)», *Revista Trabajo y Derecho*, números 3-4 (2015).

la filiación sino que se expande a otras vertientes, como es el caso singular del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social.

Se trata de un tema muy controvertido en donde entra en escena no solo la doctrina iuslaboralista, sino también la disciplina civil<sup>21</sup>. Aunque se tratan de dos ámbitos diferenciados, los tribunales tienden a mezclarlos a fin de denegar la filiación del menor y, por ende, el disfrute de las prestaciones de Seguridad Social a los progenitores subrogantes. Lo que al final va a repercutir negativamente en el empleo de la mujer trabajadora, ya que carece de toda protección jurídica, y cómo no, va a afectar también a la tutela de los derechos del menor.

Son dos las posiciones enfrentadas en este terreno, por un lado, se encuentra la doctrina civil tradicional o conservadora (sector mayoritario) y, por otro, la doctrina internacionalista (posición minoritaria)<sup>22</sup>. Atendiendo a la tesis civil tradicional, la maternidad subrogada no debe ser admitida en nuestro ordenamiento jurídico, ya que se entiende que la vida humana no puede ser objeto de contrato alguno (invocando para ello los artículos 10.1, 14 y 15 de la CE, así como los artículos 1271 y 1275 del CC). Por tanto, los contratos de gestación, aún no existiendo una prohibición expresa en el ordenamiento jurídico español se deduce que son contrarios a la legalidad vigente por vulnerar la dignidad del hijo fruto del comercio y por atentar contra el principio de indisponibilidad del cuerpo humano, y la indisponibilidad del estado civil. La doctrina internacionalista, por el contrario, sí es más proclive a la legalización de la maternidad por subrogación y ello es también desde la perspectiva de los derechos fundamentales porque se considera que ésta sería una manifestación de los derechos a procrear, libertad, dignidad humana, a la familia y al libre desarrollo de la personalidad. Se relaciona en esta teoría progresista la realidad de las necesidades sociales, esto es: los problemas médicos para concebir o gestar de las mujeres, la situación de las parejas homosexuales masculinas, las dificultades de adopción y el hecho de que las parejas aporten material genético. Todo ello exige que se regularice esta situación, por lo que sería necesario establecer un marco jurídico-legal que la tutele, al tiempo que, proporciona seguridad jurídica<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A., «Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8, 2016, pp. 85 y ss.

<sup>22</sup> HIERRO HIERRO, F. J., *Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada...*, *op. cit.*, pp. 113 y ss.

<sup>23</sup> OLARTE ENCABO, S., «La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (Social) de 13 de mayo de 2014», *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 2 (2015), p. 131. En esta misma línea, HIERRO

Durante largo tiempo, la doctrina civil ha sido la que más pasos ha dado a efectos de reconocer efectos jurídicos a este tipo de maternidad gracias a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 y a la Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>24</sup>. Sin embargo, tras la arrolladora sentencia del TS en el año 2014<sup>25</sup> el contrato de gestación materna se declara nulo en base a que contradice la integridad moral y la dignidad del menor, de forma que, aplicando el artículo 10.1 de la Ley de Reproducción Asistida, no se podrá ejecutar en España la decisión administrativa extranjera que decreta la inscripción de los hijos a los padres comitentes. A este respecto, recuerda el Supremo que «la previsión legal en cuestión constituye orden público internacional español», por lo que actúa éste como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras. De este modo, el Alto Tribunal español impide que perviva la instrucción de 2010 que venía a regular esta situación en España. Rechaza el TS el argumento de una eventual discriminación al denegar la inscripción en el registro civil español de dichas filiaciones, fundamento así su decisión no en el hecho de que los solicitantes sean dos hombres, sino en que la filiación pretendida trae su causa en una gestación por sustitución contratada en California. Sugiere el Supremo que, para la integración del recién nacido en la familia, habrá de iniciarse las actuaciones dirigidas a conseguir la adopción o el acogimiento.

Desde el punto de vista del derecho social, la maternidad subrogada no aparece contemplada en ninguno de los supuestos que recoge el LET y el LGSS. De igual modo, tampoco aparece regulada en el RD 295/2009 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. Y es que la maternidad subrogada no es un supuesto de parto, tampoco de adopción ni acogimiento, razón por la cual el INSS ha denegado las prestaciones sociales por maternidad y paternidad a los progenitores subrogantes. En concreto, la denegación de la prestación por maternidad por parte del INSS se ha sustentado en base a que no se trata éste de un supuesto de maternidad por parto. Por lo que, aunque haya filiación y se deba proteger al menor, a través de estas prestaciones, se deja al arbitrio de los jueces que decidan cómo colmar la laguna legal existente.

---

HIERRO, F. J., «Gestación por sustitución y prestación de maternidad: SJS núm. 2, Oviedo, 9 de abril de 2012 (AS 2012, 942)», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 6 (oct.), 2012, pp. 57-58.

<sup>24</sup> En ella se toma como referencia no solo el interés de la madre gestante, sino también del menor y en la necesidad de evitar posibles situaciones de tráfico internacional de menores. Ver más exhaustivamente, HIERRO HIERRO, F. J., *Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social...*, op. cit., p. 12, en su versión digital.

<sup>25</sup> STS de 6 de febrero de 2014 (Sala de lo Civil).

La doctrina judicial ha sido muy contradictoria en esta materia, así pues, encontramos sentencias favorables a reconocer los permisos y prestaciones por maternidad, pero también aparecen pronunciamientos denegatorios.

Durante largo tiempo, la doctrina judicial y científica ha entendido que, aun cuando subyazca un contrato de gestación, los progenitores son de hecho, los padres comitentes, lo que implica que se les reconozca a éstos los mismos derechos que a aquellos padres que acceden a la adopción o acogimiento. Y es que, lo contrario sería un argumento discriminatorio que vulneraría el principio de igualdad y protección de la familia<sup>26</sup>. Se realiza aquí una interpretación extensiva de otras figuras afines al supuesto de maternidad subrogada, como son la adopción o el acogimiento. Argumento al que se le puede añadir el concepto amplio de maternidad subyacente previsto en la LO 3/2007, la Ley 39/1999, de Conciliación de la Vida familiar y laboral y, finalmente, la Convención de Derechos del Niño.

En efecto, de lo que se trata es de ponderar el interés superior del menor, invocando para ello la necesidad de establecer mecanismos de tutela y protección en un Estado de Derecho, como es el español. Este razonamiento es, precisamente, el que emplea el TS en su sentencia de 18 de octubre de 2012 para reconocer a los progenitores los derechos previstos en el artículo 48 del LET y 177 de la vigente LGSS, cuya finalidad es la protección del recién nacido. De igual modo, ha influido decisivamente en esta interpretación extensiva la posición adoptada por la DGRG, recientemente desautorizado por la Sala Civil del TS. De este modo, en el momento presente el reconocimiento de derechos laborales y de Seguridad Social para los progenitores subrogantes se ha complicado, ya que si no existe inscripción registral en donde conste la finalización difícilmente podrá protegerse al menor.

Tras un intenso debate jurisprudencial a nivel europeo que tiene como origen dos cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales de Gran Bretaña e Irlanda, el TJUE desestima el derecho a la prestación por maternidad de la recurrente en base a que «en ningún momento estuvo embarazada» (Sentencia de 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12 y C-363/12). Por lo que, siguiendo esta teoría, recientemente, el TSJ ha protagonizado un importante cambio de rumbo en esta materia. Y es que, pese a que los argumentos anteriormente mantenidos por los tribunales españoles y por los cuales se construye una teoría jurídica incapaz de ser contrarrestada *per se*, el TSJ del País

---

<sup>26</sup> Sentencias del TSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012; Madrid de 18 de octubre de 2012 y 13 de marzo de 2013, finalmente, la de Cataluña de 23 de noviembre de 2012.

Vasco<sup>27</sup> entiende ahora que hay que acatar la doctrina del Alto Tribunal Europeo.

En este sentido, siguiendo lo dispuesto por la Directiva 92/58/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, declara el TJUE (en el asunto C-167/2012) que: «los Estados Miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esa Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento...». Por otro lado y en relación con el artículo 13 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), el TJUE afirma que: «debe interpretarse –el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación– en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a un madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo».

Erróneamente, el TSJ ha cambiado una doctrina judicial que no solo deja sin amparo a los progenitores subrogantes, sino lo que es aún peor, al menor nacido de un vientre de alquiler. Olvidando el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la protección de la familia y la concesión de prestaciones de Seguridad Social que tengan por finalidad tutelar el interés del recién nacido, el TSJ deniega la prestación solicitada por los recurrentes. Resulta, ciertamente, muy significativa la argumentación del INSS en este caso: «es harto discutible que el interés de los menores involucrados se proteja avalando la conducta de las autoridades judiciales del Estado de California (USA), ya que en virtud de un contrato inicialmente pactado se puede llegar hasta que se ejecute un posible aborto en determinadas circunstancias».

En definitiva, el TSJ del País Vasco a fin de modificar su propia doctrina y dar cumplimiento al criterio asentado por el TJUE deniega la prestación por maternidad solicitada. Descuidando así la idea de que en la maternidad por subrogación se debe buscar, ante la evidente laguna legal existente, una solución acorde a la protección física, psíquica y efectiva del recién nacido. Debiendo tratarse de integrar al menor en el núcleo familiar, al tiempo que se compensa el aumento de los gastos o defectos de ingresos o la salud de la

---

<sup>27</sup> Ver la sentencia del TSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014.

madre. De este modo, se adecuaría la realidad de la conclusión alcanzada a los problemas que presenta, hoy en día, las nuevas formas de reproducción subrogada. Protección amplia que, por analogía con la adopción y el acogimiento, se habría de extender a cualquier institución jurídica comparada tal y como determina la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral.

Sin embargo, y pese a los argumentos arrojados, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha cambiado a finales de 2016 esta doctrina judicial asentada en un sentido más favorable para los padres de vientres de alquiler<sup>28</sup>. Y es que, por primera vez, se ha reconocido ya en ordenamiento jurídico español el derecho de los solicitantes a cobrar prestaciones por maternidad cuando el nacimiento de menor esté vinculado a una situación de gestación por encargo. Así es «la atención a los menores se convierte ahora en el punto predominante cuando se trata de prestaciones de Seguridad Social» y ello, aun cuando, el solicitante sea un varón<sup>29</sup>. Con estas palabras lo ha reconocido el TS en dos sentencias que resuelven sendos recursos de casación para la unificación de doctrina. En el primer caso se trata de una trabajadora que tiene un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución, hijo que consta escrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre. En el otro supuesto se trata de un español que concierne una reproducción asistida en la India, utilizándose su material genético. La madre gestante alumbró dos niñas y aceptó que el hombre asuma, en exclusiva, «todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad». Las menores fueron inscritas en el Registro Consular como hijas de los padres biológicos (la madre «de alquiler» y el varón español), siendo trasladadas a España por su progenitor. La Seguridad Social española denegó las prestaciones «de maternidad» solicitadas por el padre de las menores puesto que la Ley de Reproducción Asistida proclama la nulidad del contrato de maternidad por sustitución.

En este sentido, el Supremo entiende que «las prohibiciones sobre inscripción registral o sobre el propio contrato de maternidad por sustitución quedan al margen del problema y es que no se está creando una prestación de Seguridad Social, sino interpretando las exigencias de las actuales conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico». De este modo, el Alto Tribunal conti-

---

<sup>28</sup> No obstante a lo anterior, el INSS ha mantenido en algunos casos una actitud reacia al reconocimiento de esta prestación. Y ello a pesar de que, en la sede del Tribunal Supremo, ya se reconoce desde finales del 2016 la maternidad subrogada como una nueva prestación por maternidad. Ver la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2018 (número de recurso: 2770/2016).

<sup>29</sup> Recuérdese que las prestaciones por maternidad también cubren supuestos de adopción o acogimiento, que la madre puede transferir al padre en ciertos casos cuando la madre biológica no puede disfrutarlas (por muerte o por ausencia de protección).

núa en la línea ya asentada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 13 de marzo del año 2012 y por la cual se reconoció las prestaciones en estas condiciones<sup>30</sup>.

## 1. La maternidad subrogada como una nueva realidad social

Son tres las sentencias del Supremo que han dado una vuelta de 180 grados a la doctrina mayoritaria conservadora que, hasta ahora, imperaba en sede judicial<sup>31</sup>.

La primera de las sentencias es de octubre de 2016<sup>32</sup>, en la cual se analiza el alcance de la protección por maternidad en la «Directiva 92/85/CE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia», en conexión con el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español.

Con fecha de 23 de julio de 2015, el Juzgado de lo Social de Barcelona dictó sentencia reconociendo el derecho del demandado a que le sean reconocido el percibo de la prestación por maternidad, en razón del distanciamiento del hijo contraído en virtud de un contrato de gestación, condenando así a la Entidad Gestora (esto es, el INSS) a abonarle dicha prestación.

Se declaran como hechos probados los siguientes: 1. Se trata de un cónyuge en matrimonio de dos varones que acuden a la maternidad subrogada en el Estado de California, pero sin que conste la aportación de material genético de ninguno de ellos; 2. la filiación del menor nacido por gestación subrogada fue declarada por sentencia de la *Superior Court of the State of California* de los Estados Unidos de América; 3. en fecha 5 de febrero de 2013 el actor presentó solicitud ante el INSS para el percibo de la prestación por maternidad, siéndole denegada su solicitud por resolución de 7 de febrero de 2013 «por no encontrarse en ninguna situación protegida»; y 4. contra dicha resolución administrativa fue interpuesta una reclamación previa que fue desestimada por resolución de 4 de abril de 2013.

<sup>30</sup> La sentencia de la Sala Cuarta del Supremo viene así a sumarse a los fallos del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de octubre de 2012; de Cataluña, de 23 de noviembre de 2012; y de Asturias, de 20 de septiembre de 2012, que consideran que en estos casos se dan los requisitos legales.

<sup>31</sup> En esta misma línea, véase la sentencia de TS de 4 de abril de 2017. BASTERRA HERNÁNDEZ, M., «El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación *in vitro* y la gestación subrogada», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 205, 2018, pp. 192-194.

<sup>32</sup> Sentencia del TS de 19 de octubre de 2016 (Sentencia núm. 881/2016 y con número de recurso 3818/2015).

La sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona fue recurrida en suplicación por el INSS, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, manteniendo así inalterada (a fecha de 9 de marzo de 2015) la declaración de hechos probados en la sentencia de instancia, a saber: «Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia de 23 de julio de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social 28 de Barcelona en los autos 535/2013, seguidos a instancia de D. Germán; debemos confirmar y, en su integridad confirmamos la citada resolución».

El pronunciamiento del TSJ es recurrido en unificación de doctrina por la letrada de la Seguridad Social, en representación del INSS, que confirmó la sentencia que en fecha de 23 de julio de 2014 había dictado el Juzgado de lo Social de Barcelona en los autos 535/13 y por la que se reconoce al accionante el derecho a «que le sea reconocido el percibo de la prestación por maternidad en razón al nacimiento del... hijo nacido en virtud de un contrato de gestación por sustitución».

El Tribunal Supremo estudia exhaustivamente la normativa comunitaria (en concreto, la Directiva 92/85/CEE y la 2006/54/CEE –sobre igualdad entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo–) en relación con el artículo 177 de la vigente LGSS (antiguo artículo 133 de la LGSS/1994). Y se llega a la siguiente conclusión: «... resulta claro que aunque la maternidad por sustitución no tiene en el Derecho de la Unión la misma protección que la maternidad natural, esta circunstancia no sería óbice para que el Derecho español pudiera –en su caso– atribuirle la misma consideración a los efectos legales; máxime cuando –y esta es otra diferencia entre los supuestos a contrastar– el Derecho comunitario únicamente contempla como objeto de protección la gestación propiamente dicha, en tanto que nuestra legislación de Seguridad Social atribuye los mismos efectos a la adopción y al acogimiento, lo que –al menos a efectos dialécticos– pudiera dar una cierta cobertura argumental a la pretendida aplicación analógica de la prestación en los supuestos de maternidad subrogada; cuestión esta que no vamos a analizar en el presente procedimiento, precisamente por impedirlo la falta de contradicción» (Ver el Fundamento de Derecho Segundo en su apartado 5).

La segunda sentencia es también del TS con fecha de octubre de 2016<sup>33</sup>. El objeto del conflicto gira en torno al reconocimiento o denegación del derecho a lucrar prestaciones de maternidad pedidas por un varón cuya paternidad

---

<sup>33</sup> Sentencia del TS de 25 de octubre de 2016 (con número de recurso 881/2016). Cabe señalar que se trata de una sentencia que contiene tres votos particulares: el primero lo formula la magistrada doña María Lourdes Arastey Sahún, el segundo don José Luis Gilolmo López y el tercero doña María Milagros Calvo Ibarlucea y don Jesús Souto Prieto.

de dos menores se acredita como filiación por naturaleza en el Registro civil consular español, junto a la de la madre. Consta asimismo como hecho probado que, con posterioridad al nacimiento de las niñas –y a su inscripción registral–, padre y madre pactaron que el padre ejercería con exclusividad todas las funciones y obligaciones derivadas de la patria potestad «debido a la imposibilidad» de la madre para ejercer su función. El INSS rechazó el reconocimiento de la prestación sosteniendo que no concurre ninguna de las situaciones protegidas por el artículo 133 bis de la LGSS/1994.

Finalmente, en la tercera sentencia del Supremo<sup>34</sup> la trabajadora que solicita prestaciones por maternidad, tras haber tenido un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución, hijo que consta inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre. El INSS deniega la inscripción. La sentencia de instancia ha desestimado la demanda y la Sala de lo Social del TSJ de Madrid ha desestimado el recurso fundamentándolo en las dos sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12 y C-363/12. Se estima el recurso y se concede la prestación de maternidad solicitada. Se fundamenta la sentencia en la interpretación integradora de las normas aplicadas contempladas a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, en la aplicación que efectúa del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, de los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, disponiendo este último que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos.

## 2. Antecedentes y sentencias favorables

Las sentencias de la Sala de lo Social del TSJ País Vasco<sup>35</sup> de 2014 y del TSJ Cataluña de 2015 son paradigmáticas en esta materia, aparte de constituir

---

<sup>34</sup> Sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016 (núm. 953/16 y recurso 3146/2014). Contra esta sentencia se formulan dos importantes votos particulares. El primer voto discrepante lo realiza don Luis Fernando de Castro Fernández y a él se adhieren los Magistrados doña María Milagros Calbo Ibarlucea y don Jesús Suoto Prieto. El segundo voto es formulado por el Magistrado Excmo. Sr. don José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sra. doña María Milagros Calvo Ibarlucea, Excmo. Sr. don José Luis Gilolmo López y Excmo. Sr. don Jesús Souto Prieto, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina n.º 3146/2014.

<sup>35</sup> TSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 (recurso número 749/2014) y del TSJ Cataluña de 15 de septiembre de 2015 (recurso número 2299/2015).

los precedentes más inmediatos a las sentencias antes citadas del TS. En ambos recursos se reconocieron a los solicitantes el derecho a la prestación solicitada, siendo pues objeto de dos recursos de casación para la unificación de doctrina (resueltos ya por el TS en un sentido favorable para los solicitantes de las prestaciones por maternidad)<sup>36</sup>.

En relación con la primera sentencia, el TSJ Cataluña argumenta que: «En el contrato de gestación por sustitución, una mujer consiente en prestar su útero para la gestación del niño, con aportación o no de su material genético reproductor (óvulo), que queda concebido a partir de los gametos de uno de los miembros de la pareja (padre biológico) o de un donante. Técnicamente existen dos posibilidades (maternidad gestacional o tradicional). En este caso, los embriones se implantan en otra mujer que cede o alquila su útero para continuar el embarazo (no es madre biológica o genética), mientras que en el segundo supuesto, la madre de alquiler no solo cede su útero sino también su óvulo (es madre biológica o genética, maternidad subrogada). Dicha maternidad puede realizarse de forma altruista o solidaria o bien mercantil, a cambio de una remuneración». Recuérdese, en este sentido, que en el ordenamiento jurídico interno español existe una prohibición de orden público en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, del contrato de gestación por sustitución, discutiéndose si las consecuencias de la nulidad de pleno derecho de este contrato debe extenderse a todos sus efectos.

La relación entre las distintas ramas del Derecho se observa, claramente, en la sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 15 de septiembre de 2015 pues «... no pueden considerarse de forma aislada, siendo necesario tener en cuenta aspectos que son objeto de estudio en diferentes ámbitos del Derecho, laboral y civil, que deben ser objeto de estudio de forma conjunta». Ello resulta especialmente evidente en relación con los derechos del trabajador y, especialmente, cuando se abordan los derechos y permisos reconocidos en el ET, muchos de ellos generados a partir de la especial relación de parentesco con las personas que los originan a partir de un suceso positivo o de un infortunio familiar.

El problema surge aquí cuando se pretenden hacer valer los efectos de la filiación constituida en favor del padre y no tanto de cara al ejercicio material del derecho de maternidad (que puede haberse reconocido el empresario, incluso en la negociación colectiva), sino con vistas a la protección que dispensa el sistema de Seguridad Social. Y es que, hasta ahora, la negativa al abono de la prestación sustitutoria del salario –subsidio– a cargo del INSS (es decir, lo

---

<sup>36</sup> Véase la referencia que a estas dos sentencias se realiza al final del apartado 3 de este trabajo.

que se conoce como el ejercicio de la acción protectora de la Seguridad Social) venía teniendo su fundamento en base al Derecho Civil, pues no se olvide que el derecho surge de una situación no reconocida –incluso prohibida– por el orden jurídico tradicional.

Así pues, se había solicitado en las sentencias del TSJ analizadas que: «... se reconozca el derecho y abone la prestación de maternidad que consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora por el periodo de 18 semanas al tratarse de un parto múltiple, y además el correspondiente subsidio especial por cada hijo o menor acogido a partir del segundo igual que corresponda percibir al primero, durante el período de seis semanas inmediatamente posteriores al parto con efectos a la fecha de la petición». En este sentido, aún cuando los contratos por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes Españolas, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (todo ello en relación con el artículo 10.2 de la Ley 14/2006). Por lo tanto, no se trata de decidir la filiación de los hijos nacidos en el extranjero (en concreto, en la India –siguiendo el relato de hecho probados–), ni tampoco si la filiación se ha de definir en base a una certificación registral extranjera, pues la paternidad del actor está reconocida en el Registro Civil del país extranjero y en el Registro Civil Español, es decir la paternidad está aceptada por ambas partes.

### 3. **Trasfondo y cambio de rumbo en la doctrina del Tribunal Supremo**

En línea con los últimos pronunciamientos del Supremo antes mencionados, el TS amplía ahora requisitos de contradicción en relación con la cuestión controvertida<sup>37</sup>.

Primero, se presenta como sentencia de contraste la decisión del TJUE relativa a una madre subrogante del Reino Unido que ha tenido un hijo mediante un contrato de gestación válido en ese país, pero que sin embargo en sede judicial se le ha denegado el permiso de maternidad. Se afirma que la decisión de referencia no vulnera la normativa comunitaria, ya que se cumplen efectivamente con los requisitos que establece la normativa interna del Reino Unido. Por lo tanto, siempre que éstos se den, podrán concederse las prestaciones por maternidad. A este respecto, deben considerarse dos requisitos importantes: a) En el Reino Unido la maternidad por encargo es legal cuando uno de los padres subrogantes aporta su material genético– aspecto que no concurre en la sentencia del

---

<sup>37</sup> Sentencia del TS de 19 de octubre de 2016 (Sentencia núm. 881/2016).

TS de 2016 que aquí se menciona– y b) la reclamante amamantaba al bebé –cosa que tampoco sucede en la sentencia objeto de estudio en este trabajo–.

Ahora bien, pese a las divergencias existentes entre ambos casos el TS entiende que «... no serían obstáculo tales divergencias, porque es posible apreciar la contradicción en supuestos en los que si bien en sentido estricto la misma no concurre, pero en los que la sentencia de contraste haya ido «más allá» que la otra, en el sentido de que aunque sus afirmaciones fácticas o las normas aplicables son de inferior apoyo a la pretensión, sin embargo la misma es acogida; o muy contrariamente, con elementos fácticos o jurídicos de mayor sostén, sin embargo la demanda es rechazada<sup>38</sup>».

Segundo, el Supremo analiza el alcance de la protección que dispensa la Directiva 92/85/CE a propósito del concepto de «permiso de maternidad». En efecto, del derecho que se trata aquí de amparar es el de «las trabajadoras embarazadas» que «han dado a luz» o se encuentren «en periodo de lactancia», por lo que «la atribución del permiso de por maternidad con fundamento en el artículo 8 de la Directiva 92/85 requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño» [apart. 37]. Siendo ampliable esta protección también a las situaciones de «adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple... que se produzca durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto por el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los trabajadores (artículo 177 de la LGSS).

En la decisión de contraste, la Gran Sala del Tribunal de Justicia se limita a declarar que el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE «debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros *no están obligados...* a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamante efectivamente»; y que el artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE [5/julio/2006], «debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución *no constituye una discriminación* basada en el sexo».

Pero desde el momento en que el Derecho de la UE constituye una garantía de mínimos susceptible de ser mejorados por las legislaciones internas de

---

<sup>38</sup> Sentencias del TS de 22 de mayo de 1997 –rcud 3930/96–; ... SG de 20 de octubre de 2015 –rcud 1412/14–; de 20 de enero de 2016 –rcud 3106/14–, y 1 de junio de 2016 –rcud 60/15–).

los Estados miembros, la circunstancia de que el derecho pretendido no encuentre –innegablemente– apoyo en las referidas Directivas [tal como declara tajantemente –según acabamos de ver– la decisión invocada como contraste], ello no impide que el derecho que se reclama pudiera estar reconocido –pese a todo– por la legislación española» (ver Fundamento Jurídico Segundo en su apartado 4 letra b).

En definitiva, aunque los Estados miembros no están obligados a otorgar un permiso de maternidad a un trabajador/a que ha tenido un hijo gracias a un vientre de alquiler, el hecho de que un empleador deniegue este permiso constituye una discriminación basada en el sexo<sup>39</sup>. Así pues, se entiende que aunque en el Derecho de la UE la maternidad por sustitución no goza de la misma protección que la maternidad natural, debe asimilarse a los supuestos de adopción y acogimiento que prevé el Derecho interno. De este modo, se otorgará una cobertura argumental y analógica a los supuestos de maternidad subrogada.

#### IV. CONCLUSIONES

La política del Derecho Social debe concebir los derechos de conciliación y la corresponsabilidad en las cargas familiares como mecanismo idóneo para propiciar el principio de igualdad por razón de género, haciendo valer aquí los principios, valores y derechos fundamentales relativos a la igualdad y no discriminación, así como la protección laboral y de Seguridad Social en su proyección específica en el ámbito de una institución familiar conjugada en plural dada sus variadas formas contemporáneas de expresión (v.gr., arts. 14, 39, en relación con los artículos 35, 103 y 41, entre otros, del mismo texto constitucional). Los derechos de conciliación y la corresponsabilidad familiar entre mujeres y hombres exigen una transformación jurídica y social en profundidad y en particular de las mentalidades que debería plasmarse en una Carta Magna renovada. Se trataría de caminar hacia un *modelo de familia corresponsable*, lo cual implica un cambio «cultural» (incluido de «cultura jurídica») y de roles sociales. Ahora bien, nuevamente se percibe una disociación entre las buenas intenciones legislativas y su plasmación práctica. Es cierto que no todo es un problema «legal», sino que influyen los sistemas culturales: ideas y creencias sobre los roles respectivos de la mujer y del hombre. Pero también es innegable que se constata una pérdida de eficacia real de los derechos de conciliación, entre otras cosas porque el legislación de emergencia de

---

<sup>39</sup> Ver Sentencia del TSJUE de 18 de marzo de 2014 (asunto C-167/12).

nuestro tiempo los ha colocado en una posición de subalternidad, sin que tampoco se aprecie la plena efectividad de la transversalidad en las intervenciones normativas post-crisis, donde se ha otorgado preferencia a los intereses y valores empresariales frente al conjunto de los derechos sociales de desmercantilización (laborales y de Seguridad Social). Por decirlo más nítida y expresivamente: un modelo de regulación basado en la generalización de la precariedad laboral no contribuye en absoluto al ejercicio efectivo de los derechos de conciliación, como tampoco una política del Derecho de la Seguridad Social presidida por el descompromiso y el desmantelamiento selectivo de las garantías sociales.

Tras la garantía efectiva en un enfoque integral aquí postulado no se haría desaparecer, ni se diluiría la perspectiva de género pues se aunarían la búsqueda de la corresponsabilidad y una mejor conciliación de la vida profesional y familiar para facilitar la participación de la mujer en el mundo laboral (y no solo para impulsar la natalidad, que depende, más ampliamente, de coherentes políticas familiares, las cuales son hoy día el «pariente pobre» de la Seguridad Social, al menos en España<sup>40</sup>). Lo que se hace desaparecer con los principios de igualdad, conciliación y corresponsabilidad es el paternalismo y la unilateralidad que han imperado en la historia del tratamiento de esta materia por el Derecho Social. Una participación necesaria para su integración plena (disfrute de una *ciudadanía activa*<sup>41</sup>), garantizar el principio de igualdad y la emancipación socio-cultural de la mujer y asimismo dinamizar el sistema productivo y e incrementar las tasas de natalidad. Estos objetivos articulados en el marco de una política integrada y correctora de la desigualdad de responsabilidades y de roles sociales entre mujeres y hombres no son incompatibles en una perspectiva de género que, de modo eficaz, incida estructuralmente en el conjunto de la sociedad. Es así que deben formar parte de la dimensión transversal de género, que ha de presidir la intervención de la política del Derecho dentro de un enfoque integral que, como se ha advertido ya antes de la promulgación de la LOI de 2007, identifique y ponga de relieve –afrentando su adecuada y correcta solución– las desigualdades realmente existentes en el reparto de roles y los efectos perversos de los mismos<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J. L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G., «Las Prestaciones Familiares, ese “pariente pobre” de la Seguridad Social», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 6 (2016), pp. 13 y ss.

<sup>41</sup> Para esta noción de «ciudadanía activa», en una perspectiva general, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996.

<sup>42</sup> En este sentido, TORTUERO PLAZA, J. L., *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Madrid, Ed. Civitas, 2006, p. 35.

Las tres sentencias del Supremo estudiadas constituyen un ejemplo paradigmático del cambio que ha experimentado la doctrina judicial. Ciertamente, esta doctrina debe darse por bienvenida pues propicia un claro acercamiento a las bases mismas del sistema de Seguridad Social. Y es que, como ha quedado expuesto, la protección del menor (estado de necesidad real) se convierte ahora en un punto clave en esta materia. De ahí que el Supremo haya interpretado las prestaciones de maternidad no solo a la luz de la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquella» (art. 3.1 del CC), sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos»<sup>43</sup> que entran aquí en conflicto, lo cual propicia el establecimiento de un sistema social más garantistas y que favorece más la conciliación de la vida laboral y familiar.

No obstante a lo anterior, la polémica se encuentra todavía en estado de candente ebullición, pues actualmente se están planteando muchas dificultades e irregularidades para practicar las pruebas de ADN a los menores nacidos mediante gestación subrogada. Por su parte, el Ministerio de Exteriores español achaca la ralentización del proceso a «posibles casos de mala praxis médica asociada a los procesos de reproducción asistida, así como de casos de posible tráfico de menores». Esta deplorable situación no solo está motivando una situación de enorme malestar social y de fuerte debate político, sino lo que es aún peor, está impidiendo que muchas familias puedan regresar a España con sus hijos nacidos de un vientre de alquiler. Lo que, al término, dificulta el disfrute a la conciliación de la vida familiar y laboral, así como a las prestaciones sociales por maternidad y paternidad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERO, R. y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*, Madrid, Ed. Civitas, 2010.
- ALFONSO MELLADO, C. (Coord.), *La negociación en materia de planes de igualdad: estudio analítico*, Observatorio de Negociación Colectiva de CCOO, Madrid, Ed. Cinca, 2013.
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., *Familia y Trabajo*, Granada, Ed. Comares, 2002.

---

<sup>43</sup> Véase los Fundamentos de Derecho de la STS de 25 de octubre de 2016 (con número de recurso 881/2016).

- «La maternidad», en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2008.
- *La protección social de la familia*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2005.
- ARENAS VIRUEZ, M., *Riesgo durante el embarazo: Causa de suspensión del contrato de trabajo y causa de despido*, Sevilla, CARL, 2003.
- AZNAR, S., *El seguro de maternidad*, Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1932.
- BALLESTER PASTOR, A., «De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades», *Revista de Derecho Social*, n.º 57, 2012.
- «Construcción y tambaleo del principio antidiscriminatorio por razón de sexo en el Tribunal Constitucional: Del período 1999-2010 a la actualidad», en VV. AA.: *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, Baylos Grau, A., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Ré, F. (Coords.), Madrid, La Ley, 2015.
- *La prestación de maternidad*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- BARRIOS BAUDOR, G. L. y BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.<sup>a</sup>, *Prestaciones familiares*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2009.
- CABEZA PEREIRO, J., «La doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la conciliación de la vida familiar y laboral», en VV. AA.: *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, Baylos Grau, A., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Ré, F. (Coords.), Madrid, La Ley, 2015.
- CASTRO ARGÜELLES, M.<sup>a</sup> A. y ÁLVAREZ ALONSO, D., *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2007.
- CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> J y JOVER RAMÍREZ, C., «Cuestiones de actualidad acerca del alcance del derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de maternidad no biológica versus biológica» en Cruz Villalón, J; Garrido Pérez, E y Ferradans Caramés, C. (Coords), *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo. Libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015.
- DE DIEGO, F. CL., *La jurisprudencia como Fuente del Derecho*, edición y estudio preliminar, «Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial» (pp. IX-Xlv), A Cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2016.
- DE LA VILLA, L. E, y LÓPEZ CUMBRE, L., «Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE, sobre el permiso parental», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Número Extraordinario 1 (1999).
- DE LA VILLA GIL, L. E. (Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, Portal Derecho, Madrid, 2011.
- DURKHEIM, E., *Lecciones de sociología. Física de las Costumbres y del Derecho*, trad. Estela Cató, revisión, edición y estudio preliminar, «Cuestión social y reforma

- moral: las corporaciones profesionales», a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2006.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Madrid, CEPC, 2003.
- FABREGA MONFORT, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009.
- FABREGA MONFORT, G. (Coord.), *Mujer y Derecho*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 1999.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.<sup>a</sup> D. R., *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2007.
- «La familia. Las prestaciones familiares», en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2008.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, Madrid, La Ley, 2008.
- FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., *La prestación por maternidad*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2013.
- GARCÍA NINET, I. y RIVAS VALLEJO, P., «La protección de la familia», en VV. AA.: *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2002.
- GARCÍA NINET, I., «Maternidad y vacaciones en la Sentencia 324/2006 del Tribunal Constitucional, de 20 de noviembre (BOE de 20 de diciembre)», en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 193 (2007).
- GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ VALAGUER, M., *Los derechos de conciliación de la vida laboral en la empresa*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2012.
- GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, Prólogo de Ignacio García Ninet, Madrid, CESS, 2004.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.), *Seguridad Social y Familia*, Madrid, La Ley, 1999.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. y IGARTUA MIRÓ, M.<sup>a</sup> T., *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blach, 2002.
- GRACIA ALEGRÍA, G., «Subsidio de maternidad por adopción del hijo del cónyuge. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010. (RI §410174)», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24 (2011).
- HEIN, C., *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares. Ideas prácticas de la experiencia global*, Informes OIT, Ginebra, OIT, 2006.
- HIERRO HIERRO, F. J., «Gestión por sustitución y prestación de maternidad: SJS núm. 2, Oviedo, 9 de abril de 2012 (AS 2012, 942)», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 6 (oct), 2012.

- «Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016.
- «Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017.
- HONNETH, A., *La lucha por el reconocimiento*, Barcelona, Ed. Crítica, 1997.
- LÓPEZ INSUA, B. M., «Conciliación de la vida laboral, personal y familiar *versus* Seguridad Social en el marco de una política coherente de bienestar social», capítulo V de la obra de la obra colectiva, VV. AA, 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, 2016.
- LÓPEZ RUBIA, M. E., *Regulación jurídica de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Thomson Reuters-Ed. Aranzadi, 2015.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2014.
- «El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social», en *REDT*, núm. 106 (2001).
- «Maternidad y conciliación en familias monoparentales y parejas homosexuales», en VV. AA.: *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Ed. La Ley, 2010.
- MARGALIT, A., *La sociedad decente*, Barcelona, Ed. Paidós Ibérica, 1997.
- MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia, Ed. Laborun, 2001.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.<sup>a</sup> R., *La conciliación de la vida familiar y laboral en la Seguridad la Seguridad Social Española*, Curitiba, Juruá Editora, 2008.
- MALDONADO MOLINA, J. A., «El derecho a la Seguridad Social de la mujer», en VV. AA., *Género y Derechos Fundamentales*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2010.
- «La protección social por nacimiento de hijo», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 45 (2002).
- *Los períodos de cotización. Acceso y cálculo de las prestaciones*, Granada, Ed. Comares, 2002.
- MERCADER UGUINA, J. R., «Prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo (Comentario al RD 1251/2001, de 16 de noviembre)», en *Relaciones Laborales*, núm. 5.<sup>o</sup> (2002).
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la Mujer Trabajadora*, Madrid, CES, 2004.
- MOLINA HERMOSILLA, O., «Compatibilización entre situación asimila al alta, derivada de la vigencia de excedencia por cuidado de hijo o familiar y realización de actividad productiva (STS, Sal IV, 708/2015, de 10 de febrero)», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 4 (2015).
- MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y Coords.), *Género y Derechos Fundamentales*, Granada, Ed. Comares, 2010.

- MONEREO ATIENZA, C., *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Granada, Ed. Comares, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Ed. Tecnos, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., «El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos» en VV. AA., *La igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva: análisis de la situación actual y propuestas de futuro*, Pendiente de publicación.
- «La renovada tutela social 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 RODRÍGUEZ INIESTA, G., «Las Prestaciones Familiares, ese “pariente pobre” de la Seguridad Social», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 6 (2016).
- MONEREO PÉREZ, J. L., «Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, número extraordinario (2008).
- *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996.
- *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.
- «El derecho a la Seguridad Social», en VV. AA., *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2002.
- *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007.
- MORGADO PANADERO, P., *Políticas sociales para familias*, Granada, Ed. Comares, 2008.
- OLARTE ENCABO, S., «El riesgo durante el embarazo», en Monereo Pérez, J. L. (Dir.), *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2008.
- «La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014», en *Revista de derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 2 (2015).
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Discriminación por razón de sexo y despido de trabajadora embarazada (Las ponencias constitucionales de la Magistrada María Emilia Casas Baamonde en la materia)», en VV. AA., *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, Baylos Grau, A., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-ré, F. (Coords.), Madrid, La Ley, 2015.

- PANIZO ROBLES, J. A., «La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad (Comentario al RD 295/2009, de 6 de marzo)», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 313 (2009).
- PÉRAN QUESADA, S., *Derecho social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2014.
- «La necesaria configuración jurídica de la discriminación por razón de género desde la perspectiva constitucional», en *Revista de Derecho Social*, núm. 66 (2014).
- RAMOS QUINTANILLA, M. I., «La nueva Ley reguladora del factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social: impacto y consecuencias sobre las mujeres», *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013
- RIVAS VALLEJO, M. P., «El Real Decreto 1251/2001: El largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social*, núm. 20 (2002).
- *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1999.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y ÁLVAREZ CUESTA, H., «Prestaciones familiares», en *Revista de derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 2 (2015).
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*, Valencia, Ed. Tirant lo Blach, 2008.
- *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, Barcelona, Ed. CEDECS, 2002.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «El informe sobre el impacto por razón de género en la elaboración de las disposiciones normativas», en *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2004).
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., *Instituciones de conciliación de trabajo con el cuidado de familiares*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2010.
- «La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo» (I y II), *Revista Trabajo y Derecho*, núms. 3-4, 2015.
- ROMERO CORONADO, M.<sup>a</sup> A., «Ley 26/2015, de 28 de julio: el nuevo permiso laboral para las familias en situaciones de adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42, 2015/2016.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La excedencia por cuidados de familiares. El régimen jurídico de los cuidadores no profesionales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El riesgo durante el embarazo*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2002.

- «Conciliación de la vida familiar y laboral», en Cavas Martínez, C. (Coord.), *La reforma laboral de 2012*, Murcia. Ed. Laborum, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «Una nota sobre las suspensiones contractuales ligadas a la maternidad», en VV. AA., *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Sánchez Trigueros, C. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Ed. Civitas, 2006.
- TARELLO, G., *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2002.
- TORTUERO PLAZA, J. L., «Conciliación, género y empleo, reflexiones desde el sistema de la Seguridad Social», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 1 (2006).
- «El desempleo y la maternidad/paternidad en la nueva Ley Orgánica de Igualdad», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 2 (2007).
- *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Madrid, Ed. Civitas, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., *Igualdad de Género y relaciones laborales: Entre la Ley y la negociación colectiva*, Madrid, Ed. Reus, 2010.
- VICENTE PALACIO, M. A., «La Ley de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y la conciliación de la vida laboral y familiar», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 74 (2008).
- «Modificaciones operadas por la Ley Orgánica de Igualdad en materia de Seguridad Social: la protección de la maternidad, la gestación y la lactancia y situaciones conexas», en *Tribuna Social*, núms. 200-201 (2007).
- VIDA SORIA, J., *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965.
- «La suspensión del contrato de trabajo», en VV. AA., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, vol. I, T. IX, Borrajo Dacruz, E. (Dir.), Madrid, Ed. Edersa, 1983.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2003.
- VV. AA., *Mujer y Trabajo. Una estrategia para la igualdad*, Martínez Gallego, E. M.<sup>a</sup> y Reguero Celada, J. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2004.
- VV. AA., *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.
- VV. AA., *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Molina Hermosilla, O. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 2012.
- VV. AA., *Gestión práctica de Planes de Igualdad*, Molina Hermosilla, O. (Ed.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, Granada, Ed. Comares, 2012.
- VV. AA., *Mujer y Trabajo*, Ruiz Pérez, E. (Coord.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2003.

- VV. AA., *Comentario a la Ley de Igualdad. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, García Ninet, I. (Dir.), Garrigues Giménez, A. (Coord.), Madrid, Ed. CISS, 2007.
- VV. AA., *Igualdad y no discriminación. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2007.
- VV. AA., *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012.
- VV. AA., *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012.
- VV. AA., *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.
- YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Ed. Cátedra, 2000.

# PERMISO POR RAZONES DE GUARDA LEGAL

PILAR PALOMINO SAURINA

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. *Regulación jurídica.*—II. *Beneficiarios.*—III. *Concreción horaria.*—IV. *El preaviso.*—V. *Consecuencias salariales y de seguridad social derivadas de la reducción de jornada.*—VI. *Ejercicio del derecho.*—*Bibliografía.*

## I. REGULACIÓN JURÍDICA

Actualmente el derecho a reducir la jornada entre al menos un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella con disminución proporcional del salario, establecida a favor de cualquier hombre o mujer que tenga a su cargo a un menor de 12 años o a una persona con discapacidad que no desempeñe otra actividad retribuida constituye un ejemplo del derecho a conciliar vida familiar y laboral que regula el artículo 37.6 ET.

Este derecho a reducir la jornada forma parte del desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 39 de la Constitución que establece la protección a la familia y a la infancia<sup>1</sup>. Aunque si bien es cierto que la razón de ser de esta regulación tiene su origen en los profundos cambios sociolaborales provocados por la incorporación de la mujer al trabajo, con él no solo se

---

<sup>1</sup> El TS ha estimado en sus sentencias de 20 de julio de 2000 (RJ 2000, 7209) y 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2025) que la aplicación de las reducciones de jornada forman parte del mandato constitucional (ex art. 39 CE) que establece la protección a la familia y a la infancia.

vela por el derecho de los trabajadores a conciliar su vida familiar y laboral sino también el interés del menor o persona con discapacidad a recibir la mejor atención posible.

Fue la Ley 39/1999, de 5 de noviembre<sup>2</sup>, la que determinó que este mismo derecho a reducir la jornada entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquella lo tendrían quienes se encargaran del cuidado directo de un menor de 6 años o de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pudiera valerse por sí mismo, y que no desempeñara actividad retribuida. Sin embargo, posteriormente, la Disposición Adicional 11.ª LOI introdujo tres modificaciones importantes en el artículo 37.5 ET/1995: elevó la edad del menor de seis hasta los ocho años; sustituyó la expresión «minusválido» por la de «discapacitado» y dio un margen mayor a la reducción pues mantuvo la posibilidad de disminuir hasta un máximo de la mitad la duración de la jornada de trabajo y pasar de un tercio a un octavo.

Este artículo es nuevamente corregido por el RD-L 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que añadió la calificación de «diaria» a la jornada de trabajo sobre la cual va a proyectarse el derecho a la reducción de jornada. Mientras que el apartado 4 del artículo 1 RD-L 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores elevó la edad del menor que va a recibir la atención de los ocho a los doce años<sup>3</sup>. Finalmente, el RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores pasa a regular este derecho en el apartado 6 del artículo 37.

## II. BENEFICIARIOS

La titularidad del derecho tiene un espectro amplio ya que pueden beneficiarse de él no solo los padres sino también los tutores y se configura como un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, de modo que en el caso de los cónyuges, si ambos trabajan, podrá ser ejercitado por los dos

---

<sup>2</sup> La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, vino a transponer al ordenamiento jurídico español las Directivas comunitarias 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 (LCEur 1992, 3598) relativa a la aplicación de medidas para promover la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996 (LCEur 1996, 1756) relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

<sup>3</sup> Con esta reforma se equipara con el límite de edad que ya regía en el caso de que el trabajador fuese un empleado público (art. 48.1 EBEP).

conjuntamente o por cualquiera de ellos alternativamente. Y es que, el ET no alude al parentesco existente entre ambos, por lo cual cabe todo tipo de relación entre el menor y los trabajadores de tal manera que puede darse tanto el parentesco directo (con inclusión del adoptivo), como el acogimiento legal, con independencia de su forma, entendiéndose que en el mismo quedan incluidos el simple, preadoptivo y permanente, pero siempre que esa guarda tenga carácter legal, quedando excluidas las situaciones de hecho.

Con respecto a los discapacitados la norma guarda silencio respecto al grado de discapacidad que debe presentar esa persona, aunque tradicionalmente se viene admitiendo que el grado de discapacidad requerido es como mínimo del 33%.

El artículo 37.6 ET hace referencia al «cuidado directo» dando a entender que el menor o persona con discapacidad deben estar a cargo del trabajador. Por consiguiente, si éste no es la persona que les cuida, sino que, existe una tercera persona que se encarga de ello, ya sea alguien que conviva con el trabajador o una persona cuyos servicios se han contratado a tal efecto, no existiría el derecho al que alude este precepto legal.

En cuanto al parentesco que debe existir entre el trabajador y aquel que provoca la solicitud del derecho, solo se reconoce cuando la relación entre ellos sea hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad. De tal manera que las relaciones de hecho, como aquellas que tienen su origen en el acogimiento, quedan al margen de esta tutela, lo que puede dar lugar a que los sujetos que realmente se ocupan de los menores o discapacitados no puedan solicitar este permiso con la desprotección jurídica que ello genera.

En todo caso el derecho a reducir la jornada de trabajo es de naturaleza voluntaria y de carácter causal que debe ser solicitado por el trabajador si tiene que atender al cuidado de uno de estos allegados con independencia de su antigüedad en la empresa. Y es que, el derecho a la reducción de jornada por guarda legal de un menor deriva de cada nacimiento o adopción, por lo que un nuevo hijo da lugar a un nuevo derecho.

Desde la entrada en vigor de la LOI en los distintos Tribunales se han planteado diversos problemas interpretativos en torno al derecho del trabajador a reducir su jornada por razones de guarda legal. Así, en el TC se han desestimado dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña contra el artículo 26 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2006, de 5 de julio, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña (LCAT 2006, 566), por su contradicción con el artículo 48.1 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto

Básico del Empleado Público (RCL 2007, 768), y por vulneración de los artículos 148.1.18 y 14 CE (RCL 1978, 2836)<sup>4</sup>.

El órgano judicial promotor de la cuestión considera que la previsión normativa contenida en el artículo 26.a) de la citada Ley puede contradecir lo dispuesto en el artículo 48.1 h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público tras su promulgación y las competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1.18 CE, que le otorga la competencia exclusiva sobre la legislación básica del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas, dado que la primera norma solo prevé el derecho a la reducción de la jornada para el cuidado de un menor de seis años, y la Ley estatal lo reconoce en el caso de un menor hasta los doce. Y lo que dictamina el TC es la validez de la normativa autonómica al ser la regulación estatal supletoria para el caso de que no existiera dicha normativa.

### III. CONCRECIÓN HORARIA

El artículo 37.6 ET señala que el trabajador «tendrá derecho» a la reducción de jornada, de lo cual se infiere que el empresario no puede negarse a su solicitud. Además, ello significa que sus términos son fijados por el trabajador. Él es el que determina la fijación de la franja horaria en que ha de disfrutarse el derecho<sup>5</sup>, el número de horas en que se reduce la jornada y la duración temporal de la misma, con un máximo que la Ley hace depender del cumplimiento de una determinada edad por parte del menor o en el caso del discapacitado en el momento en que cese su discapacidad. Y es que, no se establece que la solicitud haya de realizarse por un período mínimo, sino que el límite actúa únicamente como tope máximo, de tal manera que, dentro de este margen el trabajador podrá optar por el periodo que estime conveniente<sup>6</sup>.

No obstante, hay que tener en cuenta que la reforma de 2012 modificó el régimen jurídico de ejercicio del derecho, limitando las facultades del trabajador, puesto que a partir de ese momento se permite su subordinación a los criterios establecidos por los representantes de los trabajadores y empresario

---

<sup>4</sup> STC de 15 de octubre de 2012 (RTC 2012, 181) y de 29 de octubre de 2012 (RTC 2012, 191).

<sup>5</sup> STC de 15 de enero de 2007 (RTC 2007, 3). En contra, STS de 18 de junio de 2008 (RJ 2008, 4230).

<sup>6</sup> STSJ de Aragón de 21 de mayo de 2009 (JUR 2009, 291880), de Madrid de 8 de octubre de 2010 (AS 2019, 2660) y de Galicia de 20 de noviembre de 2017 (JUR 2018, 13824). Sentencia del JS de León de 15 de febrero de 2018 (AS 2018, 837).

en el convenio colectivo<sup>7</sup>. Y así, a la hora de fijar las condiciones del ejercicio del derecho se deben tener en cuenta requisitos de tipo formal que se refieren a la comunicación de la decisión a la dirección de la empresa con una antelación prudencial, y otros de contenido, dentro de los cuales hay que tomar en consideración las necesidades organizativas de la empresa sin olvidar los intereses de los compañeros de trabajo cuyo horario puede quedar modificado por la decisión del trabajador de solicitar la reducción de su jornada<sup>8</sup>. Por ello, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Sin embargo, esta limitación no alcanza al disfrute sucesivo por distintos familiares respecto del mismo sujeto causante ni tampoco al disfrute simultáneo, cuando trabajen en distintas empresas ni cuando, en su trabajo, para el mismo empresario, apoyen su derecho de reducción de jornada en un sujeto causante distinto.

En todo caso, la reducción de jornada ha de aplicarse sobre la jornada diaria y no sobre la calculada en cómputo anual o semanal. Por ello, cuando se ejercita el derecho de reducción por guarda legal, esta reducción debe proyectarse sobre todos los días en los que el trabajador o trabajadora tiene que prestar sus servicios profesionales sin excluir el sábado<sup>9</sup>. Y es que, la referencia a la jornada de trabajo diaria no permite excluir de la prestación de servicios un día concreto de la semana si la jornada pactada entre empresario y trabajador obliga al trabajo en ese día ya que esa exclusión supondría reducir la jornada de trabajo en un porcentaje del 100%. De este modo, en la actualidad no es admisible legalmente la acumulación de la jornada semanal reducida de lunes a viernes, dejando libre el sábado para conciliar vida laboral y familiar<sup>10</sup>.

Si el trabajador o la trabajadora presta servicios en régimen de trabajo a turnos<sup>11</sup> y lo que se solicita es reducir la jornada en cada uno de los turnos de trabajo en los que normalmente se prestan servicios la reducción debe proyectarse en cada uno de los días de trabajo de cada turno, pudiendo aplicar a cada

---

<sup>7</sup> VELASCO PORTERO, M.<sup>a</sup> T., «Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada», *Documentación Laboral*, núm. 100, año 2014, p. 60.

<sup>8</sup> STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 32210) y de 14 de julio de 2016 (AS 2016, 1458). Como recogen las sentencias del TSJ de la C. Valenciana de 7 de febrero de 2017 (AS 2017, 868) y de 20 de febrero de 2017 (AS 2017, 501) el derecho de los trabajadores a la concreción horaria no autoriza una modificación unilateral de la jornada ordinaria.

<sup>9</sup> Sobre este tema, STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2016 (AS 2016, 805). También, HIERRO HIERRO, F. J., «Reducción de jornada de trabajo por guarda legal de hijos: ¿Reducción diaria del horario de prestación de servicios o acumulación del tiempo de trabajo dejando el sábado libre?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7520, año 2004 (BIB 2005/489).

<sup>10</sup> STSJ de Cantabria de 31 de julio de 2015 (AS 2016, 146).

<sup>11</sup> SAN de 15 de febrero de 2010 (AS 2010, 110).

día un porcentaje de reducción distinto si este se enmarca en los límites porcentuales que establece la norma<sup>12</sup>. Pero también es posible que haya trabajadores que sin solicitar esa reducción pretendan un cambio de turno para poder adaptar la duración y distribución de su jornada a sus responsabilidades familiares<sup>13</sup>, en este caso se deben valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurrían en el trabajador demandante, así como la organización del régimen de trabajo.

En el caso de que el trabajador que pretende ejercitar el derecho de reducción de jornada desempeñe su trabajo en jornada continua o en jornada partida debe aplicarse si existiera colisión de intereses con el empresario, el principio general de que tiene que prevalecer aquella posición más idónea para la adecuada atención del hijo menor de manera que la reducción de la jornada solicitada y la concreción horaria postulada no repercutan negativamente sobre el menor<sup>14</sup>.

Es más, con respecto a los días de vacaciones y días de asuntos propios diversas resoluciones judiciales consideran tras la LOI que el principio de igualdad de trato se vulneraría en caso de que con la reducción de jornada se disminuyera proporcionalmente el derecho a vacaciones o permisos retribuidos, con lo que además se perjudicaría la finalidad de la norma de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral, privando a la trabajadora que hace uso de dicho derecho de reducción de jornada por guarda legal, de disfrutar de las vacaciones que legalmente le corresponden conjuntamente con su familia<sup>15</sup>.

#### IV. EL PREAVISO

El RD-L 3/2012 incorporó dos innovaciones al artículo 37.6 ET/95: la primera hacía referencia al período de preaviso relacionada con el disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada por guarda legal y la segunda, a la posibilidad de que los convenios colectivos establecieran los criterios

---

<sup>12</sup> AZAGRA SOLANO, M., «Reducción de la jornada de trabajo diaria por razones de guarda legal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, año 2012, p. 4.

<sup>13</sup> STS de 13 de junio de 2008 (RJ 2008, 4227), de 18 de junio de 2008 (RJ 2008, 4230), de 20 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3118) y de 19 de octubre de 2009 (RJ 2009, 7606). También hace referencia a este aspecto la sentencia del TSJ de Cataluña de 3 de abril de 2017 (AS 2017, 1197).

<sup>14</sup> FRAGUAS MADURGA, L., «Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 19, año 2013 (BIB 2013, 311).

<sup>15</sup> STSJ de Castilla y León de 11 de febrero de 2010 (AS 2010, 1399).

para la concreción horaria del permiso de lactancia y de la reducción de jornada en atención a las necesidades productivas y organizativas de la empresa.

Así se configuran dos preavisos, uno referido al inicio y otro a la reincorporación que solo es posible dejar de aplicar por razón de fuerza mayor. Ello supone que dejará de ser una facultad del trabajador el poder acceder a estos derechos de conciliación con un tiempo menor a quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable de comunicación al empresario, con el fin de ajustarse a los frecuentes imprevistos que resultan de las obligaciones de cuidado. No obstante, el preaviso se puede incumplir por fuerza mayor pero este concepto implica una gravedad que pueden no tener situaciones de menor envergadura pero que hagan aconsejable una reducción de jornada inmediata.

## V. CONSECUENCIAS SALARIALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL DERIVADAS DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA

La reducción de la jornada de trabajo transforma al trabajador a tiempo completo en trabajador a tiempo parcial lo que lleva aparejado la disminución de la retribución en la misma proporción que aquella y de las obligaciones y derechos propios del sistema de Seguridad Social.

Con respecto a la retribución hay que señalar que la persona que ejercita el derecho debe percibir todas las retribuciones inherentes a su puesto de trabajo a jornada completa, que en su totalidad se reducen en la misma proporción en que lo haga la jornada<sup>16</sup>. Este es el caso de los complementos salariales que se establecen por unidad de tiempo, aunque también existen pronunciamientos judiciales que señalan la no legitimidad de reducir algunos conceptos salariales desvinculados de la unidad de tiempo como el plus de responsabilidad o el de puntualidad y asistencia que deben mantenerse sin reducción alguna<sup>17</sup>. No obstante, con carácter general la doctrina judicial considera que la reducción no puede suponer la eliminación de los complementos, ni siquiera el que retribuya la mayor disponibilidad horaria como el complemento de dedicación<sup>18</sup>. Aunque si se reduciría el complemento de antigüedad<sup>19</sup>.

Las cotizaciones efectuadas por la empresa a la Seguridad Social también sufrirán una reducción en la misma proporción a la reducción de la jornada.

<sup>16</sup> SAN de 26 de octubre de 2004 (JUR 2005, 3772) y del TS de 21 de julio de 2006 (RJ 2006, 7184).

<sup>17</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de septiembre de 2011 (AS 2011, 2538) y del TSJ de Madrid de 26 de julio de 2012 (JUR 2012, 286266).

<sup>18</sup> STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2005 (AS 2005, 1523).

<sup>19</sup> STS de 25 de enero de 2005 (RJ 2005, 1199) y de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005, 3553).

No obstante, como señala el artículo 237.3 LGSS las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el primer párrafo del artículo 37.6 ET se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de familiares.

Y es que, de no mediar medida protectora alguna por parte del sistema, los trabajadores con reducción de jornada podrían sufrir una importante merma en sus derechos de protección social e incluso, una desprotección absoluta derivada de la imposibilidad de acceder a las prestaciones necesarias por no haber cubierto el periodo de cotización preciso para ello. De tal manera que, esta situación se convertiría en un elemento disuasorio para los trabajadores a la hora de solicitar estas reducciones de jornada. Sin embargo, como recoge el artículo 21 OM TAS 2865/2003 los trabajadores que reduzcan su jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o retribución podrán suscribir una modalidad privilegiada de convenio especial a fin de mantener las bases de cotización en las cuantías por las que venían cotizando con anterioridad a la reducción de la jornada. La cotización a completar en esta modalidad de convenio especial será la correspondiente a las situaciones y contingencias de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común o accidente no laboral.

## VI. EJERCICIO DEL DERECHO

Para resolver las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador el ET establece un procedimiento preferente y sumario regulado en el artículo 139 LRJS. En él el trabajador dispone de un plazo de caducidad de veinte días desde la comunicación del empresario disconforme, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

A la demanda el trabajador podrá acumular la reclamación de daños y perjuicios causados por la negativa del derecho o la demora en su ejercicio, si bien el empresario quedará exonerado si hubiera cumplido provisionalmente la propuesta del trabajador. Ambas partes deberán llevar las propuestas y alternativas de la concreción horaria a los actos de conciliación previos al juicio y al propio acto de juicio y podrán aportar informe de los órganos paritarios o de

seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia<sup>20</sup>.

Finalmente, en este sentido es destacable que como recoge la Disposición Adicional Decimonovena del ET, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción<sup>21</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AZAGRA SOLANO, M., «Reducción de la jornada de trabajo diaria por razones de guarda legal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, año 2012.
- FRAGUAS MADURGA, L., «Reducción de jornada y flexibilidad horaria por cuidado de hijos tras la reforma laboral de 2012», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 19, año 2013.
- HIERRO HIERRO, F. J., «Reducción de jornada de trabajo por guarda legal de hijos: ¿Reducción diaria del horario de prestación de servicios o acumulación del tiempo de trabajo dejando el sábado libre?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7520, año 2004.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Conciliación de la vida familiar en la reforma laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, año 2012.
- VELASCO PORTERO, M.<sup>a</sup> T., «Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada», *Documentación Laboral*, núm. 100, año 2014.

---

<sup>20</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, año 2012 (BIB 2012/1163).

<sup>21</sup> Como señala la sentencia del TSJ de Andalucía de 16 de noviembre de 2017 (AS 2017, 2173) siguiendo la STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2025) la indemnización en los supuestos de jornada reducida por guarda legal de menor, se calcula conforme al salario que hubiera percibido el demandante de haber prestado servicios a jornada completa, en atención al mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia.



## PLANES DE IGUALDAD

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada  
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

SARA GUINDO MORALES

Contratada Predoctoral FPU del MECD  
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada

«Las circunstancias políticas y socialmente inequitativas le dan a las mujeres capacidades humanas [y oportunidades] inequitativas».

Martha NUSSBAUM, *Capacidades de las mujeres y justicia social* (2002).

SUMARIO: I. *Introducción: la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral.*—II. *Los planes de igualdad.*—III. *Balance y perspectivas: conclusiones.*—*Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN: LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO LABORAL

En el orden internacional, los principios de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres están regulados en numerosos preceptos (en algunos de ellos con carácter general y en otros más específicamente en lo concier-

te al mercado de trabajo) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1</sup> y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>2</sup>, además de en otros instrumentos internacionales que refuerzan la protección de los derechos en esta esfera<sup>3</sup>.

En el ámbito europeo, entre otros preceptos más genéricos, el artículo 20 de la Carta Social Europea revisada del año 1996 proclama el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo<sup>4</sup> y el 27 estipula el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato.

Por su parte, en el ámbito de la Unión Europea, el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece concretamente la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, incluidos empleo, trabajo y profesión. Además, tanto el Tratado de la Unión Europea<sup>5</sup> como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>6</sup> (de manera específica este último en los artículos 153.1.i) y 157) lo consagran, sin dejar de obviar las numerosas directivas existentes al respecto.

Por último, en nuestro país, el artículo 1.1 CE<sup>7</sup> propugna como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español la igualdad (que no es más que una concreción del genérico derecho a la igualdad formal ante la ley y no discriminación recogido en el artículo 14 CE<sup>8</sup> que expresa uno de los problemas más significativos que tiene planteados todavía a día de hoy nuestro sistema de relaciones de trabajo<sup>9</sup>) y en el artículo 35.1 del mismo texto legal

---

<sup>1</sup> (RCL 1977/893).

<sup>2</sup> (RCL 1977/894).

<sup>3</sup> MONEREO ATIENZA, C., «Igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.) et al., *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, p. 41.

<sup>4</sup> Vid., BOZZAO, P., «Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.) et al., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, p. 759 y ss.

<sup>5</sup> (RCL 2009/2299).

<sup>6</sup> (RCL 2009/2300).

<sup>7</sup> (RCL 1978/2836).

<sup>8</sup> Vid., al respecto, RUBIO CASTRO, A., «El derecho a la igualdad y a la no discriminación», en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.<sup>a</sup> N. (dirs.) et al., *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 927 y ss.

<sup>9</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., «El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo», en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.<sup>a</sup> N. (dirs.) et al., *Comentario a la constitución socio-económica*

se reconoce el derecho de la persona trabajadora a no ser discriminada por razón de sexo. Por último, el artículo 17 ET consagra la no discriminación en las relaciones laborales.

Sin embargo, lamentablemente, casi treinta años después, todos los indicadores demostraban que esa ansiada igualdad no se había producido: por ello (y también por las obligaciones impuestas por varias directivas comunitarias al respecto) sobre esa realidad intentó incidir<sup>10</sup> la LOI<sup>11</sup> mediante su promulgación, en cuyo artículo 15, rubricado «*transversalidad (o mainstreaming<sup>12</sup>) del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres*» establece que «*el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos*», lo que se traduce en la penetración de dicho principio en todos los ámbitos del sistema social, entre el que se encuentra el laboral, siendo una de sus novedades más destacadas, en relación a la negociación colectiva, la regulación de los Planes de Igualdad, los cuales han constituido la medida que ha cobrado más protagonismo en la lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el campo laboral<sup>13</sup>.

## II. LOS PLANES DE IGUALDAD

Antes de proceder a examinar cómo y en qué sentido los tribunales se encuentran abordando los conflictos derivados de los Planes de Igualdad, es

---

*de España*, cit., p. 352; ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S., «El modelo de protección socio-laboral de la víctima de violencia de género: mecanismos de tutela jurídica del Derecho de la Seguridad Social», en MOYA AMADOR, R. (dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (coord.), *et al.*, *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Navarra, Aranzadi, 2016, *passim*; ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S., «La garantía de una efectiva justicia e igualdad de la mujer extranjera víctima de la violencia de género», en AA. VV., *Migraciones Internacionales en España*, Instituto de Migraciones, Granada, 2015, *passim*.

<sup>10</sup> ALFONSO MELLADO, C. L., «Introducción», en ALFONSO MELLADO, C. L. (coord.) *et al.*, *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación colectiva en materia de planes de igualdad: estudio analítico*, Madrid, Cinca, 2013, p. 7.

<sup>11</sup> (RCL 2007/586). Que ha tenido que modificar tanto el ET como otras normas concordantes.

<sup>12</sup> Sobre el *mainstreaming*, *vid.*, MONEREO ATIENZA, C., *Hacia un concepto complejo de igualdad. La igualdad formal en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Igualdad ante la ley y principio de no discriminación. Especial referencia a la igualdad entre hombres y mujeres*, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 87 y 88; KAHALE CARRILLO, D. T., *La Responsabilidad Social de Género*, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 187 y ss.

<sup>13</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., «El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos», en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., MARTÍNEZ BARROSO, M.<sup>a</sup> R. (dirs.) y ÁLVAREZ CUESTA, H. (coord.) *et al.*, *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, Navarra, Aranzadi, 2016, pp. 197 y 198; LÓPEZ INSUA, B. M., *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 44 y 45.

necesario recordar algunas cuestiones esenciales que pueden servir para definir el marco jurídico regulador en que surge la litigiosidad concerniente a los Planes de Igualdad, siendo escasas (aunque en los últimos años han aumentado) las ocasiones en las que el poder judicial se ha pronunciado al respecto debido a diversas circunstancias tales como, p. ej., la juventud de la regulación o el reducido alcance de la imperatividad de la elaboración de los Planes de Igualdad en sus distintas manifestaciones<sup>14</sup>, como veremos a continuación.

Los Planes de Igualdad constituyen una vía para implicar a la negociación colectiva en la consecución de la igualdad de derechos y de oportunidades entre mujeres y hombres debido a que, dado que la LOI no impone un modelo cerrado y uniforme del mismo, sino únicamente las orientaciones para su elaboración, los negociadores pueden determinar el contenido, los objetivos a alcanzar y el sistema de vigilancia<sup>15</sup>.

Su régimen jurídico se contiene en el Capítulo III titulado «*los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad*», dentro del Título IV, rubricado «*el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades*», abarcando los artículos 45 a 49, dando lugar algunos de ellos a no pocos problemas interpretativos.

Desde la aprobación del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo<sup>16</sup> se pueden controlar y conocer los Planes de Igualdad aprobados.

Y es que, según su artículo 2.1.f) «*serán objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo de las autoridades laborales competentes los siguientes actos inscribibles: los acuerdos sectoriales que establecen los términos y condiciones que han de seguir los planes de igualdad en las empresas, los acuerdos que aprueben planes de igualdad en las empresas afectadas por la negociación colectiva sectorial, así como los acuerdos que aprueben planes de igualdad derivados del convenio colectivo de empresa*».

---

<sup>14</sup> ARASTEY SAHÚN, M.<sup>a</sup> L., «Los planes de igualdad en la doctrina de los tribunales», en BODELÓN, E. e IGAREDA, N. (eds.) *et al.*, *Los planes de igualdad en tiempos de crisis: problemas de aplicación y carencias conceptuales*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 51 y 53.

<sup>15</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., «El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos», en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., MARTÍNEZ BARROSO, M.<sup>a</sup> R. (dirs.) y ÁLVAREZ CUESTA, H. (coord.) *et al.*, *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, cit., pp. 235 y 236; LÓPEZ INSUA, B. M., *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, cit., p. 79.

<sup>16</sup> (RCL 2010/1565).

De acuerdo con el nuevo artículo 85.1 párr., segundo ET<sup>17</sup>, concerning al contenido de los convenios colectivos *«sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres»*.

Como expresa el F. 2.º de la STS de fecha 11 de marzo de 2014<sup>18</sup> *«el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores impone la necesidad de que la negociación colectiva comprenda medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a la elaboración de planes de igualdad»*.

De dicho precepto se extrae que en todos los convenios colectivos existen dos alternativas de obligado cumplimiento: o se negocia un Plan de Igualdad o se negocian medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, lo que significa que no habrá necesidad de alcanzar un acuerdo en ninguno de los dos sentidos, sino solo y exclusivamente una obligación de negociar de buena fe sobre estas cuestiones<sup>19</sup>.

En otros términos, el cumplimiento de ese deber empresarial necesariamente le exige al empleador o empresario sentarse a negociar con los representantes de los trabajadores, aunque sentarse a negociar no equivalga a llegar a un acuerdo<sup>20</sup>, y es que el carácter negociado del Plan de Igualdad es un requisito de validez del mismo como bien manifestó la STS de fecha 9 de mayo de 2017<sup>21</sup>.

Por otro lado, el artículo 85.2 párr. segundo ET expresa que *«asimismo, sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de*

<sup>17</sup> (RCL 2015/1654).

<sup>18</sup> (RJ 2014/1708).

<sup>19</sup> SALA FRANCO, T. y CARDONA RUBERT, M. B., «La negociación colectiva y el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR, M. A., BAÑO LEÓN, J. M., EMBID IRUJO, J. M. y GOERLICH PESET, J. M. (dirs.) *et al.*, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid, La Ley, 2008, p. 396.

<sup>20</sup> FABREGAT MONFORT, G., «La negociación de los planes de igualdad en los convenios colectivos de ámbito sectorial», en MOLINA HERMOSILLA, O. (dir.) *et al.*, *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Colección Trabajo y Seguridad Social, Granada, Comares, 2012, pp. 61 y 62.

<sup>21</sup> (RJ 2017/2456).

*igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma: a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios. b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad».*

Conforme el F. 2.º de la citada STS «*el deber de negociar planes de igualdad en empresas de más de 250 empleados, lo articula el número 2 del citado artículo distinguiendo entre convenios colectivos de empresa y convenios colectivos de ámbito superior. En los primeros, el deber de negociar los planes se formaliza al negociarse el convenio de empresa, mientras que en los segundos se formaliza a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa, para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad. Este precepto impone pues la necesidad de negociar en la empresa las reglas que complementen las disposiciones generales sobre igualdad en el convenio de ámbito superior aplicable».*

En primer lugar, en cuanto a su concepto legal, el artículo 46.1, párrafo primero, LOI determina que los Planes de igualdad de las empresas son «*un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo».*

En el párr. segundo LOI encontramos el elemento finalista o teleológico de los mismos, según el cual, los Planes de Igualdad «*fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados».*

Respecto a la definición anterior, la reciente y relevante SAN de fecha 11 de diciembre de 2017<sup>22</sup> relativa a la cuestión de índole jurídica de la determinación del alcance de la equiparación de derechos entre trabajadores de empresas usuarias y trabajadores que prestan servicios en las mismas habiendo sido contratados por Empresas de Trabajo Temporal expresa (en su F. 4.º) que «*toda medida que se encuentre contemplada en un plan de igualdad tiene como finalidad primordial lograr el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo,*

---

<sup>22</sup> (JUR 2017/309408).

*materias estas en las que de conformidad con lo expuesto anteriormente la finalidad perseguida por el artículo 11 [último párrafo] de la LETT<sup>23</sup>, es la equiparación total entre trabajadores contratados por la usuaria y trabajadores cedidos».*

Pues bien, tal y como pone de relieve la citada Sentencia *«la no referencia explícita a los Planes de igualdad, no implica la no inclusión de los mismos, pues tal y como se configuran legislativamente los mismos en los artículos 46 de la LO 3/2007 y 85.1, 2.º párrafo, del ET, son disposiciones de carácter general, debiendo referirse que la referencia expresa a los mismos, y no la genérica a “disposiciones” podría dejar fuera de la equiparación a las medidas adoptadas en el seno de aquellas empresas que por no alcanzar el número de 250 trabajadores no están obligadas a negociar Planes de igualdad».*

Además, dispone la Sentencia que *«resulta contrario al principio general del derecho según el cual nadie puede ir contra los propios actos –derivado del deber genérico de buena fe que predica el artículo 6.1 Cc con carácter general, el artículo 1258 Cc, en materia contractual y el artículo 89.1 ET específicamente en la negociación colectiva–, que quién ha negociado un plan de igualdad –cuyo objeto como se ha dicho es un conjunto ordenado de medidas tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo– sostenga, posteriormente, que determinadas medidas incluidas en el mismo resultan ajenas a dicho objeto».*

En definitiva, esta innovadora Sentencia ha declarado que los trabajadores contratados por Empresas de Trabajo Temporal para ser cedidos a empresas usuarias tienen derecho a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados de forma directa por la empresa usuaria.

Lo anterior supone un enorme avance en materia de igualdad y de reconocimiento de derechos para la plantilla puesta a disposición de las Empresas de Trabajo Temporal, que a partir de esta Sentencia ya no sufrirán este tipo de discriminación.

---

<sup>23</sup> (RCL 1994/1555). En virtud del cual *«los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual».*

Prosiguiendo con el marco jurídico regulador de los Planes de Igualdad, según el F. 3.º de la SAN de fecha 17 de enero de 2013<sup>24</sup>, *«las empresas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral»*.

Por ello, en lo concerniente al ámbito subjetivo, en virtud del artículo 45 LOI, se encuentran obligadas a elaborar y aplicar un Plan de Igualdad:

a) Las empresas que cuenten con más de 250 trabajadores.

Dado nuestro tejido productivo o estructura empresarial de microempresas y pequeñas empresas, esto se traduce en muy pocas, de ahí la falta de litigiosidad ya mencionada al respecto.

b) Las empresas en cuyo convenio colectivo aplicable así se establezca, en los términos previstos en el mismo, aunque la empresa tenga menos de 250 empleados<sup>25</sup>.

Del articulado de este precepto no se contempla la posibilidad de Planes de Igualdad en los convenios colectivos de franja, aunque nada impediría su negociación<sup>26</sup>.

El F. 2.º de la STS de fecha 9 de mayo de 2017 (la cual ratifica la nulidad de pleno derecho del Plan de Igualdad de la empresa por ser aprobado de manera unilateral, confirmando así la previa SAN de fecha 16 de septiembre de 2015<sup>27</sup>) indica que *«fácilmente, debe señalarse que el número 3 del artículo 45 de la Ley 3/2007 no establece la opción que dice la empresa recurrente: negociar un “plan de igualdad” o implantarlo unilateralmente si la negociación colectiva fracasa. No solo porque una interpretación lógico-sistemática del citado precepto nos muestra que es obligatoria la negociación del Plan de Igualdad en el supuesto de empresas de más de 250 trabajadores, sino, también que el citado número 3 lo que viene a establecer es que la elaboración y negociación de ese Plan será, igualmente, obligatoria cuando lo establezca el*

---

<sup>24</sup> (AS 2013/227).

<sup>25</sup> *Vid.*, la STS de fecha 9 de mayo de 2017.

<sup>26</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Artículo 47. Transparencia en la implantación del plan de igualdad», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs.) *et al.*, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Navarra, Aranzadi, 2008, p. 336.

<sup>27</sup> (JUR 2015/237057).

*convenio colectivo de aplicación, aunque la empresa tenga menos de 250 empleados. Por tanto, debe concluirse que la empresa recurrente incumplió con la obligación de negociar que le imponían la ley y el convenio colectivo».*

c) Cuando en un procedimiento sancionador se acuerde por la autoridad laboral la sustitución de sanciones accesorias por la elaboración y aplicación del Plan de Igualdad, en los términos que el acuerdo recoja<sup>28</sup>, constituyendo una gran novedad la posibilidad de conmutar sanciones accesorias por el establecimiento de Planes de Igualdad.

d) Aunque la LOI no haga mención alguna al respecto, la Administración pública, sus empresas públicas y entidades instrumentales, con especialidades<sup>29</sup>.

Para las demás empresas, la elaboración y aplicación del Plan de Igualdad es potestativa, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, es decir, se fomenta su implantación en las PYMES, remitiéndose la LOI a la autonomía colectiva para determinar la oportunidad y condiciones.

Ahora bien, más allá del Plan de Igualdad, se debe subrayar que todas las empresas tienen la obligación por ley de establecer garantías efectivas de igualdad de trato y de oportunidades mediante un conjunto de medidas preventivas necesarias y adecuadas para el alcance del fin propuesto; así, a la dirección de la empresa se le impone un deber objetivo de cuidado para evitar que se produzca una vulneración del principio de igualdad y no discriminación por razón de género, lo que debería suponer, aparte de los imperativos legales, un cambio en la cultura empresarial, que siempre ha sido uno de los grandes obstáculos para la igualdad efectiva de las mujeres en el mercado y en el lugar de trabajo, por lo que si una empresa no está legalmente afectada por el deber de negociar un Plan de Igualdad con la representación de los trabajadores, ello no le libera de su obligación general de cuidado para garantizar la igualdad efectiva y la no discriminación en las relaciones laborales: es más, de hecho, la no adaptación, en su caso, del Plan de Igualdad en el marco del proceso de negociación nunca supondría eximir a la empresa de su obligación jurídica de esta-

<sup>28</sup> *Vid.*, el artículo 46 bis.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

<sup>29</sup> Para mayor abundamiento sobre las singularidades en torno a la negociación de los Planes de Igualdad en el ámbito público, *vid.*, LÓPEZ INSUA, B. M., «Las políticas de igualdad en el empleo público: Los planes de Igualdad», en MONEREO PÉREZ, J. L. y CASTILLO BLANCO, F. A. (dirs. y coords.) *et al.*, *Reestructuración de las administraciones públicas: aspectos administrativos y laborales*, Colección Crítica del Derecho dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2015, p. 471 y ss.

blecer todas las medidas pertinentes para evitar cualquier tipo de vulneración del principio de igualdad y no discriminación en la esfera de su actividad<sup>30</sup>.

A pesar de lo expuesto anteriormente, se debería reformar el régimen jurídico regulador de los Planes de Igualdad con la finalidad de que éstos fueran vinculantes para todas las empresas de nuestro país, no solo para las mencionadas en el artículo 45 LOI.

Para la consecución de los objetivos fijados, a mero título ejemplificativo o criterio orientador, el artículo 46.2 LOI establece que los Planes de Igualdad podrán contemplar como contenido negociable medidas en materia de «*acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo*», estableciendo el apartado 3.º del precepto que, en la implantación del Plan de Igualdad, se incluirá a toda la plantilla de la empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo.

Al respecto, el F. 5.º de la SAN de fecha 26 de mayo de 2011<sup>31</sup> recuerda este artículo al establecer lo siguiente «*los planes de igualdad, que serán objeto de negociación colectiva (...) han de incluir a la totalidad de la empresa, tal y como dispone el artículo 46.3 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, siendo inadmisibles, por consiguiente, que un plan de igualdad se negocie mediante un acuerdo de eficacia limitada, porque sería una contradicción en sus propios términos*».

El artículo 47 LOI rubricado «*transparencia en la implantación del plan de igualdad*» dispone que «*se garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los Planes de igualdad y la consecución de sus objetivos. Lo previsto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que éstos atribuyan estas competencias*».

Conforme lo estipulado en el artículo 47 LOI, según la citada SAN de fecha 17 de enero de 2013, de esta manera, los Planes de Igualdad se configu-

---

<sup>30</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., «El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos», en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R. (dirs.) y ÁLVAREZ CUESTA, H. (coord.) et al., *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, cit., pp. 197 y 198; LÓPEZ INSUA, B. M., *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, cit., p. 44.

<sup>31</sup> (AS 2011/2263).

ran «*como manifestaciones propias de la negociación colectiva, en las que la información y transparencia por parte de la empresa se constituyen en requisitos imprescindibles para que alcancen sus fines*».

Además, desde la LOI se atribuye a la negociación colectiva la instauración de medidas específicas con la finalidad de prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, de manera que las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, arbitrando procedimientos específicos para prevenirlo y para encauzar las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes lo hayan sufrido, pudiéndose establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como, p. ej., la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación (art. 48.1 LOI), debiendo los representantes de los trabajadores contribuir a prevenir dichos tipos de acoso laboral a través de la sensibilización de los trabajadores frente al mismo y la información a la dirección empresarial de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos (art. 48.2 LOI).

El último artículo regulador del Plan de Igualdad lo constituye el 49 LOI, titulado «*apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad*», que establece que «*para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario*», el cual, además de constituir una imposición de un deber legal al Gobierno (pues la norma utiliza un imperativo categórico «*el Gobierno establecerá*»), debería haber incluido también a las microempresas<sup>32</sup>.

En cuanto a este precepto, en la STSJ de Madrid de fecha 2 de junio de 2010<sup>33</sup> se plantea una cuestión de naturaleza y alcance esencialmente jurídica consistente en determinar si es o no ajustada a derecho la exclusión de una Mutualidad de seguros respecto de la resolución de la convocatoria de ayudas (cuyo objeto es el de promover la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia competitiva destinadas a pymes que de forma voluntaria adopten planes para fomentar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en su organización, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 LOI)

<sup>32</sup> RUANO ALBERTOS, S. y VICENTE PALACIO, A., «Artículo 49. Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad», en GARCÍA NINET, J. I. (dir.) y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (coord.) et al., *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, CISS, 2007, pp. 295 y 296.

<sup>33</sup> (RJCA 2010/557). *Vid.*, ARASTEY SAHÚN, M.<sup>a</sup> L., «Los planes de igualdad en la doctrina de los tribunales», en BODELÓN, E. e IGAREDA, N. (editoras) et al., *Los planes de igualdad en tiempos de crisis: problemas de aplicación y carencias conceptuales*, cit., pp. 53 y 54.

por el simple hecho de que su actividad carece de ánimo de lucro, que es la circunstancia tenida en cuenta en las resoluciones impugnadas administrativas para sustentar lo acordado en ellas.

La Sentencia, en su F. 3.º, expresa que *«como se afirma en la demanda el concepto de empresa no viene definido legalmente, ni con carácter general ni en particular para estas subvenciones, sin que el ánimo de lucro se refiera en momento alguno en la Orden o en la Resolución como una exigencia para poder participar en la convocatoria y adquirir, en su caso, la condición de beneficiario. Tampoco los requisitos exigidos a los proyectos tienen nada que ver con el ánimo de lucro y, basta una somera lectura del artículo tercero de la Orden para concluir que tal ánimo de lucro nada tiene que ver con el contenido del plan de igualdad y con su proclamada finalidad de dar apoyo a las empresas de menos de 250 personas trabajadoras que, en el ámbito de las relaciones laborales, adopten voluntariamente un plan de igualdad tendente a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo»*.

En definitiva, concluye la Sentencia afirmando que *«lo relevante para la finalidad de la subvención es que la empresa, cualquiera que sea su forma jurídica y tenga o no ánimo de lucro, tenga contratados trabajadores por cuenta ajena, que estos sean menos de 250 y que fije un plan de actuación para garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, es decir, la finalidad de la subvención regulada en la norma objeto de interpretación es absolutamente extraña al hecho de que la solicitante actúe en el tráfico jurídico con ánimo de obtener una ganancia o sin él»*.

Finalmente, las fases o etapas en la elaboración del Plan de Igualdad son las siguientes<sup>34</sup>:

1) El diagnóstico y la planificación, cuya finalidad es constatar cuál es la situación de la empresa y determinar si hay o no desigualdad entre los trabajadores, si hay una gestión diferenciada de la mano de obra por razón de género, etc. Esta labor no es fácil de realizar, debido a que no basta con una mera descripción de la situación y enumeración de datos, sino que hay que ir más allá, reflexionando sobre los mismos y extrayendo conclusiones sobre qué tipo de discriminación se da, cuáles son sus causas, entidad, grado cuantitativo

---

<sup>34</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., «El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos», en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R. (dirs.) y ÁLVAREZ CUESTA, H. (coord.) et al., *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, cit., pp. 236 y 237; LÓPEZ INSUA, B. M., *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, cit., pp. 88 y ss.

y cualitativo, etc. Por supuesto, para hacer este diagnóstico no solo basta con analizar la empresa, sino que habrá que ampliar el análisis al entorno empresarial, e incluso, al sector de actividad. Si se desea que ese diagnóstico sea lo más objetivo posible, deberá elaborarse dentro de y a instancia de la empresa, es decir, por una comisión paritaria específica de ambas partes con o sin apoyo o asesoramiento técnico externo.

Sin embargo, es precisamente en esta fase de elaboración de los Planes de Igualdad donde se producen más litigios, debido a que hay Planes de Igualdad que han sido elaborados en solitario por el empresario.

De conformidad con el F. 4.º de la STS de fecha 14 de febrero de 2017<sup>35</sup> (al que se remite la citada STS de fecha 7 de junio de 2017) *«el convenio colectivo al que remite la ley, señala que el Plan de Igualdad que se suscriba en la empresa ha de contar con el acuerdo de la empresa y los representantes legales de los trabajadores, lo que no permite la elaboración unilateral por parte de la empresa del Plan de Igualdad, lo que determina la declaración de nulidad del plan de igualdad de la empresa»*.

En los mismos términos que la Sentencia anterior, la SAN de fecha 16 de septiembre de 2015<sup>36</sup> establece que *«la elaboración de los planes de igualdad es una manifestación propia de la negociación colectiva, que debe realizarse necesariamente con los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores, puesto que las reglas de legitimación de la negociación colectiva, reguladas en los artículos 87, 88 y 89 ET, constituyen normas de derecho necesario absoluto (...) sin que quepa su imposición unilateral por parte de la empresa, aunque la misma haya intentado, como sucede aquí, negociar con los representantes de los trabajadores, sin que ello fuera posible»*.

2) Una vez realizado el diagnóstico sobre la situación de la empresa comienza la segunda fase de elaboración y coordinación, en donde se le ofrece a las partes la posibilidad de acudir al apoyo técnico de la Administración e incluso económico para la elaboración e implantación de estos planes.

En lo concerniente a este tema, la SAN de fecha 17 de febrero de 2012<sup>37</sup> es un ejemplo del problema de interacción entre el derecho a la libertad sindical y la elaboración y gestión del Plan de Igualdad, en cuyo asunto se trataba de dilucidar cuál era la naturaleza de las funciones de la comisión encargada de elaborar el Plan de Igualdad, puesto que el Sindicato demandante no había

---

<sup>35</sup> (RJ 2017/845).

<sup>36</sup> (JUR/2015/237057).

<sup>37</sup> (AS/2012/1310).

sido convocado a la negociación y, por ende, no había podido formar parte de las comisiones creadas a tal efecto<sup>38</sup>.

Dicha Sentencia declara en su F. 5.º la nulidad del Plan de Igualdad de la empresa por conculcar la legalidad vigente y el derecho de libertad sindical en su faceta de negociación colectiva, argumentando al respecto en su Fundamento Jurídico 1.º que *«al objeto de elaborar un Plan de Igualdad en la empresa (...), que contempla diversas medidas y acciones de mejora sobre, revisión de los documentos utilizados en los procesos de selección, fomento de una política de selección potenciadora de la diversificación profesional, promoción y desarrollo, sensibilización en igualdad de oportunidades, medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, implantación del protocolo de acoso y de seguimiento y evaluación mediante la constitución de la Comisión de seguimiento regulándose su composición, funciones, y funcionamiento, no cabe duda, que los cometidos y decisiones de esta Comisión exceden de la “mera aplicación” del Convenio Colectivo y queda incurrida en la categoría de “Comisión negociadora” por lo que tanto para su constitución (...) como para la adopción del plan de igualdad de 10 enero 2011 no podía prescindirse de la incuestionable legitimación de la demandante»*.

### III. BALANCE Y PERSPECTIVAS: CONCLUSIONES

A pesar de la consagración universal en el sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, cabe decir que en la práctica en el mercado de trabajo, en la actualidad, persisten determinados sectores laborales en los que esto no se cumple (o se cumple de forma insatisfactoria y deficiente).

Lo anterior, además de entorpecer claramente la consecución de la plena igualdad entre mujeres y hombres, dificulta la conciliación entre la vida personal, laboral y familiar.

Con el fin de contrarrestar tal estructura profundamente discriminatoria, una de las medidas más importantes en la lucha por la igualdad efectiva entre ambos sexos fue, respecto a la negociación colectiva, la obligación legal recogida en la LOI de negociar la figura de los Planes de Igualdad en grandes empresas, si bien fomentándose su implantación en las Pymes, justamente uno de

---

<sup>38</sup> ARASTEY SAHÚN, M.ª L., «Los planes de igualdad en la doctrina de los tribunales», en BODELÓN, E. e IGAREDA, N. (eds.) *et al.*, *Los planes de igualdad en tiempos de crisis: problemas de aplicación y carencias conceptuales*, cit., pp. 56 y 57.

los grandes retos de la negociación colectiva de igualdad de género, debido a que nuestro tejido empresarial se encuentra conformado esencialmente por pequeñas empresas y microempresas.

En virtud de lo expresado con anterioridad, una propuesta de *lege ferenda* interesante es la de que se debería reformar el régimen jurídico regulador de los Planes de Igualdad con la finalidad de que éstos fueran preceptivos para todas las empresas de nuestro país.

Aunque, ciertamente, ello exigirá un mayor apoyo técnico y promocional de la legislación y del poder público para favorecer su efectiva implantación negociada en las Pymes.

Como se ha advertido al principio de esta investigación, existe todavía una escasa jurisprudencia al respecto como consecuencia de los diversos factores detectados (destacando, especialmente, la baja imperatividad del ámbito subjetivo de aplicación de los Planes de Igualdad ante todo si se tiene en cuenta el tipo de tejido productivo español).

Sin embargo, de acuerdo con las sentencias más importantes analizadas, podríamos afirmar que con carácter general existen problemas –entre muchos otros– en primer lugar, en cuanto a la interpretación de la escasa regulación de los Planes de Igualdad establecida en la LOI, y en segundo lugar, respecto a las dificultades de interacción entre el derecho a la libertad sindical y la elaboración y gestión de los Planes de Igualdad, y, por último, en lo concerniente a la incesante y persistente voluntad empresarial de negociarlos de forma unilateral, de lo que deriva la calificación de nulidad de los mismos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, C. L., «Introducción», en ALFONSO MELLADO, C. L. (coord.) *et al.*, *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación colectiva en materia de planes de igualdad: estudio analítico*, Madrid, Cinca, 2013.
- ARASTEY SAHÚN, M.<sup>a</sup> L., «Los planes de igualdad en la doctrina de los tribunales», en BODELÓN, E. e IGAREDA, N. (eds.) *et al.*, *Los planes de igualdad en tiempos de crisis: problemas de aplicación y carencias conceptuales*, Madrid, Dykinson, 2013.
- BOZZAO, P., «Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.) *et al.*, *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

- CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Artículo 47. Transparencia en la implantación del plan de igualdad», en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V. (dirs.) *et al.*, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Navarra, Aranzadi, 2008.
- FABREGAT MONFORT, G., «La negociación de los planes de igualdad en los convenios colectivos de ámbito sectorial», en MOLINA HERMOSILLA, O. (dir.) *et al.*, *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género*, Colección Trabajo y Seguridad Social dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2012.
- KAHALE CARRILLO, D. T., *La Responsabilidad Social de Género*, Navarra, Aranzadi, 2013.
- LÓPEZ INSUA, B. M., *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.
- «Las políticas de igualdad en el empleo público: Los planes de Igualdad», en MONEREO PÉREZ, J. L. y CASTILLO BLANCO, F. A. (dirs. y coords.) *et al.*, *Reestructuración de las administraciones públicas: aspectos administrativos y laborales*, Colección Crítica del Derecho dirigida por MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2015.
- MONEREO ATIENZA, C., «Igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.) *et al.*, *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.
- *Hacia un concepto complejo de igualdad. La igualdad formal en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Igualdad ante la ley y principio de no discriminación. Especial referencia a la igualdad entre hombres y mujeres*, Madrid, Dykinson, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., «El principio de igualdad y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos», en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., MARTÍNEZ BARROSO, M.<sup>a</sup> R. (dirs.) y ÁLVAREZ CUESTA, H. (coord.) *et al.*, *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, Navarra, Aranzadi, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., «El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo», en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.<sup>a</sup> N. (dirs.) *et al.*, *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S., «El modelo de protección sociolaboral de la víctima de violencia de género: mecanismos de tutela jurídica del Derecho de la Seguridad Social», en MOYA AMADOR, R. (dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (coord.)

- et al.*, *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Navarra, Aranzadi, 2016.
- ORTEGA LOZANO, P. G. y GUINDO MORALES, S., «La garantía de una efectiva justicia e igualdad de la mujer extranjera víctima de la violencia de género», en AA. VV., *Migraciones Internacionales en España*, Instituto de Migraciones, Granada, 2015.
- RUANO ALBERTOS, S. y VICENTE PALACIO, A., «Artículo 49. Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad», en GARCÍA NINET, J. I. (dir.) y GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (coord.) *et al.*, *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, CISS, 2007.
- RUBIO CASTRO, A., «El derecho a la igualdad y a la no discriminación», en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.<sup>a</sup> N. (dirs.) *et al.*, *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- SALA FRANCO, T. y CARDONA RUBERT, M. B., «La negociación colectiva y el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR, M. A., BAÑÓ LEÓN, J. M., EMBID IRUJO, J. M. y GOERLICH PESET, J. M. (dirs.) *et al.*, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid, La Ley, 2008.



# PROMOCIÓN PROFESIONAL

MARÍA CRISTINA POLO SÁNCHEZ

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

SUMARIO: I. *Bases normativas previas.*—II. *Dos cuestiones de partida con incidencia en la promoción: la negativa a contratar en función del género y la naturaleza de la actividad desarrollada.*—III. *Actitudes empresariales contrarias al ascenso.*—IV. *La maternidad como factor limitativo en la progresión y mejora de la carrera profesional.* 1. Reincorporación tras la maternidad. 2. La excedencia: un instrumento de dudosas garantías en la promoción de la trabajadora. 3. Incumplimiento de formalidades administrativas. 4. Verificación de la aptitud para ocupar un puesto de nivel superior. 5. La inaccesibilidad a los incentivos económicos y complementos salariales.—*Bibliografía.*

## I. BASES NORMATIVAS PREVIAS

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante, LOI) contemplaba en el momento de su aprobación como uno de sus objetivos principales la prevención de conductas discriminatorias y la puesta en marcha de políticas dirigidas a la consecución real de la igualdad por razón de género en múltiples facetas, entre ellas la esfera laboral. Para ello, los poderes públicos, en primer término, habrían de arbitrar criterios de actuación efectivos y realistas, que no se limitaran en exclusiva a la aplicación mecánica de la ley, sino que fueran más allá, preocupándose por lograr la adaptación de la norma a la realidad social para que el éxito (o fracaso) de la misma no se identificara sin más con unos meros datos

estadísticos más o menos satisfactorios y optando, por el contrario, por una interpretación de los preceptos legales más acorde con los fines últimos perseguidos por el legislador, en lo que este mismo denomina en la Exposición de Motivos «corrección de desigualdades».

Como punto de partida, la LOI apuesta por una garantía del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los sectores productivos y en las sucesivas etapas de la relación jurídica que une a una trabajadora con la entidad que le proporciona a diario sus quehaceres habituales, es decir, que tanto en el empleo privado como en el sector público, la trabajadora verá garantizada la igualdad en el acceso al empleo por cuenta ajena o al desempeño de una actividad autónoma, la formación profesional necesaria para el ejercicio de sus tareas con la suficiente destreza, y la promoción profesional en su entorno laboral, con especial atención a lo que serían las mejoras retributivas (art. 5)

Precisamente, la promoción profesional ha de constituir, a juicio de la LOI, uno de los elementos destacables en el contenido de los planes de igualdad (art. 46) que, bajo ciertos criterios, algunas empresas se verán abocadas a elaborar. Sin entrar ahora, por supuesto, en el debate sobre la conveniencia de que todas las empresas a partir de un cierto volumen de plantilla debieran disponer del mismo, lo cierto es que este instrumento negocial habría de actuar como catalizador para potenciar una promoción transparente de las mujeres en su carrera profesional, prescindiendo de ciertos subterfugios que impiden su libre desarrollo y que se fundamentan en la mayoría de ocasiones en el hecho de la maternidad.

La garantía de indemnidad de la trabajadora ante cualquier trato desfavorable al que pudiera quedar sometida por el recurso a medidas relacionadas con la conciliación de su vida particular y profesional adquiere asimismo un protagonismo con el que no contaba en momentos anteriores a la aprobación de la LOI. La preferencia en la contratación respecto de aquellas profesiones, puestos de trabajo o grupos profesionales en los que la presencia femenina es notoriamente inferior a la de los hombres, se extiende también a lo que sería el sistema de ascensos, a fin de acabar con ese permanente techo de cristal que ha impedido a las trabajadoras mejorar sus expectativas laborales. La negociación colectiva, ni que decir tiene, ha de aportar su contribución para que, con base en las previsiones generalistas de la LOI, los interlocutores sociales sean capaces de acordar medidas en este sentido.

Por último, la LOI no olvida las repercusiones que se pueden derivar de las conductas empresariales contrarias a la igualdad y valora como infracciones muy graves (art. 8.12 Texto Refundido por el que se aprueba la Ley de

Infracciones y Sanciones en el Orden Social, LISOS) las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminación directa o indirecta en materia de promoción por circunstancias de sexo, o cuando esa actitud surja como reacción a una previa reclamación efectuada por la trabajadora ante su empresa, o como acción administrativa o judicial dirigida a exigir el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación.

Hasta entonces, el interés del Estatuto de los Trabajadores<sup>1</sup> por avanzar en la consecución de la plena igualdad había sido excesivamente lento. Prácticamente el derecho a una promoción en la trayectoria profesional de la mujer sin obstáculos que la dificultaran se ceñía al artículo 24.2, con la obligación de aplicar criterios y sistemas en los ascensos y la promoción que garantizaran la ausencia de discriminación, directa o indirecta, entre hombres y mujeres y favoreciera la implementación de medidas de acción positiva encaminadas a eliminar o compensar situaciones discriminatorias<sup>2</sup>. De modo adicional, y en términos económicos (prescindiendo de la perspectiva de género, es cierto), el trabajador (y, lógicamente, la trabajadora) podría tener derecho a una promoción económica remitiéndose el ET para ello a lo dispuesto en convenio colectivo o a lo acordado en contrato individual.

Sin perjuicio de que la realidad social española necesitara de una ley que se decidiera de una vez a acabar con reminiscencias históricas que aún amparaban comportamientos contrarios a la igualdad, lo cierto es que su aprobación fue una imposición proveniente de las instituciones europeas, que llevaban ya décadas intentando que prendiera en los Estados la actividad legislativa favorable a la eliminación de discriminaciones entre hombre y mujer.

En este sentido, fue la Directiva 76/207/CEE del Consejo<sup>3</sup>, modificada por Directiva 2002/73/CE<sup>4</sup>, relativas ambas a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, la que dio el pistoletazo de salida al afirmar la necesidad de que la entonces CEE emprendiera acciones directas en esa materia, haciendo responsables de ello a los Estados. Por tanto, será en estos últimos en los que resida el compromiso de elaborar una normativa interna que coloque a la mujer en el lugar que le corresponde dentro de la sociedad y del entorno laboral, sin olvidar que circunstancias especiales como el embarazo y la maternidad han de ser

---

<sup>1</sup> Desde su versión original de 1980 hasta el RDLeg 2/2015, de 23 de octubre.

<sup>2</sup> Este apartado 2 fue adaptado respecto a su redacción original por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo (Disposición Adicional 11.4).

<sup>3</sup> 9 de febrero de 1976. DO L de 14 de febrero de 1976.

<sup>4</sup> 23 de septiembre de 2002. DO L de 5 de octubre de 2002.

atendidas de modo diferenciado y privilegiado para evitar cualquier tentación discriminatoria por parte de las empresas. El período de descanso por maternidad y las ausencias debidas a complicaciones durante el embarazo no deben servir de excusa para generar un perjuicio a la trabajadora, pues de ser así, claramente estaría recibiendo un trato discriminatorio respecto de sus compañeros varones.

El contenido de la primera de ellas, una vez transpuesta en la legislación interna de cada Estado miembro, ha de ser aplicado tanto en los diferentes niveles de la Administración, diversos en todos los países, como dentro de la práctica habitual de las empresas, y se dirige a la eliminación de la desigualdad en cuatro frentes, relacionados con la incorporación a un puesto de trabajo o con la mejora o promoción a otro distinto y a la obligatoriedad de que los Estados deroguen cualquier disposición normativa contraria al principio de igualdad de trato o que se declare la nulidad (o se reoriente su interpretación) de los instrumentos convencionales, reglamentos internos de las empresas o normas estatutarias profesionales.

Por su parte, la Directiva 2002/73/CE reconoce a la trabajadora que retorne a su puesto tras dar a luz y disfrutar del permiso correspondiente, el derecho a que aquel se mantenga o a que se le proporcione uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables (por tanto, a que no se vea sacrificado su derecho a la promoción que, de no haber sido por su decisión de ser madre, no hubiera resultado cuestionado) y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia (para que esa no presencialidad durante un tiempo alejada de la empresa no evite su progresión).

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento y el Consejo<sup>5</sup> procede a una refundición de varias Directivas anteriores en materia de igualdad, ya obsoletas y necesitadas de actualización, entre ellas, las dos más arriba mencionadas, al tiempo que se incorporan algunas decisiones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que contribuyen a enriquecer su contenido.

En su Título II, Capítulo 3 (arts. 14 a 16), reproduce la prohibición de ejercer ningún tipo de discriminación directa o indirecta en lo referente al acceso al empleo, formación profesional, promoción y condiciones de trabajo, etc., otorgando especial importancia a la indemnidad laboral tras una reincorporación por maternidad, paternidad y adopción, haciendo extensivo, por consiguiente, también esta garantía a los hombres, para que no perjudique a sus derechos consoli-

---

<sup>5</sup> 5 de julio de 2006. *DO L* de 26 de julio de 2006.

dados o en vías de adquisición. Además, y en las denominadas Disposiciones Horizontales (Título III, Capítulo 3) recuerda a los Estados su papel de incentivar a las empresas y a los responsables del acceso a la formación para que adopten las medidas necesarias tendentes a prevenir la discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, la formación profesional y la promoción (art. 26), objetivo que ya la Directiva 76/207 contemplaba y que sigue marcando las líneas de tendencia a seguir.

Junto a este primer bloque de disposiciones, habría que citar alguna otra que ha fundamentado las decisiones de los tribunales resolviendo cuestiones asociadas a las dificultades de promoción en el trabajo por razón de sexo, como la Directiva 2000/78/CE<sup>6</sup>, que extiende su ámbito de aplicación a todas las personas, tanto en el sector público como privado, que se sientan afectadas en sus condiciones de acceso al empleo, a una actividad por cuenta propia o al ejercicio profesional, incluyendo en estos supuestos las condiciones de contratación y promoción, sea cual sea la rama de actividad, y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de los aspectos relativos a la promoción (art. 3).

Se hace notar, asimismo, la defensa de los intereses de las personas con discapacidad, que llevará a los empresarios a tomar las medidas apropiadas a cada circunstancia para que puedan acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente o para que se les ofrezca formación (art. 5). Una previsión de esta naturaleza es trascendental para lograr la plena integración de las mujeres con discapacidad, que padecen una doble victimización en razón a su sexo y a la disminución de potencialidades laborales plenas, que deberán ser valoradas para que las tareas realizadas se ajusten a su situación particularizada y, sobre todo, no les impidan una progresión profesional en función de la experiencia adquirida. Ello no obstante, este precepto parece quedar en un plano meramente declarativo al liberar al empresario de estas obligaciones si la adopción de las medidas supone una carga excesiva para él (se entiende que económica), que podría paliar de alguna manera si la política social del Estado le hiciera llegar ayudas dirigidas a tal fin.

Para terminar, la Directiva 2010/18/UE<sup>7</sup> aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental<sup>8</sup>, que en su Cláusula 5 prevé cómo al final del permiso parental se reanudará el derecho a ocupar el mismo puesto de trabajo o, en caso de imposibilidad, uno equivalente o similar conforme a su contrato

---

<sup>6</sup> 27 de noviembre de 2000. *DO L* de 2 de diciembre de 2000.

<sup>7</sup> 8 de marzo de 2010. *DO L* de 18 de marzo de 2010.

<sup>8</sup> Celebrado por BusinessEurope, la UEAPME, el CEEP y la CES, derogando la Directiva 96/34/CE de 3 de junio de 1996.

de trabajo o a su relación laboral. Además, los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el momento en que se inició el permiso se mantendrán sin modificaciones hasta que éste finalice. Con el fin de garantizar estos derechos, la Directiva recomienda un contacto fluido durante todo el permiso entre trabajador/a y empresa, para facilitar el regreso posterior y poder definir medidas adecuadas para la integración (Cláusula 7).

Pues bien, sobre la base de este sustrato normativo específico, y con fecha de referencia en la entrada en vigor de la LOI, vamos a examinar en detalle algunos de los pronunciamientos judiciales más reseñables en los que el derecho a la promoción de la trabajadora puede haber sido cuestionado, y cuál es la respuesta que se ha recibido por parte de los órganos jurisdiccionales a los que aquélla se haya dirigido. Una idea es fundamental en esta materia, y es que ante la aparición de una nueva norma que encara la desaparición de la discriminación de la mujer desde diversos frentes, los tribunales han comenzado a ser conscientes de que la solución al conflicto suscitado ha de ser diametralmente opuesta a la que hubiera recibido con anterioridad, cuando no se exigía el suficiente rigor para acabar con este tipo de comportamientos.

Una segunda precisión se refiere a la metodología a utilizar en la exposición temática, pues nos ha parecido más acertado elaborar un listado de aquellas cuestiones en las que la decisión del órgano juzgador más ha aportado en la lucha contra la discriminación por género, en lugar de examinar dentro de cada tribunal las decisiones adoptadas.

## II. DOS CUESTIONES DE PARTIDA CON INCIDENCIA EN LA PROMOCIÓN: LA NEGATIVA A CONTRATAR EN FUNCIÓN DEL GÉNERO Y LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA

Queríamos comenzar, en primer lugar, destacando dos situaciones ya clásicas en la práctica empresarial española, de larga tradición y cuya actuación es de todo punto reprobable para, en segundo término, hacernos eco del desigual trato a que quedaban sometidos en este caso los trabajadores varones, pero con origen en la falta de vinculación por cuenta ajena con una empresa por parte de su esposa. Son dos pronunciamientos que *strictu sensu* no cuestionan la progresión profesional de la persona concernida, pero cuya falta de tratamiento igualitario podría desembocar perfectamente en tal resultado.

Citaríamos así la STSJ Andalucía (Granada) 22 de febrero de 2012<sup>9</sup>, en la que se resuelve el recurso de una trabajadora que presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo frente a la negativa de una empresa a contratarla por el simple hecho de ser mujer, dato que la empresa no niega en ningún momento ni a la propia trabajadora ni a la Inspección cuando ésta lleva a cabo su labor de indagación, amparándose en la conveniencia de que fuera un hombre el que se ocupara de la vigilancia nocturna de las instalaciones habida cuenta de que se habían producido varios robos con anterioridad. Por tanto, el perfil que la empresa requería para el puesto era hombre con experiencia, y no mujer sin actividad previa en ese tipo de funciones. Pero nunca se ocupó de verificar si la candidata era apta para el puesto, no fue sometida a ningún tipo de pruebas físicas o psicológicas y no se le dio la oportunidad de demostrar su trayectoria profesional, porque la escasa relación entre candidata y empresa fue meramente telefónica.

El TSJ recuerda que la discriminación puede adquirir variadas facetas y que no necesariamente requiere de un término de comparación. La discriminación es una distinción, una exclusión (incluso una preferencia si se pretende dar un trato de privilegio a alguien para permitir su reposicionamiento), que en definitiva implica un tratamiento perjudicial para la víctima, sin necesidad de que se contraponga a la situación en que se encuentran otras personas. Ese tratamiento perjudicial puede ir desde una pérdida de los derechos que se poseen (ej. bloqueo en la promoción en el trabajo), no adquisición de derechos a los que se aspira (exclusión como candidata a un ascenso), etc., pero debe en todo caso constatarse ese daño sufrido, un trato peyorativo, un perjuicio en los intereses de la víctima, buscados o no de propósito por parte de quien incurre en ese tratamiento, porque no es un elemento imprescindible el medio, sino que lo trascendental es el resultado, la producción de una consecuencia no deseada aunque el autor de tal comportamiento intente alegar razones que estime más poderosas.

El órgano juzgador aplica en este caso lo dispuesto en la Directiva 2006/54, que rechaza cualquier discriminación ya desde las condiciones de acceso al empleo hasta lo que serían las condiciones de promoción. Por eso, el TSJ no circunscribe la prohibición de discriminación a la duración *strictu sensu* de la relación laboral, sino que su ámbito de aplicación viene referido también «a los estadios previos a la contratación, a la selección de personal y a la formación en todas sus manifestaciones como instrumento clave de su empleabilidad y progresión», y concluye desestimando la demanda de la em-

---

<sup>9</sup> AS/2012/2054.

presa, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social y, por tanto, otorgando plena validez a la sanción que le fue impuesta a propuesta de la Inspección de Trabajo.

Otra sentencia que puede resultar de utilidad como elemento de referencia en cuanto a la solicitud de permisos que suelen actuar como freno de la promoción profesional, en este caso el de lactancia, y que hace posicionarse al tribunal sobre la justificación de tal petición es la STJUE 30 de septiembre de 2010 (Caso Roca Álvarez)<sup>10</sup>. Sin relación, en principio, con el tema que nos ocupa, que es aparentemente remota, pues se planteaba el diferente trato recibido por los varones a la hora de disfrutar de un permiso de este tipo en función de la actividad a la que se dedique su esposa, titular del derecho: un trabajo asalariado legitimaría tal permiso, en tanto que un trabajo autónomo privaría al padre de su disfrute. Y el Tribunal fija aquí su doctrina, válida para las repercusiones que se despliegan en la carrera profesional de la trabajadora cuando necesita interrumpirla temporalmente para su recuperación tras el parto y la atención del menor, poniendo el acento también en lo que sería curiosamente una discriminación para los hombres, puesto que reconoce que «la cualidad de progenitor no es suficiente para permitir que los hombres que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena disfruten del permiso, y lo es en cambio para las mujeres que tengan esa misma condición». Sin embargo, continúa afirmando, «las situaciones de hombre y mujer ante el cuidado de un hijo son comparables en relación con la necesidad en que pueden encontrarse de tener que reducir su tiempo de trabajo diario para cuidar de ese hijo».

El Tribunal es perfectamente consciente de las alegaciones del Gobierno español en el sentido de que lo que se ha pretendido ha sido compensar a las madres trabajadoras frente a las desventajas reales que padecen para la conservación de su trabajo y su avance laboral, pero en nuestra opinión, y sobre ese punto el Tribunal no se pronuncia, la misma dificultad tendría una trabajadora por cuenta ajena que una trabajadora autónoma que ha de sacar adelante su negocio. Incluso hallaría más dificultades esta última ante una posible reducción de ingresos, pérdida de clientes, etc., por lo que con mayor razón debería evitarse la segmentación entre trabajadoras en función del tipo de actividad desempeñada.

La solución a la que llega el Tribunal es esta misma, pero por otra vía: tal disociación podría «contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental», e incluso, que

---

<sup>10</sup> Asunto C-104/09. TJCE/2010/280

la trabajadora «se viera obligada a limitar su actividad profesional y soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir la ayuda del padre del niño»; en otras palabras: que una trabajadora por cuenta propia vería afectada no su mejora profesional dentro de un sistema clasificatorio, porque tal situación no es dable en su caso, pero sí su mejora y su expansión comercial ante una diferenciación normativa difícilmente justificable.

### III. ACTITUDES EMPRESARIALES CONTRARIAS AL ASCENSO

No es fácil encontrar supuestos en los que claramente la empresa demuestre una preferencia por la promoción en favor de las trabajadoras. La estructura del tejido empresarial español, que facilita la ocultación de este tipo de conductas, más habituales de lo que pudiera parecer, da lugar a una invisibilidad que, no obstante, provoca perjuicios a las trabajadoras en ciertos sectores de la actividad. Así sucedió con la STS 18 de de julio de 2011<sup>11</sup>, que resuelve un recurso de casación en unificación de doctrina, cuyo inicio se sitúa en la actuación inspectora realizada en cuatro centros de una empresa al detectarse una discriminación indirecta por razón de género en el sistema de promoción profesional, y que dio lugar a que la propia Administración interpusiera demanda de oficio, estimada por el Juzgado de lo Social, quien dictó sentencia frente a la cual la empresa presentó sendos recursos de suplicación ante el TSJ y de casación, como es éste que examinamos, en el que no se encontraron elementos de juicio suficiente a favor de las alegaciones presentadas por la empresa.

El relato de los hechos no es sencillo, puesto que en apariencia la práctica empresarial no era de general conocimiento por parte de la plantilla y solo el beneficiado, casi siempre trabajador varón, era el que sabía de estas decisiones que la empresa acordaba y que abarcaron tres años (2003 a 2005), lo cual no significa que con anterioridad no se vinieran aplicando igualmente.

La Inspección de Trabajo procedió a un análisis exhaustivo de la composición de la plantilla, conformada mayoritariamente por mujeres con un significativo porcentaje superior (dos tercios eran trabajadoras), sucediendo, sin embargo, que los ascensos eran preferente o exclusivamente dirigidos a los trabajadores siguiendo para ello un sistema de libre designación (para el nivel de técnicos y cuadros) y de evaluación continuada (para acceder a coordinadores), lo que no era puesto en conocimiento ni de los órganos de representación

---

<sup>11</sup> Rec. 133/2010. RJ/2011/6560.

intraempresariales (comité de empresa, comité intercentros), ni de los sindicatos, ni de los propios trabajadores, que en ningún momento tenían conciencia de posibles vacantes a las que acceder, excepto aquéllos que hubieran sido seleccionados. Era, en consecuencia, un proceso absolutamente carente de nitidez que, solo a posteriori, en la información anual remitida a los representantes por la empresa, se incluía una relación nominal de todos los ascensos, si bien no de forma desagregada, sin indicar, por consiguiente, el porcentaje de ascensos en función del género.

Algunas de las argumentaciones ofrecidas por la empresa son, en conjunto, muy básicas, incluso dotadas de una cierta ingenuidad podríamos afirmar, porque toma como referencia el momento en que se sustancia el proceso (2011), ya con una Ley de Igualdad aprobada en España, que establece nuevas responsabilidades empresariales antes inexistentes y que ha impuesto una visión global de la conducta empresarial, no limitada solo a materias inconexas, como sería en este caso la promoción profesional. Como quiera que la empresa había aprobado, con posterioridad a los polémicos ascensos, un plan de igualdad con un contenido más preciso en el ámbito de la petición habría que sobreentender su voluntad de no reiterar ese tipo de comportamientos, que no se ocultaban, porque las cifras estaban ahí, pero que pertenecían ya al pasado.

El TS, no sin una cierta ironía, desmonta esta teoría, pues «equivaldría a decir, como cumplo la normativa actual, ninguna norma anterior infringí ni puede sancionárseme por hechos anteriores, ya que ahora observo las disposiciones legales». Esta argucia es puesta de manifiesto por el Tribunal, ya que la LOI, con estar en vigor en el momento de enjuiciar el caso, no sería aplicable a hechos acaecidos entre tres y cinco años atrás.

De las demás argumentaciones de la empresa en defensa de sus intereses, nos quedamos con la última, que sostiene que el sistema de promoción profesional aplicado no ha provocado una discriminación por género, al no haber quedado acreditado un efecto desproporcionadamente adverso. Esta opinión no merece ser en ningún modo aceptada, por cuanto la estadística no miente y refleja datos contrastados: el número de empleados en cada centro de trabajo, las mujeres ocupadas en cada uno de ellos, los ascensos realizados cada año, cuántos hombres y mujeres se han beneficiado de ellos, el porcentaje de ascensos desagregado por sexos, etc. La empresa hubiera podido rebatir estas cifras, indicando posibles fallos en los datos presentados o en el cálculo de los porcentajes, pero prefirió ofrecer otro tipo de argumentos que, desde luego, no convencen, por insuficientes, al TS. No es un sistema de promoción neutro, porque aunque aparentemente lo fuera, los resultados a los que conduce son discriminatorios sin justificación objetiva para ello. A esto habría que añadir la

eventual irrelevancia en los ascensos a puestos intermedios, donde quizá ese efecto no sea tan llamativo, pero donde realmente el TS hace hincapié es en el pase a los niveles más altos, en los que la desproporción es más palpable, actuando la empresa con plena conciencia, pues tales ascensos se obtienen a través de una evaluación realizada por el superior inmediato en la que, se evidenciaba, las mujeres no ven abierta su participación. Ni siquiera la excusa que proporciona la empresa de que para ascender es requisito imprescindible trabajar a jornada completa, en unas condiciones de mayor disponibilidad horaria, es criterio válido para fundamentar esa exclusión. Antes al contrario: habría que indagar en por qué es tan alto el porcentaje de mujeres con contrato a tiempo parcial y si es algo voluntario o, por el contrario, impuesto por la empresa, que desea mantener esa segregación por género.

El TS utiliza en apoyo de su decisión la técnica del «*test de but for*»<sup>12</sup>, creada por el TJCE y que ya sirvió al Alto Tribunal para detectar la presencia de discriminación: si para ascender es preciso realizar jornada completa y flexible y las trabajadoras de esa empresa están contratadas mayoritariamente a tiempo parcial y encuentran más dificultades para conciliar su vida familiar, entonces se están creando obstáculos para ascender que, en ningún caso, afectan a los hombres, a los que incluso se les reconocen más facilidades en caso de que tengan que ausentarse sin ser penalizados por ello.

De todas las irregularidades que el TS ha podido comprobar, lo más relevante no es el resultado discriminatorio que, obviamente, concurre, sino esa falta de transparencia con la que obra la empresa, en que la inexistencia de publicidad impide a las mujeres no solo acceder, sino disponer incluso de los datos necesarios para poder exigir tal ascenso.

Es, justamente, en el desarrollo de los procesos de selección para ocupar vacantes de nivel superior donde las empresas pueden crear una discriminación que, en principio, no existía en el momento inicial de la contratación. A medida que aumentan las responsabilidades del puesto a ejercer, hay empresas que se decantan por trabajadores varones en la creencia de que la implicación con los objetivos de la empresa no va a experimentar alteraciones derivadas de las cargas familiares que una mujer, en mayor proporción que el hombre, suele soportar.

---

<sup>12</sup> Vid. STS de 23 de abril de 2009 RJ/4472007 en un supuesto de concesión de licencia a los familiares de una mujer por motivos de hospitalización por parto, en que al aplicarse esta doctrina «de sustitución» si reemplazamos a la mujer por un hombre la norma no se aplicará y no se producirá un trato desigual, ya que la naturaleza impide a los hombres la maternidad.

Como paradigma de esta situación, la STSJ Canarias (Las Palmas) 25 de julio de 2017<sup>13</sup> plantea un supuesto de competencia entre varios candidatos, integrantes todos ellos de la plantilla de la empresa, que son preseleccionados para la cobertura de un puesto que exigía *preferentemente* una determinada titulación y que son valorados por la consultora que efectuó la evaluación de idoneidad prácticamente al mismo nivel, puesto que se hallaban en condiciones de igualdad curricular y méritos. En el momento de elegir, la empresa optó por el varón, opción, en principio, legítima, porque en realidad él sí poseía la titulación no obligatoria pero sí estimada más adecuada. Esta decisión no fue aceptada por la trabajadora, que defendía su mayor preparación global, la cual, a su criterio, le hacía merecedora de la obtención de ese puesto.

El TSJ no desciende a valorar en detalle los méritos de cada uno, sino que resuelve el asunto en base a lo dispuesto en una de las cláusulas del convenio colectivo aplicable en la empresa (art. 37), que indica que en caso de empate de méritos entre candidato y candidata, como medida de promoción del principio de igualdad, se deberá facilitar la incorporación de mujeres en las vacantes de aquellos puestos en los que se encuentren subrepresentadas. Cree el Tribunal que el dato de esa menor presencia femenina es un factor objetivo previo a la concesión de una vacante y que, en tanto que discriminación indirecta, que lo es, permite hacer visibles discriminaciones opacas o no evidentes que aún hoy en día aparecen soterradas bajo estereotipos y prejuicios banalizados, que nadie se ocupa de erradicar y que impiden la consecución de una igualdad material. En su argumentación, el órgano jurisdiccional destaca las nuevas formas en que la discriminación se manifiesta en nuestra sociedad actual, de modo indirecto, sutil, oculta tras decisiones aparentemente neutras que se resisten a abandonar esa falta de equilibrio en cuanto a la presencia de la mujer en ciertos puestos de trabajo, resultado que se perpetúa con el tiempo sin que se adopten soluciones al respecto.

Y es que todos los instrumentos normativos disponibles hasta el momento no han sido capaces de acabar con estas situaciones. El papel que podrían cumplir los planes de igualdad en este sentido no parece haber dado el resultado esperado, estancándose en aspectos formales que no resultan de utilidad. Y las acciones positivas emprendidas por los poderes públicos tampoco han conseguido acabar con prejuicios sociales, comportamientos inadecuados, prácticas culturales que impiden a un determinado colectivo, por razones que la Constitución proscribiera, lograr la igualdad de oportunidades. Su carácter meramente coyuntural conlleva una falta de continuidad que impide cumplir con su

---

<sup>13</sup> Rec. 520/2017. AS/2017/1618.

papel corrector de desigualdades en una trayectoria histórica de relegación que requiere más tiempo de asentamiento.

Sea como fuere, el TSJ decide apoyar la pretensión de la trabajadora, ordenando a la empresa la aplicación de una medida de acción positiva de género contenida en el convenio y que beneficia, en caso de empate, a las trabajadoras en esos puestos de menor presencia de la mujer.

#### IV. LA MATERNIDAD COMO FACTOR LIMITATIVO EN LA PROGRESIÓN Y MEJORA DE LA CARRERA PROFESIONAL

Es en este terreno donde mayor profusión de pronunciamientos judiciales se han emitido tras la aprobación de la LOI. El hecho de la maternidad, entendido como un proceso en que la trabajadora se ve obligada a interrumpir su actividad durante el embarazo, el consiguiente descanso por maternidad y las diversas medidas conciliatorias que la ley ofrece pueden actuar como freno en su actividad profesional, en ocasiones de manera solo transitoria, permitiéndole luego volver a recuperar su *status* inicial o, por el contrario y desafortunadamente, lastrando sus expectativas laborales y sacrificando lo que hubiera debido ser una evolución profesional continuada.

Vamos a continuación a ir analizando las decisiones de los tribunales que en estos últimos años de modo significativo y, como no podía ser menos, en aplicación de la LOI, han tratado de contemporizar ambos planos, personal y laboral, para que la trabajadora no se vea en la disyuntiva de elegir una única vía y deba renunciar a la otra.

##### 1. Reincorporación tras la maternidad

La finalización del período de descanso por maternidad suele ir acompañada del retorno al puesto de trabajo anteriormente desempeñado, algo que, sin embargo, no siempre garantiza las mismas funciones o tareas, al haber actuado la empresa en su propio interés organizando la actividad productiva con otros criterios en ausencia de la trabajadora. Así sucedió con el caso enjuiciado por la STC 233/2007 de 5 de noviembre<sup>14</sup>, reciente aún la LOI, pero cuya in-

---

<sup>14</sup> Recurso de amparo 6219/2005. RTC/2007/233.

fluencia se deja sentir en esta decisión a pesar de que los hechos se remontan a fechas anteriores a su entrada en vigor.

Se trataba de una trabajadora que solicitó su baja por maternidad seguida de una posterior excedencia y que, al regresar a la empresa, ésta le comunica verbalmente que de su trabajo se iba a ocupar otro trabajador, contratado inicialmente con carácter eventual y luego indefinidamente, y que a ella se le asignarían otras tareas, no extrañas en su totalidad, pues parte de ese trabajo ya lo había desempeñado con anterioridad. Al no estar conforme con el cambio, la empresa dejó de proporcionarle ocupación y la privó de sus medios de trabajo (mesa, silla, ordenador, etc.), lo que llevó a la trabajadora a presentar denuncia ante la Inspección de Trabajo.

Hasta cierto punto, es comprensible la postura de la empresa: necesita sustituir a una persona que se encuentra ausente, contrata a alguien temporalmente y, más tarde, ante la buena disponibilidad y hacer de esa persona, decide que permanezca de modo indefinido, realizando, por consiguiente, las tareas que la trabajadora ausente venía cumpliendo. El problema se plantea tras la reincorporación, puesto que no nos encontramos ante un interino o eventual que conozca su salida de la empresa cuando la trabajadora sustituida regresa: es que al ser indefinido y venir cumpliendo labores idénticas, es lógico pensar que la empresa le va a mantener con esas funciones, para las que ha demostrado su capacidad, y que la persona que regresa, que es mujer, aun conservando su puesto de trabajo, no va a mantener intactas sus funciones anteriores, pues el proceso productivo requiere una continuidad que debe ser asumida por alguien. En instancias inferiores, tanto el JS como el TSJ rechazan la alegación de discriminación que pretende la trabajadora, por lo que en el contenido del recurso de amparo que formula realiza consideraciones de diversa índole, en su pretensión de demostrar su versión de los hechos, que no habían sido discutidos en sede ordinaria. Así, a su juicio, se le ha aplicado un criterio de relegación económica, porque su salario no se incrementó en el mismo grado que al resto de compañeros; la Sala de Suplicación del TSJ se ha mantenido en el plano de la legalidad ordinaria del artículo 20 ET referido a los poderes directivos empresariales, porque el órgano judicial no puede detenerse únicamente en valorar si la diferencia de trato se basa en una justificación objetiva y razonable, como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad, sino que debería entrar a valorar si lo que aparece como una diferenciación formal razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE. En otras palabras, no puede afirmarse sin más que no exista discriminación cuando la empresa actúa amparada por la legislación laboral, porque su libertad de decidir no puede perjudicar o desconocer las

condiciones de trabajo asociadas a la maternidad, que en ese caso sí que fundamentarían una discriminación directa por razón de sexo.

En su descargo, la empresa alega, como era de esperar, su falta de *animus discriminandi*, pero también un dato revelador que pudiera echar por tierra las pretensiones de la trabajadora, y es que el trabajador que fue contratado en un momento coincidente con el de la ausencia de aquella, no lo fue a través de un contrato de interinidad, en cuyo caso se podría discutir sobre una asunción de tareas idénticas que, en hipótesis, luego habrían de regresar a la trabajadora. Antes al contrario, el contrato suscrito con el trabajador fue eventual, por acumulación de tareas, debido no solo a la ausencia de la trabajadora sino a un incremento generalizado aunque temporal de trabajo y a la necesidad de contratar mano de obra por un tiempo. Y la prueba definitiva, como quiere acreditar la empresa, es que ese aumento de trabajo generó la conversión del contrato temporal en indefinido, es decir, que hubo una ampliación de plantilla independientemente de que se precisara cubrir la actividad dejada de prestar por la trabajadora.

El TC plantea la resolución del recurso desde dos perspectivas diferenciadas, en función de que la empresa actuara o no en tanto que represalia, con intención discriminatoria, y se dedica a exponer, de forma pormenorizada, la doctrina anterior sobre la prohibición de discriminación. Estableciendo una disociación entre el principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo requiere de una razonabilidad en la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación, en cambio, implica un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación, que la propia Constitución reconoce, y que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que en este segundo supuesto habrá que utilizar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y aplicar un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad<sup>15</sup>. Tal afirmación genérica se concreta en la delimitación de los perfiles de lo que ha de considerarse discriminación, que comprende aquellos tratamientos peyorativos que no solo orbitan en torno al sexo de la persona afectada, aderezado por otras razones o circunstancias que demuestran una conexión directa e inequívoca con el sexo, como sería el embarazo y, en general, la maternidad, elemento o factor diferencial al que solo quedan expuestas las mujeres y que desarrolla una peculiar incidencia sobre su situación laboral. De ahí que la protección constitucional de este tipo de situaciones trate de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y

---

<sup>15</sup> Vid., sobre este mismo tema, SSTC 128/1987 de 16 de julio; 217/2006 de 3 de julio

la carga adicional que supone para una mujer con hijos de corta edad incorporarse al trabajo o permanecer en el mercado<sup>16</sup>.

Esa desventaja no procede, es claro, de que la mujer adquiera frente al hombre superiores obligaciones de orden jurídico o moral respecto de los hijos. Han sido más bien la tradición histórica y la realidad social las que, partiendo de un hecho biológico incontrovertible, han inclinado la balanza hacia el lado de que sean las mujeres las que se ocupen de tales responsabilidades, y todo ello con consecuencias evidentes en su vida laboral, por las dificultades de compatibilizar ambos planos y porque si sus derechos laborales se ven limitados, el perjuicio y la relegación sufridos no harán sino repercutir y enquistar una discriminación histórica que en mayor o menor grado repercutirá en su presencia en el mercado laboral.

Es a través de esa necesidad de compensación como se puede apreciar la concurrencia de discriminación por razón de sexo cuando surjan decisiones empresariales contrarias al libre ejercicio del derecho a la maternidad<sup>17</sup>. El TC valora, por tanto, no solo un trato peyorativo en las condiciones de trabajo, sino un quebranto de los derechos o legítimas expectativas económicas y profesionales de la trabajadora en una relación laboral como origen de un comportamiento discriminatorio, que puede revestir la forma de una negación de garantías (ej. no reservar el puesto de trabajo), en privar o limitar derechos (como la falta de ocupación efectiva tras la reincorporación al trabajo) o en actuar de forma abiertamente discriminatoria como represalia frente al disfrute de la mujer de un derecho asociado a la maternidad (ej. una excedencia). Pero no se debe colegir, según el TC, una relación de inmediatez ante la falta de cumplimiento de las normas y la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación: puede perfectamente producirse un incumplimiento de la ley sin motivos discriminatorios y que no genere perjuicios que desemboquen en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, en lo que simplemente serían situaciones antijurídicas, que revelarían una inaplicación de la ley pero que carecerían de dimensión constitucional.

Hechas estas consideraciones genéricas, fruto del largo recorrido que la interpretación del artículo 14 CE ha ido conformando durante varias décadas de doctrina constitucional, el TC se centra en los datos incontrovertibles que concurren en el presente caso, en el que no ha quedado acreditado ningún perjuicio salarial para la trabajadora tras su reincorporación; su horario tampoco ha resultado afectado, siendo, por el contrario, la única trabajadora a la que se

---

<sup>16</sup> Vid. SSTC 66/2014 de 5 de mayo; 162/2016 de 3 de octubre.

<sup>17</sup> Cfr. STC 233/2007 de 5 de noviembre.

reconoce un trato de favor en cuanto a distribución de la jornada, que ella misma puede elegir; las tareas asignadas no son inferiores a las desempeñadas antes de su ausencia ni se sitúan por debajo de su nivel profesional, aunque no sean exactamente idénticas a las que disfrutaba inicialmente. En lo que se refiere al derecho de reserva del puesto de trabajo durante la excedencia que recoge el artículo 46.3 ET y su vinculación con el principio de no discriminación por razón de sexo, el TC rechaza que surjan derechos especiales que la ley ordinaria en ningún momento se ha planteado, y lo que se prohíbe únicamente es que un incumplimiento de dicho precepto genere discriminación por ocasionar un perjuicio o minusvaloración de la trabajadora que se encuentra ejerciendo su derecho a la excedencia. En el hipotético supuesto de que la empresa no respetara ese derecho de reserva, nos situaríamos ante el incumplimiento de un mandato legal por incorporación a otro puesto de trabajo o al puesto anterior pero modificado, ante la infracción de una norma, pero sin que necesariamente estuviera imbuida de una intención discriminatoria o una limitación de derechos o legítimas expectativas, pues es requisito *sine qua non* la acreditación de un perjuicio sufrido, y eso es algo que, en opinión del TC, no se ha producido: ni en la promoción profesional, ni en los efectos económicos, ni en los derechos de actualización profesional o formativos, y la falta de concurrencia de un trato peyorativo en las condiciones de trabajo o en las expectativas económicas y profesionales debilita la hipótesis de una voluntad discriminatoria por parte de la empresa, lo que lleva al TC a desestimar el recurso de amparo.

Otro asunto también relacionado con la reincorporación de la trabajadora tras la maternidad es el que resuelve el TC en S. 2/2017 de 16 de enero<sup>18</sup>, en la que se plantea el caso de una trabajadora de una empresa de limpiezas, contratada a tiempo parcial (veinte horas a la semana) que causó baja laboral por embarazo de riesgo y luego por maternidad, permaneciendo ausente de la empresa un año. Durante ese tiempo, y ante la apertura de un nuevo centro en el que se requería la prestación de servicios por parte de esta empresa, se contrató a una trabajadora, también a tiempo parcial, pero pactándose una jornada laboral de treinta horas semanales. Al reincorporarse la trabajadora tras su maternidad, requirió a la empresa para que la trasladara al nuevo centro de trabajo y le ampliara la jornada semanal, de manera que fuera coincidente con la de su compañera, acogiéndose a su derecho preferente y a su mayor antigüedad. Ante el silencio de la empresa, presentó demanda ante el Juzgado de lo Social, que estimó su pretensión basándose en una de las cláusulas del convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales comerciales vigente

---

<sup>18</sup> Rec. 2723/2015. RTC/2017/2.

en ese momento, el cual reconocía a los trabajadores a tiempo parcial un derecho de preferencia cuando la empresa se viera en la necesidad de realizar nuevas contrataciones que incrementaran el número de horas de prestación de servicios.

La empresa recurrió en suplicación alegando que la necesidad de cubrir ese incremento surgió cuando la trabajadora se hallaba de baja y que en ese instante no se encontraba en condiciones de poder beneficiarse de tal incremento horario, siendo estimado su recurso.

La demanda de amparo instada por la trabajadora se sustenta en la relegación que ha sufrido por parte de la empresa, que no le ha permitido mejorar sus expectativas laborales, y a que el embarazo y el parto se utilizaron como elemento peyorativo en su perjuicio.

Nuevamente en esta sentencia, como en la anterior, la empresa defiende su derecho a organizar la actividad como tenga por conveniente, y si se produce un aumento de tareas, deberá tomar las decisiones pertinentes para poder atender a esa demanda de trabajo, actuando, como lo hizo, a través de la celebración de un contrato con jornada superior a la de la trabajadora de baja. Por supuesto que ésta podría mantener ciertas expectativas de mejora en el momento de su reincorporación, pero ello no significa que la empresa tuviera que esperar para cubrir esa vacante ni que debiera hacerlo en las mismas condiciones cuando ha resultado que las circunstancias habían variado. La empresa considera que se ha limitado a gestionar acertadamente ese volumen de trabajo superior que ha surgido y que no ha de sentirse vinculada por la duración de jornada de la trabajadora, máxime cuando ésta no formuló petición alguna previa a su baja ni ha sido, en consecuencia, rechazada por la empresa.

El aspecto clave en este asunto es, para el TC, que los tribunales inferiores han resuelto el conflicto desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, en concreto, la cláusula del convenio a la que se acoge la trabajadora, y que, por contra, ha quedado relegado a un segundo plano el análisis del artículo 14 CE. Con la actuación empresarial, la trabajadora, según dictamina el TC, ha sufrido un trato peyorativo en sus condiciones laborales, no en las que disfrutaba en el momento de la baja, que se mantienen inalterables, sino al haberle sido denegada esa preferencia para que le fueran reconocidas otras condiciones que reputaba mejoras y a las que hubiera podido acceder, sin ningún género de dudas, si hubiera estado en activo. El TC sustenta además ese perjuicio en la circunstancia de hallarse de baja por embarazo y posterior maternidad, y plantea, en términos de hipótesis, que hubiera podido ejercitar la opción de mejorar su horario de trabajo si no hubiera sido por este impedimento. De modo adicional, la empresa debería haberle ofrecido en algún momento la oportunidad

de ejercer ese derecho preferente, pues tal falta de iniciativa ha impedido a la trabajadora mejorar su situación profesional. De todo ello se deduce, en consecuencia, que la conducta empresarial vulneró el derecho de la trabajadora a no sufrir discriminación por razón de sexo, colocándola en una clara desventaja respecto al resto de compañeros, por lo que se estima el recurso y se ordena restablecerla en su derecho, anulando la sentencia del TSJ y declarando la firmeza de la sentencia del JS.

Con ser razonable el pronunciamiento que emite el TC en este asunto, quedan algunas cuestiones en el aire sobre las que ha obviado emitir un parecer. En primer término, la empresa tenía obligación de trasladar a la trabajadora a ese otro centro de trabajo en aplicación del convenio. Pero cabría preguntarse hasta dónde llega esa obligación. ¿Y si perjudica los intereses en materia de conciliación de la persona que resulte designada? Estaríamos ante una prestación de servicios en otro centro de trabajo distinto a aquel en el que la trabajadora había venido trabajando, con lo que una decisión empresarial de movilidad, aun dentro de la misma localidad, es cierto, puede que no conviniera a todos los miembros de la plantilla.

Una segunda cuestión se argumentaba ya en el texto de la sentencia: ¿no podría entonces la empresa contratar a nadie, en toda la provincia, con unas condiciones mejores a las de esa trabajadora? Porque no hay que olvidar que la contratación fue para prestar servicios en un nuevo centro de trabajo, no en el que la trabajadora estaba ocupada.

Se culpabiliza al embarazo de la trabajadora como factor discriminante, que es algo sobre lo que no cabe duda alguna, al afectar en exclusiva a las mujeres. ¿Pero cómo justificaríamos un hecho similar al enjuiciado, en el que, por ejemplo, un trabajador se hallara de baja por incapacidad temporal y se contratara a alguien en otro centro con una jornada superior? ¿Hablaríamos también de discriminación? ¿Se limitaría la libertad de contratación por parte de la empresa, que no podría incorporar a nadie durante todo el tiempo que se prolongara la incapacidad temporal, o podría contratar, pero con una jornada inferior, por debajo de las necesidades del servicio?

Se observa en esta sentencia cómo el hecho de ser madre recientemente es susceptible de generar consecuencias muy dispares: la más habitual sería solicitar una reducción de jornada o una excedencia, y serían excepcionales los casos en los que una trabajadora recién incorporada aspire a incrementar su previa jornada laboral, motivados seguramente por la necesidad de obtener mayores ingresos.

En realidad, la empresa no denegó expresamente la modificación horaria; simplemente no contestó y mantuvo las condiciones iniciales, por lo que per-

juicio directo como tal no se produjo a la trabajadora. Lo que pretendía evitar era que una nueva trabajadora obtuviera unas mejores condiciones en jornada a las que ella estaba disfrutando, pero si interpretáramos ese artículo 23 del convenio en su literalidad, solo mencionaba la preferencia frente a las mejores condiciones de los nuevos contratados, dando por supuesto que podrían hacer uso de esa preferencia quienes en ese momento se hallaran en activo y en situación de prestar su actividad, lo que no era el caso de la trabajadora.

Por último, y situándonos en el extremo contrario: ¿sería discriminatorio obligar a un trabajador a que al incorporarse tenga que cambiar de centro de trabajo y trabajar más horas?

En fin, todos estos interrogantes, que quedarían abiertos y que en una interpretación inversa serían susceptibles de cuestionar el principio de no discriminación, no han sido abordados y podrían fácilmente constituir, desde la otra orilla, una discriminación. ¿Pero qué tipo de discriminación? El TC valora la presencia de una discriminación por razón de sexo pero, en sentido estricto, la contraparte generadora del conflicto ha sido otra trabajadora, luego la discriminación en este caso obedece a una imposibilidad de prestación de servicios durante todo el proceso vinculado a la maternidad, no porque un trabajador varón se haya beneficiado de esa circunstancia.

## **2. La excedencia: un instrumento de dudosas garantías en la promoción de la trabajadora**

La excedencia constituye un mecanismo legal que permite a la trabajadora prolongar su ausencia al trabajo para la atención de sus responsabilidades familiares, aunque no siempre los efectos que de ella se derivan favorezcan la continuidad de su trayectoria profesional. El artículo 46.3 ET prevé una duración máxima de tres años, computables a efectos de antigüedad y garantizando siempre la asistencia a cursos de formación, de los que no podrá quedar excluida por el hecho de no hallarse en activo. Es la empresa la que deberá convocar a la persona interesada, pues de otro modo no podría posiblemente tener conocimiento de su celebración, y se tendrá especial celo en proceder a ese aviso en fechas próximas a la reincorporación al trabajo, para que se realice en las mejores condiciones de actualización.

El inconveniente en esta modalidad de excedencia es que solo se mantiene la obligación de reserva de puesto durante el primer año, en tanto que en los dos restantes la reserva se limitará a un puesto del mismo grupo profesional, que parece ser una garantía de conservación de derechos y de competitividad

profesional, pero que luego en la práctica bien podría constituir un empeoramiento de su avance profesional.

La situación se complica si lo que se solicita es una excedencia voluntaria, puesto que el artículo 46.5 ET solo prevé el derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar nivel que se produzcan en la empresa, lo que condiciona a la mujer a permanecer a expensas de una comunicación empresarial para que, llegado el caso, proceda a su reincorporación, hecho que en ocasiones se dilata en extremo y perjudica a la trabajadora respecto al resto de miembros de la plantilla.

En la STSJ Cataluña de 19 de septiembre de 2017<sup>19</sup>, la trabajadora solicita una excedencia voluntaria por un plazo que luego resulta adelantarse por circunstancias personales. Su puesto había sido ocupado por dos trabajadoras de modo sucesivo y, tras sendos despidos, la empresa decidió redistribuir las tareas entre el resto de la plantilla. El Tribunal reproduce doctrina del TS<sup>20</sup> en la que se efectúa una distinción entre la excedencia voluntaria común, en la que la reincorporación aparece como una incógnita sin saber en qué momento se producirá, y la suspensión del contrato o la excedencia forzosa, en que el puesto de trabajo viene garantizado. La excedencia voluntaria se configura así como un mero derecho potencial o expectante, no como un derecho incondicional que pueda ser ejercitado de manera inmediata en el momento en el que la trabajadora expresa su voluntad de reingreso<sup>21</sup>. Al no existir obligación por parte de la empresa de reserva del puesto, puede perfectamente disponer de esa plaza vacante, para contratar a otra persona, para reasignar tareas o incluso para amortizar ese puesto y hacerlo desaparecer. La trabajadora no estaría en condiciones, con ello, de exigir su vuelta al trabajo ni entender que ha sido objeto de despido, y solo le quedará el recurso a esperar a la aparición de una vacante adecuada a su cualificación y competencias.

La STSJ Cantabria de 22 de diciembre de 2017<sup>22</sup> expone un supuesto similar en que la trabajadora solicita excedencia voluntaria y decide reingresar antes de la fecha prevista. La empresa se niega a su retorno alegando ausencia de vacantes, lo que es aceptado de momento por la trabajadora, pero más adelante ya en la fecha acordada vuelve a instar su reincorporación, obteniendo una nueva negativa por parte de la empresa. Ésta, a fin de demostrar su buena disposición, le ofrece una serie de puestos, a jornada parcial, que no se corresponden con sus condiciones iniciales de trabajo y que no tendrían por qué ser

---

<sup>19</sup> S. 5391/2017. Rec. 4741/2017. JUR/2017/285713.

<sup>20</sup> S. de 21 de enero de 2010.

<sup>21</sup> S. de 18 de julio de 1986.

<sup>22</sup> S. 932/2017. Rec. 818/2917 AS/2018/279.

aceptadas, pues supondrían un paso atrás en su consolidación de derechos. La trabajadora estaría en su derecho de negarse a aceptar, y hubiera debido seguir a la espera, si no fuera porque la empresa celebró cinco contratos a tiempo completo con otros tantos trabajadores, lo que evidencia una necesidad de mano de obra permanente y que dejan sin fuerza argumentativa la negativa de la empresa a admitir su vuelta. Por tal motivo, se estima el recurso de suplicación, declarando el derecho de la trabajadora a su reingreso.

Una nueva muestra de tratamiento discriminatorio es apreciada por la STSJ Madrid de 1 de marzo de 2018<sup>23</sup>, que echa por tierra la distinción convencional en la excedencia por cuidado de hijos entre servicio efectivo, que no es objeto de cómputo, y la antigüedad, que sí se tiene en cuenta. Partiendo de que en dicho instrumento se plantea la ausencia de desventaja entre hombres y mujeres, que resultarían afectados por igual, el TSJ rebate tal afirmación, puesto que aun hallándose formulado de forma neutra, perjudica indirectamente a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, impidiendo su progresión profesional.

### 3. Incumplimiento de formalidades administrativas

Es este apartado en el que mayor número de decisiones jurisprudenciales se han emitido, pues el embarazo y posterior descanso de maternidad impiden en ocasiones a las mujeres cumplir con ciertos trámites administrativos que retrasan su progresión y les hacen de peor condición respecto al resto de compañeros.

Tanto el TC como el TJUE han tenido oportunidad de pronunciarse en este sentido, siempre a favor de la trabajadora, proponiendo otras alternativas para que desde instancias públicas se otorgue un trato de favor en evitación de que los derechos de la interesada se vean vulnerados.

Tal es el caso que el TC examina en S. 66/2014 5 de mayo<sup>24</sup>, en el que una mujer siguió el proceso selectivo para ingresar en un Cuerpo de la Administración de Justicia y fue nombrada funcionaria en prácticas, debiendo realizar un curso teórico-práctico en una fecha concreta. Pero su parto estaba programado justo para el siguiente día, por lo que solicitó el aplazamiento de su incorporación al curso para poder efectuarlo con los aprobados en la convocatoria del año siguiente.

---

<sup>23</sup> S. 169/2018. Rec. 906/2017.

<sup>24</sup> Recurso de amparo 3256/2012. RTC/2014/66.

Su solicitud fue admitida, haciéndole saber que la puntuación obtenida sería conservada y acerca de la posibilidad de que se reincorporara al próximo curso a celebrar, aunque fuera de promoción interna. Incluso, y para ofrecer mayores facilidades a la interesada, se propuso la convocatoria de un curso *ad hoc* para no perjudicarla en su carrera profesional, o hasta eximirla del período de prácticas temporales siempre que mediara previa petición suya. Eso sí, fue advertida de que su nombramiento como funcionaria tendría efectos a partir del momento de finalización del curso y no como el resto de sus compañeros de promoción. Catorce meses después, no había sido convocada para realizar el curso y cada vez se alejaba más de sus expectativas iniciales, pues seguía, lógicamente, sin ser nombrada funcionaria de carrera.

Tras dirigir un escrito al Ministerio de Igualdad, se pusieron en marcha los mecanismos legales pertinentes y la Dirección General de Justicia se escudó en la equiparación de la baja por maternidad con un supuesto de fuerza mayor, ya que no cabría identificarla con ninguna otra figura. Finalmente, pudo participar diecinueve meses después de lo que le hubiera correspondido en el curso teórico-práctico junto con aspirantes de promoción interna, siendo nombrada funcionaria dos meses después, es decir, que por causa de su maternidad tardó en conseguir su condición de funcionaria casi dos años después que el resto de sus compañeros. Solicitó entonces, con efectos retroactivos, los derechos económicos y de antigüedad que, entendía, le correspondían desde la fecha en que sus compañeros tomaron posesión, petición que fue denegada inicialmente por silencio administrativo y luego de forma expresa, y que le llevó a presentar recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado, quien declaró el derecho a la equiparación con los efectos reconocido a sus compañeros. La Comunidad de Madrid presentó entonces recurso de apelación y el TSJ anuló la sentencia del Juzgado declarando la decisión de la Administración plenamente ajustada a derecho.

La aspirante a funcionaria presenta entonces recurso de amparo sobre la base de que no se le permitió realizar el curso anticipadamente, de que había solicitado se le eximiera de efectuarlo y, sobre todo, de que en otras Comunidades Autónomas se venía actuando de conformidad con la situación particularizada de la mujer, ofreciendo otras alternativas. Muestra, asimismo, su falta de acuerdo con esa equiparación analógica entre fuerza mayor con el embarazo y parto, pues el hecho de que no se haya aprobado una regulación específica para los casos de maternidad no puede derivar en una consecuencia desfavorable y discriminatoria, ya que con ese retraso en tomar posesión, no solo se verían afectados sus derechos económicos previos, sino que a fecha actual no

podría optar al proceso de promoción interna de nivel superior al que sus compañeros ya sí tenían posibilidad de acceder.

El TC reproduce su doctrina más reciente acerca de la incidencia de la maternidad, como hecho biológico, sobre sus derechos profesionales, recordando que la minusvaloración y el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo<sup>25</sup>. En este asunto, se evidencia que la maternidad fue la causa del perjuicio laboral generado y que la respuesta administrativa y judicial no podía sustentarse en una falta de previsión normativa, puesto que la Administración hubiera debido adoptar otras medidas más flexibles para neutralizar una posible vulneración del principio de no discriminación, de modo que el TC termina reconociendo tal vulneración y ordena restablecer a la funcionaria en su derecho, declarando la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.

Una situación similar se produce en la STJUE 6 de marzo de 2014 (Caso Napoli)<sup>26</sup>, en que una mujer fue excluida de un curso de formación por encontrarse desde hacía unos días en pleno período de permiso por maternidad obligatorio. Ella alegó, en una interpretación literal de la ley, que solo podrían quedar excluidas las personas que estuvieran ausentes con carácter voluntario, pero no como en este caso, en que el permiso por maternidad es obligatorio. El Tribunal Administrativo no atiende sus alegaciones y solo le permite ser readmitida en el curso a la finalización de su permiso, pero comprueba cómo en otros sectores (ej. en el ejército), aunque la mujer se incorpore con posterioridad al curso de formación, mantiene la antigüedad del momento en que se haya iniciado el curso que le correspondería realizar. Además, la Administración no se sentía vinculada a tener que organizar en fechas próximas un nuevo curso, por lo que podrían incluso transcurrir varios años hasta que se celebrara, con la consiguiente incertidumbre para la afectada.

Todas estas reflexiones integraban las cinco cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Administrativo Regional al TJUE sobre la aplicación de la Directiva 2006/54 en materia de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, quien en principio minimiza el perjuicio causado a esta trabajadora, que ha recupe-

---

<sup>25</sup> Cfr. SSTC 182/2005 de 4 de julio (anterior a la LOI); 74/2008 de 23 de junio; 92/2008 de 21 de julio, así como en un caso similar, previo también a la LOI, en que se planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE, que dictó sentencia el 16 de febrero de 2006 reconociendo la contradicción con una normativa que no reconocía a la trabajadora idénticos derechos que al resto de aspirantes en el mismo procedimiento de selección.

<sup>26</sup> Asunto C-595/12. TJCE/2014/57.

rado el puesto que ocupaba antes de su maternidad y, por tanto, no se ha visto privada de sus ingresos. Pero en términos comparativos, es innegable que sus compañeros pudieron finalizar el curso y acceder a un nivel jerárquico profesional superior, con la consiguiente remuneración, en tanto que ella tendría que esperar a que se convocara un curso sobre el que ninguna certeza existía, lo que supondría un trato menos favorable. El TJUE ofrece algunas opciones para que la trabajadora no se viera tan perjudicada, porque sin negar la exigencia de una preparación completa y especializada, totalmente imprescindible para el desempeño de las funciones que debería cumplir, se podrían haber organizado cursos de recuperación paralelos, equivalentes a los cursos de formación iniciales, para que ella hubiera podido de algún modo recuperar parte del tiempo que perdió. En definitiva, el TJUE se posiciona en el sentido de que el artículo 15 de la Directiva 2006/54 «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, por motivos de interés público, da de baja a una mujer en periodo de maternidad de una formación profesional que forma parte esencial de su puesto de trabajo y que es obligatoria para poder optar a un nombramiento definitivo como funcionaria, así como para mejorar las condiciones de trabajo aunque se le garantice el derecho a participar en la siguiente formación que se organice, cuya fecha es incierta»

En otras dos sentencias, sí se supera el curso de formación, pero la maternidad impide tomar posesión. En la STC 162/2016 3 de octubre<sup>27</sup> se expone cómo una magistrada no pudo cumplir este trámite ni, obviamente, adquirir nuevos derechos económicos. En sede administrativa se reconocía la improcedencia de sufrir merma en sus retribuciones, pero, en lógica reciprocidad, tampoco tenía derecho a que se le retribuyera un destino que, fuera provisional o no, nunca llegó a desempeñar. Tras presentar recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que fue desestimado, el TSJ niega cualquier discriminación porque no se ha establecido un punto de comparación con ningún juez o magistrado varón que, pese a no haber tomado posesión, haya sido retribuido con el complemento de destino que la magistrada solicita. Presenta entonces demanda de amparo porque, a pesar de haber obtenido dos destinos, en ninguno de los cuales pudo tomar posesión, no se le han reconocido efectos económicos hasta que concluyó su permiso por maternidad, y eso que comunicó telefónicamente cuál era la situación que le impedía cumplir con esa finalidad, sin que se le ofrecieran otras opciones. La magistrada aducía además que esta misma situación había sido resuelta de otra forma en diversas zonas del territorio nacional.

---

<sup>27</sup> Recurso de amparo 5281/2014.

El TC aprovecha esta coyuntura para apuntar la posibilidad de un posible cambio de doctrina tras un previo proceso de reflexión, en el que, desde luego, la LOI desplegaría notable influencia, y recuerda también que a pesar de las similitudes con el asunto enjuiciado en la S. 66/2014, no hay plena coincidencia entre ambas.

La opinión del Ministerio Fiscal es bastante significativa en este punto: la inexistencia de una norma que regule la obligación o no de tomar posesión durante el período de licencias o permisos no debe derivar hacia la pérdida de derechos económicos. Si la toma de posesión exigiera poner fin al permiso o licencia, perviviendo la causa que lo motivó, al objeto de no perder derechos retributivos, obligaría a tener que solicitar un nuevo permiso, fundado en la misma causa.

Para dar respuesta al amparo, el TC acude al artículo 51 LOI, que obliga a las Administraciones Públicas a remover cualquier obstáculo que mantenga algún tipo de discriminación, a fin de permitir el desarrollo de la carrera profesional en condiciones de igualdad efectiva; facilitar la conciliación sin menoscabo de la promoción profesional y establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva.

El TC establece una frontera entre licencias y permisos genéricos, y los vinculados a la gestación y posterior alumbramiento de la madre. El principio de discriminación por razón de sexo lleva a compensar las desventajas que el embarazo, al incidir en exclusiva sobre las mujeres, puede provocar en sus derechos económicos y profesionales. De ahí que, a pesar de esa toma de posesión retardada, el Tribunal reconozca el derecho a la obtención de los derechos económicos, por el perjuicio que le fue causado a la interesada, y que no fue valorado ni por la Administración ni por los órganos judiciales inferiores, al prescindir de la condición biológica y la salud de la mujer trabajadora, que han de ser siempre compatibles con la conservación de los derechos profesionales. Termina reconociendo, en suma, que cuando una empleada pública obtiene un determinado destino durante las licencias ligadas a su maternidad o a un posible embarazo de riesgo «para que no quede vulnerado su derecho a no ser discriminada por razón de sexo, debe entenderse que el momento en el que deben considerarse adquiridos los derechos económicos y profesionales inherentes al nombramiento debe ser desde la fecha en la que la mujer hubiera podido tomar posesión de no haber mediado dicho tipo de permiso o licencia».

Un supuesto similar de falta de toma de posesión es el que nos ofrece la STJUE 7 de septiembre de 2017<sup>28</sup>. La inicial baja por enfermedad relacio-

---

<sup>28</sup> Asunto C-174/16.

nada con el embarazo, la baja por maternidad, las posteriores vacaciones y la concesión de un permiso parental prorrogado varias veces hizo que estuviera ausente de la empresa casi cuatro años. Como quiera que no había realizado el período obligatorio de prácticas de dos años, fue cesada como funcionaria en prácticas y reenviada a su puesto anterior.

El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Berlín planteó cinco cuestiones prejudiciales al TJUE sobre el alcance de la aplicación de la Directiva 2010/18/UE y del Acuerdo Marco que figura como Anexo a la misma, y que tiene por objeto evitar la pérdida o reducción de los derechos derivados de la relación laboral, adquiridos o en curso de adquisición, a los que se puede tener derecho cuando se inicia un permiso parental. Para el TJUE, como consecuencia del permiso disfrutado, fue privada de toda posibilidad de mostrar su aptitud para ejercer la función directiva a la que aspiraba y de ser promovida a esa función.

El Tribunal nacional no ha sido capaz de explicar por qué no se ha mantenido vacante ese puesto (aunque transitoriamente fuera ocupado por otra persona), en espera de que fuera desempeñado definitivamente al finalizar el permiso. Con ello, el TJUE reconoce a la trabajadora la posibilidad de que pueda cumplimentar su período de prácticas con la misma duración que a falta del permiso, a fin de que pudiera demostrar su aptitud para el ejercicio de la función directiva asignada.

#### 4. Verificación de la aptitud para ocupar un puesto de nivel superior

Las empresas suelen condicionar los ascensos a que la trabajadora acredite sus capacidades y habilidades por encima del nivel que ofrecen otros candidatos. Los procesos de maternidad lastran, sin embargo, muchas de sus expectativas y son los tribunales los que, apreciando esa desventaja que afecta a las mujeres, tratan de depurar la limpieza de los procesos selectivos. En la STJUE de 20 de junio de 2013<sup>29</sup> (Caso Riezniece), la trabajadora (funcionaria, en realidad) era sometida a una evaluación anual para valorar la calidad de su trabajo y decidir sobre su promoción. Tras un período de baja maternal, durante el cual la empresa acordó amortizar un puesto de asesor, cuatro trabajadores, entre los que se encontraba ella, fueron sometidos a una revisión en sus méritos, quedando la interesada posicionada en último lugar. Tras ofrecerle un nuevo puesto de trabajo y ser aceptado, en poco más de tres semanas le

---

<sup>29</sup> C-7/12. TJCE/2013/173.

fue notificada nuevamente la amortización de ese puesto y su consiguiente cese en la función pública del Estado letón. Disconforme con esa valoración de sus tareas, que además había sido realizada en inferioridad de condiciones cuando se encontraba de baja por maternidad, aplicando para ello idénticos criterios a trabajadores en activo y ausentes, plantea sucesivas demandas y recursos hasta que el Tribunal Supremo acuerda dirigir tres cuestiones prejudiciales al TJUE.

En opinión del órgano europeo, un empleador no tiene prohibido despedir a un trabajador acogido a un permiso parental, siempre y cuando ese despido no esté motivado precisamente por causas relacionadas con la maternidad. Pero lo que no le está permitido es, en el marco de un proceso de amortización de puestos de trabajo, colocar a los trabajadores ausentes por estar disfrutando del permiso parental, en una posición de desventaja con respecto a aquellos otros que no se hayan acogido al mismo. Los requisitos para proceder a la evaluación de los trabajadores han de seguir criterios idénticos para todos, sin que se exija la presencia física de aquellos que están en período de descanso.

La presencia física del trabajador es cierto que permite ampliar su experiencia, pero es una mera posibilidad que no todo el mundo sabe aprovechar, por lo que esta argumentación, esgrimida por la trabajadora para destacar su desventaja en este terreno, no es aceptada por el Tribunal.

Por último, se deja en manos del órgano jurisdiccional nacional la decisión de averiguar si la funcionaria fue objeto de engaño por la Administración empleadora, por si en hipótesis hubiera tenido conocimiento con antelación de que el nuevo puesto al que fue trasladada iba a ser igualmente amortizado.

En esa exigencia de criterios idénticos para evaluar los méritos y capacidades de la trabajadora no siempre, a nuestro entender, los criterios han de ser idénticos a los exigidos al resto de la plantilla, ante todo porque puede ser un requisito de imposible cumplimiento que ahonde aún más en la diferencia de trato a la hora de lograr un ascenso. La STS 12 de mayo de 2015<sup>30</sup> resuelve un recurso por conflicto colectivo interpuesto por varias organizaciones sindicales al considerar que ciertos criterios de evaluación pueden ser discriminatorios. El Convenio Estatal de Grandes Almacenes, con vigencia entre 2013 y 2016, habilitaba a los trabajadores para ascender al grupo de profesionales en función de la evaluación a la que debían someterse y al transcurso del tiempo. A falta de evaluación, el ascenso se producía pasados cinco años desde el inicio de la relación laboral, siempre que en cada uno de ellos hubiera cumplido un mínimo de 450 horas de promedio anual de trabajo efectivo y hubiera desa-

---

<sup>30</sup> Recurso de casación 153/2014. RJ/2015/5005.

rollado las correspondientes habilidades como para adquirir una polivalencia y multifuncionalidad de tareas.

Esas 450 horas debían cumplirse sin interrupciones superiores a dos meses (con lo que se dificultaba el ascenso a quienes sen encontraban de permiso parental). Si la interrupción era superior a dos meses, no se computaría el período anterior a esa interrupción, es decir, esos días de trabajo se perderían y habría que comenzar el cómputo de nuevo.

El TS, como era esperable, resalta la contradicción entre este requisito y los diferentes supuestos asociados a la maternidad. Dicha exigencia vulnera el derecho de las mujeres a un desarrollo profesional en las mismas condiciones que el resto de trabajadores, por establecer unos criterios de evaluación para los ascensos que resultan discriminatorios, puesto que el factor tiempo parece exigirse como único elemento.

## 5. La inaccesibilidad a los incentivos económicos y complementos salariales

La pérdida de oportunidades incide no solo en las dificultades de acceder a un puesto de mayor nivel y responsabilidad, sino que las repercusiones para la trabajadora pueden afectar al sistema de retribuciones pactado con la empresa, sobre todo si esos ingresos son de carácter variable o no periódico.

En la STJUE 1 de julio de 2010 (Caso Parviainen)<sup>31</sup>, una trabajadora, jefa de cabina en una compañía aérea, fue destinada durante su embarazo a un puesto de trabajo en tierra, pues no está permitido el trabajo en vuelo a partir de una determinada fase en la gestación a causa de la exposición a agentes físicos (radiaciones ionizantes y no ionizantes), con riesgo de causar lesiones al feto. Sucedió que una parte sustancial de sus ingresos (alrededor del 40%) procedían de complementos (trabajo nocturno, trabajo dominical, días de vacaciones, horas extraordinarias por jornada laboral superior a ocho horas, vuelos de largo recorrido, vuelos con desfase horario, etc.) que, obviamente, perdió. El Tribunal de Primera Instancia de Helsinki decidió plantear esta duda ante el TJUE, quien elaboró una distinción entre trabajadoras embarazadas (cuyas condiciones de trabajo se han modificado pero que siguen trabajando) y trabajadoras en período de maternidad (que requieren una protección especial y cuyos ingresos no pueden asimilarse a los de quien ocupa un puesto de trabajo), resultando que las primeras no se hallarían en condiciones de percibir

---

<sup>31</sup> C-471/08. TJCE/2010/211.

su salario íntegro y perderían aquellos complementos que se vinculan al ejercicio de funciones específicas que ahora han dejado de ejecutarse, manteniéndose, sin embargo, los que se asocian a su condición profesional (superioridad jerárquica, antigüedad y cualificación profesional).

Por último, querríamos hacer mención a ciertas prácticas usuales en las empresas que consideran como ausencias de la trabajadora el tiempo que permanezca de baja por maternidad, creando así una discriminación de cara a la obtención de ingresos superiores a los básicos. La STS 27 de mayo de 2015<sup>32</sup> resuelve un recurso en torno a un conflicto colectivo surgido a raíz de esa práctica. En efecto, la empresa calificaba las seis semanas de descanso obligatorio por maternidad como una «ausencia» o «permiso retribuido» a efectos del cobro de bonificaciones o remuneraciones variables. El requisito para su cobro era la presencia efectiva de los trabajadores, de modo que cualquier ausencia (excepto las vacaciones) tendría incidencia negativa en su percibo, incluido el descanso por maternidad.

Para el TS, las facultades de organización y dirección de la empresa no legitiman a que establezca diferencias de trato que impliquen discriminación, como es éste el caso, ya que la empresa no estima tal discriminación en el cómputo de las jornadas y afirma que se aplica por igual a hombres y mujeres; sin embargo, son éstas las directamente perjudicadas por esa exclusión a la que se ven sometidas. Así, para poder alcanzar la misma retribución variable a la que tendría derecho un trabajador que hubiera cumplido sus objetivos y cuyo contrato no se hubiera suspendido durante seis semanas, las trabajadoras tendrían que superar sus objetivos específicos, en un esfuerzo excesivo no requerido a los trabajadores varones.

Por su parte, la STS 10 de enero de 2017<sup>33</sup> plantea un caso muy similar, en el que además los incentivos obtenidos se remuneran al mes siguiente de su devengo, viéndose privadas de tal remuneración las mujeres que finalizan su permiso de maternidad justo en el mes en que regresan, y que no se comienza a percibir de nuevo hasta que la reincorporación tiene efecto.

Esta medida, que no afectaría solo a las mujeres, sino a cualquier trabajador que regresa a la empresa después de un tiempo, se inscribe según el TS en un problema de mayor calado, en que «las medidas de protección del ejercicio de los deberes parentales se configuran como instrumentos de corresponsabilidad familiar que actúan de mecanismos activos de igualdad de mujeres y hombres... Y es que la consecución de la igualdad efectiva... pasa no solo por

---

<sup>32</sup> Recurso de casación 103/2014. RJ/2015/3148.

<sup>33</sup> Recurso de casación 283/2015. RJ/2017/38.

el reconocimiento de derechos de maternidad en sentido estricto, sino por la eficaz implantación de instrumentos de equiparación en el ámbito de la vida familiar, como reequilibrio de la desigualdad histórica», lo que lleva al TS a estimar el recurso y a declarar contraria a derecho la práctica empresarial de computar como ausencia la baja por maternidad y por riesgo durante el embarazo reconociendo de este modo el derecho a los incentivos mencionados, así como a las diferencias retributivas que de ello se deriven.

## BIBLIOGRAFÍA

- LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, párrafo núm. 77/200721/2007.
- PÉREZ AGULLA, S., «De nuevo sobre el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo: algunas aportaciones recientes del TJUE», *Trabajo y Derecho* núm. 11, noviembre 2015, y núm. 12, diciembre 2015. Ed. Wolters Kluwer.
- RAMOS QUINTANA, M. I., «Las mujeres y el futuro del trabajo: las iniciativas de la OIT», *Trabajo y Derecho* núm. 4, abril 2015, Ed. Wolters Kluwer.
- SÁEZ LARA, C., «Garantía de indemnidad profesional y económica por razón de embarazo y maternidad», *Trabajo y Derecho* núm. 31, agosto 2017, Ed. Wolters Kluwer.
- TABERNEIRO SÁNCHEZ, J. R., «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el principio de igualdad por razón de sexo en la relación laboral», *Trabajo y Derecho* núm. 3, marzo 2015, Ed. Wolters Kluwer.



# SELECCIÓN DE PERSONAL

JOSÉ MARÍA RÍOS MESTRE

Profesor Asociado

Universidad de Cartagena

SUMARIO: I. *Aspecto normativo.*—II. *El principio de igualdad en la contratación.*—III. *Discriminación en la contratación.* 1. Discriminación directa. 2. Discriminación positiva y discriminación inversa. 3. Valoración de las contrataciones previas.—IV. *Elementos de la discriminación en la selección de personal.* 1. Supuestos y factores. 2. Planteamiento de la prueba selectiva. 3. Paridad en los órganos selectivos. 4. Embarazo, parto y cesárea. 5. Características físicas. 6. Titulación académica.—V. *Tutela judicial frente a la discriminación en la selección de personal.* 1. Competencias. 2. Legitimación activa. 2.1 Sindicato. 2.2 Sección sindical. 3. Legitimación pasiva. 4. Consecuencias.

## I. ASPECTO NORMATIVO

El Convenio 111 de la OIT (RCL 1968, 2101) tenía por objeto evitar la discriminación en el empleo. En el ámbito específico de la lucha contra la discriminación de la mujer, la Convención de la ONU, de 1979 (RCL 1984/790; ApNDL 3635) dedica su artículo 11, entre otros contenidos, a imponer a los Estados miembros la obligación de eliminar la discriminación y garantizar el derecho a las mismas oportunidades en el empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en el empleo.

La Directiva 2006/54 sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición, LCEur 2006, 1696) desglosa el principio gene-

ral a que se acaba de hacer referencia en los términos siguientes: No será admitida ninguna discriminación, directa ni indirecta en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) Las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción y b) El acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica. Como puede comprobarse, el alcance temporal de la prohibición es más extenso que la duración propiamente dicha de la relación de trabajo. Es una prohibición que promueve la igualdad de la mujer en el empleo, por lo tanto se extiende a los estadios previos a la contratación, a la selección de personal y a la formación en todas sus manifestaciones como instrumento clave de su empleabilidad y progresión.

La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (RCL 2007, 586), la cual incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE (LCEur 2002, 2562), de reforma de la Directiva 76/207/CEE (LCEur 1976, 44), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE (LCEur 2004/3568), sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, señala en su artículo 1 en cuanto al objeto de dicha ley que las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 CE (RCL 1978, 2836), alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria, aunque el artículo 5 LOI (RCL 2007, 586) se especifica que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta,

incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

## II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONTRATACIÓN

Cuando se trata de la eficacia del principio de igualdad (art. 14 CE, RCL 1978, 2836) en las relaciones entre sujetos privados, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>1</sup> afirma que el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada solo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son entre otras las que se indican en el artículo 14 CE (RCL 1978, 2836), como la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>2</sup> entiende que las actuaciones singulares de los empresarios privados que corresponden al marco de la autonomía privada no están vinculadas al cumplimiento del principio de igualdad del artículo 14 CE (RCL 1978, 2836), aunque puedan estarlo en función de otras normas que impongan la necesidad de trato igual como lo hacen los artículos 4.2.c) y 17.1 ET (RCL 2015/1654), que contiene desarrollos de la cláusula discriminatoria del último inciso del artículo 14 de la CE.

Se puede afirmar que mientras que la Administración Pública siempre está obligada a seleccionar y promocionar lo mejor, el empresario privado puede escoger a sus empleados atendiendo a razones objetivas o subjetivas, según le convenga, ya que la técnica de acceso y de promoción en la función pública, y por imperativos constitucionales (arts. 103.3 y 23 CE, RCL 1978, 2836), está presidida por los principios de igualdad y de mérito. Ello es así porque aquella debe actuar neutralmente y servir con objetividad el interés general. Sin embargo, los particulares en sus relaciones privadas no tienen que ser objetivos y neutrales, aquí nos encontramos con la autonomía privada, dentro de la cual se incluye la libertad contractual constitucionalmente garantizada (art. 10.1 CE, RCL 1978, 2836) que integra dentro de sí la libertad de concluir contratos con

---

<sup>1</sup> STC 108/1989 de 8 de junio (RTC 1989, 108)

<sup>2</sup> Entre otras muchas, la STS de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5513)

un participante libremente elegido. Ahora bien, la anterior conclusión requiere de algunas matizaciones, como que en relación con un convenio colectivo estatutario, una norma jurídica de eficacia general, que se inscribe en el sistema de fuentes del derecho de trabajo [art. 3.1.b) del ET, RCL 2015/1654], debe someterse a las normas de mayor rango jerárquico y, en consecuencia, respetar el cuadro de derechos fundamentales recogido en la CE (RCL 1978, 2836) y, en concreto, los de igualdad y no discriminación<sup>3</sup>.

En el convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, éstas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad<sup>4</sup>. En consecuencia, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al artículo 14 CE (RCL 1978, 2836), ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles<sup>5</sup>. De tal forma que el principio de igualdad cuando se refiere a relaciones entre sujetos privados tiene aplicación y ha de observarse en relación con el contenido de convenios colectivos, porque tienen eficacia general y naturaleza de norma en cuanto que se insertan en el sistema de fuentes y en este sentido los Convenios son equivalentes a un instrumento público de regulación, que, por esta condición, está vinculado por el principio de igualdad, lo que no sucede con las actuaciones unilaterales del empresario, con el contrato de trabajo o con los acuerdos colectivos no estatutarios.

### III. DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN

#### 1. Discriminación directa

El artículo 6.1 LOI (RCL 2007, 586) establece que se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona

---

<sup>3</sup> SSTC 280/2006 (RTC 2006, 280); 27/2004 (RTC 2004, 27) y 177/1988 (RTC 1988, 177).

<sup>4</sup> SSTC 27/2004 (RTC 2004, 27); 177/1988 (RTC 1988, 177); 171/1989 (RTC 1989, 171) y 2/1998 (RTC 1998, 2).

<sup>5</sup> STS de 9 de febrero de 2010 (RJ 2010, 2831).

que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable. Cabe traer a colación un supuesto en el que la empresa se encontraba seleccionando un guarda o vigilante nocturno, debido a que había sufrido varios robos en las instalaciones sociales, y según su criterio consideraba que era más apropiado para el puesto de trabajo, un hombre. La aspirante se pone en contacto con la empresa solicitante que le comunica la imposibilidad de contratarla por ser una mujer. Se trata de un supuesto de discriminación directa<sup>6</sup>. La jurisprudencia comunitaria recoge casos de esta índole en relativa abundancia, y en este sentido solo hay que dar cuenta de esta jurisprudencia y de su existencia. Por ejemplo, en relación con la reserva del acceso a puestos militares con posibilidad de empleo de las armas para hombres con fundamentos que no pueden reconducirse a la salvaguardia de la seguridad pública o a la defensa, declara la naturaleza discriminatoria de la restricción de acceso a las mujeres fundada en una hipotética necesidad de mayor protección de éstas<sup>7</sup>.

La nota esencial de la discriminación es el efecto peyorativo, el perjuicio objetivo de los intereses de la víctima, sin que importe la concurrencia de intención de perjudicar en el sujeto que la pone en práctica; incluso si ese sujeto posee razones económicas creíbles para ponerla en práctica<sup>8</sup>. En un supuesto en el que la trabajadora reunía los requisitos exigidos en la oferta de empleo para un puesto de peón de construcción, formalizado por la empresa ante el Servicio Canario de Empleo siendo una de los cinco candidatos seleccionados por éste para ser entrevistados por la empresa, fue rechazada por la empresa «por no disponer la obra donde se necesita personal de baños para mujeres», se incurre en discriminación<sup>9</sup>.

## 2. Discriminación positiva y discriminación inversa

El artículo 11 LOI (RCL 2007, 586) regula las acciones positivas y establece que con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. También las personas físicas y jurídicas privadas

<sup>6</sup> STSJ Andalucía, Granada, Social, 469/2012 de 22 de febrero (AS 2012, 2054).

<sup>7</sup> STJUE Kreil de 11 de enero de 2000 (TJCE 2000, 2).

<sup>8</sup> STSJ Andalucía, Granada, Social, 469/2012 de 22 de febrero (AS 2012, 2054).

<sup>9</sup> STSJ Canarias, Social, Las Palmas, 1860/2008 de 22 de diciembre (AS 2009, 310).

podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la propia LOI.

En un supuesto de discriminación positiva normativa, se analiza el contenido un Decreto del Gobierno del País Vasco indirectamente impugnado y de una Orden directamente recurrida que, para la provisión de puestos de trabajo de los funcionarios de los cuerpos de policía del País Vasco, establece que en caso de empate en la puntuación, se dará prioridad a la mujer cuando la representación de las mujeres en el código de puesto de que se trate sea inferior al 40%. Se considera de interés valorar el caso peculiar de la Ertzaintza en el que la presencia de las mujeres es mucho menor que la de hombres, con remisión al certificado que se aporta del Director de Recursos Humanos de la Ertzaintza, para señalar que el número de mujeres representaría el 11% de la plantilla y que es por lo que se llega a trasladar que en el año 2009 no existiría un solo puesto donde el número de mujeres sea igual o superior al 40%. Se considera que las normas analizadas se ajustan a derecho<sup>10</sup>.

Las bases de la convocatoria para acceder al Cuerpo de los Mossos d'Esquadra establecen una altura mínima de 1,70 metros para los hombres y 1,65 para las mujeres, el sindicato recurrente alega que puede haber una discriminación por sexo contraria al hombre al exigir una altura diferente a los hombres y a las mujeres. Se entiende que parece razonable que se distinga entre la altura exigible al hombre y a la mujer, puesto que se parte de situaciones de hecho diferentes, con medias de estatura distintas en cada uno de los sexos, de manera que los conceptos valorativos en el marco social difieren según se trate de persona de uno u otro sexo. Así podríamos decir que un hombre, con la misma estatura de una mujer, puede ser conceptuado como de estatura media en la concepción social, en tanto que la mujer puede ser considerada de estatura alta en ese mismo caso. Por tanto, la diferenciación obedece a situaciones de hecho diferentes y responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>11</sup>.

### 3. Valoración de las contrataciones previas

Es intrascendente, para determinar la inexistencia de discriminación, el número de trabajadoras o las que haya contratado con anterioridad por desconocerse de manera individual cada uno de esos supuestos<sup>12</sup>. Sin embargo, en

---

<sup>10</sup> STSJ País Vasco, Contencioso-Administrativo, 599/2010 de 14 de septiembre (JUR 2010, 398492).

<sup>11</sup> STSJ Cataluña, Contencioso-Administrativo, 393/2000 de 7 de abril (RJCA 2000,788).

<sup>12</sup> STSJ Andalucía, Granada, Social, 469/2012 de 22 de febrero (AS 2012, 2054).

otras ocasiones se ha entendido que en los supuestos en los que queda acreditada la gran cantidad de mujeres que han sido contratadas, se está ante un motivo para apreciar que no existen indicios de discriminación<sup>13</sup>.

#### IV. ELEMENTOS DE LA DISCRIMINACIÓN EN LA SELECCIÓN DE PERSONAL

##### 1. Supuestos y factores

Muchas empresas, en el momento de contratar a nuevos empleados, imponen una serie de condiciones, muchas relativas al físico, que no pueden reputarse como generadoras de desigualdad de trato, pues las características de los puestos a desempeñar requieren que tengan inicialmente determinada edad, condición, estatura, fuerza, etc., con lo cual no se está negando la dimensión axiológica de la igualdad, sino que se está teniendo en cuenta la variedad para cubrir determinada necesidad, pues estas cualidades se caracterizan más que por su existencia por su valor, siempre que sean razonables y proporcionales a los objetivos que se desean alcanzar.

##### 2. Planteamiento de la prueba selectiva

En muchas ocasiones, la discriminación en la contratación acaece por la fórmula escogida para realizar la selección de personal. En un proceso selectivo de la policía local se plantea el carácter sexista de las preguntas «Normalmente me gustaría trabajar con mujeres»; «No se debería dejar beber combinados a las mujeres en bares nocturnos»; «Me gustan las mujeres altas». Sin embargo, se entiende que son acordes a derecho ya que hay que precisar que las preguntas se enmarcan dentro de una batería de preguntas encaminadas a conocer el perfil psicológico de los aspirantes, fundamental para la selección de quienes van a formar parte de un cuerpo de policía. También se considera que otra interpretación puede llegar al absurdo y a la puerilidad de que toda utilización de la palabra «mujer» suponga una discriminación<sup>14</sup>.

En otro supuesto la empresa después de realizar una prueba psicotécnica conjunta para hombres y mujeres realizó pruebas técnicas por separado, a las

<sup>13</sup> STSJ Asturias, Social, 1101/2012 de 13 de abril (AS 2012, 1546).

<sup>14</sup> STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 220/1998 de 11 de marzo (RJCA 1998, 839).

mujeres, pruebas de habilidad manual consistentes en encintar bobinas de motores y a los hombres pruebas de esfuerzo físico consistentes en realizar prácticas de corte con sierras, limas y hierro. Con ello se impide a las mujeres de ocupar puestos de trabajo que tradicionalmente la empresa reserva a los hombres y que están, en general, mejor remunerados. La conducta empresarial es discriminatoria<sup>15</sup>.

Se han producido conflictos por el anuncio del proceso selectivo. Cabe traer a colación el de una empresa que publica una oferta de empleo en medio de comunicación con el siguiente texto: «Adjunto Jefe Exportación. Necesita importante empresa de prendas infantiles con experiencia para la venta. Con perfecto dominio escrito y hablado del inglés y francés. Se valorará conocimiento de italiano. Chico libre s.m., dinámico, facilidad de trabajo, dispuesto a viajar, vehículo propio. Interesados enviar «currículum» escrito a mano y fotografía reciente». La utilización del género masculino en abstracto, para identificar el puesto de trabajo, que puede tacharse de irregular desde la perspectiva lingüística, como reconoce la representación de la empresa recurrente en sede administrativa, no evidencia intención de discriminar a aquellas personas del sexo femenino que pretendan acceder a desempeñar ese puesto de trabajo en la empresa, ni la mención de la expresión «chico libre Servicio militar» deriva inmediatamente en la exclusión de las mujeres de la oferta de empleo. Debe destacarse que el anuncio no fue comprendido revelando elementos discriminatorios ni por la empresa ni por el agente publicitario, que procedió a su redacción, ni por sus destinatarios, ya que personas de sexo femenino presentaron sus candidaturas y fueron convocadas a las pruebas de selección para cubrir dicho puesto de trabajo<sup>16</sup>.

### 3. Paridad en los órganos selectivos

Se entiende que la paridad en los órganos selectivos para contratar personal en la Administración Pública favorece la igualdad. De esta forma el artículo 60.1 de la Ley 7/2007 (RCL 2007/768), actualmente el mismo artículo 60.1 pero del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (RCL 2015/1695) dispone que los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y

---

<sup>15</sup> STSJ Cataluña, Social, 7451/2011 de 18 de noviembre (AS 2015, 4).

<sup>16</sup> STSJ Cataluña, Contencioso-administrativo, 236/1999 de 8 de marzo (RJCA 1999, 2552).

hombre. De la misma forma el artículo 53 LOI (RCL 2007, 586) establece que todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos.

Lo primero que hay que decir es que no estamos ante un defecto cuya alegación pueda posponerse a la toma de la decisión final del proceso selectivo, pues no se trata del incumplimiento de una base que fije un criterio de selección cuyo potencial lesivo del derecho de los participantes se patentice en dicha resolución y no antes, sino ante un criterio de composición de la comisión que agota sus efectos en sí mismo, por lo que debe reaccionarse contra él sin esperar al final del proceso selectivo. Además, no se trata de una norma imperativa que establezca un número determinado de hombres y mujeres, sino ante un principio de equilibrio cuya realización se condiciona a las circunstancias del caso y a la eventual concurrencia de otros valores o principios que puedan entrar en concurrencia. Es un principio de transcendencia constitucional, sin duda, pues se enmarca en la obligación prescrita en el artículo 9.3 de la CE (RCL 1978, 2836) de superar los obstáculos que impidan la igualdad real y efectiva de las personas y guarda relación con el derecho proclamado en el artículo 14 de la CE (RCL 1978, 2836). Pero, hay que decir, por un lado, que no se puede partir de la existencia de una lesión concreta de dicho derecho, salvo que una persona directamente afectada por la eventual discriminación lo haya solicitado; y, por otro lado, que el principio de paridad no afecta a la concreta aplicación del proceso selectivo de que se trata en relación con el principio de mérito y capacidad ni de su corolario: el principio de profesionalidad y objetividad de la comisión de selección, por lo que la eventual vulneración de dicho principio no podría tener el efecto invalidante<sup>17</sup>.

Cabe asimismo señalar que la Ley 7/2007, de 12 de abril (actualmente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, RCL 2015/1695), permite anular la composición de un Tribunal cuando en la misma se aprecie que no se ha respetado la exigencia de una participación paritaria de mujeres, pero no

---

<sup>17</sup> STSJ Cantabria, Contencioso-Administrativo, 481/2016 de 29 de diciembre (RJCA 2017, 44).

permite anular la composición de un Tribunal cuando hay más mujeres que hombres porque el precepto obliga a lo primero, pero no a lo segundo<sup>18</sup>.

#### 4. Embarazo, parto y cesárea

El artículo 8 LOI (RCL 2007, 586) establece que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

Cabe traer a colación un supuesto en el que una candidata ve rechazada su petición de ser convocada a llamamiento posterior para la celebración del segundo ejercicio del proceso selectivo para ingreso en el cuerpo subalterno de la Xunta de Galicia al no haberse podido presentar al señalado. La petición se basa en la ocurrencia del parto con cesárea el mismo día de celebración del segundo ejercicio de la oposición y se funda en la causa de fuerza mayor, prevista en las bases de la convocatoria, a efectos del otorgamiento de un posterior llamamiento. Las mencionadas bases establecen que los aspirantes serán convocados para cada ejercicio en único llamamiento, siendo excluido de la oposición quien no comparezca, pudiendo ser considerados los casos de fuerza mayor, debidamente justificados y libremente apreciados por el tribunal, a los efectos de un posterior llamamiento. Se estima la petición de la candidata ya que la fuerza mayor se caracteriza por constituir un acontecimiento imprevisible, y en el caso presente, si bien era previsible el hecho del parto, no lo era la fecha en que había de ocurrir, de modo que el supuesto ha de incardinarse en el concepto de fuerza mayor. Sin embargo, se considera que la cuestión debatida no versa sobre discriminación ya que el fundamento de la denegación por parte de la Administración no está basado en la condición de mujer de la reclamante, pese a que la ocurrencia de aquel hecho solo en las integrantes del sexo femenino puede darse, sino en aquella ausencia de apreciación como fuerza mayor de lo alegado<sup>19</sup>.

En un supuesto en el que la candidata estaba en avanzado estado de gestación, ante la previsión de que en la fecha señalada estuviera de parto, pidió al tribunal calificador celebrar el ejercicio en su domicilio o en el centro sanitario en el que estuviere ingresada. Su solicitud fue denegada en razón de que el lugar fijado para la celebración de la oposición era una ciudad distinta den-

---

<sup>18</sup> STSJ Castilla y León, Burgos, Contencioso-Administrativo 154/2013 de 25 de marzo (JUR 2013, 172317).

<sup>19</sup> STSJ Galicia, Contencioso-Administrativo, 24/2001 de 17 de enero (RJCA 2001, 788).

tro de la misma Comunidad Autónoma y de que las bases establecían que el llamamiento era único. En primer lugar, debe resaltarse que no está en discusión si media o no fuerza mayor que no fue alegada por la candidata. Al tribunal calificador se le presentó una solicitud dirigida a restablecer las condiciones de igualdad que la inminencia del parto había alterado en perjuicio de la aspirante. Es decir, una circunstancia específica que solamente concurre en la mujer que está a punto de dar a luz, la cual por ese solo hecho ve impedida su normal participación en el proceso selectivo. No se trata de una enfermedad, pues el embarazo y el parto no lo son, ni tampoco es equiparable a una intervención quirúrgica urgente en el sentido que se le da a esta expresión. Dar a luz no parece, en fin, una causa de fuerza mayor, ya que es el punto final de un proceso natural cuyo único extremo indeterminado es el momento concreto que se produce si bien se sitúa dentro de un período de tiempo delimitado. Por todas estas razones se considera que la candidata ha sido discriminada<sup>20</sup>.

En concurso-oposición a profesor de educación secundaria por la especialidad de educación física, debido al estado de gestación (decimoséptima semana) en que se encontraba la misma cuando se realizaron las pruebas, la candidata solicita que se le conceda el derecho a realizar los ejercicios prácticos en momento distinto. Se deniega fundadamente su petición porque no impugnó las bases de la convocatoria, lo que supone su aceptación de las mismas y pudo haberlas recurrido ya que cuando se publican ya estaba embarazada, sin embargo, no lo hizo. Por otra parte, parece claro que el proceso selectivo no puede suspenderse indefinidamente hasta el momento, indeterminado en el tiempo, en que, plenamente recuperada del parto, la candidata se encuentre en condiciones de realizar la prueba<sup>21</sup>.

En los supuestos en los que una aspirante solicita un trato especial motivado por el embarazo es preciso determinar si la referencia expresa de las bases de la convocatoria al concepto de fuerza mayor permite incluir en ella la situación padecida por una aspirante a la que la operación a que fue sometida en el curso del parto –que tuvo lugar el 23 de febrero y la prueba a la que debía presentarse estaba prevista para el 4 de marzo siguiente– le provocaba inflamaciones y molestias y pidió que se le aplazara. Se entiende que es procedente el aplazamiento del ejercicio para la candidata, con retroacción de las actuaciones para que fuera convocada a realizarlo. Los hechos eran decisivos para apreciar si había o no fuerza mayor eran que no había una relación tasada de los que merecerían esa calificación y que las bases ofrecían plena libertad para

<sup>20</sup> STS 3.ª de 14 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2520).

<sup>21</sup> STS 3.ª de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1576).

apreciar cada caso al tribunal calificador. Las singulares circunstancias que se dieron, mediaban los rasgos de involuntariedad e inevitabilidad y que, en realidad, lo discutido era si, además, las consecuencias de la intervención quirúrgica a la que la actora en la instancia fue sometida durante el parto le impedían realizar en condiciones de igualdad con los demás aspirantes la segunda prueba. Se entiende que se ha vulnerado el derecho a la igualdad de la aspirante. Las consideraciones sobre las dificultades de tipo práctico que originaría aceptar con frecuencia peticiones de este tipo, interpretando flexiblemente el concepto de fuerza mayor, y sobre sus repercusiones sobre la seguridad jurídica y la igualdad en el desarrollo del proceso selectivo, no pueden subyugar el derecho de la aspirante. Y aunque no se puede negar que tales complicaciones son reales, tampoco se ha de ignorar que en convocatorias de pruebas que, por sus características, se extienden a lo largo de un período de tiempo prolongado, no es necesariamente disfuncional atender, cuando es posible hacerlo sin extenderlo más allá de lo previsto, solicitudes de aplazamiento justificadas como la de este caso. Hacerlo no tiene por qué afectar a la seguridad jurídica ni romper las condiciones de igualdad entre los participantes<sup>22</sup>.

Es discriminatoria una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad<sup>23</sup>.

En un supuesto en el que la aspirante no ataca las bases si no la resolución del proceso selectivo en el que quedó excluida de la selección por muy pocas décimas. Pero lo hace en relación con una actuación precedente de la administración que la habría cesado en una fecha coincidente con la fecha en la que dio a luz, cuando en realidad, dada su vinculación indefinida –al deducir que los contratos temporales estaban celebrados en fraude de ley– le hubiese correspondido disfrutar de un permiso de maternidad, lo que hubiese supuesto mayor puntuación. En este caso lo que examina es exclusivamente el proceso de selección y entendemos que su regularidad no se puede cuestionar por las vulneraciones que pudo cometer la administración cinco años antes cuando, tal cuestión debió intentar clarificarla en su día<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> STS 3.ª 27 de abril de 2009 (RJ 2009, 4091).

<sup>23</sup> STJUE Sarkatzis Herrero IMSALUD de 16 de febrero de 2006, C-294/04 (TJCE 2006, 41).

<sup>24</sup> STSJ Galicia, Contencioso-Administrativo, 328/2017 de 14 de junio (JUR 2017, 188127). Asimismo, se destaca que la calificación de la vinculación como realizada en fraude de ley y la consecuencia

## 5. Características físicas

En muchos casos la cuestión acerca de la existencia de discriminación se plantea al establecerse para la selección de personal unas determinadas características físicas. En un supuesto una empresa implanta unas recomendaciones ergonómicas elaboradas por una empresa alemana donde se contienen recomendaciones en relación con el diseño de los puestos de conducción para autobuses, y en la que se indica como altura de los conductores un mínimo de 158 centímetros y un máximo de dos metros. La empresa ha elaborado una norma interna mediante la que se definen las características técnicas del puesto de conducción en los autobuses, donde se asume la recomendación ergonómica. La trabajadora que se presenta a proceso de selección tiene una talla de 145 centímetros de altura. Por tanto, basta examinar la referida recomendación y todas las cotas que influyen en el puesto de conductor de autobuses, para ver que la estatura influye claramente tanto en la capacidad de visión, como en el alcance de los elementos necesarios para una conducción correcta y segura del vehículo. El hecho de que la empresa establezca una talla mínima o máxima a la hora de contratar a los trabajadores, no es algo que se fundamente en ningún capricho arbitrario, sino que encuentra su justificación en un problema de seguridad y de salud, siendo plenamente libre para acordar los criterios o requerimientos de manera unilateral. Por último, el hecho de que la trabajadora disponga de la correspondiente habilitación administrativa para conducir autobuses no permite concluir, por sí sola, que su estatura es compatible con el manejo seguro del vehículo, dado que no es el carnet de conducir lo que va a determinar la idoneidad para el puesto, al tratarse éste de un requisito indispensable, pero nunca suficiente<sup>25</sup>.

Una empresa minera considera a la candidata no apta para el desarrollo de las labores propias de ayudante minero por no superar las exigencias mínimas en los índices biométricos y dinamométricos testados, cuyos valores mínimos exigidos para la mujer son requisito imprescindible en las tres dinamometrías: manual escapular y lumbar. Se considera que la empresa no vulnera el derecho de la aspirante debido a que tiene un gran número de mujeres en dicho puesto<sup>26</sup>.

---

de su consideración como indefinida, por la concatenación sucesiva de contrataciones temporales cuando su finalidad era la cobertura de una necesidad estructural y/o permanente, no corresponde ni a esta jurisdicción sino a la Social, ni podrá hacerse con ocasión del recurso contencioso.

<sup>25</sup> STSJ Cataluña, Social, 6005/2010 de 22 de septiembre (AS 2010, 1887).

<sup>26</sup> STSJ Asturias, Social, 1101/2012 de 13 de abril (AS 2012, 1546).

## 6. Titulación académica

La exigencia de estar en posesión de un título de FII-rama técnica en las convocatorias para la selección de personal de nuevo ingreso en la plantilla, no estando prevista dicha exigencia en el convenio colectivo, resulta desproporcionada –dada la mínima cualificación de la categoría profesional en cuestión– y perjudicial para el colectivo femenino, pues aunque tal exigencia afectaba formalmente por igual a hombres y mujeres, estas últimas por razones socio-económicas no suelen poseer tal título, y, además, se acreditó que, posteriormente, se había contratado solamente a personas del sexo masculino que, en muchos casos, ni siquiera poseían aquella titulación, todo lo cual enmascaraba una lesión al derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación por razón sexo reconocido en el artículo 14 CE (RCL 1978, 2836) y desarrollado a nivel ordinario por los arts. 4.2.c) y 17 ET (RCL 2015/1654)<sup>27</sup>.

## V. TUTELA JUDICIAL FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN LA SELECCIÓN DE PERSONAL

El artículo 12.1 LOI (RCL 2007, 586) establece que cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, de acuerdo con lo establecido en artículo 53.2 CE (RCL 1978, 2836), incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación. Cabe señalar que, como se ha puesto de relieve, a la vista de los supuestos analizados en este capítulo, que no todas las reclamaciones se efectúan por el cauce del procedimiento de tutela de derechos fundamentales. En la jurisdicción contencioso-administrativa no es muy frecuente acudir al procedimiento de tutela de derechos fundamentales, ya que habitualmente se utiliza, dependiendo del caso, el procedimiento ordinario o el abreviado para accionar frente a la resolución administrativa discriminadora. En el orden social es más frecuente acudir al cauce procedimental de tutela de derechos fundamentales. No obstante, también se ventilan cuestiones relativas a la igualdad a través del procedimiento ordinario en el que caben alegaciones sobre desigualdad y a través del conflicto colectivo entre otros.

---

<sup>27</sup> STSJ Cantabria, Social, 483/2007 de 23 de mayo (AS 2007, 2556).

## 1. Competencias

Según el artículo 2.a) del LRJS (RCL 2011/1845), el orden jurisdiccional social es competente de los litigios que se susciten entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, y tal competencia se extiende no solo a las incidencias que se produzcan una vez vigente ya la relación laboral, sino incluso a las que se produzcan con anterioridad. De modo que cualquiera que sea el grado de perfeccionamiento del contrato o actos preparatorios del mismo, como los procesos de selección que aquí nos ocupan, se inculcan dentro del orden jurisdiccional social, al participar de la naturaleza del contrato de trabajo<sup>28</sup>. Por tanto, se mantiene la atribución competencial para el orden social, como también sucede con los precontratos de trabajo<sup>29</sup>.

Tan solo existe una salvedad en relación con las fases de selección de personal que realiza la Administración Pública, donde se entiende que todas las incidencias relativas a estos procesos de selección (concursos y oposiciones en sus distintas modalidades), en la medida que se rigen por una normativa de derecho administrativo, son litigios que han de discurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La solución al problema de identificación del orden jurisdiccional competente para resolver las incidencias que surjan de una convocatoria efectuada por determinada Administración para acceso desde el exterior a plazas laborales, pasa por discernir si el referido acto de convocatoria debe considerarse como acto de la Administración sujeto al Derecho Administrativo o si, a partir del mismo, se genera una típica controversia laboral entre (candidatos a) trabajadores y empresario. A la Jurisdicción del orden Contencioso-Administrativo corresponde conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con impugnación de disposiciones reglamentarias. La convocatoria para la provisión de plazas laborales de nuevo ingreso constituye un verdadero acto administrativo<sup>30</sup>, puesto que la actividad de la Administración es previa al establecimiento del vínculo laboral y predomina en ella su carácter de poder público, ejercitando una potestad administrativa en orden a la selección de su personal, de donde se sigue que el conocimiento de la cuestión corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> STS 4.ª de 9 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2846).

<sup>29</sup> STS de 26 de abril de 1996 (RJ 1996, 4136).

<sup>30</sup> STS 4.ª de 11 de marzo de 1993 (RJ 1993/1849).

<sup>31</sup> STS 4.ª de 10 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8677), siguiendo la doctrina de la STS 4.ª SG de 21 de julio de 1992 (RJ 1992/5641).

Atendiendo a la naturaleza del acto, sus destinatarios, el público, esto es, una generalidad indeterminada de ciudadanos que quieren acceder a un puesto de trabajo en la Administración y la propia índole de la regulación, en este punto predomina el aspecto administrativo y ha de conocer tal jurisdicción, aunque advirtiéndose que la solución sería diversa si ya se hubiere superado o ultimado la fase de selección (por ejemplo, si se impugna la propuesta de contratación), o si se impugnara una convocatoria de promoción interna<sup>32</sup>, o de lo que se trata es de pedir que se respete el derecho a permanecer en la lista de admitidos para la cobertura de vacantes y sustituciones de personal fijo, con derecho a ser contratado nuevamente en función del puesto ocupado en dicha lista<sup>33</sup>. El orden jurisdiccional social es el competente para conocer de demanda promovida contra un órgano administrativo que se negó a formalizar contrato de trabajo con quien previamente había resultado seleccionado en concurso-oposición convocado por aquél<sup>34</sup>.

## 2. Legitimación activa

### 2.1 SINDICATO

#### a) *Génesis de la doctrina constitucional legitimadora del sindicato en procesos sobre derechos individuales*

La doctrina constitucional legitimadora de la comparecencia sindical en proceso que tenga por objeto un conflicto individual posee una doble etiología. De un lado la iniciación por el sindicato del procedimiento de conflicto colectivo y de otro la impugnación de actos administrativos que afectan de algún modo a los intereses de los trabajadores.

En la época en que en que comenzó la gestación de la referida doctrina<sup>35</sup>, la legitimación para instar la iniciación de un conflicto colectivo de trabajo correspondía, por la parte social, únicamente a los representantes de los trabajadores en el ámbito correspondiente al conflicto, por propia iniciativa o a instancia de sus representados [art. 18.1.a) Real Decreto-Ley 17/1977, de 9 de marzo, sobre relaciones de trabajo; RCL 1977/490 y ApNDL 3623]. La inter-

---

<sup>32</sup> STS 4.ª de 16 de marzo de 1992 (RJ 1992/1650).

<sup>33</sup> STS 4.ª de 23 de junio de 1997 (RJ 1997/4936).

<sup>34</sup> STS 4.ª de 25 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8262).

<sup>35</sup> La primera Sentencia que aborda la cuestión data de 29 de noviembre de 1982 (STC 70/1982; RTC 1982/70).

pretación excesivamente restrictiva del precepto por la justicia ordinaria motivó la intervención del Tribunal Constitucional.

En relación con la impugnación de actos administrativos que afectaban a los intereses de los trabajadores, se produjo asimismo una interpretación demasiado rigorista de los artículos 28 y 32 de la entonces vigente LJCA (RCL 1956/1890) por los tribunales ordinarios. Ello provocó nuevamente la búsqueda de la tutela ante el Alto Tribunal por las organizaciones sindicales.

El Tribunal Constitucional reelaboró su doctrina tomando como referencia sus propias resoluciones, con independencia su pertenencia a una u otra de las dos cuestiones expuestas. Esta reelaboración ha permitido la construcción de una doctrina unitaria sobre el acceso del sindicato al proceso en general y, en particular, sobre la legitimación del sindicato en procesos sobre conflictos individuales de trabajo.

En su primera resolución sobre el acceso del sindicato al proceso, el Tribunal enjuicia un supuesto de planteamiento de conflicto colectivo sobre retribución de horas extraordinarias por sindicato en los servicios públicos de salud. El Tribunal elabora una novedosa construcción sobre las clases de representación. La función del sindicato no consiste únicamente en representar a los trabajadores a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación de Derecho privado<sup>36</sup>.

El TC entiende que la formulación de la representación exclusivamente como actuación en lugar de otro por la voluntad del representado o de la ley no se puede considerar totalmente satisfactoria, de manera que al lado de estas clases de representación pueda situarse la *representación institucional*. Esta representación puede adoptar bien forma *explícita* mediante la adhesión voluntaria del interesado bien forma *implícita* cuando el ordenamiento jurídico confiere a un ente la defensa y gestión de los derechos e intereses de categorías o grupos de personas.

b) *El interés legítimo presupuesto de la legitimación y elementos integrantes*

El planteamiento de los artículos 7 y 28 CE (RCL 1978, 2836) conduce a concluir que dentro del ámbito de actuación de los sindicatos tienen *capacidad genérica* para representar los intereses de los trabajadores. Sin perjuicio de ello se hace preciso señalar que no basta no con la simple condición de organización sindical para que la relación jurídica procesal pueda quedar regular-

---

<sup>36</sup> STC 70/1982 (RTC 1982/70).

mente constituida. Ha de tratarse de un sindicato que tenga una *relación directa con el objeto del litigio* por su *implantación en el ámbito del conflicto*, porque la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad<sup>37</sup>.

El *concepto de implantación* no puede ser confundido con el de *representatividad* en el sentido que éste último es valorado por el ET para atribuir legitimación para la negociación colectiva de eficacia general o para la representación institucional. De forma que si bien cuando un sindicato reúna los requisitos de representatividad necesarios en el ámbito de que se trate poseerá implantación suficiente, lo contrario no es exacto. La implantación cabe relacionarla asimismo con los *finés de la concreta organización sindical* según se recoja en sus estatutos y con el *nivel de afiliación*. La *implantación* constituye la medida para constatar la existencia de un vínculo o conexión entre la organización sindical y el conflicto<sup>38</sup>.

La constante revisión de la idea de vínculo o conexión entre la organización sindical y el objeto del proceso introduce nuevos elementos que perfilan los instrumentos conceptuales anteriormente expuestos. La legitimación del sindicato ha de localizarse en la *noción de interés profesional o económico*. Este interés viene identificado con la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio, y no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial<sup>39</sup>.

Asimismo, el interés debe ser *cualificado y específico*, esta condición se cumple cuando la ventaja o utilidad se hace extensible a los afiliados al sindicato y a otros trabajadores en caso de prosperar la acción entablada<sup>40</sup>. La *intervención anterior* del sindicato en la Mesa de negociación contribuye a sustentar la legitimación del sindicato<sup>41</sup>.

La *intensidad de la proyección general* o el *contenido de generalidad* contribuyen igualmente a la constatación de la legitimación de la organización sindical<sup>42</sup>. La mayor intensidad puede provocarla la alegación de discrimina-

---

<sup>37</sup> STC 210/1994 (RTC 1994/210) que enjuiciaba un supuesto en el que una organización sindical instó judicialmente el encuadramiento de un grupo de trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social que hasta el momento figuraban en el Régimen Especial Agrario.

<sup>38</sup> STC 37/1983 (RTC 1983/37) dictada en un supuesto sobre legitimación para plantear conflicto colectivo.

<sup>39</sup> STC 101/1996 (RTC 1996/101) dictada en un supuesto de impugnación, vía contencioso-administrativa, de un acuerdo sobre dotación de plazas de profesorado universitario.

<sup>40</sup> STC 7/2001 (RTC 2001/7).

<sup>41</sup> En el supuesto analizado por la citada STC 101/1996 (RTC 1996/101) el acuerdo impugnado se dictó por la Junta de Gobierno de la Universidad, trayendo causa de las actuaciones de una Mesa de Negociación en las que participaba el sindicato impugnante. El acuerdo de la Junta desconoce parcialmente las actuaciones de la Mesa de Negociación; motivando por ello la impugnación por el sindicato.

<sup>42</sup> STC 24/2001 (RTC 2001/24).

ción<sup>43</sup>. El *contenido de generalidad* se refuerza cuando la ventaja o utilidad repercute a la totalidad del personal y no a personas concretas<sup>44</sup>.

c) *Legitimación del sindicato en expedientes de selección de personal*

La aceptación de la legitimación de los sindicatos en la impugnación de determinadas actuaciones municipales relativas a su potestad de cubrir las vacantes producidas en su función pública de uno u otro modo, o de crear nuevas plazas en sus plantillas o relaciones de puestos de trabajo, se trata de cuestiones propias de la facultad de organización por la Administración de sus servicios, lo que no impide que el Tribunal Constitucional estime que, atendidas las funciones que constitucionalmente tienen los Sindicatos, tengan estos legitimación para impugnar ante los Tribunales esas actuaciones municipales, por darse una conexión o vinculación entre los intereses económicos o profesionales que corresponden a tales sindicatos y la concreta actuación administrativa impugnada, vinculación que se traduciría en una eventual ventaja o utilidad, directa o refleja, que el Sindicato obtendría de prosperar el recurso contencioso-administrativo, y lo que no cabe es excluir a priori, como hace el Ayuntamiento apelante, la posibilidad de verificar, en el caso concreto, ese interés o ventaja, o la exclusión de un determinado perjuicio o desventaja, por no ir referido el acto impugnado a materia retributiva o de acción y libertad sindical, pues se ve que en ellas lo impugnado son cuestiones tales como una concurso-oposición para cubrir doce plazas de bomberos de nueva creación, o si una determinada vacante en una plaza en un Ayuntamiento se cubre en comisión de servicios o por medio de concurso<sup>45</sup>.

d) *Costas*

En los supuestos en los que el sindicato interviene un proceso de tutela de derechos fundamentales en un caso de selección de personal se entiende que está actuando en defensa de los intereses generales de los trabajadores y goza

---

<sup>43</sup> La STC 24/2001 (RTC 2001/24) analizaba la legitimación de una organización sindical para impugnar, vía contencioso-administrativa, las bases de una convocatoria de concurso-oposición para la provisión de plazas de bomberos. El sindicato impugnante denunciaba la infracción del derecho a la igualdad por razón de sexo debido a que se establecían unas pruebas físicas únicas con independencia del sexo.

<sup>44</sup> STC 84/2001 (RTC 2001/84).

<sup>45</sup> SSTC 7/2001 (RTC 2001, 7) y 24/2001 (RTC 2001, 24).

del beneficio de justicia gratuita que ostentan los trabajadores como si fueran ellos mismos los que ejercitaran la acción<sup>46</sup>.

## 2.2 SECCIÓN SINDICAL

Analizando el artículo 28 de la CE (RCL 1978, 2836) se advierte que el contenido del derecho a la libertad sindical no se agota en su vertiente organizativa o asociativa ya que, en virtud de una interpretación sistemática con el artículo 7 de la CE, aquella garantía se extiende también a la vertiente funcional del derecho, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, de modo que en el artículo 28.1 CE (RCL 1978, 2836) se integra el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros, precisando el Alto Tribunal que en coherencia con dicho contenido constitucional, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical (RCL 1985/1980), reconoce en su artículo 2.1 d) que el derecho a la actividad sindical, regulando su ejercicio dentro de la empresa en sus artículo 8 a 11. Tal y como se desprende del artículo 13 LOLS (RCL 1985/1980), a los trabajadores y a los Sindicatos, quien actúa en su nombre posee legitimación *ad causam* para plantear demanda de tutela de tales derechos, y cuando se trata de un caso en el que el derecho que el sindicato hace valer en la pretensión deducida con la demanda es el correspondiente al ejercicio de la acción sindical en la empresa, comprendido en el artículo 10 LOLS (RCL 1985, 1980) y más genéricamente en el artículo 28 CE (RCL 1978, 2836)<sup>47</sup>. Para deslindar el problema procesal y la cuestión de fondo, es preciso reconocer que basta con un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, lo que es bastante para dar al proceso el curso correspondiente, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado<sup>48</sup>.

## 3. Legitimación pasiva

En los supuestos de procedimiento de tutela de derechos fundamentales por causa de selección de personal está legitimada pasivamente, además de la

---

<sup>46</sup> STS 4.ª de 24 de enero de 2011 (RJ 2011, 2436).

<sup>47</sup> STC 213/2002 (RTC 2002, 213).

<sup>48</sup> SSTC 12/82 (RTC 1982, 12) y 31/1984 (RTC 1984, 31).

empresa contratante, la empresa que ha procedido a efectuar el proceso selectivo<sup>49</sup>.

#### 4. Consecuencias

El artículo 10 LOI (RCL 2007, 586) regula las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias y establece que los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido.

En un supuesto de discriminación se discute el importe de la indemnización y los parámetros para establecerlo. La actora reclama ser indemnizada por *lucro cesante* en cuantía equivalente a los salarios dejados de percibir, pretensión que debió prosperar en la instancia, siendo errónea la imposición a la actora de la carga de probar hechos impositivos que solo incumben a la demandada. En concepto de indemnización por daños morales interesa la actora 6000 euros atendiendo a la situación de angustia e incertidumbre que en las actuales circunstancias de especial dificultad para acceder al empleo, máxime atendiendo a que la actora ha de atender a dos hijos, le ocasionó el hecho de ser rechazada por ser mujer. Aceptando los parámetros expuestos y a la función no simbólica, sino reparadora y disuasoria de la indemnización, no se estima desproporcionada la cantidad solicitada<sup>50</sup>.

Se ha planteado que el incumplimiento y extinción de una relación precontractual produzca efectos indemnizatorios más onerosos que los derivados para la parte obligada de la extinción por incumplimiento de la obligación contractual ya en vigencia pueda resultar desproporcionado. Siguiendo este criterio para el resarcimiento en el precontrato laboral de los perjuicios derivados de su incumplimiento, han de aplicarse criterios indemnizatorios extraídos de los imperantes en la normativa reguladora del contrato de trabajo para los incumplimientos en una relación ya establecida. Sin embargo dicho criterio no es acertado ya que el incumplimiento del precontrato, al ser determinante del cese en un empleo estable, para ponerse a disposición de la nueva empresa, puede producir efectos mucho más onerosos que el incumplimiento del contrato una vez iniciado, pues al no otorgarse el proyectado tras el cese voluntario

---

<sup>49</sup> STSJ Cantabria, Social, 483/2007 de 23 de mayo (AS 2007, 2556).

<sup>50</sup> STSJ Canarias, Social, Las Palmas, 1860/2008 de 22 de diciembre (AS 2009, 310).

en el anterior, queda el trabajador sin la protección del seguro de desempleo, con cese, además, en la situación de alta en la Seguridad Social, de consecuencias imprevisibles para el mismo y su familia. Así ha de reconocerse que los efectos del incumplimiento del contrato por parte de la empresa en el ET (RCL 2015/1654), no tienen en el incumplimiento del precontrato otro valor que el de un punto de referencia, meramente orientativo, para, en unión de otros factores, de mayor relieve, determinar los efectos del incumplimiento a tenor de los artículos 1101 y concordantes del CC (LEG 1889/27)<sup>51</sup>.

La tutela restitutoria o de reposición del derecho vulnerado, para reparar las consecuencias derivadas del acto de discriminación prohibida, descarta la vía de la indemnización subsidiaria a las perjudicadas, optándose por la restitución in natura. Cuando los hechos delatan una actitud cuyas consecuencias han de ser motivo de declaración judicial de la actividad discriminatoria, condena al cese en la misma e indemnización. Sin embargo, cuando la contratación directa de quien fue excluida en la entrevista personal puede afectar a los demás trabajadores seleccionados que no han sido convocados al proceso, se estima más adecuada la consideración de candidata en reserva, para su contratación preferente en las contrataciones previstas en los años siguientes<sup>52</sup>. La forma de cumplimiento o ejecución de las sentencias depende de las características de cada proceso<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> STS 4.ª de 15 de marzo de 1991 (RJ 1991/4167) que reconoce una relación de causalidad entre dicho incumplimiento y los daños y perjuicios originados al trabajador consistentes en su traslado, con su familia y enseres a Santa Cruz de Tenerife, permaneciendo en esta ciudad cierto tiempo sin percibir retribución; también hay perjuicios en cuanto el actor, para dar por su parte, cumplimiento a lo convenido, renuncia a un empleo estable con retribución de 371.429 pesetas (actualmente 2.232,33 euros) y queda, al no ser perfeccionado el ulterior contrato de trabajo, en situación de desempleado.

<sup>52</sup> STSJ Cantabria, Social, 483/2007 de 23 de mayo (AS 2007, 2556).

<sup>53</sup> STC 92/1988 de 23 de mayo (RTC 1988, 92).

# REDUCCIÓN DE JORNADA

SUSANA BRAVO SANTAMARÍA

Abogada. Profesora Asociada URJC

SUMARIO: I. *La reducción de jornada como parte del derecho de conciliación de la vida laboral y familiar. Referencia al ámbito nacional e internacional.*—II. *La reducción de jornada para el cuidado de los hijos.* 1. El concepto de guarda legal. 2. Los titulares del derecho: los trabajadores por cuenta ajena. 3. El interés del menor. 4. Los hijos como causantes del derecho. 4.1 El nacimiento con hospitalización. 4.2 El hijo menor de 12 años. 4.3 El hijo menor de 18 años.—III. *La reducción de jornada para el cuidado de familiares.*—IV. *La reducción de jornada de las víctimas de violencia de género.*—V. *La actuación del empresario: motivación razonada de la denegación de la solicitud.*—VI. La actuación del empleado durante la reducción.—VII. *El módulo temporal: la jornada de trabajo diaria y la concreción horaria. Especial consideración del turno de trabajo.*—VIII. *La reducción de jornada y de salario.*—Bibliografía.—Informes y otros documentos político-jurídicos.

## I. LA REDUCCIÓN DE JORNADA COMO PARTE DEL DERECHO DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR. REFERENCIA AL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

Desde la firma del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) (Tratado de Roma) en 1957, la Unión Europea (UE), ha adoptado más de trece directivas en el ámbito de la igualdad de género, que han venido a regular el derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el trabajo, las retribuciones laborales, la Seguridad Social y el acceso a bienes y servicios. También se ha promovido un régimen especial de protección a las

mujeres embarazadas y a la maternidad, estableciendo una normativa común para las mujeres que ejercen una actividad laboral autónoma y los cónyuges.

La conciliación de la vida personal y familiar, se refiere a los tiempos dedicados a la familia y al trabajo. La reducción de jornada es uno de los derechos emblemáticos de la conciliación familiar, y fundamentalmente su objetivo es el cuidado de los hijos o familiares impedidos o discapacitados. Es uno de los derechos que potencialmente incide en la corresponsabilidad de hombres y mujeres en el cuidado de la familia <sup>1</sup>.

En nuestra Norma Fundamental se establece en el artículo 39 la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia y a la infancia. Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y expresamente el derecho a la reducción de jornada previsto en el artículo 37.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET), forman parte del desarrollo de ese mandato constitucional cuya finalidad más importante es el interés del menor, para que éste reciba la mejor atención posible, aunque otros miembros de la familia también pueden estar necesitados de esa atención: hijos discapacitados, familiares directos hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, por razones de edad, accidente o enfermedad o que no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida alguna.

La protección a la familia también aparece en la Constitución de los países de nuestro entorno y por supuesto en los Tratados, Convenios, Actas y Declaraciones internacionales de protección de los derechos humanos <sup>2</sup>. La Carta Social Europea, por su parte, establece expresamente el derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica de la familia, para lograr su pleno desarrollo y una protección expresa a la madre y al niño, independientemente de la situación matrimonial de dicha madre <sup>3</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, el desarrollo legal de la conciliación de la vida personal y familiar se encuentra en el apartado 8 del artículo 34 ET: «El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colec-

---

<sup>1</sup> Informe de 13 de mayo de 2015, sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152 INI).

<sup>2</sup> Artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, principio VI de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

<sup>3</sup> Artículo 16 de la Carta Social Europea: (...) las Partes Contratantes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas.

tiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla. A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas».

Este apartado fue incluido por el legislador con la reforma que llevó a cabo la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Sin embargo, desde la inclusión del mismo, en un momento en el que la economía española se encontraba claramente bajo el impacto de la crisis financiera que se inició en el año 2008, pocos avances en materia de flexibilización de la jornada y conciliación de la vida familiar se han producido, avances que comienzan a vislumbrarse en la actualidad<sup>4</sup> concretamente con la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que modifica el Estatuto de los Trabajadores (ET), y el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), ampliando el permiso de paternidad<sup>5</sup>.

Volviendo al ámbito internacional podemos señalar «la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, que consideró como objetivo estratégico fomentar una organización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, y la declaración aprobada por los 189 Estados allí reunidos reafirmó este compromiso»<sup>6</sup>.

En el ámbito de la OIT, independientemente de los Convenios relativos a la igualdad, destaca el Convenio 156. Dicho Convenio internacional, ratificado por España en 1985 y relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares establece que «los Estados miembros deberán (...) incluir entre los objetivos de su política nacional, el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales». Asimismo, con el objeto de alcanzar la igualdad de oportunidades y de trato

---

<sup>4</sup> Un estudio de la conciliación en: SÁNCHEZ TRIGUEROS C., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, pp. 327 y ss. Autor: ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Informe y Estudios CCNCC 2016*.

<sup>5</sup> Se amplía a cinco semanas, pudiendo disfrutarse dos días más en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple por cada hijo a partir del segundo, a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

<sup>6</sup> Argumentado las opciones de respuesta a las necesidades de conciliación del trabajo y la familia planteados a nivel internacional y comunitario, esta cita se hace por la SJS núm. 3 de Pamplona (núm. 229/2016, de 8 de junio). AS 2016/1690.

entre trabajadores, el artículo 5 b) del citado Convenio señala la necesidad de adoptar las medidas necesarias a fin de «tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social».

Incluso la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), a través de sus Conclusiones de 2009, sobre la igualdad de género como eje del trabajo decente y de sus Conclusiones de 2011, relativas a la discusión (recurrente) sobre la protección social, ha instado a que se adopten «medidas que faciliten la conciliación de las responsabilidades laborales y familiares de las mujeres y los hombres, un acceso eficaz a servicios sociales integrales para las personas a cargo y la protección de la maternidad»<sup>7</sup>.

En 2010, apoyándose en el Marco para acelerar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), la Organización las Naciones Unidas señaló que las políticas en materia de licencias (permisos de trabajo) y las infraestructuras para el cuidado de niños y de personas a cargo eran fundamentales para acelerar los progresos en relación con el logro de reducción de la pobreza (ODM1); el de alcanzar la igualdad de género (ODM3), el de evitar la mortalidad infantil (ODM4); el de proteger la salud materna (ODM5) y el relativo a la prevención del VIH/SIDA y otras enfermedades (ODM6), todos ellos para el año 2015. Esto contradice la opinión de que la conciliación del trabajo y la vida familiar es una cuestión aplicable únicamente a los países de altos ingresos; ya que en realidad es también esencial para mejorar las estrategias de subsistencia y la protección social en países de rentas más bajas<sup>8</sup>.

De nuevo en el ámbito de la UE, es importante destacar el reconocimiento de la importancia de adoptar políticas para favorecer el equilibrio entre la vida personal, laboral y familiar de las personas trabajadoras, como presupuesto de la igualdad de género en el ámbito laboral. Así lo advirtieron los interlocutores sociales en el «Marco de acción en materia de Igualdad de Género», identificando diversos obstáculos a la conciliación, entre los que interesa ahora destacar: la prestación de jornadas de trabajo muy prolongadas, no flexibles e irregulares en la economía informal<sup>9</sup>.

La Comisión Europea (CE) por su parte, aprobó diversos instrumentos comunitarios sobre la igualdad de género entre ellos: la Carta de la mujer de la UE, para intensificar los esfuerzos a la hora de crear una perspectiva de género en todas sus políticas y hasta el año 2019, mediante la adopción de medidas

---

<sup>7</sup> Consejo de Administración 312.<sup>a</sup> reunión, Ginebra, noviembre de 2011. [http://www.ilo.org/wcms-sp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_163643.pdf](http://www.ilo.org/wcms-sp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_163643.pdf)

<sup>8</sup> Ídem nota pie anterior. Punto 3. Introducción.

<sup>9</sup> Diálogo social europeo, negociación colectiva, y medidas gender-fair. Experiencias comparadas y análisis de resultados. GARRIGUES GIMÉNEZ, A., Ed. Reus, 2014.

específicas, sin olvidar que la Estrategia 2020 estableció el objetivo del: «75% de las mujeres y los hombres trabajando»<sup>10</sup>.

Más específica es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, relativa a: «Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores»<sup>11</sup>. Este documento se gesta después de la retirada en 2015 de la propuesta de la Comisión de revisar la Directiva 92/85 CE sobre la protección de la maternidad, momento en que se comprometió a presentar una nueva iniciativa, con el objetivo de mejorar la vida de los progenitores y los cuidadores que trabajan, y mucho más amplia. En dicha Iniciativa se establecía un derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible para los padres de niños de hasta 12 años de edad y trabajadores con responsabilidades familiares. Estos objetivos en la actualidad forman parte de la propuesta de Directiva, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores<sup>12, 13</sup>, con el objetivo de mejorar el acceso a medidas para conciliar la vida familiar y la vida profesional, tales como los permisos o las fórmulas de trabajo flexible, y aumentar la frecuencia con la que los hombres se acogen a permisos relacionados con la familia.

Es necesario traer a colación la última resolución dictada por la Comisión Europea en materia de igualdad: la Recomendación 2018/951, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad. El objetivo de la misma es contribuir a colmar la brecha normativa entre los organismos para la igualdad en toda Europa. En algunos Estados miembros, los organismos para la igualdad, han visto ampliado su mandato a los ámbitos más diversos, sin que ello conllevara un aumento adecuado de los recursos. Algunos organismos para la igualdad incluso han sufrido importantes reducciones en sus presupuestos, fruto de la crisis económica que ha atravesado toda Europa, lo cual puede provocar un debilitamiento de su capacidad para llevar a cabo sus tareas. La necesidad de crear normas relativas a los organismos para la

---

<sup>10</sup> Comunicación de la Comisión de 5 de marzo de 2010 titulada: «Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres. Una Carta de la Mujer: Declaración de la Comisión Europea con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15.º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30.º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer» COM(2010) 78 final no publicada en el Diario Oficial]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aem0033>

<sup>11</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0252&rid=10>

<sup>12</sup> Ídem nota anterior.

<sup>13</sup> Y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

igualdad se volvió a subrayar en el informe conjunto de 2014, sobre la aplicación de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, el informe de 2015 sobre la aplicación de la Directiva 2004/113/CE, así como en el informe de evaluación de la Recomendación sobre transparencia salarial de 2014 y el Plan de Acción de la UE 2017-2019: «Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres». Además, el Parlamento Europeo hizo un llamamiento a la creación de normas relativas a los organismos para la igualdad en su Resolución de 2015. Las Naciones Unidas, la Red Europea de Organismos para la Igualdad y el Consejo de Europa ya han adoptado normas relativas a los mismos y las instituciones de defensa de los derechos humanos.

En España dicho organismo es el Instituto de la Mujer, a efectos de lo dispuesto en el artículo 8 bis de la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, modificada por la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. También los recoge el artículo 12 de la Directiva 2004/113, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro<sup>14</sup>.

Por supuesto desde el punto de vista jurisprudencial, cuando hablamos de los derechos de conciliación es imprescindible mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero<sup>15</sup>, que los define como todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las mujeres trabajadoras, como desde la perspectiva de la protección a la familia y a la infancia, por lo que «el principio “pro conciliación” debe prevalecer y orientar cualquier duda interpretativa».

También existen medidas relativas a la conciliación de la vida personal y familiar en los convenios colectivos, donde podemos encontrar desde cláusulas de determinación genérica, a regulaciones más específicas, incluida la reducción de jornada para cuidado de hijos o familiares, y convenios tanto de ámbito sectorial estatal como de ámbitos inferiores<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Disposición adicional vigésima octava LOI. El Instituto de la mujer tiene un servicio de asesoramiento on-line que incluye la resolución de consultas sobre conciliación de la vida personal y familiar [http://www.inmujer.gob.es/servRecursos/servInformacion/docs\\_home/FAQs\\_Discriminacion\\_por\\_sexo.pdf](http://www.inmujer.gob.es/servRecursos/servInformacion/docs_home/FAQs_Discriminacion_por_sexo.pdf)

<sup>15</sup> STC núm. 3/2007, de 15 de enero. RTC 2007/3.

<sup>16</sup> Algunos ejemplos se pueden ver en: El principio de igualdad en la negociación colectiva. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. Publicación CCNCC, y últimamente: Convenio colectivo del sector de grandes almacenes. Resolución de 21 de septiembre 2017. RCL 2017/1177; II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías. Resolución de 26 de julio 2017. RCL 2017/1026,

## II. LA REDUCCIÓN DE JORNADA PARA EL CUIDADO DE LOS HIJOS

La reducción de jornada para el cuidado de los hijos, es el derecho de hombres y mujeres a disminuir su jornada de trabajo, con el objetivo de conciliar su vida familiar y laboral y cuidar a los hijos durante sus primeros años de vida.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujo dos modificaciones fundamentales en este derecho que no se contenían en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras:

En primer lugar se amplió la duración del tiempo durante el cual los trabajadores podían cuidar de sus hijos, viendo reducida su jornada de trabajo<sup>17</sup>.

En segundo lugar, se modificó el periodo mínimo de reducción pasando de ser un tercio a un octavo de la jornada habitual, con lo que se pretendían favorecer reducciones de jornada menores, con reducciones de salario también menores, para que los trabajadores tuvieran una mayor posibilidad de elegir, y una mayor opción de organizar mejor su situación familiar, en función de sus propias necesidades.

Tras las últimas reformas, el régimen jurídico de la reducción de jornada para la conciliación de la vida personal y familiar, se regula en el artículo 37 apartados 6, 7 y 8 del ET, con el objetivo de cuidar a los menores de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida o el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

De la misma manera, el progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, para el cuidado del hijo menor, durante la hospitalización y tratamiento continuado, si es por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un

---

VI Convenio colectivo de cadenas de tiendas de conveniencia. Resolución de 22 de junio 2017. RCL 2017/884; Convenio colectivo del sector de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos. Resolución de 30 de diciembre 2016. RCL 2017/50 Cooperativas de Crédito. Registra y publica el XXI Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito. Resolución de 20 de diciembre 2016. RCL 2017/31 XXVI Convenio colectivo de Repsol Butano, S.A. Resolución de 5 de diciembre 2016. LEG 2016/9615 V Convenio colectivo general de Ferralla (2015-2017). Resolución de 14 de noviembre 2016. RCL 2016/1306. II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías –Resolución de 26 de julio 2017 RCL 2017/1026; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas– Resolución de 20 de febrero 2017, RCL 2017/283.

<sup>17</sup> Inicialmente la regulación de la reducción de jornada podía tener lugar hasta que los hijos cumplieran 6 años, después paso a 8 años, edad que fue modificada en virtud del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, pasando a ser 12 años.

ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, hasta que el menor cumpla los 18 años.

Dicha regulación concede un papel importante a los convenios colectivos, debiendo tenerse en cuenta que el empresario podrá limitar el ejercicio simultáneo del derecho, por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, aunque en todo caso, el régimen jurídico establece que, la concreción horaria y los periodos de disfrute corresponden al trabajador, y no se trata de una decisión que necesite mutuo acuerdo con la empresa<sup>18</sup>.

También se incluye en dicho régimen jurídico de forma especial a los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo con la finalidad de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, pudiendo reducir su jornada de trabajo, reordenarla, aplicar un horario flexible o cualquier otra ordenación del tiempo de trabajo que se utilice en la empresa.

El derecho a la reducción de jornada previsto en la normativa laboral común, forma parte del desarrollo del mandato constitucional que establece la protección a la familia y a la infancia, pero el objeto propio de la jornada reducida en el caso de guarda legal, no es solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida familiar y profesional para cumplir de forma adecuada los deberes que la patria potestad exige, sino también el interés del menor a recibir la mejor atención posible.

Sin embargo, no es un derecho absoluto, sino que está condicionado relativamente, a la esfera de organización del empresario, y en ocasiones incluso, puede chocar contra el derecho de otros trabajadores que también quieran y necesiten reducir su jornada para conciliar su vida laboral, personal o familiar, o incluso la propia pareja, o ex pareja, pues la misma puede desarrollar su relación de trabajo en el mismo centro y debe ponderarse adecuadamente el derecho individual de cada uno a reducir su jornada, con el derecho del empresario a no ver interferida la organización del trabajo.

De ahí que sean numerosos los problemas o condicionantes existentes para el ejercicio del derecho de manera pacífica, sin que tampoco sea fácil consensuar una solución jurisprudencial única, puesto que el procedimiento para poder reclamar en caso de no estar de acuerdo con la decisión empresarial que resuelva la solicitud de reducción de jornada, no permite recurrir hasta llegar al Tribunal Supremo en casación para unificación de doctrina<sup>19</sup>, a no ser

---

<sup>18</sup> SJS número 1 de Guadalajara de 16 de marzo de 2018. Núm. 110/2018, de 16 marzo. JUR 2018/169023.

<sup>19</sup> Artículo 139 LRJS.

que exista vulneración de un derecho fundamental, como puede ser el derecho de igualdad, en cuyo caso cabría llegar a la más alta instancia judicial.

Numerosas cuestiones han venido siendo analizadas por nuestra jurisprudencia ordinaria y constitucional, en relación con los elementos que conforman tanto el derecho como el ejercicio del mismo, que pasamos a estudiar a continuación.

## 1. El concepto de guarda legal

El concepto de guarda se define por la doctrina como una de las funciones implícitas de la patria potestad. Nuestro Código Civil (CCi) regula separadamente la Institución de la patria potestad y la de los distintos modelos de guarda y custodia de los hijos menores. La patria potestad se regula, en el Título VII: «De las relaciones paterno-filiales», y los modelos de custodia se regulan en los artículos 90 y siguientes, como uno de los efectos de la nulidad, separación o divorcio.

La guarda legal o la custodia de los hijos es una Institución eminentemente civil, no existe un concepto laboral, existiendo diferentes tipos de guarda: guarda legal, guarda de hecho, guarda administrativa y guarda judicial, pero en todos estos tipos, el interés de la norma es la protección del menor.

Cuando la pareja está casada o es pareja de hecho, no parece haber problemas en relación con que ellos ostentan la guarda del menor. Pero cuando la pareja se rompe, la guarda legal pasa a ser un derecho independiente de la patria potestad. Es entonces cuando puede haber distintas situaciones relativas al cuidado de los hijos y a cómo se establece la guarda de los mismos. El concepto de guarda legal está disperso en varios artículos del CCi: el artículo 90 a), artículo 92.5 y el artículo 103, y aunque habitualmente se utiliza la expresión en Derecho civil: guarda y custodia, realmente no aparece así en ningún solo precepto. De ahí que el legislador laboral haya preferido no utilizar la misma expresión.

Varias diferencias existen en cuanto al cuidado de los hijos, en Derecho civil y en Derecho del trabajo, basta con apuntar, por ejemplo, que el CCi da preferencia a la custodia exclusiva de un solo progenitor, en detrimento de la custodia compartida para la que es necesaria, o la conformidad de los anteriores, o acudir al principio de favorecer el interés del menor. En cambio, en Derecho del trabajo, la conciliación de la vida personal y familiar con la laboral, es el «leitmotiv» del cuidado de los hijos y de la reducción de jornada, por lo que independientemente de quién tenga la custodia de los descendientes, puede ser otorgada dicha reducción del tiempo de trabajo, a ambos progenitores.

## 2. Los titulares del derecho: los trabajadores por cuenta ajena

Los titulares del derecho son los trabajadores por cuenta ajena (art. 1 ET), puesto que la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) entre los derechos de los mismos no contempla el derecho de reducción de jornada<sup>20</sup>, aunque la reforma del año 2017, incluyó medidas para la conciliación de la vida personal y familiar de los trabajadores autónomos, algunas ya determinadas con anterioridad por las CCAA<sup>21</sup>. Dicho derecho lo es, tanto de hombres como de mujeres, personas que tengan la cualidad de ser padres, o progenitores, adoptantes, o miembros de una familia con la intención de acoger a menores<sup>22</sup>.

A pesar de que en materia de maternidad el apartado 4 del artículo 37 ET, parece estar pensado más en la procreación maternal de carácter natural, por la referencia al «parto», y al «parto múltiple», para el caso de la reducción de jornada, la referencia al origen de la filiación, es distinta, pues se utilizan los términos: progenitor, adoptante o acogedor, lo que parece tener más en cuenta que el criterio básico de la filiación, el criterio biológico, está siendo sustituido por un criterio volitivo, debido a la reproducción asistida y otras formas de reproducción, y sobre todo al cambio en las nuevas formas de familia. No obstante, sí continua la distinción civil entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, relevante en la actualidad por la proliferación de parejas de hecho, cuya guarda de los hijos, necesitará de autorización judicial<sup>23</sup>.

Desde luego el derecho del trabajador a la reducción de la jornada, va unido a la facultad del mismo de elegir el horario en el que se desarrollarán sus servicios y en el que podrá cuidar mejor al menor, sin que expresamente se haya establecido por el legislador ningún límite en el ejercicio de esta facultad, si bien la posibilidad de que se oponga el empresario a la solicitud del trabajador sí se ha previsto, debiendo ejercitarse en todo caso el derecho del trabaja-

---

<sup>20</sup> Difícil sería incluirlo, puesto que el autónomo es quien se organiza su propio trabajo (art. 1 LETA).

<sup>21</sup> El LETA incluye en el artículo 4.3 g) el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple. La Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, recoge en el artículo 5 bonificaciones de la cuota de autónomos para favorecer la conciliación, sin que se hable de reducción de jornada, aunque los supuestos sean los de la reducción de jornada del ET.

<sup>22</sup> La reducción de jornada como medida de conciliación de la vida laboral y familiar también se recoge para el personal laboral, artículo 37 ET, y para el personal funcionario, artículo 48 f) EBEP, y la LMRFP y la correspondiente normativa autonómica.

<sup>23</sup> En caso de ruptura del matrimonio, por ejemplo, no cabe divorciarse ante Notario si hay hijos menores, ni en caso de disputa de la guarda y custodia del menor, solo actas de presencia en caso de conflicto y siempre después de una sentencia en la que se atribuya la custodia. Todo ello por primar el interés del menor. STS 4072/2014, de 20 de octubre.

dor solicitante, conforme a las exigencias de la buena fe que rigen las relaciones jurídico contractuales, ya que si su ejercicio fuese abusivo o contrario a tales exigencias, o supusiera un grave perjuicio para la subsistencia de la empresa o afectasen gravemente a la producción, o incluso existiera o existiese, la posibilidad de satisfacer dicho derecho en otro horario compatible con el proceso productivo de la empresa, tal facultad desaparecería.

Sobre todo porque la persona que tiene a su cargo la guarda legal del menor o incapacitado, es a la que el ordenamiento otorga el derecho a solicitar la reducción de la jornada, y es la capacitada para determinar cuál es el momento más adecuado para cumplir las obligaciones derivadas de aquella guarda, y que le llevan a tener que prescindir, incluso, de parte de su salario en función de necesidades variables en cada caso y que por pertenecer a la intimidad de la persona y de la familia y en relación con circunstancias personales ligadas a las del guardado, excluye la posibilidad de que sea el empresario quién elija o pueda elegir<sup>24</sup>.

### 3. El interés del menor

El principio del interés del menor, o interés superior del menor, es un concepto jurídico indeterminado o genérico, que se encuentra en numerosos textos internacionales<sup>25</sup>, en el artículo 39 CE, y leyes orgánicas de desarrollo<sup>26</sup>, así como en el CCI, y diversas leyes autonómicas. Es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando su efectiva protección, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> SJS núm. 3 de Pamplona, núm. 229/2016, de 8 de junio. AS 2016/1690.

<sup>25</sup> Convención sobre los derechos del niño, Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1979, Carta de los Derechos del Niño, del Parlamento Europeo. Observación General n. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño, a qué su interés superior sea una consideración primordial (SP/DOCT/17979), etc., entre otros muchos instrumentos internacionales específicos y bilaterales.

<sup>26</sup> Entre otras, Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, aunque esta norma no contiene ninguna disposición relativa a la conciliación de la vida personal y familiar y la protección del interés del menor en el ámbito laboral, no obstante, la modificación operada en el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por dicha norma, habla de la suspensión de la guarda, lo que también tiene su efecto correspondiente en el ámbito laboral: «el juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él».

<sup>27</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término». Universidad de Barcelona. *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, n. 2, pp. 89-108. 2012.

En relación con la reducción de jornada por guarda legal, expresamente no se recoge la referencia al interés superior del menor en la norma laboral, pero es claro que tiene prevalencia sobre cuestiones organizativas en el ámbito empresarial. «El objeto propio de la jornada reducida en el caso de la reducción de jornada por guarda legal (...) no es solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida familiar y profesional para cumplir de forma adecuada los deberes que la patria potestad exige, sino también el interés del menor a recibir la mejor atención posible»<sup>28</sup>. Nuestra jurisprudencia tiene en cuenta el «favor filii»<sup>29</sup>, en el ámbito laboral, y cada vez se hace más visible (sobre todo en materia de prestaciones por maternidad), aunque en ocasiones se hace referencia al mismo en materia de reducción de jornada por guarda legal: «cuando es necesario acreditar que en interés del menor se debe conceder la reducción de jornada con la distribución horaria adecuada y no trabajar los sábados y los domingos, si el padre no pueda hacerse cargo del hijo»<sup>30</sup>, o cuando se concede la concreción horaria o el turno fijo de mañana a la demandante, para reducir la larga estancia (del menor) en un Centro de Educación Infantil, en el que se encuentra matriculado en horario de 08:00 a 19:00 horas<sup>31</sup>.

## 4. Los hijos como causantes del derecho

### 4.1 EL NACIMIENTO CON HOSPITALIZACIÓN

Para el cuidado de los hijos existen distintos tipos de reducción de jornada. En el caso de que nazca un hijo prematuro, o nada más nacer deba continuar hospitalizado, el artículo 37 ET establece que: el padre o la madre, podrán ausentarse del trabajo durante una hora. Esta ausencia no conlleva reducción del salario, aunque en el caso de que no sea ausencia, sino reducción de jornada en dos horas, sí conllevará la correspondiente reducción del salario, corres-

---

<sup>28</sup> AZAGRA SOLANO, M., «El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor». *Revista Aranzadi doctrinal* núm. 1/2010. BIB 2010/269. Año 2010.

<sup>29</sup> La STS 47/15, de 13 de febrero, con ocasión de resolver acerca de la guardia y custodia de un menor, en el ámbito civil, ha dicho que el interés prevalente del menor «es la suma de distintos factores», y que dicho interés, perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso» (...) «el interés en abstracto no basta».

<sup>30</sup> STSJ de Madrid núm. 70/2009, de 27 de enero. AS 2009/1122.

<sup>31</sup> SJS núm. 2 de Valladolid. núm. 108/2018, de 28 marzo. JUR 2018/154937.

pondiendo al trabajador la concreción del horario y la determinación del periodo de disfrute dentro de su jornada ordinaria<sup>32</sup>.

#### 4.2 EL HIJO MENOR DE 12 AÑOS

La razón por la que se reconoce el derecho de reducción de jornada para el cuidado de los hijos hasta los 12 años, responde a la necesidad de llevar a cabo las obligaciones derivadas del deber constitucional de las familias<sup>33</sup> de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad (art. 39.3 CE) y de contribuir a la efectiva realización del principio rector de la política social que establece que los poderes públicos aseguran la protección social de la familia (art. 39.1 CE).

En el caso de la reducción de jornada por cuidado de un menor, no se hace distinción entre filiación biológica y jurídica. La distinción se hace en atención a la edad del menor, quedando fuera el tiempo de lactancia, y el nacimiento con hospitalización, de tal manera que hay dos edades a tener en cuenta; el menor de 12 años, y el menor de 18 años que, además, tenga una enfermedad grave.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, introdujo una serie de modificaciones en materia de reducción de jornada en el artículo 37.5 (ahora 37.6 ET), disposición adicional decimoctava del ET; el artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (MRFP); el artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del EBEP; y el artículo 61.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal estatutario de los servicios de salud, así como los artículos 18.3 y 4 y 211.5 del TRLSS<sup>34</sup>, ampliando entre otras cuestiones, el derecho de reducción de jornada para los trabajadores con hijos menores de 6 años, hasta los 8 años de edad.

Tras la reforma del ET por el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, se aumenta de 8 a 12 años, la edad por la cual se puede pedir la reducción de jornada por guarda legal<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> La Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 añadió un nuevo párrafo tercero al apartado 5 del artículo 37, este que ahora se comenta.

<sup>33</sup> Ya no cabe hablar solamente de padre y madre, pues las nuevas formas de organizar las familias pueden dar lugar a diversas opciones: padre y madre, padres, madres, familias monoparentales, etc.

<sup>34</sup> Aunque no es objeto de este trabajo los empleados públicos.

<sup>35</sup> El EBEP estableció la reducción de jornada para los funcionarios, con hijos menores de hasta los 12 años, en el año 2007.

En materia de Seguridad Social y con posterioridad, la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, vino a reformar el artículo 237 del TRLGSS, con el objeto de que se computasen las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado del menor de 12 años, incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción.

Pero el derecho de reducción de jornada como parte de la conciliación de la vida laboral y familiar, y la necesidad del cuidado del menor como objetivo de dicha reducción no es un derecho absoluto, sino que debe compatibilizarse con el derecho de libertad de empresa, de tal manera que hay que ir a un reparto equilibrado entre las circunstancias familiares y personales del trabajador y las dificultades organizativas del centro de trabajo o de la empresa, en la que se prestan servicios<sup>36</sup>.

El derecho que le otorga al trabajador el ET, a solicitar la reducción de jornada, le capacita para determinar cuál es el momento adecuado para poder hacer viable dicho derecho<sup>37</sup>, y las circunstancias personales del demandante es necesario ponderarlas para lograr un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares y las dificultades organizativas que pueden existir en el centro de trabajo para posibilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar, tanto desde la perspectiva del derecho del trabajador a dicha compatibilidad, como desde el mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia, *ex* artículos 14 y 39 CE.

#### 4.3 EL HIJO MENOR DE 18 AÑOS

La regulación de la reducción de jornada por cuidado de hijos menores, tiene una especial consideración para los menores que pudieran estar gravemente enfermos (art. 37.6, 3.º párrafo ET).

Es el caso de la reducción de jornada para el cuidado de los menores de 18 años con alguna enfermedad grave, o que implique un ingreso hospitalario o requiera un cuidado cualificado del menor. En estas situaciones, los titulares posibles del derecho son más amplios, ya que además de los progenitores, adoptantes y acogedores de carácter familiar preadoptivo o permanente,

---

<sup>36</sup> STC 26/2011, de 14 de marzo. RTC 2011/26.

<sup>37</sup> Sentencia, Juzgado de lo Social n. 2, Cartagena, de 11 de noviembre de 2016. JUR 2017/15515.

también están incluidos los tutores, personas físicas que, según la legislación civil, no pueden adoptar al menor.

Por enfermedad grave hay que entender, tal y como contiene el apartado ya mencionado: cáncer, tumores malignos, melanomas y carcinomas, o cualquier otra, siempre y cuando implique: o un ingreso hospitalario de larga duración o la necesidad de un cuidado directo, continuo y permanente.

Pero este cuidado debe ser acreditado en todo caso por el Informe del Servicio Público de Salud o el organismo administrativo sanitario de que se trate de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Para esta reducción de jornada, el titular del derecho tiene la posibilidad de solicitar, una prestación económica de la Seguridad Social. El subsidio en este caso, tiene por objeto compensar la pérdida de los ingresos durante el tiempo de la hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad del menor, y está incluida dentro de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social y regulada por el artículo 135 quarter LGSS, que fue modificado por el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la mencionada prestación. Esta norma<sup>38</sup>, establece un anexo con un listado de enfermedades a efectos de reconocimiento de la prestación, agrupadas en 16 grupos: Oncología, hematología, errores innatos del metabolismo, alergia e inmunología, psiquiatría, neurología, cardiología, aparato respiratorio, aparato digestivo, nefrología, reumatología, cirugía, cuidados paliativos, neonatología, enfermedades infecciosas y endocrinología.

Aunque por analogía nuestra jurisprudencia ha tenido en cuenta otras enfermedades equiparables, como por ejemplo el Síndrome de Phelan-Mcdermid; por requerir cuidados constantes<sup>39</sup>; aunque no si la enfermedad no requiere tratamiento ni cuidado directo, continuo y permanente, aunque se trate de hiperinsulinismo congénito<sup>40</sup>. En el caso de la diabetes mellitus tipo I, dependerá de los cuidados que requiera el menor<sup>41</sup>. En todo caso cuestiones como la escolarización con asistencia regular al colegio del menor, determinan

---

<sup>38</sup> Que no se aplica a los funcionarios públicos que se regirán por lo establecido en el artículo 49.e) 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.

<sup>39</sup> STSJ de Madrid núm. 259/2016, de 25 de abril. AS 2016/880.

<sup>40</sup> STSJ de Cataluña núm. 6875/2016, de 22 de noviembre. AS 2017/20.

<sup>41</sup> A favor, si la duración del tratamiento es indefinida STSJ del País Vasco núm. 476/2017, de 23 de octubre. JUR 2018/33266. En contra sino presenta un cuidado directo y hospitalización: STSJ de Madrid núm. 420/2015, de 14 de mayo. AS 2015/980.

que no se cumpla el requisito de la necesidad de un cuidado directo, continuo y permanente<sup>42</sup>.

### III. LA REDUCCIÓN DE JORNADA PARA EL CUIDADO DE FAMILIARES

La reducción de jornada para el cuidado de un familiar directo, podrá solicitarse siempre que sea un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. En este caso podrían estar: los padres, el cónyuge, los abuelos, los nietos, los hermanos, los cuñados, los suegros, el yerno y la nuera del trabajador. En este supuesto no existe ningún límite temporal en cuanto a la duración máxima del permiso de reducción de jornada, más allá de, o bien la recuperación del familiar, o bien la desaparición de la causa que configura esta opción de conciliación de la vida familiar.

La situación más frecuente es que el familiar o bien sea pensionista, o bien no pueda trabajar, como consecuencia de estar incapacitado para ello. Fuera de los supuestos en los que sea necesario la correspondiente resolución administrativa o judicial para acreditar la situación del familiar, puede existir la intervención de los servicios sociales que acrediten la necesidad de auxilio familiar.

### IV. LA REDUCCIÓN DE JORNADA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, introdujo determinados derechos para las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género con un objetivo: «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad».

---

<sup>42</sup> STSJ de Andalucía (Sevilla) núm. 1624/2016, de 8 de junio. AS 2016/1305.

Entre esas medidas se encuentra el derecho a la reducción de jornada o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa (art. 37.8 ET), derechos que podrán ejercitarse con arreglo a lo determinado por la negociación colectiva, incluidos los acuerdos de empresa, y en su caso, la negociación individual con la trabajadora. La concreción del derecho corresponde a la trabajadora<sup>43</sup>, no existe límite en relación con los mínimos o máximos que se puedan establecer, lo que constituye una discriminación positiva a favor de la misma, considerarlo de otro modo, no propiciaría una protección para las mujeres que han sido víctimas de violencia de género, de tal manera que puede apartarse del régimen o distribución de jornada precedente, no solo por la vía de reducción de jornada y correlativo salario, sino también a través de cualquier tipo de adaptación de la jornada, primándose en todo caso, los criterios y necesidades del trabajador sobre las razones organizativas empresariales<sup>44</sup>.

## V. LA ACTUACIÓN DEL EMPRESARIO: MOTIVACIÓN RAZONADA DE LA DENEGACIÓN DE LA SOLICITUD

La reducción de jornada por cuidado de menores es un derecho individual del trabajador que, aunque pueda perjudicar la capacidad organizativa del empresario en alguna medida, no es posible rechazar sin motivo o causa alguna, de tal manera que no es válida una mera respuesta, sin motivación y sin el razonamiento adecuado, o una respuesta evasiva, incoherente, o que sitúe al trabajador en indefensión.

Nuestra jurisprudencia ha venido analizando determinadas situaciones que pueden o no ser válidas, como respuesta del empresario, debiendo en todo caso ponderar un reparto equilibrado entre las circunstancias familiares y personales del trabajador y las dificultades organizativas del centro de trabajo:

Así por ejemplo, no es válido contestar, que la petición de la trabajadora provocaría un grave problema de organización, sin concretar el empresario nada más<sup>45</sup>, pudiendo incluso dicha respuesta producir la vulneración del de-

---

<sup>43</sup> Aunque todavía es escaso el número de convenios colectivos con una regulación específica en materia de violencia de género. D. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, pp. 432 y ss. Autor: KAHALE CARRILLO, D. T., Informe y Estudios CCNCC 2016.

<sup>44</sup> TSJ Andalucía, Granada núm. 906/2017, de 5 de abril. AS 2017/1201.

<sup>45</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2.ª) núm. 789/2017, de 19 de julio. AS 2017/1876.

recho de igualdad de trato (...) si es radical la negativa a la solicitud, y si no se oferta ninguna alternativa a su fundada petición, sin que tampoco figure como probada una total oposición de las restantes compañeras para modificar sus turnos o que todas ellas estén en similares circunstancias familiares que impidan atender la petición<sup>46</sup>.

Tampoco puede la denegación de la reducción de jornada «carecer de una motivación seria, o no contestarse, ni haber hecho un análisis detallado de la imposibilidad de acceder a lo solicitado, sobre todo si existían compañeros que tenían concedida la solicitud»<sup>47</sup>, o alegar que se causan perjuicios y trastornos pero no se acredita que sean de difícil o imposible solución<sup>48</sup>.

Además, la falta de motivación, puede dar lugar a la vulneración de derechos fundamentales sobre todo, el de conciliación de la vida personal y familiar implícito en el derecho a la igualdad de trato, por lo que dicha vulneración dará lugar a la nulidad del acto y la consiguiente determinación de daños y perjuicios, incluido el daño moral. A este respecto «nunca los efectos restitutivos anudados a la declaración de nulidad de la decisión podrán devolver al trabajador, el tiempo que no pudo dedicar a la atención de su hijo. Es una cuestión de afectos, cercanía y dedicación inconmensurables. Junto a ello, la angustia ante la situación de incertidumbre que origina la decisión empresarial que obliga a un replanteamiento de la vida familiar y laboral, el desasosiego por litigar contra la empresa, y de ver desconocidos los que son sus derechos fundamentales. Todas estas circunstancias evidenciadoras de un daño real (...) *dan lugar a una indemnización* por violación de derechos fundamentales»<sup>49</sup>.

## VI. LA ACTUACIÓN DEL EMPLEADO DURANTE LA REDUCCIÓN

Una vez solicitada y concedida la reducción de jornada, el trabajador tiene libertad para organizar el tiempo de la reducción, sin que tenga obligación de dedicarlo íntegramente al cuidado del menor o a la persona en cuyo interés se concedió. Sin embargo, esa libertad de organización tiene un límite: la propia finalidad que persigue la misma, de tal manera que si fraudulentamente se pretende dedicar ese tiempo a otras necesidades o incluso trabajos, el

---

<sup>46</sup> STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1.ª) núm. 906/2017, de 5 de abril. AS 2017/1201.

<sup>47</sup> STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1.ª) núm. 118/2016, de 15 de febrero JUR/2016/150813.

<sup>48</sup> SJS núm. 1 de Guadalajara, núm. 110/2018, de 16 de marzo. JUR 2018/169023.

<sup>49</sup> STSJ de Islas Canarias, Las Palmas núm. 118/2016, de 15 de febrero JUR/2016/150813. Reitera sentencia de 30 de septiembre de 2015.

derecho puede ser denegado o dejado sin efecto, o ser la causa de un despido procedente, debiendo utilizar el cauce procesal adecuado sino existe la concesión del mismo, o no existe en toda su extensión, puesto que lo que no es posible es hacer un horario cualquiera solo con la concesión de la reducción<sup>50</sup>.

Sin embargo, en ocasiones se pondera la concesión del derecho no solo teniendo en cuenta las circunstancias de la propia actividad desarrollada, sino también las propias del trabajador, de tal manera que el estar pluriempleado, o «abierto a trabajar en otras empresas» (...) contradice el derecho que se invoca<sup>51</sup>.

## VII. EL MÓDULO TEMPORAL: LA JORNADA DE TRABAJO DIARIA Y LA CONCRECIÓN HORARIA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL TURNO DE TRABAJO

La reforma efectuada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, determinó que el módulo de referencia de la reducción de jornada para el cuidado de familiares, sería la jornada de trabajo diaria, y no un período superior, como la semana o el mes. Esta determinación se estableció para los supuestos de guarda legal y cuidado de familiares, pero no en el caso de la hospitalización de menores afectados por enfermedades graves, ni en el caso de las víctimas de violencia de género.

La prestación de servicios del trabajador se llevaría a cabo entonces, en determinadas horas del día, pero no en determinados días de la semana, del mes o incluso del año sin posibilidad de elegir algún día de descanso para cuidar del hijo o familiar. Esta rigidez de la norma desde luego, pretendía favorecer los intereses de la parte empresarial, pues la organización del trabajo sufriría menos sí el trabajador solo puede ver reducida su jornada diaria, que si el modulo temporal es mayor.

Sin embargo, la Audiencia Nacional primero y el Tribunal Supremo después, han venido a interpretar los postulados de la norma desde una perspectiva constitucional más acorde con los derechos que se tratan de proteger. Partiendo de los postulados interpretativos del TC, el derecho contemplado en el artículo 37.6 ET, es una «medida paliativa de la discriminación indirecta por razón de sexo, que tiene en cuenta la integración de los ámbitos de producción y reproducción con un ajuste a la razonabilidad y practicidad de la previsión,

<sup>50</sup> STSJ de Galicia, de 9 de octubre de 2017. AS 2017/1925.

<sup>51</sup> SJS núm. 2 de Cartagena, de 11 de noviembre de 2016. JUR 2017/15515.

evitándose soluciones ajenas a la finalidad de la norma, o interpretaciones en las que, a la postre, se obtenga un resultado contrario a la eficacia de la reducción de la jornada y a la conciliación de los derechos tanto de maternidad, como de familia, como al trabajo»<sup>52</sup>, por lo que si la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute corresponde al trabajador dentro de su jornada ordinaria, no parece que no pueda ser determinada de forma distinta a la concreción de la jornada ordinaria diaria, para salvaguardar los intereses del trabajador y sobre todo el interés del menor.

De ahí que, en materia de conciliación de la vida familiar y laboral, la reducción de jornada que tiene su anclaje en dicha regulación, esté vinculada al derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de circunstancias personales, e imbuida del mandato constitucional también de protección a la familia y a la infancia, por lo que desde esta orientación se debe resolver cualquier duda interpretativa, para cualquier caso concreto. Sobre todo a partir de la LOI, puesto que las medidas laborales que contiene pretenden favorecer la conciliación y fomentar una mayor corresponsabilidad entre hombre y mujer<sup>53</sup>. Y es teniendo en cuenta lo anterior, y resolviendo un litigio sobre la solicitud de una trabajadora en materia de reducción de jornada y la aplicación de la regulación del convenio de Contact Center, en dicha materia, cuando la Audiencia Nacional (AN), da una «vuelta de tuerca» al criterio de la jornada ordinaria diaria, permitiendo al trabajador la reducción de la jornada en virtud de dicho convenio, sin más limitaciones que las establecidas en el mismo, y operando un parámetro distinto al módulo diario impuesto legalmente, sin que la empresa pueda exigir que la concreción horaria se realice obligatoriamente dentro de la jornada ordinaria diaria, puesto que la jornada ordinaria considerada de forma amplia, es más compatible con la debida atención y cuidado del familiar que se tiene a cargo<sup>54</sup>.

Con esta sentencia parecería que de nuevo se vuelve a la finalidad que debe tener la reducción de jornada en virtud de las previsiones constitucionales y de lo que se recoge en la Carta Comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> STC 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 3), que se complementa con el ATC 1/2009, de 12 de enero (RTC 2009, 1 AUTO). STS de 21 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3555).

<sup>53</sup> STC 3/2007 (RDC 2007, 3) y (26/2011 (RTC 2011, 26).

<sup>54</sup> SAN núm. 92/2015, de 1 de junio. AS 2015/1612, SAN de 23 de marzo de 2015 (AS 2015, 465), y STS 745/2016, de 15 de septiembre RJ/2016/5042. Con posterioridad: STS 745/2016, de 15 de septiembre (RJ 2016/5042).

<sup>55</sup> Artículo 16, 3.º párrafo de la Carta: «Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares».

Algunas sentencias posteriores, señalan que la interpretación literal del artículo 37.6 ET con la introducción de la palabra «diario» nada clarifica y no ahorran el deber de ponderación de las circunstancias concurrentes que el TC, encomienda al juez ordinario en esta materia de conciliación, y que tiene que realizar, puesto que una interpretación literal de las normas controvertidas llevaría a negar la pretensión del trabajador de ejercitar el derecho a la adaptación de jornada por motivos de conciliación debido a razones de eficiencia productiva, que serían las que siempre prevalecerían de no realizarse tal ponderación de circunstancias<sup>56</sup>. Y alguna otra sentencia más, ha señalado que la determinación de la jornada de trabajo diaria, no es una limitación *ex lege* del derecho de concreción, sino un mero parámetro de cuantificación de la reducción como podría ser, el parámetro semanal o anual<sup>57</sup>.

Desde luego el momento de la concreción horaria debe hacerse por el trabajador que solicita la reducción de jornada. Sin embargo, dicha concreción horaria no es un derecho de carácter absoluto, pues el propio legislador admite la existencia de discrepancias, y hay un procedimiento especial para resolver las mismas<sup>58</sup>, debido a razones de carácter productivo u organizativas, o incluso la concurrencia de la solicitud con otros trabajadores de la empresa, o con el otro progenitor, pero en todo caso «la decisión de la empresa de fijar un horario distinto al propuesto por la trabajadora debe ser justificada y razonable, respondiendo al horario de la misma y a necesidades organizativas, pudiendo negarse, si no existe el horario solicitado en la empresa»<sup>59</sup>. Tampoco es posible la imposición de un determinado horario, puesto que, un horario impuesto no permite la atención y el cuidado del hijo menor, aunque por otras circunstancias se haya conseguido la atención y el cuidado del mismo por sus progenitores<sup>60</sup>.

No obstante, tampoco es posible que el trabajador pueda ejercitar el derecho como considere oportuno, al margen de las necesidades organizativas y productivas que tiene la empresa para la que presta servicios, ni tampoco que a través de la negociación colectiva se pueda dejar sin contenido dicho derecho<sup>61</sup>. Aunque tampoco es posible que la empresa unilateralmente decida modificar la concreción horaria que tenga un trabajador unilateralmente, convir-

---

<sup>56</sup> STSJ de Andalucía, Sevilla núm. 343/2018, de 1 de febrero. AS 2018/97.

<sup>57</sup> SJS núm. 33 de Barcelona de 23 abril de 2014. AS 2014/1288.

<sup>58</sup> Artículo 139 de la LRJS.

<sup>59</sup> STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1.ª) núm. 233/2014, de 30 de enero. AS 2014/529.

<sup>60</sup> STSJ de La Rioja, núm. 208/2016, de 27 de octubre AS/2016/1823.

<sup>61</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª) núm. 3882/2013, de 3 de junio. AS 2013/2503.

tiendo el litigio en una vulneración de derechos fundamentales, lesivos del horario por razón familiar<sup>62</sup>, y lesionando el derecho de igualdad de trato<sup>63</sup>.

En todo caso parece haber una corriente jurisprudencial que señala que este derecho tampoco puede conllevar la modificación unilateral del sistema de turnos de trabajo fijado en la empresa ya que en este caso no se estaría realizando una concreción de jornada sino un cambio de horario no previsto por la ley<sup>64</sup>.

No obstante, otros tribunales han interpretado la regulación sobre la reducción de jornada, permitiendo la adscripción a un único turno, al ponderar los intereses en conflicto y debido a una interpretación amplia de la «jornada ordinaria», al entender que la misma va referida a la jornada de trabajo en general y no a los turnos, de manera que si el convenio colectivo no establece respecto de la jornada ordinaria otro límite que el número máximo de horas diarias, semanales, mensuales o anuales, los trabajadores afectados tienen la facultad de concretar su horario en cualquiera de los turnos que con carácter rotatorio vienen desempeñando<sup>65</sup>. Esta posibilidad se ha admitido también atendiendo a las especiales circunstancias familiares concurrentes (adecuación al horario escolar y turnos realizados por el otro progenitor) y a la falta de acreditación por la empresa de una mínima dificultad organizativa que pudiera colisionar con la concreción horaria solicitada por la trabajadora<sup>66</sup>.

También empieza a haber pronunciamientos que señalan que el trabajador no solo puede reducir su jornada en cómputo «diario» sino también optar por la concreción horaria en cualquiera de los turnos rotatorios que viene desempeñando, en el modo y manera, que mejor concilie su vida familiar<sup>67</sup>.

Fuera de toda duda quedan las solicitudes que en realidad no tienen que ver con el derecho a la conciliación de la vida familiar y personal cuando, por ejemplo, el trabajador no pretende una concreción horaria de la reducción solicitada, sino una modificación de su contrato de trabajo para transformarlo por la vía de una supuesta conciliación familiar y laboral, en un trabajo a turno

---

<sup>62</sup> STSJ de Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1.ª) núm. 278/2012, de 29 de febrero. AS 2012/2638.

<sup>63</sup> STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1.ª) núm. 1801/2011, de 21 diciembre. AS 2012/2029.

<sup>64</sup> Sentencia de 1 de abril de 2012, Juzgado de lo Social de Almería AS 2012, 920, y STSJ Asturias de 8 de febrero de 2013, JUR 2013, 96175 máxime cuando tal modificación afecta al derecho de otros trabajadores de la empresa, STSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2011 (AS 2012, 844 y STSJ de Madrid, de 19 de julio de 2017 - ROJ: STSJ M 8556/2017.

<sup>65</sup> STSJ de Madrid, de 27 de enero de 2009 AS 2009, 1122, Sentencia Juzgado de lo Social de Barcelona de 28 de febrero de 2008, JUR 2008, 104445 y de 1 de marzo de 2011 (AS 2011,973).

<sup>66</sup> STSJ de Galicia de 9 de febrero de 2018. JUR 2018/124746.

<sup>67</sup> SJS núm. 2 de Guadalajara. núm. 91/2018, de 7 marzo. JUR 2018/155967

nocturno exclusivamente, alterando injustificadamente su jornada de trabajo en cuanto no peticiona la reducción de jornada al principio o al final de la misma, sino en el medio de dos turnos<sup>68</sup>.

Por supuesto la negociación colectiva puede establecer criterios para la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. Aunque en general, se ocupa poco de la reducción de jornada, algunos convenios si establecen, determinada regulación como, por ejemplo, instando a las comisiones de igualdad del mismo, a que propongan nuevos modelos de gestión de la concreción horaria, acumulando horas por semanas o por meses<sup>69</sup>.

Aunque hay otras regulaciones convencionales que han sido declaradas nulas<sup>70</sup> como por ejemplo, la efectuada por el CCo de Aldeasa S. A. para los años 2007 al 2010, que establecía una diferente regulación de la reducción de jornada y concreción horaria para los trabajadores con hijos menores de 4 años<sup>71</sup>.

En todo caso, si no se motiva la denegación con razones organizativas creíbles<sup>72</sup>, o no se concretan cuales son las dificultades a nivel organizativo que implicarían atender la petición de la demandante, que inclusive tiene una postura abierta a otras soluciones y ofrece ser destinada a otro centro en el municipio<sup>73</sup>, la denegación no es válida.

Por otra parte, es necesario subrayar que los trabajadores que más solicitan la reducción de jornada con una específica concreción horaria, son los que trabajan, o bien los fines de semana, o a turnos, puesto que la conciliación en esos casos es más necesaria. En estos casos se pone de manifiesto todavía más la necesidad del trabajador de concretar el motivo de su cambio de turno, y las necesidades de la empresa en caso de denegación de las dificultades organizativas para concedérselo, sin que la elección del trabajador pueda perjudicar a

---

<sup>68</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª) núm. 5593/2009, de 13 de julio. AS 2009/2343.

<sup>69</sup> CCo de comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. CCNCC Informes y Estudios. Ministerio de Empleo y SS. 2016.

<sup>70</sup> SAN 9/2010, de 15 febrero AS/2010/110, confirmada por el TS.

<sup>71</sup> La regulación establecía que: Los trabajadores con hijos menores de cuatro años que soliciten la reducción de jornada en al menos 1/5, tendrán derecho a elegir el turno de trabajo (mañana, tarde, solape noche) de entre los que estén establecidos en el centro de trabajo que cuenten con una plantilla media de más de 75 trabajadores y siempre y cuando el número de personas que ostenten ese derecho no supere el 3% de trabajadores de la plantilla total del centro.

<sup>72</sup> STSJ Andalucía, Sevilla núm. 343/2018, de 1 de febrero. AS 2018/97.

<sup>73</sup> STSJ de Madrid núm. 789/2017, de 19 de julio. AS 2017/1876.

los demás trabajadores por ejemplo<sup>74</sup>, en el caso de imposibilidad de suplir su ausencia.

El trabajador en ocasiones tiene que probar efectivamente su dificultad de conciliación al prestar servicios en determinados horarios, no pudiendo establecer un nuevo turno de trabajo, aunque si necesita un cambio de horario con respecto al que tenía ya reducido por variación de circunstancias personales, como puede ser tener otro hijo, la empresa para denegarlo, tiene que probar que existen problemas organizativos para acceder a la petición<sup>75</sup>.

## VIII. LA REDUCCIÓN DE JORNADA Y DE SALARIO

La retribución del trabajador se reducirá proporcionalmente a la reducción de la jornada. Con carácter general dicha reducción proporcional del salario es de todos aquellos conceptos retributivos que tengan naturaleza salarial, pero dentro de la estructura salarial existen complementos funcionales, o de otra índole, que durante el periodo de reducción de jornada por cuidado de familiares, o conciliación o protección de la mujer víctima de violencia de género, pueden seguir percibiéndose, siempre y cuando se mantengan las circunstancias que dan derecho a su devengo. No obstante, la jurisprudencia ha ido analizando las especiales circunstancias que a veces conforman la estructura del salario para determinar aquellos conceptos que pueden ser disminuidos proporcionalmente y los que no, y las implicaciones que pueda darse con respecto a la retribución de otros trabajadores. Este es el caso, por ejemplo, de determinada práctica empresarial que reparte en concepto de plus de productividad entre los trabajadores, el sobrante de la masa salarial calculado con la aportada por cada trabajador. La masa salarial anual inicial se cuantifica en función del número de efectivos reales y del número de jornadas anuales completas de trabajo, pero para obtener la masa salarial real, la empresa cuantifica la de cada trabajador en función de si tiene jornada reducida o no, porque la inicial se refiere a jornadas completas y por ello, si un trabajador se encuentra en la situación de<sup>76</sup> reducción de jornada por guarda legal o cuidado directo de un familiar, lo procedente es la disminución proporcional del salario y ello tendrá incidencia en la masa salarial y en la dotación del complemento de productividad a repartir entre el colectivo de que se trate.

---

<sup>74</sup> STSJ de Madrid núm. 1066/2013, de 16 de diciembre de 2013, AS 2014/114.

<sup>75</sup> STSJ de Asturias núm. 102/2013, de 18 de enero. AS 2013/704 y núm. 366/2012, de 10 de octubre. AS 2013/7.

<sup>76</sup> SAN. 165/2017, de 20 de noviembre. JUR 2018/4121.

Por supuesto no procede el abono del plus de jornada irregular por reducción de jornada sino se dan las circunstancias para su devengo, como es pasar a tener un horario fijo en la franja matutina<sup>77</sup>, porque lo determinante es la elección de una distribución de la jornada en la que no se den las características de la jornada irregular<sup>78</sup>. En cambio, sí procede el plus de disponibilidad si es una condición más beneficiosa, aunque con merma en su importe, proporcional a la reducción de jornada<sup>79</sup> y si la trabajadora inicia la reducción de jornada tras la supresión ilegítima de dicho plus, también le corresponde su abono<sup>80</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AZAGRA SOLANO, M., «El conflicto de la conciliación de la vida laboral y familiar: especial atención a la reducción de jornada por cuidado de un hijo menor». *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 1/2010. BIB 2010/269. AÑO 2010.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «Diálogo social europeo, negociación colectiva, y medidas gender-fair». *Experiencias comparadas y análisis de resultados*. Ed. Reus 2014.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término». Universidad de Barcelona. *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, n. 2, pp. 89-108. 2012.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «El principio de igualdad en la negociación colectiva». *Informe y Estudios Ministerio de Empleo y SS*. CCNCC 2016.

## INFORMES Y OTROS DOCUMENTOS POLÍTICO-JURÍDICOS

- COMUNICACIÓN de la Comisión de 5 de marzo de 2010: «Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres».
- COMUNICACIÓN de la Comisión Al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores» Bruselas, 26.4.2017 COM(2017) 252 final.
- DECLARACIÓN de la Comisión Europea: Una Carta de la Mujer: con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15.º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Nacio-

<sup>77</sup> STSJ Islas Canarias, Las Palmas núm. 309/2013, de 28 de febrero. AS 2013/1661.

<sup>78</sup> STSJ de Islas Canarias, Las Palmas núm. 236/2017, de 27 de febrero. AS 2017/1553.

<sup>79</sup> STSJ Cataluña núm. 8000/2010, de 10 de diciembre. AS 2011/737.

<sup>80</sup> STS de 28 de octubre de 2010. RJ 2010/8464.

- nes Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30.º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer» COM(2010) 78 final no publicada en el Diario Oficial]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aem0033>
- INFORME conjunto de 2014, sobre la aplicación de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. (2015/2116(INI)).
- INFORME de 2015 sobre la aplicación de la Directiva 2004/113/CE, así como en el informe de evaluación de la Recomendación sobre transparencia salarial de 2014 y el Plan de Acción de la UE 2017-2019.
- INFORME de 13 de mayo de 2015, sobre la estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015 (2014/2152 INI).
- OBSERVACIÓN GENERAL n. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño, a que su interés superior sea una consideración primordial (SP/DOCT/17979), etc., entre otros muchos instrumentos internacionales específicos y bilaterales.
- PRESENTACIÓN: Formulación de Políticas. Reunión Consejo de Administración OIT: Conciliación del trabajo y la vida familiar. 312.ª reunión, Ginebra, noviembre de 2011. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_163643.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_163643.pdf)
- RECOMENDACIÓN 2018/951, de 22 de junio de 2018, sobre normas relativas a los organismos para la igualdad (UE) 2018/951 DE LA COMISIÓN. L 167/28, Diario Oficial de la Unión Europea de 4 de julio de 2018.

# RETRIBUCIÓN\*

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

Profesor (Acreditado a Titular) en el Área de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT)

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*–III. *Tribunal Constitucional.*–IV. *Tribunal Supremo.*–V. *Tribunal Superior de Justicia.*–VI. *Conclusiones.*–*Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

La igualdad de mujeres y hombres ante la ley es un Derecho Fundamental que reza en la Constitución Española (CE)<sup>1</sup>. El artículo 14 señala que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»<sup>2</sup>. En cuanto al salario, el Texto

---

\* Este estudio queda enmarcado dentro de los trabajos de investigación desarrollados por el autor en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-68205-P –Los salarios mínimos: regulación comparada y tendencias–.

<sup>1</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

<sup>2</sup> El principio de igualdad no se ve vulnerado por la circunstancia de que, en base a convocatorias posteriores, puestos de trabajo similares al del trabajador se vean retribuidos con mayores emolumentos que los que este percibe, por cuanto que sí sería contrario a este principio el que personas contratadas en virtud de la misma convocatoria de ayudas percibiesen, para el mismo puesto, salarios diferentes, pero no lo es si esa diferencia deriva de convocatorias de ayudas para la formación diferentes, puesto que cada una de ellas se articula en torno a sus propias y específicas normas y disponibilidades presupuestarias. SJS, núm. 1, de A Coruña, núm. 99/2017, de 20 de febrero de 2017. El trato discriminatorio es más evidente cuando se paga solo a los trabajadores los días de vacaciones no disfrutados, circunstancia que vulnera el

Fundamental establece en el primer apartado del artículo 35 que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo»<sup>3</sup>.

Bajo este contexto, el artículo 28 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)<sup>4</sup>, dispone que «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella»<sup>5</sup>. Como puede observarse el legislador tiene como norte salvaguardar la igualdad entre mujeres y hombres; y, especialmente, según el objeto de estudio, el salario.

Por ello, el legislador, al continuar protegiendo dicho Derecho Fundamental, promulga la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad

---

principio jurídicamente aceptado y legalmente reconocido de igualdad de salario en los supuestos de igualdad de trabajo. Atenta también contra el derecho a la igualdad en el empleo, el hecho de que en la empresa solo una empleada tenga contrato de duración indefinido frente a catorce contratos indefinidos de los trabajadores. STSJ de Andalucía, rec. núm. 476/2009, de 3 de febrero de 2009.

<sup>3</sup> El requisito de la existencia de compensación económica adecuada, supone que aquella debe garantizar la estabilidad económica del trabajador, para que con las cantidades que después de la finalización del contrato se le abonan pueda subsistir soslayando el evidente perjuicio de no poder trabajar en el sector que conoce. STSJ de Madrid, núm. 40/2012, de 23 de enero de 2012.

<sup>4</sup> BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

<sup>5</sup> Tanto el artículo 14 de la CE, como los artículos 4.2.c) y 17.1 del ET, prohíben expresamente la discriminación por razón de sexo, declarando como derecho de los trabajadores el no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, debiendo entenderse nulas y sin efecto las decisiones unilaterales del empresario en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de sexo. Más concretamente, el artículo 28 del ETs establece el principio de igualdad de remuneración por razón de sexo, en virtud del cual el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condicionantes de aquella. La discriminación supone una diferencia de trato, que actúa contra el sujeto discriminado (anulando o menoscabando el goce de ciertos derechos y ventajas o agravando sus cargas) y que tiene su origen en ciertos rasgos de la persona o de la configuración social (sexo, raza, parentesco, lengua, condición social, minusvalía física, psíquica o sensorial, creencias políticas o religiosas, militancia sindical, etc.), lo que origina una situación objetiva discriminatoria, que pone en peligro el respeto a la dignidad humana y los derechos inherentes a la persona. Ahora bien, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato supone una infracción del contenido del artículo 14 de la CE, sino tan solo 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, por tanto, se prohíbe la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. STSJ de Andalucía, de 14 de febrero de 2018, rec. núm. 2089/2017.

efectiva de mujeres y hombres (LOI)<sup>6</sup>. Norma que nace, según su Exposición de Motivos, como una acción normativa que se dirige a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla; como es el caso, la discriminación salarial.

En este sentido, la Unión Europea denomina brecha salarial entre hombres y mujeres a la diferencia existente entre los salarios percibidos por los trabajadores de ambos sexos, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de todos los trabajadores<sup>7</sup>. El impacto o los efectos que produce la brecha salarial es que las mujeres obtienen menos ingresos a lo largo de su vida, lo que conduce, por consiguiente, a pensiones más bajas y a un mayor riesgo de pobreza en la tercera edad.

La brecha salarial entre hombres y mujeres, en definitiva, se exterioriza como un porcentaje respecto a los ingresos de la población masculina y representa el promedio de las diferencias entre los ingresos brutos por hora de trabajadores de ambos sexos. Los ingresos brutos son las pagas o los salarios que se abonan directamente a un trabajador antes de que se aplique cualquier deducción sobre la renta o para la seguridad social. La utilización del salario por hora como base para calcular la brecha salarial puede encubrir, a su vez, diferencias sobre las cuales no se lleva un control específico, como las pagas extras, los complementos por rendimiento o las remuneraciones especiales en temporadas concretas.

Como puede observarse, han pasado más de diez años desde su promulgación. La LOI es una norma de referencia y protagonista en la igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones laborales. Por ello, el objeto de este estudio es analizar el recorrido jurisprudencial habido sobre la discriminación salarial de la mujer desde el año 2007, año de promulgación de dicha norma, hasta el 2018.

Bajo este contexto, el análisis se basa en el análisis de las sentencias más relevantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes Comunidades Autónomas. Con el propósito de obtener una radiografía, a nivel judicial, de cuáles son los criterios de los juzgadores en cuanto a la discriminación salarial de género y definir, a su vez, si ha habido un avance, o retroce-

---

<sup>6</sup> BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

<sup>7</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, Unión Europea, Bélgica, 2014, p. 3.

so, al respecto; y, finalmente, proponer medidas necesarias para que se disminuya el número de procesos judiciales.

## II. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Una diferencia de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o un trabajo de valor igual debe, en principio, considerarse contraria al Derecho de la Unión, siendo distinta la valoración únicamente cuando la diferencia de trato se justificase por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo. Para apreciar si unos trabajadores realizan el mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, 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 trabajadores se encuentra en una situación comparable<sup>8</sup>.

La formación profesional no solo constituye uno de los factores que pueden justificar objetivamente una diferencia en las retribuciones asignadas a trabajadores que efectúan un mismo trabajo, sino que se cuenta entre los criterios que permiten verificar si los trabajadores efectúan o no el mismo trabajo. El interés por mantener unas buenas relaciones laborales no puede constituir, por sí mismo, el único fundamento que justifique las diferencias retributivas entre trabajadores y trabajadoras; lo que no obsta a que pueda ser tomado en consideración entre otros elementos para apreciar si las diferencias entre retribuciones de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo y son conformes al principio de proporcionalidad.

Incumbe, en principio, al trabajador que se considera víctima de una discriminación por razón de sexo demostrar que se dan las condiciones que permiten presumir la existencia de una desigualdad de retribución contraria al Derecho de la Unión, y si aporta la prueba existirá una apariencia de discriminación, incumbiendo en tal caso al empresario la prueba de que no ha habido violación del principio de igualdad de retribución. Cuando se trata de una discriminación indirecta el origen de la diferencia de retribución puede ser diversa, e igualmente su justificación, y de este modo referirse a una disposición nacional, a un convenio colectivo, incluso a una práctica o a una acción unilateral de un empleador respecto al personal que emplea, siguiéndose de ello que incumbe al empresario aportar una justificación objetiva de la diferencia de retribución.

---

<sup>8</sup> STSJUE, de 28 de febrero de 2013, Asunto C-427/11.

El Tribunal europeo ha señalado, en otro supuesto, que la normativa comunitaria se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, durante el período 1984-1994, el cálculo de las pensiones de jubilación y vejez de las trabajadoras fronterizas se basaba, para el mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, en salarios ficticios y/o globales inferiores a los de los trabajadores fronterizos masculinos. Por lo que concluye que el artículo 4.º, apartado 1, de la Directiva 79/7CEE 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<sup>9</sup>, se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, durante aquel período<sup>10</sup>.

Bajo este contexto, hay que señalar que dicho precepto establece que el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones, y el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones. Como puede observarse, el legislador comunitario, como no puede ser de otra manera, salvaguarda el derecho de no discriminación.

En el supuesto de una trabajadora que cotiza mensualmente y que concentra sus horas de trabajo principalmente en tres días a la semana, en el que se le reconoce a la entidad gestora 420 días de prestación en lugar de 720; el Tribunal europeo ha dispuesto que una medida de esta naturaleza es contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucede cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de la política social, son adecuados para alcanzar este objetivo y son necesarios a tal fin. Sin embargo, en el caso la medida nacional controvertida no parece adecuada para garantizar la correlación que debe existir entre las cotizaciones pagadas por el trabajador y los derechos que puede reclamar en materia de prestación por desempleo. Por ello, el artículo en cuestión debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que, en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical, excluye los días no trabajados del cálculo de los días cotizados y que reduce de este modo el período de pago de la prestación por desempleo, cuando

---

<sup>9</sup> DOCE L, de 6 de enero de 1979.

<sup>10</sup> STJUE de 29 de julio de 2010, Asunto C-577/08.

está acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa<sup>11</sup>.

En cuanto a la determinación legal de la cuantía máxima o mínima de la prestación por desempleo mediante la fijación de un coeficiente reductor relativo al trabajo a tiempo parcial, estando empleadas mayormente en esta modalidad de contratación las mujeres, en el que se alega que los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial realizan el mismo esfuerzo contributivo en orden a la financiación de la protección de la contingencia de desempleo en función del salario que perciben, percibiendo; sin embargo, prestaciones distintas en base a dicho coeficiente. Se ha señalado que no concurre una discriminación indirecta en relación con las mujeres, dado que la disposición nacional controvertida no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial; sino únicamente a aquellos a quienes, habida cuenta de la retribución percibida durante los últimos 180 días de ocupación cotizada, se aplican las cuantías máximas o mínimas de la prestación por desempleo.

En consecuencia, los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no permiten demostrar que dicha disposición afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. Por otro lado, el que dichas cuantías máximas se ajusten *pro rata temporis*, para tener en cuenta la duración reducida de la jornada laboral del trabajador a tiempo parcial en relación con la del trabajador a tiempo completo, no se puede considerar, en sí mismo, contrario al Derecho de la Unión Europea. No concurre tampoco una discriminación directa dado que dicha regulación se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras<sup>12</sup>.

Por último, se ha dispuesto que la normativa comunitaria se opone a una normativa nacional<sup>13</sup> en virtud de la cual, durante el período 1984-1994, el cálculo de las pensiones de jubilación y vejez de las trabajadoras fronterizas se basaba, para el mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, en salarios ficticios y/o globales inferiores a los de los trabajadores fronterizos masculinos<sup>14</sup>.

### III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En un supuesto de reconocimiento de doble régimen retributivo del complemento de antigüedad de los trabajadores en razón a la fecha de su ingreso

---

<sup>11</sup> STJUE de 9 de noviembre de 2017, Asunto C-98/15.

<sup>12</sup> STJUE de 17 de noviembre de 2015, Asunto C-137/15.

<sup>13</sup> Bélgica.

<sup>14</sup> STJUE de 29 de julio de 2010, Asunto C-577/08.

en la empresa, en el que resulta peyorativo el fijado para el personal contratado con posterioridad al día 12 de septiembre de 1995, en el que se le reconocen trienios para los primeros y de quinquenios para los segundos. El Tribunal Constitucional ha señalado que el reconocimiento de determinadas mejoras en el régimen retributivo de los empleados que al tiempo de la firma del primero de los Convenios ya tenían vínculo laboral con la empresa, hallaba en aquel momento su justificación en los cambios estructurales que había tenido que hacer la empresa, pero transcurridos veinte años desde entonces no cabe seguir aceptando, con criterios de racionalidad y objetividad, la persistencia de aquella justificación, de tal forma que se carece de un fundamento objetivo y razonable<sup>15</sup>.

Por otro lado, el Tribunal Supremo debió, en su argumentación, invertir los términos de la carga procesal que incumbe a las partes, en el sentido de no exigir a la que denunció la existencia de discriminación la aportación de nuevos argumentos que hicieran injustificable la doble escala salarial, dado que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, y a la del Alto Tribunal, la parte que defiende la desigualdad de trato salarial, probada y reconocida en el caso, es la que ha de aportar o, en este caso seguir aportando (dado que la situación se prolonga ya por más de veinte años), una justificación objetiva y razonable y actualizada que pueda servir de fundamento a la permanencia de aquella diferencia en el complemento de antigüedad a lo largo de tanto tiempo; cuando lo propio es que el sistema de doble escala salarial sirva únicamente para proporcionar una solución transitoria a un momento coyunturalmente comprometido para una empresa, que la obligue a establecer un tratamiento diferenciado a sus empleados por razón del tiempo de incorporación a la misma<sup>16</sup>.

En cuanto a las retribuciones diferentes a profesores españoles e italianos en un centro de enseñanza privado de un Estado extranjero sin justificación objetiva y razonable, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que la diferencia retributiva alegada por las recurrentes resulta desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración del artículo 14 CE<sup>17</sup>. En vista que, en este supuesto, no ha quedado justificado que el trato retributivo distinto deparado a aquellos tenga un fundamento racional y ajeno a la nacionalidad y género. Por lo

---

<sup>15</sup> STC 12/2017, de 16 de octubre de 2017.

<sup>16</sup> Se declara la vulneración del derecho a la igualdad en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que determina la anulación de la sentencia del Tribunal Supremo (STS 641/2016, de 11 de julio de 2016, rec. núm. 193/2015) objeto del recurso de amparo y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado.

<sup>17</sup> Artículo 14 CE: «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».

que resulta inadmisibles que la diferencia retributiva cuestionada pueda ampararse en las facultades directivas de la demandada sobre la base de que el principio de autonomía de la voluntad que rige las relaciones laborales le ofrece un margen para el establecimiento de las retribuciones de sus trabajadores siempre que respete los mínimos impuestos legal y convencionalmente<sup>18</sup>.

Las anteriores sentencias han sido las más significativas tras los diez años de la promulgación de la LOI ante el Tribunal Constitucional. Empero, hay que traer a colación alguna otra sentencia antes del nacimiento de aquella norma, para comprender el criterio de aquel Tribunal. Bajo este contexto, señala que el artículo 14 de la CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, ya que el principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales y en la medida en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio. Por lo que el juicio de igualdad solo puede realizarse sobre la comparación entre situaciones que puedan considerarse iguales<sup>19</sup>.

#### IV. TRIBUNAL SUPREMO

El Alto Tribunal en cuanto al abono del plus en el departamento en el que solo trabajan mujeres en cuantía muy inferior a sus compañeros de otros departamentos, mayoritariamente conformado por hombres, y de igual nivel salarial; ha señalado que la diferencia de trato, en ausencia de cualquier explicación o justificación razonable que la diera sentido, tiene carácter discriminatorio porque, de forma objetiva, esa diferenciación establecida por el empleador privado, instrumentada mediante una concesión aparentemente neutra, entraña un trato retributivo que discrimina peyorativamente a quienes prestan servicios en un departamento ocupado exclusivamente por mujeres. Hasta el punto de que ellas, en clara y exagerada disparidad con sus compañeros varones mayoritariamente destinados en los otros departamentos, perciben unas sumas significativamente inferiores (en ningún caso alcanzan siquiera el 10% de las que se cobra en los departamentos mayoritariamente ocupados por hombres) a las de aquellos<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> STC 5/2007, de 15 de enero de 2007.

<sup>19</sup> STC 39/2003, de 27 de febrero de 2003.

<sup>20</sup> STS de 14 de mayo de 2014, rec. núm. 2328/2013.

Asimismo, establece que la «autonomía» o la «responsabilidad», elementos claves para descartar la discriminación proscrita por el ordenamiento, carecen aquí de significación al respecto. Por una parte, el segundo («responsabilidad»), sin mayores precisiones; es decir, en lo que puede entenderse como la necesidad de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia como uno de los deberes básicos de los trabajadores<sup>21</sup>, es obviamente predicable y exigible en cualquier prestación laboral. Por otra, el primero («autonomía»), tratándose en todos los casos de servicios por cuenta ajena, y a salvo de cualquier otra circunstancia o explicación más razonable, no puede servir para justificar la importante diferencia retributiva detectada por la Autoridad Laboral, siendo así, además, que los artículos 4.2 y 17 del ET establecen el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sexo. Por lo que resalta, finalmente, que la estadística<sup>22</sup> es un medio revelador de la existencia de discriminación indirecta<sup>23</sup>; es decir, constituye una decisiva fuente de indicios de discriminación indirecta<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Artículo 5 ET.

<sup>22</sup> La Real Academia Española define estadística como el estudio de los datos cuantitativos de la población, de los recursos naturales e industriales, del tráfico o de cualquier otra manifestación de las sociedades humanas. [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>23</sup> SSTC 128/1.987, de 14 de julio, y 253/2004, de 22 de diciembre.

<sup>24</sup> STC 253/2004: «Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial –STJCE de 27 de junio de 1990–, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo –STJCE de 9 de febrero de 1999–, trabajadores con menos fuerza física –STC 149/1991–, etc.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*; de 20 de marzo de 2003, asunto *Jorgensen*, y de 11 de septiembre de 2003, asunto *Steinicke*). En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el artículo 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho. Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el artículo 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que «cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE» ( STC 145/1991, de 1 de julio, F. 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio,

Asimismo, ha denegado la existencia de discriminación retributiva en las tablas salariales del convenio estatal del sector de la conserva de pescados, en el que, con las mismas definiciones en relación a las mismas categorías profesionales, se contemplan dos grupos, por una parte, el mejor retribuido, el personal de oficios varios, masculinizado. Por otra, el trabajo propio de la conserva, feminizado. Para el Alto Tribunal no es muy concluyente razonar que se esté ante trabajos de diferente valor cuando son las mismas definiciones en relación con las mismas categorías, dado que la única explicación de que, de los dos grupos, el de la conserva sea el peor retribuido, solo podría ser la minusvaloración del trabajo realizado de manera habitual por las mujeres<sup>25</sup>.

## V. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

La práctica empresarial consistente en no computar a efectos de abono de incentivos el tiempo en que las trabajadoras han permanecido de baja por riesgo de embarazo o permiso de maternidad, y no abonarlo en el primer mes tras la reincorporación. Se ha señalado que no existe discriminación por cuanto el sistema de incentivos implantado se aplica de manera generalizada a todos los trabajadores de la entidad, cualquiera que sea su sexo y condición, siendo de aplicación personalizada a cada persona empleada en base a su específica actividad productiva. Asimismo, tiene incidencia en cualquier situación de interrupción de la prestación laboral por cualquier causa, y sin obviar, además, que el disfrute del permiso de maternidad regulado puede recaer sobre el padre o la madre, no siendo exclusivo de esta<sup>26</sup>.

Empero, dicha sentencia ha tenido un voto particular al establecer que la práctica de la empresa es contraria al derecho de las trabajadoras, dado que aquella debe tener en cuenta tal circunstancia; es decir, que una vez que se incorporen las trabajadoras de la baja maternal deben percibir los correspondientes incentivos como si no hubiera existido la baja maternal o riesgo durante el embarazo, en la cuantía correspondiente. Al menos teniendo en cuenta los parámetros correspondientes del período anterior a computar para determinar la cuantía de los incentivos, como si no hubieran estado ausentes del puesto de trabajo durante el descanso maternal o riesgo durante el embarazo; ya que en caso contrario la trabajadora vuelve y se reincorpora tras la baja maternal o

---

F. 6). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada)».

<sup>25</sup> STS de 3 de noviembre de 2008, rec. núm. 169/2007.

<sup>26</sup> STSJ de Andalucía, de 4 de junio de 2015, rec. núm. 3/2015.

riesgo durante el embarazo con una situación negativa que repercute de forma desfavorable en el cálculo y en la percepción de los incentivos. En vista de que no los percibe, y en cuantía que llega a ser importante y en momento de necesidad de la trabajadora, hasta que los devengue de nuevo, lo que es contrario a tales derechos fundamentales y supone un trato discriminatorio por razón de sexo de la mujer por ser madre<sup>27</sup>.

En el supuesto en que la Inspección de Trabajo comprueba indicios de discriminación en la contratación por la empresa de una trabajadora en sustitución de otro trabajador cuya remuneración era superior. Se ha dispuesto que entre los factores objetivos que justifican las diferencias de trato en materia de remuneraciones se reconocen expresamente, entre otros, los que derivan del contenido de los actos de trabajo, de la intensidad o duración del mismo, de la calidad de su realización, de los factores circunstanciales del medio de trabajo que influyen en la penosidad o peligro de su ejecución o en el esfuerzo laboral, o de las propias necesidades del trabajador. Por consiguiente, la empresa ha demostrado que el salario del varón retribuye un trabajo ejercido desde hace más de treinta años, siendo la mujer de nuevo ingreso, por lo que no existe la discriminación alegada; sino una diferencia retributiva por diferente antigüedad en el desempeño de un puesto de trabajo de Dirección, cuyo contenido y naturaleza permiten considerar justificable la mayor valoración económica de la experiencia. Por esta razón, no puede considerarse necesariamente «trabajo de igual valor» el desempeñado por uno u otra trabajadora<sup>28</sup>.

Empresa que abona un plus a todas las categorías de un mismo nivel salarial excepto a una constituida exclusivamente por mujeres. Se ha determinado que, en este caso, existe una práctica del empleador aparentemente neutra relacionada con determinadas categorías de trabajadores, ostentadas por mujeres, que las sitúa en posición de desventaja con otras categorías del mismo nivel retributivo, servidas preferentemente por hombres, sin que exista justificación admisible del tal proceder<sup>29</sup>.

En esta sentencia el juzgador recuerda las reglas elaboradas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de discriminación salarial<sup>30</sup>:

a) En los supuestos en que existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas, y no

---

<sup>27</sup> Voto particular formulado por el Ilmo. Sr. D. Ramón Gómez Ruiz.

<sup>28</sup> STSJ de Aragón, de 17 de noviembre de 2010, rec. núm. 750/2010.

<sup>29</sup> STSJ de Canarias, de 30 de junio de 2008, rec. núm. 834/2007.

<sup>30</sup> Extracta la STC 58/1994, de 28 de febrero.

exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde plenamente al empleador la carga de poner de manifiesto los citados criterios que excluyan cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de dicha diferencia<sup>31</sup>.

b) Para entender cumplido tal exigencia no es suficiente con poner de manifiesto la desigualdad de tareas realizadas. El parámetro de igualdad en este punto no es la identidad de tareas, sino la igualdad de valor del trabajo; único elemento que es relevante a estos efectos para captar la razonabilidad, o no, de una diferencia retributiva.

c) En la valoración del trabajo, además, ha de garantizarse y exigirse, por tanto, que los propios criterios de evaluación del trabajo no sean, por sí mismo, discriminatorios. Deberá evidenciarse, por consiguiente, que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros, que garanticen la igualdad de condiciones de los trabajadores de ambos sexos; salvo que en circunstancias excepcionales y por razón de la específica naturaleza del trabajo, se requieran criterios diversos para la referida evaluación.

En el caso de un trabajador que presta servicios para una corporación municipal con un contrato de trabajo de duración determinada de interés social, y que realiza las mismas funciones que un trabajadora indefinida de su misma categoría profesional, siendo su retribución inferior sin justificación. Se ha señalado que al no existir justificación para la diferencia retributiva, se ha de estimar que el proceder de la empresa es discriminatorio; por cuanto que realizándose iguales funciones se abona el salario en cuantía diferente, no sirviendo como causa justificativa el hecho de que los fondos con los que se abona el salario del trabajador procedan de una subvención o esté incluido en los presupuestos de la corporación municipal<sup>32</sup>.

Trabajadoras que reclaman la percepción del complemento personal en igualdad de condiciones que los hombres. En el que existe un complemento personal que se fija por la empresa según criterios variables y desconocidos, abonándolo en cuantía superior a los hombres, sin que dicha diferencia haya

---

<sup>31</sup> SSTJCE de 27 octubre 1993, caso ENDERBY, TJCE 1993/165.

<sup>32</sup> STSJ de Cantabria, de 25 de noviembre de 2016, rec. núm. 854/2016. Esta sentencia ha sido analizada por la misma Sala en las sentencias previas del TSJ Cantabria de 13 de julio de 2016 (rec. 362/2016), dictada en relación al Ayuntamiento demandado, si bien, en relación a personal contratado en el sector de limpieza viaria; pero que, al igual que en el caso que se analiza, habían concertado contratos bajo la denominación «de duración determinada de interés social». Asimismo, en la STSJ Cantabria de 21 de noviembre de 2016 (rec. 828/2016), en este supuesto sí idéntica al actual bajo el epígrafe «regeneración y acondicionamiento funcional de espacios urbanos degradados», por lo que la respuesta debe ser la misma, al no existir razones que avalen un cambio de criterio.

sido justificada suficientemente por la empresa ni haber aportado los criterios aplicados.

En este supuesto se ha señalado que los ciudadanos y las empresas privadas, y no la Administración y empresas públicas, son perfectamente libres para mantener su propio ámbito libre de decisión –e incluso no están obligados a hacer transparentes su gestión y las motivaciones de sus actos–. Empero, cuando esa libertad y falta de transparencia se traduce en una actuación de la que resultan objetivamente diferencias de trato por razones sensibles del artículo 14 de la CE, entre las que se encuentra el sexo de las personas, entonces el ámbito de libertad y transparencia se restringe y, por ello, quedan obligadas a hacer visibles los motivos de sus acciones, para despejar cualquier posible duda sobre el carácter discriminatorio e ilícito de los mismos. Cuando una empresa decide aplicar un concepto salarial a través de decisiones no objetivadas y no transparentes, si el resultado objetivo del mismo es una diferencia de trato vinculada a una circunstancia sensible constitucionalmente, como es el género, no puede limitarse a alegar su libertad y dar genéricas explicaciones; sino que se ve obligada a volver transparente su acción y motivos. En el supuesto que no se realice, permaneciendo el resultado objetivamente diferenciador, no puede exigir, frente a dicho resultado, una genérica invocación de la rectitud de su conducta, sino que debe sujetarla al escrutinio judicial. En tanto que ese resultado objetivamente diferenciador permanece, la negativa de facto a dicho escrutinio lleva necesariamente a establecer el carácter discriminatorio de la conducta. En definitiva, se ha indicado la vulneración de derecho fundamental, y, por consiguiente, la nulidad radical de la conducta y el abono de las diferencias<sup>33</sup>.

Bajo este contexto, la situación del complemento en el año 2006 era discriminatoria, así como la elevación del complemento personal y la ampliación del mismo a nuevos trabajadores, desde entonces, ha seguido una evolución más o menos igual por sexos. Lo que se deduce es que, salvo que de otra forma se pruebe, la situación de partida del año 2006 sigue siendo la misma hasta la presentación de la demanda. Cuestión que se evidencia al considerar que el importe medio de las subidas ha sido levemente superior, en cantidad no significativa, en el caso de los hombres, y si es cierto que la subida ha afectado a 185 hombres y 274 mujeres (40%-60%). Ello significa que, en relación a la composición de la plantilla del año 2006 en las categorías de iniciación y profesionales de 244 hombres y 495 mujeres (33%-67%) en uno de los centros, o de 81 hombres y 150 mujeres (35%-65%) en otro

---

<sup>33</sup> STSJ de Castilla y León, de 19 de junio de 2013, rec. núm. 909/2013.

centro o de 325 hombres y 625 mujeres (33%-67%) entre los dos centros, o de 269 hombres y 553 mujeres (33%-67%) entre ambos centros descontando la categoría de iniciación (solamente categoría de profesionales), salvo que dicha composición haya sufrido igualmente cambios sustanciales entre los años 2006 y 2010, resulta que el porcentaje de hombres a los que se le ha elevado el complemento personal en el periodo 2008-2010 es superior al porcentaje de mujeres a los que se le ha elevado, con lo cual la situación incluso habría empeorado<sup>34</sup>.

Alguna otra sentencia destaca, por ejemplo, que la prohibición de discriminación por sexo en materia salarial se ignorará cuando se produzca una hipervaloración de trabajos en los que solo se tomen en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos, en detrimento del otro<sup>35</sup>. Por tanto, el hecho de que existan en la empresa secciones masculinizadas y secciones feminizadas constituye otro fuerte indicio de la existencia de discriminación por razón de género<sup>36</sup>.

En definitiva, en este supuesto, las trabajadoras han visto limitado su promoción a los puestos superiores por el hecho de ser mujeres. Sin embargo, difícilmente puede compartirse el criterio de que el encuadramiento diferenciado entre oficiales de segunda y tercera, de un lado; y, especialistas, por otro, obedezca a criterios sexistas y no neutros. Existen obvios motivos relativos a la mayor calificación en el ejercicio del trabajo y a la mayor responsabilidad que explican el trato diferenciado en la norma colectiva. Justificación que no parece obedecer a una hipervaloración de los roles masculinos en su determinación última. No deja de ser significativo, en este sentido, que aquellas y sus compañeras aceptaran, en su día, en el acto de conciliación judicial y en previa demanda de tutela de derechos fundamentales su encuadramiento como especialistas de primera, renunciando a la petición de ser declaradas como oficiales de tercera. A lo que cabe añadir que el indicio de racionalidad aportado por la empresa como justificación de los niveles de encuadramiento no obedece a un

---

<sup>34</sup> Ídem.

<sup>35</sup> STSJ de Cataluña, de 15 de mayo de 2008, rec. núm. 902/2008. En el mismo sentido, STC 145/1991, de 1 julio.

<sup>36</sup> Así se indica en la STC 147/1995 de 16 octubre, al señalar que «esta simple constatación no nos exime de hacer un análisis de los criterios empleados para fijar el valor del trabajo realizado por las categorías de trabajadores comparadas. Ya hemos dicho en alguna ocasión anterior que la apreciación de divergencias funcionales entre los puestos de trabajo de cada una de las secciones no prejuzga en absoluto la razón por la que unas tareas –las desempeñadas predominantemente por los hombres– tengan que ser más valoradas que otras –las desempeñadas predominantemente por mujeres– [STC 58/1994 (RTC 1994/58)]. Si bajo una diversa adscripción del personal a secciones con tareas diferentes se está enmascarando una discriminación, la diferencia salarial resultante deberá considerarse contraria al artículo».

intento de segregación por género con efectos salariales, sino a un modelo de clasificación ultraparcializado, propio de las extintas ordenanzas laborales<sup>37</sup>.

Se ha considerado, asimismo, la discriminación retributiva indirecta como la creación en el convenio colectivo aplicable de una nueva categoría profesional, la de peón b), que es ocupada, en mayor medida, por mujeres, y cuyas funciones son comparables y de igual valor a las de especialista, mejor retribuidas, en el que es insuficiente, «(para justificar la diferencia) la mera afirmación de que la norma se pactó a los efectos de persecución de unos fines lícitos en principio neutros y ajenos a la discriminación como viabilidad empresarial, conservación y creación de empleo (...) sin que en el caso de autos ningún elemento permita concluir que esa creación de categoría peón b) (...) constituya una medida efectivamente necesaria ni justificada por razones objetivas diferentes a una situación de discriminación, sino que tan solo responde al hecho cierto y real de que para un mismo puesto se retribuye en cuantía inferior a las mujeres»<sup>38</sup>.

De igual manera, se ha considerado discriminatorio un sistema de promoción profesional determinado en el convenio colectivo de la empresa preferentemente basado en la antigüedad. Por una parte, se constata la existencia de un impacto adverso por la tardía incorporación de mujeres en la empresa. Por otra, la constatación de la ausencia de justificación del factor antigüedad a los efectos de la promoción profesional, sin que se haya implantado un sistema de concurso oposición, aunque la empresa alegue, en ese sentido, que hubo un intento<sup>39</sup>.

En el caso del devengo de un derecho retributivo, o de una promoción profesional con incidencia retributiva, no se considera una situación vinculada al embarazo o a la maternidad. En este sentido, se han considerado discriminatorias, por una parte, la exclusión del periodo de licencia de maternidad a efectos del cálculo del complemento de productividad<sup>40</sup>. Por otra, la exclusión del periodo de riesgo durante el embarazo y del periodo de licencia de maternidad a efectos de promoción a un superior nivel retributivo, independientemente que dicha exclusión se estableciera en el convenio colectivo aplicable<sup>41</sup>.

En relación a un complemento personal establecido de manera transitoria en el convenio colectivo aplicable se ha determinado que una trabajadora no

---

<sup>37</sup> STSJ de Cataluña, de 14 de marzo de 2008, rec. núm. 2371/2008.

<sup>38</sup> STSJ de Galicia, de 29 de mayo de 2014, rec. núm. 523/2014.

<sup>39</sup> STSJ de Cataluña, de 16 de diciembre de 2013, rec. núm. 5003/2013.

<sup>40</sup> STSJ de Madrid, de 30 de enero de 2012, rec. núm. 4696/2011.

<sup>41</sup> SSTSJ de Madrid, de 4 de febrero de 2008, rec. núm. 5553/2007, 28 de junio de 2010, rec. núm. 2412/2010, 21 de mayo de 2012, rec. núm. 2587/2012, y 12 de junio de 2013, rec. núm. 1379/2013.

pudo consolidar porque se exigía, para su devengo, la prestación de servicios en domingos y festivos en un número determinado que, al estar de baja por riesgo durante el embarazo y por maternidad, no pudo alcanzar cuando, de no ser estas circunstancias, los hubiera alcanzado atendiendo a los cuadrantes de trabajo<sup>42</sup>.

Asimismo, se ha hecho referencia en cuanto a la guarda legal al manifestar que en «una situación en la que, de una parte, todo el personal del que se deja constancia que ha reducido su jornada de trabajo por guarda legal en el centro de trabajo de la empresa (...) son mujeres (...) de otra parte, la empresa no les reconoce a las mismas ni el exceso teórico de jornada anual, ni por tanto su compensación con días libres, a diferencia de lo que ocurre con los trabajadores que no gozan de jornada reducida por guarda legal (...) (en el que) existan trabajadores masculinos, en igualdad de circunstancia contractual que las mujeres mencionadas, también con jornada reducida, que estén en la situación de falta de compensación de exceso de jornada»<sup>43</sup>.

Alguna sentencia recuerda el contenido del artículo 43 de la LOI<sup>44</sup>, en cuanto a la promoción de la igualdad en la negociación colectiva, al señalar que a través de la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres<sup>45</sup>. Recordatorio que indica a consecuencia de un supuesto en que una trabajadora reclama el derecho a cubrir la plaza de técnico gestor del Servicio de Prevención Mancomunado, cuya oferta se convocó por la empresa, siendo, finalmente, asignada a otro candidato. Teniendo en cuenta que la consultora externa encargada de gestionar el proceso

---

<sup>42</sup> SSTJS de Madrid, de 15 de diciembre de 2014, rec. núm. 776/2014, y de 21 de enero de 2015, rec. núm. 774/2014.

<sup>43</sup> STSJ de Castilla La Mancha, de 27 de enero de 2014, rec. núm. 841/2013.

<sup>44</sup> Artículo 43 LOI: «De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres».

<sup>45</sup> Ni en las normas ni en las bases que las invocan se contiene regla alguna que autorice a establecer una reserva especial de puestos de trabajo para las mujeres al margen de los principios de mérito y capacidad; las cuotas en el derecho laboral siguen estando prohibidas tanto en el derecho europeo como en el derecho español, lo que comporta que se haya impedido establecer una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas a favor de las mujeres, ya sea asignando un número o porcentaje en la convocatoria ya sea atribuyendo puntos o calificaciones especiales para los grupos a los que se quiere favorecer. Las medidas de acción positiva a favor de las mujeres, previstas en la ley o en la negociación colectiva, para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, no autorizan a la realización de acciones de «discriminación inversa», generando un desequilibrio contrario al que se trata de paliar, y por tanto está prohibido por la Ley, por resultar una medida desproporcionada, dar preferencia a una mujer sobre el varón en la competencia para la cobertura de un puesto de trabajo, si la primera tiene menos méritos que el segundo. STSJ de Asturias, de 20 de diciembre de 2010, rec. núm. 2655/2010.

de selección de candidatos para la plaza ofertada (tras haber hecho una valoración razonada de todos los méritos y titulaciones de las personas candidatas de acuerdo con la convocatoria) estimó que la trabajadora y el candidato seleccionado estaban en condiciones de igualdad curricular y méritos —empate— para el acceso a la plaza a cubrir, la empresa debió aplicar la previsión del artículo 37 (acción positiva de género) del convenio aplicable, dado que la candidata reunía el requisito de ser mujer aspirante a un puesto infrarrepresentado por el sexo femenino (un 41 % de mujeres).

Lo anterior no queda neutralizado por el hecho de que la titulación universitaria técnica requerida fuera «preferiblemente» la de ingeniero técnico industrial, ya que la trabajadora (Ingeniera Técnica de Telecomunicaciones) disponía de una titulación equivalente, ni porque la doctrina del Tribunal Supremo establezca que las condiciones de la convocatoria no impugnada son la ley del concurso y, por tanto, la mera participación en la convocatoria sin impugnar sus bases implica aceptación tácita de todos sus términos. Ello es así porque no se eliminan o cambian las bases de la convocatoria, sino que se ponderan de acuerdo con el informe emitido por la propia consultora externa que determinó que la trabajadora y el otro candidato eran igualmente adecuados para el puesto a cubrir<sup>46</sup>.

Bajo este contexto, y, en definitiva, el objetivo de infrarrepresentación femenina no puede ser olvidado a la hora de efectuar una correcta valoración de méritos y capacidades de la trabajadora en relación con el candidato seleccionado, en vista que permite detectar discriminaciones indirectas en la fase previa de valoración; es decir, con anterioridad a la aplicación, en su caso, de la acción positiva de género. Hay que recordar que las discriminaciones indirectas son las modalidades discriminatorias más abundante en el siglo XXI y también visibiliza aquellas discriminaciones opacas o infravaloradas, que en muchas ocasiones aparecen soterradas bajo estereotipos y prejuicios banalizados en una sociedad que tan solo ha sido capaz de conquistar, hasta el momento, la igualdad formal. Esta nueva forma de discriminar, indirecta y más sutil, se oculta muchas veces tras decisiones aparentemente neutras que discriminan por razones de género perpetuando; por ejemplo, la infrarrepresentación de las mujeres en determinados puestos de trabajo. Y ello tiene su reflejo incuestionable en la brecha salarial existente entre hombres y mujeres<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Los planes de Igualdad de las empresas, y la inclusión en los mismos de actuaciones concretas para promover la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben ser una herramienta real y no formal. STSJ de Canarias, de 25 de julio de 2017, rec. núm. 520/2017.

<sup>47</sup> STSJ de Canarias, de 25 de julio de 2017, rec. núm. 520/2017.

En el supuesto de una trabajadora despedida a la que se le venía reconociendo un salario sustancialmente inferior con respecto al resto de sus compañeros de trabajo, varones, en base a un trabajo de similar categoría y de igual valor (responsables de departamento). Se ha dispuesto que ante el indicio discriminatorio aportado por la trabajadora, consistente en la prueba de haber percibido unas retribuciones salariales inferiores a las de los otros cuatro trabajadores, debe ser la empresa la que acredite que esa diferencia retributiva, ostentando una categoría profesional y cualificación similar, tiene una justificación objetiva y razonable y ajena a todo propósito discriminatorio. En este caso, concurre la vulneración, dado que no se ha concretado ni especificado en qué medida el departamento de la trabajadora pudiera tener menos atribuciones o responsabilidades que el resto<sup>48</sup>.

Para un mejor entendimiento de la sentencia, se destaca que la trabajadora durante los años 2014, 2015 y 2016 ha percibido unas retribuciones sustancialmente inferiores a la de los otros cuatro responsables de departamento de la empresa demandada, todos ellos varones, dado que en el año 2014 aquella percibió un total de 37.897,60 euros, mientras que el resto de sus compañeros de idéntica categoría percibieron unas retribuciones comprendidas entre los 39.622,56 euros y los 41.122,64 euros, incrementándose dichas diferencias en el año 2015 (la trabajadora percibió 37.897,60 euros frente a los 42.022 euros de sus compañeros) y en el año 2016 (38.047 euros de la trabajadora frente a 43.650,04 euros de uno de sus compañeros y 48.950,12 euros de los tres restantes).

Por tanto, resulta incuestionable que la trabajadora durante los últimos años ha percibido unas retribuciones salariales inferiores a la de los otros cuatro responsables de departamento de la empresa, todos ellos varones, por lo que ante esos indicios discriminatorios, debe ser la empresa la que acredite que esa diferencia retributiva de la actora respecto de sus compañeros varones, que ostentan una categoría profesional y cualificación similar y desempeñan puestos de trabajo de igual valor (responsables de departamento), tiene una justificación objetiva y razonable y ajena a todo propósito discriminatorio. Esa justificación no se ha producido en la sentencia que se comenta, ya que el empresario se limita a señalar que la trabajadora en años muy anteriores llegó a percibir retribuciones incluso superiores a las del resto de los responsables de departamento, al igual que los diferentes departamentos tienen distintos cometidos y responsabilidades y que existen otros responsables de la empresa (los delegados territoriales) entre los cuales los varones reciben menos retribucio-

---

<sup>48</sup> STSJ de Andalucía, de 14 de febrero de 2018, rec. núm. 2089/2017.

nes que sus homólogas del género femenino. Ello en modo alguno, según el juzgador, puede suponer esa justificación objetiva y razonable del diferente trato salarial dispensado a la trabajadora durante los últimos años, máxime si tiene en cuenta que no se ha concretado ni especificado en qué medida el departamento de la aquella tiene menos atribuciones y responsabilidades que el resto de los departamentos de la empresa; y, que en el supuesto que se comenta, no se imputa al empresario una discriminación por razón de sexo respecto de todas las trabajadoras de la empresa, sino única y exclusivamente respecto de la trabajadora en cuestión <sup>49</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Las principales causas de la discriminación salarial devienen, entre otros factores, por la discriminación en el lugar de trabajo, la infravaloración del trabajo y las capacidades de las mujeres, la escasa presencia de mujeres en puestos directivos y la conciliación de la vida laboral y familiar. Todo ello, por tanto, produce un fuerte impacto negativo tanto en los salarios de las mujeres como en su desarrollo profesional.

Como ha podido evidenciarse en los apartados anteriores, la jurisprudencia, como no puede ser de otra manera, se ha hecho eco en evitar que se produzca la discriminación salarial entre mujeres y hombres. Bajo este contexto se señalan las principales conclusiones que se han obtenido del análisis de las sentencias estudiadas:

*a)* Para apreciar si unos trabajadores realizan el mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, 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 trabajadores se encuentra en una situación comparable.

*b)* En principio, al trabajador que se considera víctima de una discriminación por razón de sexo, especialmente, la salarial debe demostrar que se dan las condiciones que permiten presumir la existencia de una desigualdad de retribución; y si aporta la prueba existirá una apariencia de discriminación, incumbiendo, en tal caso, al empresario la prueba de que no ha habido violación del principio de igualdad de retribución.

---

<sup>49</sup> Ídem.

c) El juicio de igualdad solo puede realizarse sobre la comparación entre situaciones que puedan considerarse iguales.

d) La estadística es un medio revelador de la existencia de discriminación indirecta; es decir, constituye una decisiva fuente de indicios de discriminación indirecta. Por tanto, es un elemento esencial para determinar la existencia de discriminación salarial entre mujeres y hombres.

e) En los supuestos en que existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas, y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde plenamente al empleador la carga de poner de manifiesto los citados criterios que excluyan cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de dicha diferencia.

f) El parámetro de igualdad no es la identidad de tareas, sino la igualdad de valor del trabajo; único elemento que es relevante a estos efectos para captar la razonabilidad, o no, de una diferencia retributiva.

g) En la valoración del trabajo, además, ha de garantizarse y exigirse, por tanto, que los propios criterios de evaluación del trabajo no sean, por sí mismo, discriminatorios.

h) La prohibición de discriminación por sexo en materia salarial se ignorará cuando se produzca una hipervaloración de trabajos en los que solo se tomen en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos, en detrimento del otro.

i) En el caso del devengo de un derecho retributivo, o de una promoción profesional con incidencia retributiva, no se considera una situación vinculada al embarazo o a la maternidad. En este sentido, se considera discriminatorio, por una parte, la exclusión del periodo de licencia de maternidad a efectos del cálculo del complemento de productividad. Por otra, la exclusión del periodo de riesgo durante el embarazo y del periodo de licencia de maternidad a efectos de promoción a un superior nivel retributivo, independientemente que dicha exclusión se estableciera en el convenio colectivo aplicable.

j) La discriminación indirecta es la modalidad discriminatoria más abundante, que, a su vez, visibiliza aquellas discriminaciones opacas o infravaloradas, que en muchas ocasiones aparecen soterradas bajo estereotipos y prejuicios banalizados en una sociedad que tan solo ha sido capaz de conquistar, hasta el momento, la igualdad formal. Esta nueva forma de discriminar, indirecta y más sutil, se oculta muchas veces tras decisiones aparentemente neutras que discriminan por razones de género perpetuando; por ejemplo, la infrarrepresentación de las mujeres en determinados puestos de trabajo. Y,

ello, tiene su reflejo incuestionable en la brecha salarial existente entre hombres y mujeres.

k) Ante el indicio discriminatorio aportado por la trabajadora, consistente en la prueba de haber percibido unas retribuciones salariales inferiores a las de los otros cuatro trabajadores, debe ser la empresa la que acredite que esa diferencia retributiva, ostentando una categoría profesional y cualificación similar, tiene una justificación objetiva y razonable y ajena a todo propósito discriminatorio.

Hay que destacar, no obstante, que la eliminación de la brecha salarial, como recuerda la Unión Europea, conlleva un conjunto de beneficios<sup>50</sup>. Por una parte, la creación de una sociedad más justa e igualitaria. Por otra, la creación de empleos de calidad, en el que se benefician las empresas los trabajadores y, la propia, economía. Sentando una base para la recuperación y el crecimiento económico. Por último, y las más relevante para el estudio, la disminución del número de procesos judiciales y reclamaciones. Por ello afirma que en una organización en la que se garantiza que los empleados recibirán igual retribución por un trabajo del mismo valor, los empresarios evitarán reclamaciones por discriminación y prácticas laborales injustas. Así se evitará el emplear tiempo y dinero en atender a demandas y procesos judiciales posteriores, como se ha podido comprobar en esta investigación.

El balance, en términos generales, tras diez años de la promulgación de la LOI ha sido positivo a nivel judicial. El juzgador ha hecho cumplir el mandato de la normativa en evitar que se presente y se perpetúe la discriminación salarial de género. No obstante, para evitar que todo ello culmine en el orden judicial se deben implementar acciones positivas en la empresa, o incluso, que el legislador promulgue o reforme la normativa de igualdad como lo han hecho otros países europeos, como más adelante se señalará.

Bajo este contexto, se deben implementar medidas como las cuotas paritarias en puestos directivos, por ejemplo, o la equiparación de los permisos de maternidad y paternidad que permitiría avanzar hacia la equiparación salarial. El empresario tiene que progresar, en términos de igualdad, dado que ya existe una normativa que se debe aplicar.

Son necesarias, por tanto, políticas de igualdad de oportunidades que faciliten la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, y que contribuyan, a su vez, a la permanencia de las mujeres en el mercado laboral y faciliten

---

<sup>50</sup> Comisión Europea, *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, op. cit., pp. 8-9.

su desarrollo profesional. El permiso de paternidad es de poca utilización. Por lo que debería ser obligatorio que se acogiera a dicho permiso. Por ejemplo, en Alemania se incentiva de manera fiscal para que se acojan a este permiso. Asimismo, incita a revelar a las mujeres lo que cobran los hombres de su empresa y exigir la equiparación. Ello coadyuvaría para que las mujeres pudieran conciliar, cada vez más, la conciliación de la vida laboral y familiar.

El legislador español, podría adoptar como ejemplo las políticas realizadas en Islandia, al prohibir por mandato de ley la ilegalidad de las diferencias salariales. Al establecer que un mismo trabajo debe obtener una misma remuneración sin importar el sexo, la identidad de género, el grupo étnico, la identidad sexual, la nacionalidad o la religión. Para ello, cualquier empresa con 25 o más trabajadores deberá certificar la igualdad de salario cada año, por lo que deberán hacer públicos los salarios. En el caso de que un hombre y una mujer reciban una retribución dispar, a pesar de que efectúen el mismo trabajo, la compañía en cuestión se enfrentaría a sanciones económicas. Dicho en otros términos, se exigiría a las empresas que demuestren que sus trabajadores cobren el mismo sueldo por el mismo trabajo realizado, con independencia de su género, etnia, sexualidad o nacionalidad.

En definitiva, el legislador español para combatir de raíz la discriminación salarial entre hombres y mujeres debería adoptar, entre otras, las medidas de Alemania e Islandia. Con ello, además de conseguir los beneficios que se adquieren, ya estudiados anteriormente, para eliminar la discriminación salarial, se subiría en el ranking de los estudios en el análisis de la brecha salarial. Asimismo, debería potenciar las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, favorecer la corresponsabilidad y la permanencia de las mujeres en el trabajo, aumentar la tasa de actividad de las mujeres equiparando los permisos de maternidad y paternidad. Todo ello ayudaría que no se acudiera a la vía judicial.

El informe Global sobre la Brecha de Género, que elabora el Foro Económico Mundial, señala que Islandia ostenta, desde hace casi una década, una de las menores diferencias salariales entre hombres y mujeres. De igual manera, señala que la ralentización de la lucha contra la brecha salarial a nivel global, sin tomar medidas adecuadas, la brecha tardaría dos siglos en cerrarse. España es el vigésimo cuarto país del mundo en temas de desigualdad salarial después de que subiera cinco puestos este año.

La Unión Europea, entre otras medidas, apuesta, por una parte, por herramientas que aumenten la transparencia de los sistemas salariales e identifiquen

la brecha salarial entre hombres y mujeres<sup>51</sup>. Por ello reivindica que la transparencia de los sistemas salariales es un factor crucial para la aplicación de la igualdad salarial, por lo que destaca las herramientas en línea, Logib, implementadas en Alemania, Luxemburgo y Suiza. Herramientas que permiten a las empresas analizar sus estructuras de pagos y personal y comprobar si los empleados de ambos sexos reciben los mismos salarios.

De los resultados que se obtengan permiten elaborar informes que analicen las razones de la brecha salarial entre hombres y mujeres y proponer medidas para luchar contra dichas diferencias. En Austria, por ejemplo, se ha creado una «Calculadora de sueldos y salarios» que facilita información actualizada y de fácil acceso sobre los salarios habituales en un sector o localidad.

Por otra parte, la Unión Europea apuesta por las orientaciones para comprender y aplicar el principio de igualdad salarial, a través de los métodos de evaluación o clasificación de empleos libres de preferencias de género. La evaluación de empleos libre de preferencias de género es muy importante para garantizar que se otorga el mismo valor al trabajo realizado por hombres y mujeres. En Portugal, por ejemplo, se ha elaborado un método para la evaluación de empleos libre de preferencias de género en el sector de la hostelería, en el marco del proyecto denominado «Reevaluación del trabajo para promover la igualdad de género». Instrumento que ha permitido evaluar y comparar los empleos en que predominan los hombres y los empleos en que predominan las mujeres, a fin de determinar si la diferencia salarial entre ellos es resultado de una valoración injusta del trabajo de las mujeres y una discriminación.

## BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN EUROPEA, *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, Unión Europea, Bélgica, 2014.

---

<sup>51</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Cómo combatir la brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 17-21.



# SALUD LABORAL

JOSÉ MANUEL GARCÍA BLANCA

Doctor en Derecho. Abogado

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La LPRL inicial: ¿trabajos iguales, riesgos desiguales?*—III. *La LOI: novedad o retoque normativo.*—IV. *Alcance de las modificaciones de la LOI en la LPRL.* 1. La promoción en la Administración Pública la igualdad en las políticas de seguridad y salud. 2. La protección de la igualdad entre hombres y mujeres en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tras la LOI. 2.1 La protección de la maternidad. 2.2 Punto de partida: ¿existe riesgo para la mujer? 2.3 Adaptación del puesto de trabajo. 2.4 Cambio de puesto o cometido. 2.5 La suspensión del contrato por riesgo por embarazo: exención de la obligación de trabajar. 2.6 Extensión de la suspensión a la situación de lactancia natural (arts. 188 y 189 LGSS). 2.7 La STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto «Otero Ramos» (RTJCE 2017, 194).—*Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha dicho que la diferencia de trato entre el hombre y la mujer reside en la superioridad física del varón sobre la mujer<sup>1</sup> lo que hace

---

<sup>1</sup> Es clásica la cita de STUART MILL contenida en la Exposición de Motivos de la LOI, que justificó la desigualdad intrínseca entre hombres y mujeres. Así «... la adopción del régimen de la desigualdad no ha sido nunca fruto de la deliberación, del pensamiento libre, de una teoría social o de un conocimiento reflexivo de los medios de asegurar la dicha de la humanidad o de establecer el buen orden de la sociedad y el Estado. Este régimen proviene de que, desde los primeros días de la sociedad humana, la mujer fue entregada como esclava al hombre que tenía interés o capricho en poseerla, y a quien no podía oponerse, dada la inferioridad de su fuerza muscular. Las leyes y los sistemas sociales empiezan siempre por reconocer el estado material de las relaciones existentes entre los individuos. Lo que en los comienzos no era más que un hecho brutal, un acto de violencia, un abuso inocuo, llega a ser un derecho legal, garantizado

que deban adoptarse medidas protectoras que garanticen su integridad física. Seguramente esta afirmación ha hecho saltar de la silla al lector, sea jurista o lego en derecho, aunque esta reacción de inmediata sorpresa y rechazo ha sido la tónica durante mucho tiempo lo que justificó que la mujer quedara relegada al trabajo de los hijos y cuidado del hogar, pues el trabajo industrial, era penoso y podría perjudicarla para la procreación (*sic*).

La incorporación de la mujer al trabajo con el devenir de la revolución industrial y el desarrollo de las tesis liberales manifestadas en el capitalismo salvaje de primeros del XIX y el XX, incorporó a la mujer al mercado laboral por lo que además de ser trabajadora, mantuvo su condición de *ama de casa* aunque esto no supuso un reconocimiento adicional, ni profesional, ni salarial, ni mucho menos personal.

Institucionalizada la discriminación laboral (y la familiar) solo quedaba dar cobertura legal a esta distinción y qué mejor motivo que acudir al argumento expuesto de la mayor fuerza física del hombre frente a la mujer, esto impidió que la mujer pudiera trabajar en algunas labores –mejor remuneradas por otro lado– reservadas a los varones, equiparando su situación a la de los niños y menores. Bajo la óptica de la seguridad y salud de entonces<sup>2</sup> la mujer era conceptuada como *incapaz*<sup>3</sup> para determinados puestos o cometidos y por ello los poderes públicos dictaron normas *protectoras de la mujer* donde se estableció una lista de trabajos prohibidos, tanto por ser nocivos, como por ser peligrosos, y otros que solo podían ser ejecutados una vez cumplida una edad<sup>4</sup>. El Decreto de 26 de julio de 1957 es el exponente más claro de esta discriminación, pues bajo el paraguas de una *protección* normativa específica, a la mujer impedía *de facto* el desempeño de muchas actividades para las que no existía razón objetiva (ni profesional, ni física) que impidiera su ejecución<sup>5</sup>. Otras normas de corte laboral dictadas con posterioridad mantuvieron, de for-

---

por la sociedad, apoyado y protegido por las fuerzas sociales, que sustituyeron a las luchas sin orden ni freno de la fuerza física». STUAR MILL, J., *De la libertad. Del gobierno representativo y la esclavitud femenina*. «La esclavitud Femenina», Tecnos, Madrid, 1965, pp. 368 y 369, citado por MONTOYA MELGAR, A., «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 13/2000, <https://insignis.aranzadidigital.es>, pp. 1 y ss.

<sup>2</sup> Utilizaremos este término mucho más amplio que el de *prevención de riesgos laborales*, obviando el caduco de *seguridad e higiene en el trabajo*. Sobre esta evolución, Vid. MONTOYA MELGAR, A. y PIZA GRANADOS, J., *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*, Ed. McGraw Hill, Madrid 2000, pp. 23 y ss.

<sup>3</sup> La *incapacidad de la mujer* es un concepto que se rechaza de la simple lectura de la Exposición de Motivos de la LOI pues esta norma pretende lograr «la perfecta igualdad (de la que) no admitiera poder ni privilegio para unos, ni *incapacidad* para otros» (la cursiva es nuestra).

<sup>4</sup> Decreto de 26 de julio de 1957, sobre Industrias y Trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres (BOE n.º 217, de 26 de agosto).

<sup>5</sup> Resulta llamativo que esta norma permaneciera vigente tras la entrada de la Constitución de 1978, y que hubiera que esperar a la LPRL [Disposición Derogatoria Única, letra b)].

ma sorprendente, esta discriminación incluso en el marco de normativa internacional, así la Ley de 21 de julio de 1961, sobre Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer, ratificada por España en el seno del Convenio OIT n.º 45 y 111 y en la Carta Social Europea. Con posteridad la Ley de Relaciones Laborales, incluso, el propio Estatuto de los Trabajadores, mantuvieron esta *desigualdad legal* instaurada por el Decreto de 1957 amparando de hecho esa discriminación.

Hubo que esperar a que el Tribunal Constitucional examinara la situación –el debate suscitado en el procedimiento fue si las mujeres podían trabajar al igual que los hombres en las minas y si la prohibición legal de acceso a las mujeres era, o no, constitucional– y dictara sentencia n.º 2229/1992 (RTC 1992, 229) declarando que esa prohibición era inconstitucional salvo en los casos de maternidad y lactancia, lo que motivó la denuncia por el Estado Español de la regla contenida en la Carta Social Europea y posibilitó la promulgación de la LPRL que derogó el Decreto de 1957.

## II. LA LPRL INICIAL: ¿TRABAJOS IGUALES, RIESGOS DESIGUALES?

La LPRL supuso un cambio en el enfoque normativo de las condiciones de trabajo de la mujer pues superó el concepto restringido del trabajo prohibido *por ser mujer* y se centró en el análisis de la identificación de los puestos *en los que trabajaba la mujer*, aunque no desde una perspectiva de género, sino, por su posible maternidad y lactancia. La *protección normativa* –insistimos en este término– que la LPRL da a la mujer lo hace por el/los riesgo/s que existen en el puesto de trabajo y los daños que puede/n causar a la madre en el parto o en la lactancia, pero omite cualquier referencia al género o a la igualdad de la mujer y el hombre en el análisis del puesto de trabajo.

Es decir, a pesar de que la LPRL, trasponga la Directiva Marco 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo<sup>6</sup> e incorpore después la Directiva 92/85/CEE, relativa a la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas<sup>7</sup>, su enfoque no se realiza desde la «desigualdad intrínseca» que existe entre ambos sexos o si se prefiere desde el análisis de las diferencias entre las condiciones, situaciones, y necesidades de las mujeres y los hombres, sino desde la «eva-

<sup>6</sup> DOCE n.º 183, de 29 de junio de 1989.

<sup>7</sup> DOCE n.º 348, de 28 de noviembre de 1992.

luación e identificación del riesgo» y la adopción de las medidas necesarias tendentes a su desaparición o minoración de los efectos perjudiciales que puede aparejar para la salud de los trabajadores, si bien, como excepción reconoce que existen ciertas excepciones en lo que define como «trabajadores especialmente sensibles» lo que lleva a cabo en los artículos 25 y 26 LPRL.

Estos dos preceptos vertebran la *protección* inicial a la que el empresario está obligado cuando, realizada la evaluación de riesgos laborales, se detectan riesgos y condiciones (art. 4.2.º y 7.º LPRL) que pueden afectar a la capacidad procreadora y descendencia de los trabajadores, tanto mujeres como hombres, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos, y biológicos que desarrollen efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación tanto relacionados con la fertilidad, como en el desarrollo de la descendencia (art. 25 LPRL)<sup>8</sup>. Por su parte el artículo 26 LPRL bajo la rúbrica «protección de la maternidad» despliega un conjunto de derechos hacia la madre<sup>9</sup> trabajadora creadores de una «desigualdad normativa» necesaria, para cubrir lagunas pasadas y acomodar la norma a la situación actual<sup>10</sup>, lo que se cobra sentido –aunque con luces y sombras– si apreciamos el carácter dinámico de la Seguridad y Salud en el Trabajo que adopta un concepto de salud laboral mucho más amplio que el simple bienestar físico<sup>11</sup>.

El empresario a la vista de esta obligación debía, y debe, contemplar en su evaluación de riesgos laborales la naturaleza, grado y duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a los riesgos o condiciones de trabajo que puedan afectar negativamente en su salud o del feto, en cualquier actividad con riesgo específico<sup>12</sup>.

Este es el marco normativo básico que la mujer trabajadora tenía previo a la publicación de la LOI.

---

<sup>8</sup> Vid. artículo 15 Directiva 89/391/CEE.

<sup>9</sup> Se ha criticado la visión reducida que el artículo 26 LRPL ofrece solo de la salud sexual y reproductora como una cuestión exclusivamente ligada a las mujeres, cuando lo cierto es que el hombre también tiene derecho a ser protegido frente a los riesgos de su salud reproductora, Vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración-Serie Derecho del Trabajo*, n.º 53 (2004), p. 153.

<sup>10</sup> El artículo 26 fue modificado por el artículo 10 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; posteriormente dicho artículo ha sido modificado por la disposición adicional duodécima de la LOI. Previamente a tales reformas se acudió a la aplicación directa de la directiva (SSTJCE de 12 de julio de 1970, caso Foster y 19 de noviembre de 1991 (RTJCE 1991, 296), caso Francovich; o STS de 13 de junio de 1991, RJ 1991, 5147).

<sup>11</sup> Véase para este análisis, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.* pp. 151 y ss.

<sup>12</sup> Artículo 26.1 LPRL.

### III. LA LOI: NOVEDAD O RETOQUE NORMATIVO.

La modificación que la Disposición Adicional Duodécima de la LOI<sup>13</sup> realiza de la LPRL pudiera hacer pensar que no es relevante incluso cosmética –introduce ciertas obligaciones a la Administración Pública (art. 5.4), y adapta una situación de hecho anterior, riesgo por embarazo que ahora se define como profesional (art. 26.2)–, aunque introduce un supuesto nuevo susceptible de protección –lactancia natural– (art. 26.4).

Sin embargo, basta una lectura de la Exposición de Motivos –algo que no se suele hacer con frecuencia por el operador jurídico– para comprobar el calado y alcance de la reforma y cómo, la *perspectiva de género*, se alza como un elemento básico que debe inspirar a partir de ahora no solo aquellos aspectos inherentes a la producción, sino también, a toda la organización empresarial entendida ésta *latu sensu*. Este nuevo enfoque es trascendental, pues el empresario tendrá que desarrollar toda su actividad con respeto absoluto hacia los principios de igualdad entre hombre y mujeres, y además, y por lo que a la seguridad y salud se refiere, tendrá que eliminar todas aquellas barreras que supongan una discriminación en el trabajo por la *condición de mujer*. Precisamente por esta circunstancia estará obligado a establecer medidas diferenciadoras que tengan en cuenta los riesgos específicos del puesto de trabajo para la mujer y que puedan afectar a aspectos nucleares de la condición femenina, tales como la maternidad o la lactancia<sup>14</sup>.

La novedad más significativa de la LOI es que el *género* se inserta en la organización empresarial como un elemento, o principio a tener en cuenta, superando un enfoque proteccionista<sup>15</sup> y diferenciador entre el hombre y la mujer.

<sup>13</sup> La LOI incorpora al ordenamiento español la Directiva 2002/73/CE (de reforma de la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, así como la Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro).

<sup>14</sup> Vid. GUERRERO DOMÍNGUEZ, C. y QUINTERO LIMA, M.<sup>a</sup> Gema, «La Ley de igualdad y la prevención de riesgos laborales: Nueva protección social de los (nuevos y no tanto) riesgos laborales», pp. 225 y ss., en *La Ley de igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007, Lex Nova. Lo que no significa que una diferencia de trato fundamentada en una característica relativa al sexo sea siempre discriminación, si ello es un requisito para la actividad profesional, y el requisito es proporcionado, objetivo y legítimo (art. 5 LOI).

<sup>15</sup> Sobre la necesidad de eliminar las medidas pseudo proteccionistas que contempla la LPRL pues, en realidad, con ello se discrimina a la mujer. Vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *op. cit.*, p. 153. No en vano la LOI pretende combatir «obstáculos y estereotipos sociales» que han impedido e impiden a la mujer alcanzar la igualdad, por eso y según proclama la Exposición de Motivos, es seña de identidad y principio fundamental su carácter transversal, y su pretensión de erigirse en una Ley-Código de igualdad entre mu-

La LOI incide en el ámbito de la salud laboral rechazando cualquier enfoque que permita establecer una distinción entre el hombre y la mujer por el simple origen del riesgo, o por la necesidad de otorgar mayor protección a la mujer, aunque, si bien, en última instancia, esta se otorga, ello no lo es por establecer una mayor protección a la mujer, sino por reconocer que la identidad femenina, el género femenino, es origen de un trato normativo distinto por el carácter intrínseco femenino que posee la maternidad y que fundamenta una desigualdad en la igualdad<sup>16</sup>.

No existen diferencias en la garantía que los trabajadores tienen frente a cualquier riesgo laboral. El trabajo es el mismo tanto para el hombre como para la mujer, por lo que desde la perspectiva de la LOI, no es lícito establecer distinciones a priori, en función de la mayor o menor posibilidad de que un puesto vaya a ser ocupado, más o menos, por hombres o por mujeres. La evaluación de riesgos laborales es ajena a esta consideración, y por eso hay que contemplar los factores específicos que provocan el riesgo y el daño de forma indeterminada sin pensar si ese puesto está siendo ocupado por un hombre o una mujer, y de serlo, si la mujer está o no embarazada o es lactante. Por tanto, tras la LOI, el análisis de la evaluación de riesgos, no puede serlo desde la óptica del puesto o función, sino desde el género, o si se prefiere, siendo neutral en el examen de los riesgos del puesto salvo cuando este análisis introduzca una diferenciación intrínseca y objetiva que permita diferenciar, limitar, o prohibir, el trabajo a trabajador/a que ocupa ese puesto. Véase como este análisis no antepone el sexo al puesto de trabajo, estableciendo limitaciones o prohibiciones de trabajar, sino que, determinadas circunstancias biológicas diferenciadoras –embarazo, parto y lactancia– que poseen un componente intrínsecamente femenino, exigen un tratamiento diferenciado en cualquier tratamiento general en materia de salud laboral en virtud de la igualdad de trato y oportunidad entre el hombre y la mujer<sup>17</sup>.

Cualquier otro enfoque es discriminatorio.

Cobra así pleno sentido el carácter profesional de las contingencias protegidas a partir de ahora –riesgo de embarazo o lactancia natural– a las que no

---

jeros y hombres, proyectando el principio de igualdad sobre «cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas políticas, civil, laboral, económica, social y cultural» (art. 1).

<sup>16</sup> Antes de la LOI la legislación no protegía a la mujer trabajadora sino solo aquella que se encontraba en situación de embarazo, parto, o lactancia, lo que constituía, por sí, una situación discriminatoria. Magistralmente expresado por MONTOYA MELGAR, A., *op. cit.*, p. 4.

<sup>17</sup> Con acierto se ha indicado que otras circunstancias propias de la mujer, y en el marco de las evaluaciones de riesgos, se les ha prestado poca atención. MARTÍNEZ GAYOSO, M.<sup>a</sup> Nieves, *op. cit.*, p. 204.

nos referiremos por tratarse en otro capítulo de este libro, sino tan solo indirectamente<sup>18</sup>.

#### IV. ALCANCE DE LAS MODIFICACIONES DE LA LOI EN LA LPRL

##### 1. La promoción por la Administración Pública la igualdad en las políticas de seguridad y salud

La disposición adicional 12.<sup>a</sup> de la LOI añade un apartado al artículo 5 con el número 4, imponiendo a las Administraciones Públicas un impulso y control en las políticas preventivas en materia de seguridad y salud en el ámbito empresarial.

Amén de establecer como objetivo general la consecución de la igualdad efectiva (gran principio), se pretende con este objetivo, y a través de la obtención de datos sobre nuevos riesgos y daños en el trabajo, la formación de un repositorio de evidencias que permitan posteriormente adoptar por las empresas medidas tendentes a evitar daños a la mujer. Las Administraciones Públicas deben desplegar su actuación en un doble sentido, por un lado, frente al empresario, adoptando medidas de control, vigilancia, y examen, en los documentos preventivos, exigiendo que en sus evaluaciones de riesgos laborales incorporen el análisis de aquellos riesgos específicos por razón de género que pueda afectar a los trabajadores sensibles, pero, también, aquellos otros que con independencia del hecho diferenciador de la maternidad puedan incidir en la mujer y que provoque una desigualdad real y material. Esto supone que a partir de la LOI las evaluaciones de riesgos no deben realizarse según el puesto de trabajo que desempeña la trabajadora, sino atendiendo a las tareas o funciones que ejecuta, es decir, a su trabajo real<sup>19</sup>.

Este examen es trascendental puesto que en función de la técnica estadística y del control que las Administraciones Públicas lleven al efecto, se podrá detectar si situaciones que hasta la fecha eran consideradas como contingencias comunes son, por el contrario, profesionales y si el riesgo que ha creado esa situación afecta, por su condición de mujer, a su salud, lo que permitirá

<sup>18</sup> Artículos 134 y 135 – riesgo en el embarazo y 135 bis y ter – riesgo durante la lactancia– LGSS, incorporados a por la disposición adicional decimoctava.6 LOI, actuales artículos 186 y 187 (riesgo en el embarazo) y artículos 188 y 189 (lactancia natural) de la actual LGSS, RDL 8/2015, de 30 de octubre. El desarrollo reglamentario, como es sabido, se lleva a cabo mediante el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

<sup>19</sup> Vid. GUERRERO DOMÍNGUEZ, C. y QUINTERO LIMA, M.<sup>a</sup> Gema, *op. cit.*, p. 228.

establecer una distinta valoración –que no protección– atendida esa diferenciación en el género. Tan solo este examen permitirá una tutela plena del embarazo, de la maternidad, y de la lactancia, como inicio de una garantía más amplia de cualquier otro riesgo que pueda afectar la mujer<sup>20</sup>.

## 2. La protección de la igualdad entre hombres y mujeres en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tras la LOI

### 2.1 LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

El artículo 25 LPRL<sup>21</sup> establece la obligación del empresario de proteger a aquellos trabajadores que por sus características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, lo que tendrá que llevarse a cabo adoptando medidas *especiales y distintas* de las previstas con carácter general. Se trata de una obligación empresarial adicional al genérico deber de protección previsto en el artículo 14.1, párrafo 2.º, LPRL cuya naturaleza contractual permite al trabajador exigir dicha protección (art. 19 ET), y que cobra especial carta de naturaleza en la evaluación de riesgos laborales y la consiguiente planificación preventiva. Se articula mediante la norma un «*hecho diferencial especialmente protegido*», o si se prefiere, «*reforzado*» que se inserta en el derecho del «trabajador sensible»: trabajar de forma igual a pesar de su desigualdad, o si se prefiere, al derecho a que su trabajo –puesto y/o funciones– se adapten a su situación.

Si la evaluación de riesgos es «el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario está en condiciones de tomar una decisión

---

<sup>20</sup> Por eso cobra mucha relevancia los estudios estadísticos que sobre este particular se realicen analizando la siniestralidad desde la perspectiva de género, máxime cuando la mayoría de los datos obtenidos hasta el momento de la publicación de la LOI lo han sido a través de un análisis de la población activa masculina, hecho este inadmisibles, si se quiere dotar de garantía plena a la Norma. *Vid.* GUERRERO DOMÍNGUEZ, C. y QUINTERO LIMA, M.ª Gema, *op. cit.*, p. 229.

<sup>21</sup> Esta obligación ya se recogía en el artículo 15 de la Directiva Marco 89/391/CEE, que exigía a los Estados miembros la necesidad de dispensar una protección prioritaria y singulares condiciones de trabajo a las personas trabajadoras incluidas en los «colectivos especialmente sensibles» (art. 9). La LPLR en este punto traspuso la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, al entender que existen ciertas actividades que poseen un riesgo específico para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, o que se encuentre en un periodo de lactancia, en función de su exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajos peligrosos por lo que era preciso un mecanismo protector superior, aunque ello lo hizo muy defectuosamente. Una crítica implacable en, GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «Evaluación de riesgos laborales y maternidad: el RD 298/2009, de 6 de marzo, o el peligroso hábito normativo de la transposición “por entregas»», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, núm. 143, p. 4.

apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse»<sup>22</sup>, en el proceso evaluador, entre otras cuestiones, deberá tenerse en cuenta las circunstancias subjetivas de la persona que vaya a ocupar cada puesto de trabajo, pues este factor es determinante para apreciar la «especial sensibilidad» a algunos riesgos [art. 16.1 a) LPRL y artículo 5 RSP], y la necesidad de modificar algunos de los resultados objetivos aplicando técnicas estándar.

La evaluación de riesgos no solo tendrá que contemplar los riesgos generales, sino también riesgos específicos, cuya descripción se llevará a cabo en normas, procedimientos, guías técnicas, o protocolos. En su momento, la Directiva 92/85/CEE<sup>23</sup> incorporó en los Anexos I y II una relación no exhaustiva de factores de riesgo relacionados con la maternidad y que fueron sido incorporados a la normativa nacional en RD 39/1997, de 17 de enero, a través de la modificación realizada por el RD 298/2009, de 6 de marzo, que incorporó los Anexos VII y VIII<sup>24</sup>. El examen de los riesgos que se contiene en los Anexos establece un distinto alcance en cuanto a la obligación que se impone al empleador en función de la naturaleza del riesgo o condición, puesto que mientras que los riesgos descritos en el Anexo VII contiene una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia, del feto o del recién nacido con lactancia natural, y cuya exposición pueda generar un riesgo específico; el Anexo VIII, se divide en dos partes la primera A, que incluye una lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo respecto de los que el empresario, una vez conocida su existencia, tendrá que impedir a la trabajadora embarazada, realizar esas actividades, que evaluadas, y con riesgo de exposición supongan un peligro para su salud, seguridad o la del feto; la segunda, B, centrada en las trabajadora en situación de lactancia, establece que si la trabajadora está expuesta a cualquiera de los agentes o condiciones de trabajo enumerados en ese apartado y evaluados por el empleador,

---

<sup>22</sup> Artículo 3.1 RSP.

<sup>23</sup> Son preceptos básicos de dicha norma los artículos 4 (evaluación de riesgos), 5 (consecuencias de los resultados de la evaluación), y 6 (prohibiciones de exposición).

<sup>24</sup> «Lista no exhaustiva de agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural, del feto o del niño durante el período de lactancia natural» (VII) Lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajo a los cuales no podrá haber riesgo de exposición por parte de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia natural (VIII).

deberá dejar de realizar esas actividades –por prohibición expresa– si con ello se pone en riesgo la seguridad o salud del niño durante la lactancia<sup>25</sup>.

El empresario, en definitiva, deberá tener en cuenta aquellos factores de riesgos que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en especial si su trabajo, supone una exposición a agentes físicos, químicos o biológicos, que puedan afectar a la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como en su descendencia, debiendo adoptar por la sola presencia de tales riesgos o condiciones, para que no afecte a la salud de la trabajadora (art. 25.2 LPRL) obligación que además se impone en tanto que se considera a las trabajadoras embarazadas –y lactantes– como «colectivo especialmente sensible» [art. 4.1.b) RSP].

La LOI partiendo del acervo normativo comunitario ha modificado las obligaciones del empleador ante situaciones de riesgo para la mujer, incorporando desde la perspectiva igualitaria nuevas obligaciones derivadas del carácter profesional de las contingencias, aunque persisten algunas de las críticas efectuadas en su momento por la doctrina que, a pesar de la incorporación de la normativa comunitaria a la legislación nacional no han sido resueltas y que traslada al operador jurídico su interpretación, por ejemplo: concepto legal de trabajadora embarazada trabajadora que haya dado a luz, trabajadora en período de lactancia, ausencia de obligación de comunicación por la trabajadora de su estado de embarazo, etc.<sup>26</sup>.

## 2.2 PUNTO DE PARTIDA: ¿EXISTE RIESGO PARA LA MUJER?

El artículo 26 LPRL no define de forma taxativa las contingencias de riesgo durante el embarazo y la lactancia, pero sí que ofrece algunos elementos que permite identificarlos. Se describe la contingencia en términos de «exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto», factores de riesgo que han de concurrir de manera concreta y efectiva en el trabajo desempeñado<sup>27</sup>. La primera obliga-

---

<sup>25</sup> La doctrina ha criticado la defectuosa trasposición de la Directiva 92/85/CEE pues la presencia de agentes y condiciones de trabajo del Anexo II por expresa exigencia de la norma comunitaria (art. 6) impedía la búsqueda de una adaptación del puesto –ex artículo 26 LRPRL actual– debiendo pasar al segundo nivel, movilidad o suspensión de la relación laboral. *Vid.* GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *op. cit.*, p. 17.

<sup>26</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *op. cit.* p. 159.

<sup>27</sup> STS de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3553).

ción será identificar si existe un riesgo para la mujer, su hijo, o el feto<sup>28</sup>. El objetivo es que la mujer trabajadora embarazada no incremente su riesgo propio común con ocasión o consecuencia de la actividad laboral, donde no se requiere que se actualice el daño efectivo, sino que basta con que se aprecie un riesgo específico para el embarazo, de ahí que no sea invocable el riesgo genérico que pueda tener cualquier actividad para justificar la protección (sobre este se volverá)<sup>29</sup>. Para eso es preciso seguir las siguientes fases:

a) Evaluar e identificar los riesgos (arts. 14 y 16 LPRL)<sup>30</sup>.

Es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo<sup>31</sup>, por lo que la evaluación de riesgos realizada por el servicio de prevención de la empresa es el medio idóneo para ello, aunque no cabe confundir esta actividad preventiva con meros documentos genéricos sobre riesgos, sino que consiste en un estudio específico del puesto de trabajo en concreto y de los trabajadores, por lo que cobra razón de ser el mandato impuesto a los Servicios de Prevención propios o ajenos de determinar en las evaluaciones de riesgos este aspecto [arts. 4.1.b) RSP] y a su vez, la obligación empresarial de acomodar el puesto o la jornada –si procede– a la nueva realidad biológica de la trabajadora (arts. 25 y 26.1 LPRL)<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Sobre la situación de riesgo en el embarazo *Vid.* SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de la Seguridad Social*. Ed. Aranzadi, 2002.

<sup>29</sup> STSJ de Castilla y León/Burgos, de 18 de noviembre de 2016 (AS 2016, 17), a modo de ejemplo.

<sup>30</sup> El Anexo I de la Directiva 92/85/CEE contempla una lista «no exhaustiva» de agentes físicos (chocos, vibraciones, cargas pesadas, ruido, frío y claro extremos, etc...), químicos (mercurio, monóxido de carbono, etc.) y biológicos (microorganismo, cultivos celulares y endoparasitarios humanos) que pueden afectar a la salud de la mujer y que deben ser complementados con otros recogidos en otras muchas normas. A título también de ejemplo, puede verse el listado que figura en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE (fabricación de auramina, exposición a hidrocarburos, o procesos de calcinación y afinado electrónico, fabricación de alcoholes, etc.) o determinadas condiciones de trabajo (minería subterránea). No obstante, téngase en cuenta que el listado de materias es enunciativo y no constituye una relación cerrada, por todas, STSJ de Navarra de 27 de diciembre de 2012 (AS 2012, 237).

<sup>31</sup> SSTs de 17 (3) de marzo de 2011 (RJ 2011, 3421) (RJ 2011, 3424) (RJ 2011, 3423), 18 (4) de marzo de 2011 (RJ 2011, 3552) (RJ 2011, 3552) (RJ 2011, 5812) y (RJ 2011, 5811), 17 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3421), 3 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4500) y 21 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7060); 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1467), 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5116), 21 de junio de 2012 (RJ 2012, 8964), y 21 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3825); 24 de junio de 2013 (RJ 2013, 6110), 13 de marzo de 2015 (RJ 2015, 4275). En sede de publicación pueden verse las SSTSJ de Madrid de 20 de enero de 2016 (AS 2016, 390), 18 de abril de 2016 (AS 2016, 791), 19 de diciembre de 2016 (AS 2016, 1809), 24 de abril de 2017 (JUR 2017, 153372); STSJ de Galicia de 13 de febrero de 2014 (AS 2014, 487), 26 de enero de 2015 (AS 2015, 614), 18 de abril de 2016 (AS, 2016, 791), 17 de febrero de 2017 (AS 2017, 188); STSJ de Castilla y León/Burgos de 18 de noviembre de 2016 (AS 2016, 17); STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2016 (AS 2016, 394); STSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de marzo de 2014 (AS 2014, 1062), 8 de enero de 2015 (AS 2015, 502); STSJ de Navarra de 19 de diciembre de 2014 (AS 2014, 519); STSJ de Asturias de 29 de noviembre de 2013 (AS 2013, 3147).

<sup>32</sup> Un supuesto de incumplimiento de las recomendaciones del órgano preventivo y la condena a la empleadora por vulnerar la integridad física al omitir la propuesta de cambio acordada por el servicio de prevención, puede verse en la STSJ de Madrid de 20 de enero de 2016 (AS 2016, 390).

El hombre y la mujer no son iguales por lo que la estandarización es incompatible con la igualdad<sup>33</sup>, y por ende, acudir a modelos generales de evaluación de riesgos donde se parta como punto de origen de la masculinidad de gran parte de las plantillas dará lugar a evaluaciones erróneas –en parte– insuficientes y discriminatorias respecto de las mujeres, pues existirá un déficit de protección.

b) Concretar, en función de la evaluación, qué puestos entrañan riesgos y qué actividades o condiciones generan esos riesgos y cuáles están prohibidos<sup>34</sup>. Conforme a lo anterior el empresario deberá adoptar las medidas que fueran precisas para evitar la exposición al riesgo y para que las condiciones de trabajo no afecten a su salud, lo que se llevará a cabo a través de una adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de exposición de la trabajadora. Es importante destacar la doble obligación que surge para el empresario pues existen condiciones de riesgos respecto sobre las que podrá actuar *minorando el riesgo*, pero existen otras sobre las que no cabe actuación alguna debido a que existe una prohibición absoluta de exposición<sup>35</sup>.

No obstante el análisis de la situación de riesgos es casuístico sin que sea posible establecer de forma automática cuándo en presencia de un agente o condición existe una situación de riesgo, o cuando no. A título de ejemplo podemos enumerar los siguientes casos:

- Trabajadora operaria acolchadora cuyo puesto requiere mover y levantar rollo de 50 kg<sup>36</sup>.
- Trabajadora oficial metalúrgica embarazada de gemelos<sup>37</sup>.
- Trabajos en cámara frigorífica<sup>38</sup>.
- Dependienta que debe permanecer largos periodos en bipedestación y deambulación prolongada en su puesto de trabajo, estando diagnosticada de embarazo de alto riesgo por fecundación in vitro<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> MARTÍNEZ GAYOSO, M.<sup>a</sup> Nieves, *Prevención de Riesgos Laborales, Igualdad entre Hombres y Mujeres y Negociación colectiva en la CAV*, Lan Harremanak /23 (2010-II), p. 200.

<sup>34</sup> Según la descripción de actividades contenida en los Anexos VII y VIII RSP.

<sup>35</sup> *Vid.* Anexo VIII RSP.

<sup>36</sup> STSJ de Aragón de 18 de noviembre de 2002 (AS 2002, 3351).

<sup>37</sup> STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2004 (AS 2004, 2312).

<sup>38</sup> STSJ de Madrid de 16 de marzo de 2009 (AS 2009, 2502).

<sup>39</sup> STSJ de Canarias de 29 de abril de 2016 (AS 2016, 1409).

— Empleada de pescadería que tiene que levantar a lo largo de la jornada y de forma repetida peso y cuyo embarazo deriva de un proceso de fecundación *in vitro* por una situación de esterilidad de origen desconocido<sup>40</sup>.

— Peluquera que tiene que permanecer muchas horas en bipedestación<sup>41</sup>.

— Enfermera de la unidad de reanimación en cuyo puesto existen factores de riesgo con exposición a agentes físicos, biológicos y químicos y concurrencia de psicosociales<sup>42</sup>.

— Enfermera de urgencia que trabaja en una UVI móvil con riesgo a agentes biológicos y sin posibilidad de cambio<sup>43</sup>, o que está destinada en el servicio de hematología<sup>44</sup>.

— Enfermera con trabajos a turnos<sup>45</sup>.

— ATS/DUE que realiza guardias, y que está expuesta a agentes biológicos y patógenos, a radiaciones ionizantes, y gases anestésicos, no siendo posible su cambio<sup>46</sup>.

— Técnico destinada en el servicio de radiología<sup>47</sup>.

— Conducadora de camión de recogida de basuras con trabajo nocturno sin posibilidad de cambio y continuado expuesta a riesgo biológico y químico<sup>48</sup>.

— Conducadora de una ambulancia<sup>49</sup>.

— Tripulante de vuelo de cabina<sup>50</sup>.

— Dependienta de charcutería<sup>51</sup>.

— Técnico de prevención expuesta a radiaciones ionizantes por entradas a cubas en lugares radioactivos, sin que la empresa haya implantado ningún sistema de control, a pesar de existir informe<sup>52</sup>.

— Auxiliar de servicios sociales de centro de acogida de personas sin hogar<sup>53</sup>.

<sup>40</sup> STSJ de Canarias de 29 de abril de 2016 (As 2016, 1409).

<sup>41</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de marzo de 2010 (AS 2010, 764).

<sup>42</sup> STSJ de Galicia de 18 de abril de 2016 (AS 2016, 791).

<sup>43</sup> STSJ de Galicia de 13 de febrero de 2014 (AS 2014, 487), 8 de noviembre de 2017 (AS 2017, 2051).

<sup>44</sup> STSJ de Galicia de 9 de octubre de 2017 (JUR 2017, 270221).

<sup>45</sup> STSJ de Galicia de 19 de abril de 2012 (AS 2012, 1580) y 27 de marzo de 2012 (AS 2012, 820).

<sup>46</sup> STSJ de Murcia de 16 de marzo de 2009 (AS 2009, 1548).

<sup>47</sup> STSJ de Madrid de 8 de julio de 2002 (AS 2002, 3761).

<sup>48</sup> STSJ de Cantabria de 12 de enero de 2016 (AS 2016, 242).

<sup>49</sup> Juzgado de lo Social de Barcelona n.º 33, 14 de noviembre de 2017 (AS 2017, 1995).

<sup>50</sup> STS de 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5116), 22 de junio de 2012 (RJ 2012, 8964); STSJ de Canarias de 31 de julio de 2013 (AS 2013, 2866); STSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de marzo de 2014 (AS 2014, 1062).

<sup>51</sup> STSJ de Galicia de 12 de diciembre de 2012 (AS 2012, 857).

<sup>52</sup> STSJ de Galicia de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017, 188).

<sup>53</sup> STSJ de Madrid de 20 de enero de 2016 (AS 2016, 390).

- Monitora deportiva<sup>54</sup>.
- Dependienta reponedora en perfumería<sup>55</sup>.
- Técnico de control de calidad expuesto a amoníaco y percloroetileno<sup>56</sup>.
- Escolta<sup>57</sup>.
- Camarera<sup>58</sup>.
- Operaria sometida a altos niveles de ruido<sup>59</sup>.
- Ayudante de tapicería expuesta a agentes químicos<sup>60</sup>.
- Operaria de limpieza viaria<sup>61</sup>.
- Expendedora-vendedora de gasolinera<sup>62</sup>.

Sin embargo, no se ha considerado una situación de riesgo los siguientes casos:

— Los sistemas de trabajo a turnos y distribución horaria en el caso de lactancia natural si a pesar de la irregularidad en el horario la toma directa puede ser paliada mediante la extracción de la leche<sup>63</sup>.

— A una educadora de un centro especial de menores a pesar del riesgo existente en el centro de contagio por tratarse de riesgos genéricos los invocados<sup>64</sup>.

— Los que tiene una ATS de hospitalización por no concretar un riesgo específico<sup>65</sup>.

— ATS destinada en el servicio de consultas externas del servicio de hospitalización-oncología<sup>66</sup>.

— ATS/DUE que realiza funciones generales de asistencia médica<sup>67</sup>.

— ATS/DUE que realiza funciones de coordinadora de enfermería donde no se acredita la existencia de riesgos relevantes<sup>68</sup>.

---

<sup>54</sup> STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2012 (JUR 2012, 110220).

<sup>55</sup> STSJ de Extremadura de 30 de diciembre de 2009 (AS 2010, 764).

<sup>56</sup> STSJ de Castilla-León/Burgos de 5 de octubre de 2017 (JUR 2017, 259624).

<sup>57</sup> STSJ de Navarra de 19 de diciembre de 2014 (AS 2014, 519).

<sup>58</sup> STSJ de Aragón de 12 de diciembre de 2007 (AS 2007, 1143).

<sup>59</sup> STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2004 (AS 2004, 2177).

<sup>60</sup> STSJ de Navarra de 27 de diciembre de 2011 (AS 2012, 237).

<sup>61</sup> STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2011 (AS 2011, 1515).

<sup>62</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de julio de 2010 (AS 2010, 2191).

<sup>63</sup> STS de 21 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3825).

<sup>64</sup> STS de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 4275).

<sup>65</sup> STS de 22 de noviembre de 2001 (RJ 2012, 1467).

<sup>66</sup> STS de 17 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3421).

<sup>67</sup> STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 enero 2015 (AS 2015, 502).

<sup>68</sup> STSJ de Asturias de 29 de noviembre de 2013 (AS 2013, 3147).

- ATS que realiza turnos y que no está expuesta a agentes biológicos <sup>69</sup>.
- ATS/DUE que trabaja en el servicio de neonatología por falta de prueba del riesgo específico <sup>70</sup>.
- ATS/DUE, que lo solicita desde la situación de excedencia <sup>71</sup>.
- Enfermera que presta servicios en el servicio de UCI <sup>72</sup>.
- Enfermera que presta servicios en hospitales sujeta a turnos <sup>73</sup>.
- Matrona <sup>74</sup>.
- Vigilante de seguridad por tener el contrato suspendido por incapacidad temporal previa, pero, además porque no se acredita cómo el régimen de horario o turnos afecta a la salud de la madre o del hijo, aumentando la posibilidad de sufrir un aborto espontáneo <sup>75</sup>.
- Psicóloga que presta servicio atendiendo a personas y familias con algún tipo de marginación <sup>76</sup>.
- Técnico forestal por no estar expuesta a ningún agente biológico y falta de riesgo derivado de la turnicidad y nocturnidad.
- Trabajadora de centro de rehabilitación de personas con enfermedad mental por no acreditar el riesgo específico <sup>77</sup>.
- Trabajadora que se dedica al traslado de pacientes y accidentados en ambulancias <sup>78</sup>.
- Técnico especialista en radiodiagnóstico, que no acredita que está sometida a radiación, riesgo químico, biológico y tóxico, ni por el trabajo a turnos <sup>79</sup>.
- Médico especialista de críticos en urgencias <sup>80</sup>.
- Médico de urgencia hospitalaria <sup>81</sup>.
- Trabajadora que presta servicios en el servicio de estiba y desestiba de contenedores <sup>82</sup>.

---

<sup>69</sup> STSJ de Galicia de 21 de marzo de 2012 (AS 2012, 1116); STSJ Andalucía / Sevilla, 8 enero 2015 (AS 2015, 502).

<sup>70</sup> STS de 24 de junio de 2013 (RJ 2013, 6110).

<sup>71</sup> STSJ de Murcia de 2 de abril de 2012 (JUR 2012, 138295).

<sup>72</sup> STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2015 (AS 2015, 1117).

<sup>73</sup> STSJ de Galicia de 19 de abril de 2012 (AS 2012, 1580).

<sup>74</sup> STSJ de Asturias de 22 de junio de 2012 (AS 2012, 2733).

<sup>75</sup> STSJ de Madrid de 24 de abril de 2011 (JUR 2017, 153372).

<sup>76</sup> STSJ de Castilla y León/Burgos de 18 de noviembre de 2016 (AS 2016, 17).

<sup>77</sup> STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2016 (AS 2016, 1809).

<sup>78</sup> STSJ de Cataluña de 26 enero 2016 (AS 2016, 394).

<sup>79</sup> STSJ de Galicia de 26 enero 2015 (AS 2015, 614).

<sup>80</sup> STSJ de Andalucía/Granada de 13 de octubre de 2011 (AS 2011, 1230).

<sup>81</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de noviembre de 2009 (AS 2009, 2600).

<sup>82</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2012 (AS 2012,1456) y 7 de junio de 2011 (AS 2011, 2295).

- Operadora en máquina de galvanización electrolítica <sup>83</sup>.
- Empleada de estación de servicio <sup>84</sup>.

c) Determinar conforme a los criterios de probabilidad y severidad, cuándo y cómo, pueden actualizarse y convertirse en un daño para la salud, así como determinar cómo afecta a la mujer (art. 4.2.º LPRL).

d) Por último, una vez realizado lo anterior, concretar qué puestos de trabajo y/o funciones (o grupos profesionales), existen en la empresa para que si se adopta una medida de movilidad funcional incida lo menos posible en el trabajador(a).

Hecho lo anterior y detectada una situación de riesgo cualquiera que sea su origen o naturaleza que afecte a la trabajadora, el empresario está obligado desde la perspectiva del hecho diferencial femenino a adoptar todas las medidas precisas con objeto de suprimir o disminuir cualquier afectación a la salud de la mujer o su hijo (incluido el *nasciturus*), comenzando por adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada (art. 26.1 LPRL). Como afirma la STSJ País Vasco, de 13 de abril de 2011 <sup>85</sup> «el bien jurídico protegido (...) no es solo la integridad física de la mujer trabajadora, sino que en función del embarazo y posible maternidad y/o lactancia de un hijo, éste se convierte en sujeto protegido como derecho a la salud del feto o del recién nacido a través de la propia salud de la madre», esta expansión del concepto de salud desde la perspectiva de la LOI exige que haya que concretar todos los factores de riesgo que afecten a la mujer desde su diversidad biológica, esto es, atendiendo a los factores físicos propios de las mujeres <sup>86</sup>. Sin embargo, la perspectiva de la igualdad de género y la prohibición de discriminación en el desarrollo de la evaluación de riesgos laborales, debe partir de que no existen actividades (puestos de trabajo, ni tareas) propios de mujeres o de hombres, por lo que el análisis inicial del puesto o de la tarea se debe efectuar mediante un análisis abstracto, *rectius*, de los riesgos con independencia del momento en el que se promueva la evaluación o si las actividades están siendo desempeñadas por hombres o mujeres, o si éstas pudieran estar embarazadas en el futuro <sup>87</sup>. Aun cuando esto pueda parecer contradictorio una evaluación inicial que distinga entre hombre y mujeres es discriminatoria, ya que la

---

<sup>83</sup> STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2010 (AS 2010, 1691).

<sup>84</sup> STSJ de Navarra de 5 de marzo de 2010 (AS 2005, 1088).

<sup>85</sup> STSJ del País Vasco de 13 de abril de 2011 (AS 2011, 2516).

<sup>86</sup> SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *op. cit.* p. 154.

<sup>87</sup> MARTÍNEZ GAYOSO, M.ª N., *op. cit.* p. 207.

adopción de las medidas que prevé el artículo 26 LPRL solo se producirá si tras la evaluación, y presente la mujer embarazada o lactante, existen riesgos o condiciones susceptibles de provocar daños a su salud o la de su hijo. La medida correctora se ejecuta *ex post* lo que dota, por otro lado, carta de naturaleza a la inamovilidad de la evaluación de riesgos que conforme al artículo 3.1.b) RSP al considerar este proceso como periódico y que permite al empresario adoptar las medidas preventivas, y sobre qué tipo de medidas debe adoptarse.

El artículo 26.1 y 2 LPRL contempla como obligaciones empresariales en tales casos de forma escalonada las siguientes: a) adaptar el puesto de trabajo o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada; b) prohibición de realizar trabajos nocturnos; c) movilidad funcional; d) y, por último, suspensión del contrato de trabajo<sup>88</sup>.

### 2.3 ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO

Sin duda, ante la presencia de un riesgo para la mujer, una de las primeras medidas impuesta por la norma al empleador es *adaptar las condiciones de trabajo o el tiempo de trabajo* de la trabajadora afectada para evitar la exposición al riesgo (art. 26.1 *in fine* LPRL). Esto es extensible, tanto en situación de embarazo como de lactancia. El trámite previo es la evaluación de las condiciones de trabajo y la detección de que existen agentes o condiciones que causan un riesgo a la trabajadora madre o lactante. Una vez detectado la norma impone al empleador la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, lo que incluirá la no realización de trabajo nocturno o a turnos.

No indica la norma cuál es el procedimiento que debe emplear el empresario para adaptar el puesto, aunque esto puede llevarse a cabo mediante actuaciones directas sobre el foco de riesgo, como indirectas que afecte a las condiciones de la trabajadora (jornada, horario, tiempo de exposición, etc.). Pero lo que sí parece deducirse es que la adaptación tiene que producirse en el puesto –su puesto– que es donde debe llevarse a cabo el cambio.

En cualquier caso repárese que no nos encontramos ante una facultad o potestad del empleador, sino ante una norma de carácter imperativo de obligado cumplimiento.

---

<sup>88</sup> Artículo 4 de la Directiva 92/85/CEE.

## 2.4 CAMBIO DE PUESTO O COMETIDO

Pero, ¿qué sucede si a pesar de haber adaptado las condiciones o el tiempo de trabajo, la trabajadora, embarazada, el feto, siguen expuestos al riesgo? En este caso, el empresario tendrá que *cambiar* a la trabajadora a un puesto o función sin riesgo y compatible con su estado, previa certificación de los Servicios Médicos del INSS o de la Mutua, en su caso, y con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista a la trabajadora, para lo que previamente se ha de haber definido, junto con la representación legal de los trabajadores (art. 33 LPRL y 3.2 RSP), la relación de puestos de trabajo carentes de riesgos a estos efectos. Este cambio no obstante tendrá que respetar siempre y en todo caso las reglas de la movilidad funcional, ordinaria, o extraordinaria<sup>89</sup>, de lo que resultará que en muchas ocasiones por la naturaleza del puesto y función no será posible el cambio<sup>90</sup>.

Sin embargo, esta posibilidad no ha sido introducida por la LOI pues el artículo 26 LPRL procede de la reforma que lleva a cabo la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en realidad la reforma más importante que lleva a cabo la LOI sobre este particular es la consideración de *contingencia profesional* de esta situación lo que se extenderá a la situación de suspensión del contrato de trabajo y al reconocimiento de la prestación, de forma que si el riesgo que justifica el cambio no guarda relación con agentes, procedimientos o condiciones del puesto o actividad desempeñada por la mujer, no habrá lugar a dicho cambio, por el contrario, si la evaluación de riesgos sí que determina esta conexión procederá hacerlo. Téngase en cuenta que no todas las patologías que puedan afectar a la mujer durante el tiempo de embarazo o posterior a él, son susceptibles de ser consideradas como «riesgo», sino tan solo aquellas que posean un efecto directo sobre la salud de la trabajadora<sup>91</sup> por lo que si el riesgo que justifica el cambio no

---

<sup>89</sup> Se contempla por la LPRL un nuevo supuesto de movilidad funcional por razones de salud (sanitaria) que se añade a los dos supuestos tradicionales de movilidad funcional del 39 ET, y en el que no es preciso ningún apoyo productivo, organizativo o técnico. *Vid.* MONTROYA MELGAR, A., *op. cit.*, p. 6. Esta previsión está recogida en el artículo 5 apartados 1 y 2 de la Directiva 92/85/CEE.

<sup>90</sup> STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2004 (AS 2004, 2312) sobre la imposibilidad de cambio de puesto de una trabajadora metalúrgica, o la STSJ de Aragón de 18 de noviembre de 2002 (AS 2002, 3351), sobre sobre la inexistencia de puesto de trabajo de una acolchadora que debe mover rollos de tela de hasta 50 kg. En la identificación de los puestos susceptibles de cambio cobra mucho sentido la participación de los órganos de representación de los trabajadores –delegados de prevención o comités de seguridad y salud– en la identificación de los puestos y/o funciones susceptibles de cambio, porque con ello se evitan intentos empresariales tendentes a eliminar cualquier posibilidad de cambio arbitrario.

<sup>91</sup> La STSJ de Canarias/Las Palmas de 29 de abril de 2016 (AS 2016, 1409) rechaza que todas las potenciales patologías vinculadas al embarazo sean encuadrables en la situación jurídica de riesgo

guarda relación con agentes, procedimiento o condiciones del puesto o actividad desempeñada por la mujer, no habrá lugar al cambio. En todo caso, aun cuando este tema se trate en un capítulo distinto, la movilidad expuesta no puede llevar aparejada ninguna merma salarial pues desde la óptica de la igualdad retributiva y la prohibición una actuación en contraria, ello supondría un claro caso de discriminación salarial (art. 26.2 ET)<sup>92</sup>, además, el que la trabajadora mantenga, pese al cambio o función, la remuneración de su puesto de origen hace suponer, al menos desde la perspectiva de la norma, que la movilidad funcional siempre será descendente aunque esto debe interpretarse, en ocasiones, con matices<sup>93</sup>. También, y desde la prohibición de discriminación de cualquier clase, es relevante que la trabajadora por razón de su maternidad no puede ver afectada sus perspectivas profesionales (art. 39.3 ET) lo que mal casaría con la protección de la salud y con los principios que inspiran la LOI el ver afectada su capacidad retributiva por este motivo.

La duración de la situación de movilidad extraordinaria lo será hasta que su estado lo permita, es decir, hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora —o del hijo lactante— sea tal, que el riesgo del puesto de trabajo no genere a ella, o a su hijo, ningún perjuicio (art. 26.2 y 4 LPRL), aunque la norma no establece ningún límite temporal.

La jurisprudencia que ha analizado esta posibilidad no es muy abundante en reconocer el cambio de puesto pues, por regla general, el cambio exige una posición activa del empleador tendente a reconocer que existe un riesgo, y una proactividad dirigida a modificar su organización interna para que la trabajadora se mantenga en la empresa aunque en distinto lugar, pero manteniendo todos los derechos de origen, lo que en la mayoría de las ocasiones y atendiendo a la mayoría del tejido empresarial nacional no sucederá (será mucho más normal este tipo de solicitudes en el ámbito de entidades públicas). Esta intervención empresarial hará que, en la gran mayoría de las ocasiones, la trabaja-

---

durante el embarazo, sino únicamente aquellos supuestos en los que concurre un posible «riesgos profesional» pues la naturaleza de la prestación es distinta. También, incidiendo en la naturaleza profesional, pueden verse STSJ de Galicia de 29 de febrero de 2012 (AS 2012, 1332); STSJ de Castilla y León/Burgos de 18 de noviembre de 2016 (AS 2016, 17); STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2011 (AS 2011, 1515).

<sup>92</sup> Artículo 11.1 Directiva 92/85/CEE; que ha sido objeto de análisis en la STJCEE, Sala 3.ª, sentencia 1 de julio de 2010, n.º C-471/2008 (RTJCE 2010, 211), artículo 5 LOI.

<sup>93</sup> Muy interesante la STS de 24 de enero de 2017 (RJ 2017, 1615). También, STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de noviembre de 2012 (AS 2013, 526). Aunque pueden excluirse los complementos salariales por trabajo nocturno o festivos al no desarrollar los mismos tras el cambio funcional (STSJ de Madrid de 13 de abril de 2016, AS 2016,962), con cita de un amplio número de pronunciamientos del TJCEE, entre ellos, y por ser relevante la STJCEE de 1 de julio de 2010, n.º C-194/2008 (RTJCEE 2010, 211).

dora desista de su petición, o en su caso, solicite la suspensión del contrato de trabajo por esta causa.

Por eso, en la mayoría de los casos se ha rechazado, así se ha entendido en caso de cambio por escolta<sup>94</sup>, o una oficial metalúrgica<sup>95</sup>, una enfermera sometida a turnos<sup>96</sup>, o una ayudante en una tapicería<sup>97</sup>, o una operaria de limpieza viaria<sup>98</sup>, ATS/DUE<sup>99</sup>, dependiente reponedora<sup>100</sup>, camarera<sup>101</sup>, auxiliar de ayuda domiciliaria<sup>102</sup>, limpiadora expuesta a riesgos biológicos<sup>103</sup>, tripulante de cabina<sup>104</sup>. No obstante, algún pronunciamiento sí que recoge esta posibilidad, haciendo hincapié en que el motivo fundamental es prevenir cualquier tipo de riesgo para evitar la exposición, de la mujer embarazada, o en situación de parto, por lo que «si dentro del mismo centro de trabajo y en el mismo departamento existe un puesto en que la mujer deja de estar expuesta a radiaciones, aunque sea en un grado pequeño, lo congruente, es conceder el cambio de puesto de trabajo»<sup>105</sup>, o cuando existiendo puesto, la trabajadora lo rechaza<sup>106</sup>.

Es interesante, aunque no es objeto de este comentario, el examen de las obligaciones indemnizatorias a las que puede verse compelido el empleador (art. 1101CC) por la negativa a cambiar de puesto si, a la postre, se produce un daño para la salud de la madre, del feto, o del lactante.

## 2.5 LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR RIESGO POR EMBARAZO: EXENCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE TRABAJAR

Si no es posible adaptar el puesto, ni tampoco es viable cambiar las funciones (lo que incluye que no pueda exigirse tal cambio por motivos justifica-

---

<sup>94</sup> STSJ de Navarra de 19 de diciembre de 2014 (AS 2014, 519).

<sup>95</sup> STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2004 (AS 2004, 2312).

<sup>96</sup> STSJ de Galicia de 19 de abril de 2012 (AS 2012, 1580).

<sup>97</sup> STSJ de Navarra de 27 de diciembre de 2012 (AS 2012, 237).

<sup>98</sup> STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2011 (AS 2011, 1515).

<sup>99</sup> STSJ de Andalucía/Sevilla de 10 de febrero de 2011 (AS 2011, 946), añadiendo la sentencia que resulta difícil no imaginar en la red sanitaria que no exista un puesto de trabajo que no pueda desempeñar, pero que al no haberse probado por la entidad gestora, debía acordar la prestación por inexistencia de puesto.

<sup>100</sup> STSJ de Extremadura de 30 de diciembre de 2009 (AS 2010, 764).

<sup>101</sup> STSJ de Aragón de 12 de diciembre de 2008 (AS 2008, 143).

<sup>102</sup> STSJ de Galicia de 22 de febrero de 2013 (JUR 2013, 125329).

<sup>103</sup> STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2012 (JUR 2012, 178115).

<sup>104</sup> STSJ de Galicia de 24 de abril de 2012 (JUR 2012, 1604).

<sup>105</sup> STSJ de Aragón de 18 de noviembre de 2002 (AS 2002, 3351), lo que se reitera con literalidad en la fundamentación jurídica en la STSJ de Madrid de 8 de julio de 2002 (AS 2002, 3761).

<sup>106</sup> STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 324824).

dos), se permite a la trabajadora solicitar la suspensión de su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo [art. 26.3 LPRL y 45.1.d) y 48.5 ET] y durante todo el tiempo que sea necesario –lo normal es que sea hasta el término del embarazo–<sup>107</sup>, percibiendo una prestación económica a cargo del sistema de Seguridad Social con régimen propio aunque similar al de la incapacidad temporal (art. 186 y 187 LGSS), si bien con la gran diferencia de que la contingencia por la que se reconoce dicha prestación es profesional, lo que a su vez conllevará una dificultad adicional porque el reconocimiento y tramitación de esta prestación corresponderá a las entidades que gestionan dichas contingencias (INSS y Mutuas de AT y EP)<sup>108</sup>.

La incoación de este expediente por la trabajadora embarazada presupone que la empresa ha agotado el trámite previsto en el artículo 26.3 LPRL, y que parte, insistimos, del análisis que la evaluación de riesgos ha realizado sobre riesgos específicos relacionados con el embarazo, teniendo en cuenta lo dicho que no cualquier situación o patología que pueda incidir en el embarazo es causa de esta prestación desde el punto de vista de la seguridad y salud porque no es lo mismo un «embarazo de riesgo» que una situación de «riesgo durante el embarazo»<sup>109</sup>.

Por eso la norma exige que concurren cuatro requisitos: a) que exista un riesgo susceptible de causar un daño; b) que técnicamente u objetivamente, no sea posible cambiar de puesto de trabajo o función o que exista una impedimento por razones justificadas que impida el cambio según la obligación que dimana del artículo 26.2 LPRL; c) que exista un informe del médico que trata a la embarazada, que evidencie el posible daño a la salud al que está sometida la mujer embarazada o el feto, de continuar en el puesto de trabajo<sup>110</sup>; y d) por último, que a la vista de dicho informe la Mutua o el INSS, en la medida que entidades gestoras de las contingencias profesionales y de la evaluación de riesgos corroboren la propuesta anterior.

<sup>107</sup> La prestación por riesgo por embarazo fue introducida por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación para la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (arts. 3 y 6), que dio nueva redacción al artículo 26 LPRL, y su desarrollo se ha llevado a cabo a través del RD 295/2009, de 6 de marzo.

<sup>108</sup> La dispensa de trabajar durante todo el tiempo necesario para la protección de su salud o de su seguridad fue reconocida tempranamente por el TJCEE, interpretando el artículo 5 apartado 3 de la Directiva 92/85/CEE (STJCEE, de 19 de noviembre de 1998, Hoj Pedersen y otros, C-66/96, RTJCEE, 1998, 284).

<sup>109</sup> Vid. ZAPIRAIN BILBAO, A., *Denegación de emisión de certificación médica sobre existencia de riesgo durante el embarazo*. Ausencia de riesgos específicos y falta de acreditación por la empresa de la imposibilidad técnica u objetiva de cambio de puesto. STSJ País Vasco 13 de abril de 2011, p. 1, Aranzadi Insignis, BIB 2012/287, pues en el primer caso –embarazo de riesgo– la prestación se reconduce a la incapacidad temporal por contingencias comunes, mientras que en el segundo, –riesgo durante el embarazo– a la prestación específica.

<sup>110</sup> DA 2.ª RD 295/2009, de 6 de marzo, regula el certificado médico que reconoce la existencia del riesgo a efectos de acceso a la prestación.

En suma, la prestación es una medida que tendrá que reconocerse en los casos de existencia de un riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora, siendo subsidiaria a la adaptación de las condiciones de trabajo y operará cuando estas medidas no resulten suficientes o no puedan ser aplicadas<sup>111</sup>.

La STS 22 noviembre 2011 (RJ 2012, 1467), aunque en el ámbito del riesgo por lactancia establece de forma acumulativa los siguientes requisitos que son aplicables a este caso, pues esta prestación se remite al riesgo en el embarazo (art. 26.4 LPRL): a) identificación de los riesgos específicos e imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico no siendo posible el cambio de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgos tolerables o controlados. En todo caso se requiere que la trabajadora no tenga el contrato de trabajo suspendido y que esté en vigor<sup>112</sup>.

No parece que el procedimiento sea sencillo desde la óptica de la consecución de la prestación –en ambas prestaciones, lactancia y embarazo– pues se deja, en primer lugar, en manos del empresario<sup>113</sup> –dada la generalidad de la redacción<sup>114</sup>– el impulso del procedimiento, y en segundo lugar, de las entidades gestoras de contingencias profesionales –en especial las Mutuas de AT y EP– la concesión de la prestación, lo que producirá un efecto desalentador en muchas ocasiones<sup>115</sup>. A lo anterior se añade que la concesión de esta prestación no es automática pues la jurisprudencia ha ido perfilando y exigiendo, ciertos requisitos que impiden el reconocimiento de la

---

<sup>111</sup> Vid. STSJ de Castilla y León/Burgos de 18 de noviembre de 2015 (AS 2016, 17). Sobre el carácter subsidiario de la prestación de riesgo durante el embarazo también puede verse la STSJ de Madrid 16 de marzo de 2009 (AS 2009, 2502) que afirma que es una «última medida a adoptar en tales casos de existencia de riesgo laboral para el estado biológico de la trabajadora, en relación de subsidiariedad con la adaptación de las condiciones de trabajo o, en su caso el traslado de puesto y que opera cuando estas medidas no resultan suficientes o no puedan ser aplicadas». Reitera ese carácter subsidiario la STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2004 (AS 2312).

<sup>112</sup> La STSJ de 16 de marzo de 2009 (AS 2009, 2502) rechaza el reconocimiento desde una situación de incapacidad temporal. También STSJ de Madrid de 24 de abril de 2017 (JUR 2017, 153372).

<sup>113</sup> La DA 3.ª del RD 295/2009, de 6 de marzo, establece la obligación de elaborar *Guías* que recojan de forma no exhaustiva una relación de agentes, procedimiento o condiciones de trabajo, que puedan influir de forma negativa en la salud de las trabajadoras y que pueda servir como premisa para la determinación de los riesgos derivados de los puestos de trabajo. En virtud de lo anterior el Anexo VIII del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios lo que en principio podría servir como premisa del reconocimiento de la prestación, sin embargo, a pesar de que el empleador reconozca la situación de riesgo, lo cierto es que la decisión final corresponderá a las entidades gestoras, siendo más que habitual que el INSS o la Mutua rechacen el reconocimiento de la prestación por entender que no existe tal riesgo, lo esencial acreditar la existencia y valoración específica de los riesgos. Un ejemplo claro puede verse en la STS 22 de noviembre de 2011 (RJ 2011, 1467).

<sup>114</sup> Vid. MARTÍNEZ GAYOSO, M.ª N., *op. cit.* p. 205.

<sup>115</sup> Sobre los efectos desalentadores del procedimiento de concesión de la prestación Vid. ZAPIRAIN BILBAO, A., *op. cit.*, p. 2.

situación de riesgo de embarazo con la simple solicitud de la trabajadora embarazada, pues la invocación de que existe en el puesto de trabajo un riesgo «genérico»<sup>116</sup> o «potencial» que afecta o pudiera afectar a la salud de la trabajadora no es causa suficiente para la concesión de la prestación pues dicho/s riesgo/s puede/n ser suprimido/s o reducido/s con una adaptación del puesto a pesar, incluso, de que el empleador afirme que existe el riesgo lo que en muchas ocasiones no es suficiente<sup>117</sup>. Aunque en muchas ocasiones las entidades gestoras confunden riesgo y patología siendo esta la causa de la denegación de la prestación pues entienden que el embarazo de gemelos *per se* es un riesgo genérico cuando «...lo decisivo es que ese riesgo, propio e intrínseco del embarazo, se pueda ver acrecentado o activado con la prestación de servicios. Será entonces cuando se produzca la puesta en marcha del mecanismo de protección legalmente configurado a tal fin»<sup>118</sup> por eso «la situación tutelada en la de que exista un riesgo, no una patología ya diagnosticada, a la que no se refiere la norma»<sup>119</sup>.

El problema se traslada a una cuestión de prueba<sup>120</sup> pues para «para llevar a cabo esa evaluación, y la identificación es preciso conocer con detalle la na-

---

<sup>116</sup> No cabe reconocer la situación de riesgo durante el embarazo y la prestación que acompaña cuando existe un riesgo clínico de padecer una alteración de la salud derivada directamente del embarazo o de sus complicaciones («riesgo genérico») siendo reconducida esta situación a la suspensión por incapacidad temporal por contingencias comunes, aunque en ocasiones el riesgo clínico y el riesgo laboral pueden coincidir. En todo caso lo relevante será que las condiciones del trabajo repercutan negativamente y creen un riesgo para la seguridad y la salud, debiéndose delimitar las situaciones de riesgo o patologías que no estén relacionadas con el trabajo, y por tanto, que son tributarias de la protección que brinda la incapacidad temporal común (STSJ de Canarias/Las Palmas de 29 de abril de 2016, AS 2016, 1409). También la STSJ de Castilla y León/Burgos de 18 de noviembre de 2015 (AS 2016/17).

<sup>117</sup> *Vid.* STSJ del País Vasco de 13 de abril de 2011 (AS 2011, 2516) que rechaza la emisión del certificado de riesgo por maternidad, solicitada por una psicóloga de un centro de atención a menores, por cuanto se está ante «una *situación potencial de riesgo* que no afecta a todas las actividades realizadas por la trabajadora, que tampoco se mantiene hipotéticamente durante todo el tiempo de prestación de servicios, no habiendo quedado acreditado que el cambio de puesto de trabajo resulte imposible técnica u objetivamente, pues se puede razonar por motivos justificados esa posibilidad de sustitución, alternancia, acompañamiento o realización de encargos menos problemáticos», comentada por ZAPIRAIN BILBAO, A., *op. cit.*, p. 6

<sup>118</sup> STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2004 (AS 2004, 2312) sobre el riesgo de una oficial metalúrgica. Es interesante esta sentencia pues delimita el riesgo genérico que todo puesto de trabajo puede tener sobre el embarazo, del riesgo específico, exigible, y que pone en marcha el mecanismo previsto en el artículo 26 LPRL.

<sup>119</sup> STSJ de Castilla y León/Burgos de 18 de noviembre de (AS 2016, 17). Incidiendo también en esta diferencia la STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2004 (AS 2004, 2312).

<sup>120</sup> La STS de 21 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3825) exige la «necesidad de precisión, concreción y prueba» para justificar el riesgo, o «que la carga de la prueba sobre la existencia del riesgo específico gravita sobre quien demanda la prestación *ex art 217 LEC*» [STSJ de Galicia de 18 de abril de 2016 (AS 2016, 791); 31 de enero de 2013 (AS 2013, 94841)]. Esta tesis es seguida de forma unánime por las SSTS de 21 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7060), 22 de noviembre de 2011 (RJ 2011, 1467) 25 de enero de 2012 (RJ 2012, 2460), 23 de enero de 2012 (RK 2012, 2147), 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5116),

turaleza, extensión, características, y tiempo de exposición del trabajador al riesgo, así como el seguimiento que se ha hecho de la existencia de los mismos para conocer su relevancia en relación con la situación»<sup>121</sup>, por lo que no basta la identificación de un riesgo genérico o en potencia, sino que se requiere la *identificación del riesgo específico del puesto de trabajo* o «una declaración global y genérica de unos riesgos susceptibles de poder estar aparejados a un puesto...sin precisión sobre los concretos agentes nocivos detectados efectivamente en el puesto y de los efectos que los mismos pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante», lo puede dar lugar al rechazo de la situación de riesgos en casos como la exposición de la trabajadora a un riesgo de contagio de SIDA si no se acredita la realidad del mismo<sup>122</sup>, salvo prueba en contra<sup>123</sup>. Hay que tener en cuenta que el conjunto normativo que *presuntamente* protege a la trabajadora de los riesgos a los que está expuesta y que puede suponer un riesgo evidente para la salud presenta gran variedad de situaciones, de actividades, de índice de peligrosidad o de tiempos de exposición, lo que provoca la imposibilidad de que se pueda conocer de forma objetiva, específica y completa qué riesgos concurren en el puesto y su relevancia en relación con la situación de embarazo o lactancia, esto exigirá a su vez, acreditar por cualquier medio la realidad del riesgo.

En todo caso se ha dicho, con acierto, que la distinción entre «riesgo genérico» / «riesgo específico» puede dar lugar a un nominalismo indeseado sobre la realidad del riesgo, v.r, por lo que lo importante es evaluar éste en el puesto de trabajo concreto y conforme a la actividad laboral desarrollada y comprobar si se dan en el mismo circunstancias identificables y concretas que supongan un riesgo asociado (bien para la madre o el lactante)<sup>124</sup>.

---

21 de junio de 2012 (RJ 2012, 8964), 1 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1451), 22 de noviembre de 2012 (RJ 20123, 355), 24 de junio de 2013 (RJ 2013, 6110); STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de enero de 2015 (AS 2015, 502); STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2016 (AS 2016, 394).

<sup>121</sup> STS de 17 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3421), 18 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3552) y 21 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7060). Adviértase con ello lo dicho respecto de la dificultad que puede conllevar lo que se presenta como un derecho de la mujer embarazada, pues, no solo habrá que demostrar el iter procedimental relativo a la inadecuación de puesto o función, o la inexistencia de éste, sino, además, la *realidad* de cómo el riesgo afecta a la salud de la trabajadora, lo que en ocasiones será un elemento disuasorio y reconducirá la suspensión del contrato de trabajo pero por la vía de la incapacidad temporal por contingencias comunes.

<sup>122</sup> STS de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015,4275) aunque con un contundente voto particular. STSJ de Galicia de 21 de marzo de 2012 (AS 2012, 1116).

<sup>123</sup> STSJ de Galicia de 13 de febrero de 2014 (AS 2014, 487).

<sup>124</sup> STSJ de Navarra de 19 de diciembre de 2014 (AS 2014, 519). Rechazando la aplicación automática o reglas de tipo matemático en la determinación del riesgo puede verse, también, la STSJ de Extremadura de 30 de diciembre de 2010 (AS 2010, 764).

La jurisprudencia apunta en ocasiones como argumento suficiente para reconocer la prestación y por tanto desde el punto del que previamente se haya reconocido a otras trabajadoras la situación en el mismo puesto de trabajo y por el mismo riesgo, a pesar de la negativa posterior de la Mutua<sup>125</sup>, aunque también hay que valorar las solicitudes previas de la trabajadora en otros embarazos<sup>126</sup>.

## 2.6 EXTENSIÓN DE LA SUSPENSIÓN A LA SITUACIÓN DE LACTANCIA NATURAL (ART. 188 Y 189 LGSS)

La importancia que la LOI concede al hecho diferencial femenino se pone de manifiesto no solo en la protección que se concede a la situación de embarazo, sino también, a la fase posterior de lactancia, al poder suspender el contrato de trabajo por riesgo de lactancia natural de hijo menor de nueve meses.

El presupuesto inicial es el mismo que el de la situación de riesgo en el embarazo, es decir, la posible afectación de los factores físicos, químicos o biológicos detectados tras la evaluación de riesgos y que puedan incidir en la salud del nacido lactante<sup>127</sup>. Sin embargo a pesar de la pretendida *bondad* de la norma, lo cierto es que la regulación es particularmente compleja<sup>128</sup> cuando

<sup>125</sup> STSJ de Madrid de 16 de marzo de 2009 (AS 2009, 2502).

<sup>126</sup> STSJ de Asturias de 29 de noviembre de 2013 (AS 2013, 3147).

<sup>127</sup> Aunque en el caso del lactante se incide de forma especial en la alteración en la normal producción de la leche que se puede producir por estar expuesta la madre a diversos riesgos. La normativa que incide sobre esta clase de riesgos, como es, el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, que procede de la transposición al Derecho español de tres Directivas Europeas (Directiva del Consejo 90/679/CEE posteriormente modificada por la Directiva 93/88/CEE, de 12 de octubre, adaptada al progreso técnico por la Directiva 95/30/CEE, de 30 de junio. El RD 665/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo; o el RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el reglamento de protección sanitaria contra radiaciones ionizantes. Por otro lado, la prohibición de que la trabajadora desarrolle su trabajo en el marco descriptivo de los trabajos contenidos en el Anexo I de la Directiva 92/85/CEE, se recoge en la sentencia del TJ-CEE de 1 de febrero de 2005, Comisión/Austria, C-203/03 (RTJCE 2005, 34). También se invoca en ocasiones por los tribunales Guías Técnicas que complementan las anteriores normas reglamentarias como la «Guía Técnica para la Evaluación y Prevención de los Riesgos Relacionados con la Exposición a Agentes Biológicos, elaborada por el Instituto nacional de Seguridad en el Trabajo» o la «Guía de Valoración de Riesgos Laborales en el Embarazo y Lactancia en Trabajadoras del Ámbito Sanitario», elaborada por la Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el ámbito Sanitario (ANMTAS), o las «Orientaciones para la Valoración del Riesgo laboral durante la Lactancia natural», elaborada por la Asociación Española de Pediatría. Véanse las STSJ de Madrid de 24 de abril de 2017 (JUR 2017, 153372) y STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de enero de 2015 (AS 2015, 502).

<sup>128</sup> Característica apuntada por la STS de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015,4275).

no perversa. La regulación contenida en los artículos 188 (situación protegida) y 189 (prestación económica) remite expresamente al régimen previsto en el artículo 26 LPRL para la maternidad<sup>129</sup> La evaluación de riesgos, en este caso y como se ha expuesto *ut supra*, al igual que exige un análisis que detecte el «riesgo específico» o que identifique qué agentes detectados en el puesto son nocivos y los efectos que los pudieran tener sobre la salud de la madre o del lactante<sup>130</sup>, por eso es un criterio generalizado en la jurisprudencia que no basta con identificar y/o describir los riesgos obvios del puesto, sino que es preciso acreditar la existencia y valoración específica de los riesgos propiamente dichos en relación con la lactancia<sup>131</sup>.

Desde la garantía de la seguridad y salud de la trabajadora y de su hijo lactante, solo se podrá suspender el contrato de trabajo por esta causa cuando: se hayan identificado los riesgos específicos<sup>132</sup>, no sea posible adaptar las condiciones del puesto específico, y por último, no sea posible cambiar a la trabajadora a otro puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o cuyos niveles de riesgos sean tolerables<sup>133</sup>, previos informes, tanto de la entidad que cubre las contingencias profesionales, como del facultativo del Servicio Público de Salud que atiende a la trabajadora<sup>134</sup>.

Este derecho es distinto del que se contempla en el artículo 37.4 ET que reconoce la posibilidad al padre o la madre de disfrutar de una hora de ausencia.

---

<sup>129</sup> Se ha criticado esta remisión al artículo 26.2 y 3 LPRL pues la trasposición de la Directiva 92/85/CEE en este aspecto se ha llevado con clara omisión del régimen prohibitivo que establecía el Anexo II para los supuestos de maternidad, lo que constituye un flagrante incumplimiento de la norma. *Vid.* GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *op. cit.*, p. 16 y ss.

<sup>130</sup> STS de 21 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3825), y 21 de septiembre de 2011 (RJ 2011, 7060); STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2016 (AS 2016, 1809), SSTSJ de Galicia de 7 de abril de 2015 (AS 2015, 1151); 18 de abril de 2016 (AS 2016, 791), 17 de febrero de 2017 (AS 2017, 188); STJ de Castilla y León de 18 de noviembre de 2016 (AS 2016, 17).

<sup>131</sup> La STS de 18 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3553) afirma que: «Además del riesgo efectivo concurrente en el desempeño de un concreto puesto de trabajo, se ha de tratar, siguiendo el literal del precepto, de un «riesgo específico», esto es, de un riesgo relevante para la salud de las personas protegidas (la madre /o el bebe), que a) se presenta solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve, y b) que afecta también de manera particular a la situación de lactancia natural». En idénticos términos, SSTS de 17 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3421); 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1467); STSJ de Galicia de 26 de enero de 2015 (AS 2015, 614).

<sup>132</sup> STSJ de Cataluña de 26 de enero de 2016 (AS 2016, 394).

<sup>133</sup> STS de 21 de junio de 2012 (RJ 2012, 8964).

<sup>134</sup> Un supuesto raro se contempla en la STSJ de Madrid de 30 de enero de 2017 (JUR 2017, 77043) donde no existe informe del facultativo del Servicio Público de Salud, y sí de la Mutua que garantiza la cobertura de riesgos profesionales, lo que impide el reconocimiento de la prestación por ser necesarios ambos informes favorables para la tramitación del expediente.

La complejidad aludida se ha analizado en muchas ocasiones en sede judicial y de forma especial, por el Tribunal Supremo, que ha llevado a cabo una interpretación estricta de la norma rechazando el reconocimiento del derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural si la evaluación de riesgos no comprende la determinación de la naturaleza, el grado, y duración de los procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. En este caso, si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de la trabajadora, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dichos riesgos, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turno<sup>135</sup>, pero cuando no sea posible y el empresario tan solo ofrece un sistema alternativo de reducción de jornada concurre el riesgo existe y se justifica la prestación<sup>136</sup>. El Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de abril de 2018<sup>137</sup> justifica el recurso a la suspensión del contrato de trabajo solo en los casos en los que «debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación... dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados». Resulta cuando menos paradójico que una medida que se articula con la finalidad de dotar a la trabajadora de mayor garantía en el ejercicio de su derecho a la lactancia, constituya una medida desincentivadora para su uso, amén de que expulsa a la trabajadora de su puesto, dejando en manos del empleador y de las Mutuas Patronales la posibilidad de acceso al citado derecho, lo que a la vista de la jurisprudencia indicada evidencia, inicialmente, una posición restrictiva.

El precepto no ayuda. Su aparente concreción y garantía, lejos de serlo, introduce una serie de conceptos jurídicos indeterminados que en la mayoría de las ocasiones *arrojará* a la trabajadora a un litigio con la finalidad de demostrar, si es posible, o no, el cambio de puesto, o si las características del mismo constituyen, o no, un riesgo para la lactancia, y por tanto, para su hijo recién nacido<sup>138</sup>

<sup>135</sup> STS de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 4275).

<sup>136</sup> STS de 21 de abril de 2012 (RJ 2012, 5116) y 21 de junio de 2012 (RJ 2012, 8964).

<sup>137</sup> JUR 2018, 133688.

<sup>138</sup> Esta posibilidad ha sido advertida, también, por la doctrina, por todas MARTÍNEZ GAYOSO, M.<sup>a</sup> Nieves, *op. cit.* p. 204. Un ejemplo clarísimo de interpretación desincentivadora sucede con el trabajo a turno o en jornada nocturna del sistema de guardias, en urgencias, que no es una actividad prohibida y que solo lo será cuando exista un horario inadecuado respecto de la toma del lactante y no pueda ser suplido

con las pocas esperanzas iniciales a la vista de la restrictiva interpretación que el Tribunal Supremo mantiene a falta de cambio de interpretación.

## 2.7 LA STJUE DE 19 DE OCTUBRE DE 2017, ASUNTO «OTERO RAMOS» (RTJCE 2017, 194)

La STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto «Otero Ramos» trae su origen de una cuestión prejudicial planteada ante dicho Tribunal por el TSJ de Galicia en un recurso de suplicación donde a la trabajadora –enfermera del servicio de urgencia de un complejo hospitalario– se le había denegado la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural. La cuestión planteada se centra en determinar si la impugnación de la evaluación de riesgos de su puesto de trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 19 apartado 1.º de la Directiva 2006/54 es aplicable, cuando se entienda que aquella no se ha llevado según lo dispuesto en el artículo 4 apdo.1 de la Directiva 92/85, y en caso de ser así, si se ha de aplicar el artículo 19 apdo 1.º de la Directiva 2006/54.

La conclusión a la que llega el Tribunal es que la evaluación de riesgos debe realizar un análisis sistemático de todos los aspectos de la actividad profesional, y en el caso de las trabajadoras lactantes debe incluir un análisis específico y particular sobre este aspecto. Es por ello que al tener las trabajadoras lactantes la misma protección que las trabajadoras embarazadas la regla de la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 19 apdo 4.º letra a) de la Directiva 2006/54 será de aplicación, y por tanto, será discriminatorio el rechazo a la suspensión del contrato de trabajo durante la lactancia natural si la evaluación de riesgos no determina el riesgo en este caso, por lo que debe considerarse un supuesto menos favorable para la mujer, y por ende, una discriminación por razón de sexo.

La tesis adoptada por el TJCE modifica el criterio restrictivo empleado por el TS y exige una nueva interpretación de la norma y de sus exigencias, como así lo han entendido recientemente algunos Tribunales <sup>139</sup>.

---

con la extracción de la leche. *Vid.* SSTs de 24 de abril de 2012 (RJ 2012, 5116), 21 de junio de 2012 (RJ 2012, 8964), 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 355) y 21 de marzo de 2013 (RJ 2013, 3825). También, STSJ de Galicia de 21 de marzo de 2012 (AS 2012, 1116).

<sup>139</sup> Sobre este particular puede verse el comentario a la SJS 33 Barcelona, de 14 de noviembre de 2017 (AS 2017, 1995). RODRÍGUEZ PASTOR, G. E., «Reconocimiento de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural cuando no se ha efectuado una adecuada evaluación de riesgos. Carga de la prueba». SJS núm. 33 de Barcelona, de 14 de noviembre de 2017 (AS 2017, 1995), *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 211, julio de 2018,

## BIBLIOGRAFÍA

- GARRIGUES GIMÉNEZ, A., «Evaluación de riesgos laborales y maternidad: el RD 298/2009, de 6 de marzo, o el peligroso hábito normativo de la transposición “por entregas”», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas.
- GUERRERO DOMÍNGUEZ, C., y QUINTERO LIMA, M.<sup>a</sup> Gema, «La Ley de igualdad y la prevención de riesgos laborales: Nueva protección social de los (nuevos y no tantos riesgos Laborales)», pp. 225 y ss., en *La Ley de igualdad: Consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, Valladolid, 2007, Lex Nova.
- MARTÍNEZ GAYOSO, M.<sup>a</sup> Nieves, *Prevención de Riesgos Laborales, Igualdad entre Hombres y Mujeres y Negociación colectiva en la CAV*, Lan Harremanak/23 (2010-II).
- MONTOYA MELGAR, A., «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n.º 13/2000, <https://insignis.aranzadidigital.es>
- MONTOYA MELGAR, A., y PIZA GRANADOS, J., *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*, Ed. McGraw Hill, Madrid 2000.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de la Seguridad Social*. Ed. Aranzadi, 2002.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración-Serie Derecho del Trabajo*, n.º 53 (2004).
- STUAR MILL, J., «De la libertad. Del gobierno representativo y la esclavitud femenina», *La esclavitud Femenina*, Tecnos, Madrid, 1965.
- ZAPIRAIN BILBAO, A., *Denegación de emisión de certificación médica sobre existencia de riesgo durante el embarazo. Ausencia de riesgos específicos y falta de acreditación por la empresa de la imposibilidad técnica u objetiva de cambio de puesto*. STSJ del País Vasco de 13 de abril de 2011, p. 1, Aranzadi Insignis, BIB 2012/287.



# SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR MATERNIDAD Y FALLECIMIENTO DEL HIJO

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. *Situaciones protegidas: maternidad, adopción, acogimiento y tutela.*— II. *Opción de descanso a favor del otro progenitor.*—III. *Revocación de la opción a favor del otro progenitor.*—IV. *Discriminación.* 1. Despido nulo. 2. Otros supuestos.—V. *Realización de trabajos durante el período de suspensión del contrato por maternidad.*—VI. *Titularidad del derecho.*—VII. *Compatibilidad de los períodos de suspensión del contrato por maternidad y paternidad.*—VIII. *Duración del período de suspensión del contrato por maternidad.*—*Bibliografía.*

El principal efecto que la maternidad produce sobre el contrato de trabajo es la suspensión del mismo por parto, adopción o acogimiento, tal y como establece el artículo 48.4 ET. Durante ese período de suspensión los trabajadores que cumplan los requisitos exigidos por la Ley recibirán un subsidio a cargo de la Seguridad Social, de tal manera que existe una íntima relación entre la protección laboral de la maternidad y la protección de Seguridad Social.

En efecto, el descanso por maternidad comporta una relación triangular empresario/trabajador/Seguridad Social, que se desenvuelve en dos planos perfectamente diferenciados: el aspecto laboral (suspensión del contrato por maternidad) y el aspecto prestacional o de seguridad social (derecho al subsidio por maternidad). Aunque ambos aspectos están íntimamente relacionados no pueden confundirse pues cada uno de ellos tiene su propia regulación, has-

ta el punto de que puede existir derecho al descanso (seis semanas obligatorias para la madre trabajadora tras el nacimiento del hijo) y no existir derecho al subsidio de maternidad (por no cumplir alguno de los requisitos del mismo, por ejemplo no reunir el periodo de carencia)<sup>1</sup>.

Los requisitos para tener derecho al descanso por maternidad aparecen recogidos en el artículo 48.4 ET. Según establece este precepto, la suspensión del contrato por maternidad tiene una duración de dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. No obstante, y sin perjuicio de las seis semanas señaladas de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) introdujo diversas reformas en la regulación de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, que tienen como objetivo establecer un régimen protector más igualitario en esta materia que tenga siempre presente la protección del menor y la corresponsabilidad del padre en el cuidado de los hijos.

## I. SITUACIONES PROTEGIDAS: MATERNIDAD, ADOPCIÓN, ACOGIMIENTO Y TUTELA

No solo la maternidad biológica constituye causa de suspensión del contrato de trabajo, sino también la adopción y el acogimiento. En efecto, conforme al artículo 45.1 d) ET es causa de suspensión del contrato de trabajo la adopción o guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales difi-

---

<sup>1</sup> Ver, LÓPEZ ANIORTE, C., «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica», *Anales de Derecho*, núm. 18, 2000; MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «Suspensión del contrato de trabajo por maternidad», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2009.

cultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, «la suspensión del contrato de trabajo por la llamada «maternidad» forma parte de un concepto más amplio, aunque innominado en nuestra legislación, cual es el permiso parental, puesto que bajo la genérica –y no siempre apropiada– denominación de «maternidad», se incluyen no solo los supuestos de parto, sino también los de adopción y acogimiento de menores de 6 años, de menores discapacitados o de aquéllos con especiales necesidades de inserción social y familiar. En este segundo caso, el titular del derecho a la suspensión por «maternidad» no necesariamente será de la madre adoptiva o de acogida, pues el mismo se reconoce indistintamente a favor del padre, ambos adoptantes o acogedores se hallan en un mismo nivel de protección»<sup>2</sup>.

La suspensión del contrato por parto presenta especiales características. En concreto, «únicamente el caso del parto guarda directa y exclusiva relación con el sexo del titular del derecho al descanso, pues solo las trabajadoras pueden estar comprendidas en el ámbito del mismo. En suma, es importante poner de relieve que, dentro de ese abanico más amplio de permiso «parental», la maternidad en sentido estricto guarda relación con el hecho biológico femenino, lo que no sucede con el resto de supuestos de suspensión del contrato. Asimismo, únicamente el caso del descanso por razón de dar a luz tiene un carácter limitativo respecto a la posibilidad de disfrute por el otro progenitor, limitación que se impone tanto respecto de un periodo –seis semanas–, como de un momento concreto –inmediatamente después del parto–. Por consiguiente, fuera de la excepcionalidad de la muerte de la madre durante el alumbramiento, son solo las mujeres las que pueden hallarse de baja por maternidad durante las seis semanas inmediatamente posteriores al parto»<sup>3</sup>.

La adopción ha planteado algunos problemas en materia de suspensión del contrato de trabajo, en muchos casos relacionados con las nuevas realidades familiares y en otros por circunstancias que desbordan la regulación legal.

Este es el caso, por ejemplo, de una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha<sup>4</sup> en la que se trata de un supuesto en el que entre el nacimiento de un hijo y la adopción de otro media el espacio de un mes. Este supuesto se asimila por el tribunal a un parto o adopción múltiple,

---

<sup>2</sup> STS, Sala de lo Social, 10 de enero de 2017 (RJ 2017, 38).

<sup>3</sup> STS, Sala de lo Social, 10 de enero de 2017 (RJ 2017, 38).

<sup>4</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, 22 de junio de 2010 (AS 2010, 1758).

ampliándose en dos semanas la duración del permiso por maternidad, en lugar de conceder dos permisos por maternidad, uno por maternidad biológica y otro por adopción que se iban a superponer en el tiempo. Adoptar otra solución haría de mejor condición a los padres afectados por este supuesto que a aquellos afectados por partos o adopciones múltiples.

Otro supuesto problemático que se ha planteado en la jurisprudencia es el de la adopción del hijo biológico del otro miembro de la pareja. En los supuestos de hijo biológico anterior de uno de los miembros de la pareja que es adoptado posteriormente por el otro cónyuge o pareja, nos encontrábamos en la doctrina judicial con sentencias contradictorias pues mientras en unos casos se concedía el derecho a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y la correspondiente prestación en otros se denegaba. Así, se ha afirmado que «el permiso de adopción solicitado por la actora tiene como razón de ser, tal como interpreta toda la doctrina científica, en el hecho de que la persona adoptante y el niño/a adoptado tengan un contacto humano en los primeros momentos de la adopción que facilite su integración en la nueva familia y en su nueva situación» y en el presente caso queda probado una convivencia de 7 años con el menor, «pues el recurrente es el marido de la madre del menor y convivían todos en el mismo domicilio», lo que hace que la concesión del permiso por adopción no tenga sentido en este supuesto<sup>5</sup>.

El Tribunal Supremo<sup>6</sup> ha puesto fin a estas diferencias y ha entendido que no impide el reconocimiento del derecho la circunstancia de que hubiera existido convivencia previa entre la adoptante y el adoptado y que la madre biológica hubiera disfrutado del permiso de maternidad. Así, afirma que «en la normativa reguladora de la prestación de maternidad no aparece como requisito que la menor adoptada no se encuentre incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del periodo de descanso por maternidad» y que, «entre los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho no figura la circunstancia de que la menor hubiera convivido con la adoptante con anterioridad al inicio del descanso por maternidad y solicitud de la correspondiente prestación». Para el Tribunal Supremo de seguirse la tesis mantenida por el INSS, «en numerosos supuestos de adopción legalmente previstos, no habría derecho al descanso por maternidad ni a la prestación correspondiente, como pueden ser los regulados en el artículo 176,

---

<sup>5</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, 20 de septiembre de 2010 (AS 2010, 1930).

<sup>6</sup> STS, Sala de lo Social, 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428). En el mismo sentido, ver, STSJ de Madrid Sala de lo Social, 3 de octubre de 2014 (AS 2014, 2822); STSJ de Canarias, Sala de lo Social, 27 de abril de 2015 (AS 2015, 1758); STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, 16 de junio de 2015 (JUR 2015/210299).

apartados 1, 2 y 3 del Código Civil –ser pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, ser hijo del consorte del adoptante, llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo- en los que habitualmente ha habido convivencia previa de adoptante y adoptado». Asimismo, señala que «la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir del momento de la adopción cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo del adoptante, cuando pasa a integrarse en la nueva familia. No empece tal conclusión el hecho de que la madre biológica de la adoptante hubiera disfrutado del permiso de maternidad pues se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente, a saber, el parto –que generó el derecho en la madre biológica– y la adopción como madre de la hoy recurrente –que acarreó su derecho a descanso y prestación por maternidad– situaciones ambas previstas y reguladas en el artículo 48.4 ET, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. Aunque el sujeto causante sea el mismo se han producido sucesivamente las dos situaciones protegidas legalmente establecidas, la maternidad y la adopción, y, en consecuencia, procede reconocer el derecho a la prestación a la adoptante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, 133 bis y ter de la LGSS».

## II. OPCIÓN DE DESCANSO A FAVOR DEL OTRO PROGENITOR

Por lo que se refiere al momento en el que debe ejercitarse la opción de descanso a favor del otro progenitor, el ET señala que la misma se llevará a cabo al iniciarse el período de descanso por maternidad.

En este sentido, se ha señalado por la jurisprudencia y la doctrina judicial que no se exige que la madre ejercite la opción a favor del otro progenitor en el momento de solicitar el subsidio por maternidad. Así se ha afirmado que «las solicitudes deberán contener el motivo de las mismas, la fecha de inicio y la distribución prevista del periodo de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa o empresas, si se tratase de trabajador por cuenta ajena, pero no dispone la norma que si no se efectúa tal determinación en la solicitud realizada por la madre, ello compor-

te que no se pueda, con posterioridad, comunicar a la Entidad Gestora que el padre va a comenzar el disfrute del descanso y periodo durante el que lo va a disfrutar». De seguirse tal interpretación «se haría de peor condición al padre («al otro progenitor» tras la Ley Orgánica 3/2007) que a la madre, pues mientras esta última dispone, para solicitar el subsidio, de los plazos previstos en los artículos 43 y 44 LGSS, con los efectos de prescripción y caducidad en ellos regulados, el padre dispondría de un único momento al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, que el INSS identifica erróneamente con la solicitud de la trabajadora del subsidio por maternidad». Asimismo, «de seguirse esta interpretación se establecería un peculiar plazo para la solicitud de la prestación de maternidad a favor del padre, no apareciendo plazo similar para ninguna de las prestaciones del sistema de Seguridad Social (...). En definitiva, la solicitud del subsidio por maternidad a favor del padre, en el supuesto de que la madre decidiese que fuera el padre el que disfrutase de una parte del descanso por maternidad, se regirá, en cuanto a los plazos de solicitud, prescripción y caducidad por las normas generales de la LGSS, artículos 43 y 44, si bien la trabajadora habrá de tener en cuenta que, como el subsidio por maternidad se le viene abonando a ella por la Entidad Gestora, en el momento en que se reincorpore al trabajo, por iniciar el padre el descanso por maternidad, deberá poner tal hecho en conocimiento de dicha Entidad, a fin de evitar pagos indebidos y facilitar el abono al padre de dicha prestación»<sup>7</sup>.

Por el contrario, alguna Sentencia deniega el derecho al subsidio por maternidad a favor del padre cuando la opción se ejercita transcurridas las seis semanas de descanso obligatorio para la madre<sup>8</sup>. Así, para el Tribunal Superior de Justicia de Galicia la opción a favor del padre debe hacerse al iniciarse el período de descanso por maternidad, y posteriormente solo podrá optar por el descanso el otro progenitor si sobrevienen hechos que hagan inviable su aplicación, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, habiéndose limitado a alegar la recurrente en el supuesto planteado que «la madre es trabajadora autónoma con una clínica y unos clientes que atender y que no le permite permanecer cerrada por un tiempo largo».

---

<sup>7</sup> STS, Sala de lo Social, de 20 de mayo de 2009 (RJ 2009, 4282). En este sentido, STSJ de Valencia, Sala de lo Social, 18 de septiembre de 2008 (AS 2008, 2963); STSJ de Valencia, Sala de lo Social, 7 de octubre de 2009 (AS 2009, 2581); STSJ de Canarias (Las Palmas), Sala de lo Social, 7 de julio de 2014 (AS 2014, 2769).

<sup>8</sup> STSJ de Galicia, Sala de lo Social, 22 de octubre de 2012 (AS 2013, 446).

### III. REVOCACIÓN DE LA OPCIÓN A FAVOR DEL OTRO PROGENITOR

Como acabamos de señalar, el artículo 48.4 ET prevé que la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. Si en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo esta se encuentra en situación de incapacidad temporal, el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido.

Según establece el artículo 9.1 RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la opción a favor del otro progenitor será revocable, a tenor del párrafo segundo, «si sobrevinieren hechos que hagan inviable su aplicación, tales como ausencia, enfermedad o accidente del otro progenitor, abandono de familia, separación, violencia de género u otras causas análogas».

Este precepto tiene claramente carácter abierto y contempla causas graves que permitan a la madre revocar la cesión efectuada, ahora bien, en algún caso se ha hecho una interpretación flexible del precepto y se ha considerado posible revocar la opción cuando la empresa alega la imposibilidad de encontrar un sustituto para el padre y, con la finalidad de no causar un perjuicio a la empresa, la madre y el padre solicitan la revocación de la opción efectuada.

En este sentido, el INSS indicó que un riesgo para la rentabilidad empresarial, que es en último extremo lo alegado por los progenitores, no tiene similitud alguna con la ausencia, enfermedad, accidente, abandono de familia, separación o violencia de género. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares<sup>9</sup>, confirmando la sentencia de instancia, afirma que «la analogía en la gravedad de la causa ha de predicarse de las que permiten una revocación unilateral por parte de la madre, esto es una reversión del derecho cedido, que una vez efectuada la cesión se habría incorporado al haz de derechos del padre. En este caso, se trata de una revocación de ambos progenitores y por razones de relevancia, como se acredita en los hechos probados. Esto es, no obedece a una mera conveniencia sino a una razón que merece ser atendida cual es el perjuicio que el trabajador quiere evitar a la empresa que se encuentra de modo sobrevenido con la imposibilidad de sustituirle. Ciertamente es que las

---

<sup>9</sup> STSJ de Baleares, Sala de lo Social, 5 de marzo de 2012 (AS 2012, 1241)

posibilidades de revocación de esta cesión de derecho han de ser interpretadas de modo restrictivo y al respecto ha de concluirse que los hechos reflejan la excepcionalidad de la situación. Del mismo modo, ha de atenderse a que se trate de una revocación real, esto es, que la madre disfrute del período de suspensión que había cedido al otro progenitor. En el presente caso así ha sido, la madre continuó con el período suspensivo sin prestación alguna reflejando así la realidad de la revocación».

#### IV. DISCRIMINACIÓN

Las trabajadoras no pueden verse perjudicadas en sus derechos laborales con motivo de la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad, so pena de sufrir una discriminación por razón de sexo. De este modo, son muy numerosas las sentencias posteriores a la LOI que hacen referencia a supuestos de discriminación como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad.

##### 1. Despido nulo

La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

Según establecen los artículo 53.4.c) ET (despido objetivo) y 55.5 c) ET (despido disciplinario), cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. Será también nula la decisión extintiva o el despido en los siguientes supuestos: c) el de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o paternidad, a que se refiere el artículo 45.1 d) ET, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor.

Lo señalado «será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados».

No puede operar la garantía objetiva que establece el artículo 53.4.c) ET una vez transcurrido el plazo de nueve meses, dado que este último está vinculado a la fecha del nacimiento del hijo, con independencia del tipo de contrato, al igual que lo está el contemplado para la lactancia del menor, ex artículo 37.4 ET, pues en ambos casos la norma establece un plazo fijado en meses, cuyo cómputo ha de hacerse, en ausencia de norma que establezca otra cosa, siguiendo las pautas del artículo 5 del Código Civil, es decir, de «fecha a fecha». Lo contrario, conforme advierte la doctrina judicial, «nos llevaría a soluciones no queridas por la norma, prolongando la mayor protección que otorga el artículo 53.4.c) ET a situaciones que están fuera del plazo fijado, dependiendo del tipo de contrato o de la real efectividad de la prestación, olvidando que ya el propio precepto establece que los nueve meses deben computarse desde la fecha de nacimiento»<sup>10</sup>.

El artículo 53.4.c) ET no atribuye a los trabajadores ningún derecho de permanencia en la empresa -reservado el mismo para los representantes de los trabajadores -, «sino una protección en punto a la calificación de la decisión extintiva, que solo podrá ser nula o procedente»<sup>11</sup>.

En todo caso, debe desestimarse la petición de nulidad del despido cuando pese a haber sucedido mientras la trabajadora está en situación de suspensión del contrato por maternidad, se acreditan las causas económicas y productivas alegadas por la empresa<sup>12</sup>.

Por último, es nulo el cese de un contrato eventual considerado fraudulento cuando la trabajadora disfrutaba de la suspensión del contrato por maternidad<sup>13</sup>.

## 2. Otros supuestos

Al margen de los supuestos de despido, destacan en la jurisprudencia laboral recaída tras la entrada en vigor de la LOI en materia de suspensión del contrato de trabajo por maternidad las siguientes sentencias:

— La Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>14</sup> ha considerado no ajustada a Derecho una cláusula de un convenio colectivo que fija una retribución

<sup>10</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 23 de julio de 2015 (AS 2015, 1685).

<sup>11</sup> STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, 10 de abril de 2013 (AS 2013, 1504).

<sup>12</sup> STSJ de Valencia, Sala de lo Social, 18 de febrero de 2015 (AS 2015, 951).

<sup>13</sup> STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, 28 de octubre de 2012 (AS 2013, 471).

<sup>14</sup> STS, Sala de lo Social, 27 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3148).

variable extra convenio que consiste en un plan de incentivos vinculado al número de jornadas productivas realizadas en cómputo anual, sin que se computen para el cálculo de las jornadas los días de trabajo comprendidos en las seis semanas inmediatamente posteriores al parto que disfrutan las trabajadoras por razón de la suspensión del contrato por maternidad.

Señala el Tribunal Supremo, reproduciendo la Sentencia de la Audiencia Nacional que confirma, que «si una medida empresarial que otorga peor derecho a las trabajadoras que tienen su contrato suspendido por maternidad constituye una discriminación por razón de sexo, con más razón habrá que insistir en tal sentido cuando se alude a las seis semanas posteriores al parto, a las que el legislador otorga un perfil obligatorio, alejándolo del puro derecho de ejercicio absolutamente opcional para la madre. (..) El argumento de que el criterio de cómputo de las jornadas productivas se aplica por igual a hombres y mujeres, cae por su propio peso, ya que está claro que son exclusivamente estas últimas quienes tendrán opción a disfrutar el descanso de seis semanas posteriores al parto». Y, «el que la norma permita la distribución del período de descanso con el otro progenitor no añade ni quita nada a lo expresado, dado que el artículo 48.4 ET excluye expresamente de semejante reparto las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que son sobre las que aquí se debate».

— Asimismo, el Tribunal Supremo<sup>15</sup> ha considerado contraria a derecho la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal así como la baja por riesgo de embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones de los variados incentivos. Se trata de una empresa que tiene establecido un sistema de retribuciones variables, en el que se distingue el denominado incentivo general de operaciones y el igualmente llamado incentivo de éxito comercial (prima de producción). Considera la empresa demandada que ninguno de tales incentivos se devenga durante el periodo en que no existe actividad laboral, lo que, en consecuencia, motiva que no los abone en relación a los periodos de baja por maternidad o por riesgo durante el embarazo, provocando con ello que, tras la reincorporación, las trabajadoras afectadas no perciban esa partida salarial hasta el momento de abono de los periodos que, nuevamente, hayan comenzado a devengar (en los términos en que está fijado el momento del pago para cada uno de los dos incentivos controvertidos). Así, de lo que se trata en este supuesto es del mantenimiento de los derechos y condiciones de las trabajadoras que han ejercido

---

<sup>15</sup> STS, Sala de lo Social, 10 de enero de 2017 (AS 2017, 38).

sus derechos a los permisos derivados de su maternidad, una vez se reincorporan a su actividad laboral.

Para el Tribunal Supremo, «los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental no pueden estar en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso. Y, para que tal situación desfavorable no se produzca, no puede exigirse la presencia física de los trabajadores en el mes anterior al del abono de los incentivos, pues es éste un requisito que la situación de permiso hace imposible». En el presente caso resulta acreditado que «las trabajadoras que pasan a la situación de baja por maternidad o riesgo durante el embarazo ven alteradas sus retribuciones en el momento de su reincorporación, pues no perciben incentivos hasta que no vuelven a transcurrir los periodos necesarios para su devengo, computados solo desde la fecha de dicha reincorporación. Ni siquiera consta que se tenga en cuenta al efecto la situación que quedó fijada en el momento en que iniciaron la baja, de suerte que cabría decir que a dichas trabajadoras se las considerara como ausentes hasta la fecha de su reincorporación. Tal consecuencia implica una discriminación directa y es contraria al derecho al mantenimiento y preservación de sus condiciones de trabajo y penaliza el ejercicio del derecho a la protección por maternidad, limitando, por tanto, la plenitud del mismo».

— Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía<sup>16</sup> ha considerado discriminatoria la práctica empresarial consistente en la elaboración de nóminas ficticias de las trabajadoras durante el período de descanso por maternidad, como si estuvieran en activo en la empresa, para proceder unilateralmente a descontar del importe correspondiente la suma que entiende han percibido las trabajadoras en concepto de prestación por maternidad. Entiende la Sala que esta práctica empresarial es manifiestamente irregular y ocasiona un perjuicio o desventaja a los trabajadores que siguieron proceso de licencia por maternidad, sin que para ello concurra una justificación legítima toda vez que los derechos de los trabajadores que se pretenden proteger ya encuentran debido cobijo tanto en el ET como en la LGSS.

## V. REALIZACIÓN DE TRABAJOS DURANTE EL PERÍODO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR MATERNIDAD

Por lo que se refiere al despido disciplinario, debe recordarse que el deber de buena fe sigue vigente aun cuando el contrato de trabajo está suspendido,

---

<sup>16</sup> STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, 15 de marzo de 2012 (AS 2013/2228).

por ello se declara procedente el despido de un trabajador que realiza trabajos durante el período de suspensión del contrato por maternidad<sup>17</sup>. En este sentido se afirma que «con tal conducta, incumplía –en detrimento de la organización de los recursos humanos de la empresa empleadora– su deber de guardar descanso obligatorio y preciso a consecuencia del cuidado directo del hijo recién nacido y la finalidad del derecho a la suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva de puesto por razón del nacimiento de un hijo, cual es la de –conciliando la vida familiar, contribuyendo a la igualdad de sexos y coadyuvando a la educación parental– conseguir que el cuidado de los hijos menores sea efectuado tanto por la madre cuanto por el padre».

Ahora bien, también nos encontramos en la doctrina judicial alguna sentencia en sentido contrario, de tal manera que no considera vulnerada la buena fe contractual por prestar servicios durante el período de suspensión del contrato por maternidad, y más cuando dichos trabajos tienen lugar una vez transcurridas las seis semanas de descanso obligatorio para la madre. Así, se ha señalado que «no puede equipararse la baja por IT con la baja por maternidad, ya que ésta no es una enfermedad como la que da lugar a esa incapacidad temporal, donde el empresario tiene el derecho a que el trabajador no ejerza ninguna actividad que perjudique su recuperación para el trabajo, esto es que motive el alargamiento de la situación de IT. En tanto que la maternidad no se alarga más por ayudar al cónyuge en una actividad como es la de una heladería donde ni consta cobrase por ello, ni que estuviese sometida a ningún control horario y no exige esfuerzos físicos incompatibles con la maternidad. La recurrente está obligada en cualquier caso a guardar reposo durante las seis semanas siguientes al parto por maternidad, sucediendo en el supuesto de autos que cuando se produjo la ayuda a su cónyuge en el negocio familiar ya habían pasado esas seis semanas de baja por maternidad»<sup>18</sup>

## VI. TITULARIDAD DEL DERECHO

La LOI modificó el artículo 48.4 ET en relación con la titularidad del derecho a la suspensión del contrato de trabajo en los casos de maternidad biológica tratando de poner fin, de este modo, a una situación conflictiva y criticada por la doctrina. En efecto, al reconocerse que la titular del derecho al descanso por maternidad es la madre, el Tribunal Supremo venía entendiendo

---

<sup>17</sup> STSJ de Aragón, Sala de lo Social, 7 de febrero de 2011 (AS 2011, 1714).

<sup>18</sup> STSJ de Murcia, Sala de lo Social, 24 de junio de 2013 (JUR 2013, 252530).

que si la madre no es trabajadora por cuenta ajena encuadrada en el Régimen General de la Seguridad Social no puede hacer cesión al padre de un derecho del que carece. Para que el padre pueda disfrutar de las semanas de suspensión es imprescindible que ambos presten servicios con vinculación laboral y que estén incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. «El artículo 48.4, primer párrafo del Estatuto de los Trabajadores concede la suspensión del contrato de trabajo por 16 semanas a la mujer por razón de parto, y que ella es la titular de este derecho. En su consecuencia, es requisito esencial del supuesto que la trabajadora que dé a luz esté vinculada por un contrato laboral susceptible de suspensión según previene el artículo 45 d) del propio Estatuto de los Trabajadores. Solo partiendo de este presupuesto esencial del precepto ha de entenderse la posibilidad, regulada en el párrafo 2.º del núm. 4 del 48, «... de que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre...». Para que el padre disfrute de este descanso se precisa según previene el propio precepto «que el padre y la madre trabajen» y que ésta «al iniciarse el período de descanso por maternidad opte porque el padre disfrute de una parte determinada del mismo». La exigencia de que el padre y la madre trabajen, no puede entenderse en el sentido de que la necesidad de que la madre esté ligada por un contrato laboral, se suprima, bastando que tenga una actividad laboral por cuenta propia, pues el párrafo 2.º del núm. 4 del artículo 48, está referido al primero, y en éste como ya se dijo solo concede el derecho al permiso, por parte de la mujer trabajadora sujeta a un contrato laboral. Ciertamente que el artículo 133 bis de la LGSS al reconocer las prestaciones por maternidad no distingue por razón de sexo y que la disposición adicional 11 bis de la ley General de la Seguridad Social reconoce a la trabajadora por cuenta propia prestaciones por maternidad análogas a la trabajadora por cuenta ajena. Ahora bien, esta regulación de la protección de la maternidad, no es ajena a lo dispuesto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y prueba evidente de ello es la remisión que se hace al mismo, en el artículo 133 bis. En su consecuencia, ni el artículo 48.4 ni la regulación de las prestaciones por maternidad otorgadas en la Ley de Seguridad Social autorizan a que la mujer trabajadora por cuenta propia goce del permiso por maternidad, presupuesto primero para que el padre pueda disfrutar de parte del mismo por opción, en este sentido, de la madre»<sup>19</sup>.

Un sector de la doctrina se mostró claramente contrario a esta interpretación y a la asignación de la titularidad del derecho a la suspensión del contrato

---

<sup>19</sup> STS, Sala de lo Social, 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 6236).

por maternidad exclusivamente a la madre<sup>20</sup>. La reforma del artículo 48.4 ET por la LOI, haciéndose eco en parte de estas críticas, sigue reconociendo como titular del derecho a la suspensión del contrato por maternidad a la madre trabajadora, pero en el caso de que ésta no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el padre o el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre. Es decir, al no tener la trabajadora derecho al subsidio por maternidad por cotizar a un régimen que no tiene reconocido este derecho, el otro progenitor podrá disfrutar de las 16 semanas de descanso independientemente de si él tiene derecho o no al cobro del subsidio por maternidad por el tipo de actividad que viene desempeñando.

La madre sigue siendo la titular del derecho al descanso en la situación de maternidad, y no ambos progenitores de manera indistinta, lo cual responde a una realidad biológica diferencial, objeto de protección, y por ello la regulación legal condiciona el derecho del otro progenitor a la situación y condición laboral o profesional de la madre<sup>21</sup>.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de septiembre de 2013 (TJCE 2013, 285) resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida ante dicho Tribunal en relación al artículo 48 del ET declara que las Directivas 92/85 y 76/2007 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que dispone que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, puede, con el consentimiento de la madre, que tiene también la condición de trabajadora por cuenta ajena, tener derecho a un permiso de maternidad para el período posterior a las seis semanas de descanso obligatorio para la madre inmediatamente posteriores al parto, salvo en el caso de que exista un riesgo para la salud de ésta, mientras que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, no puede tener derecho a tal permiso cuando la madre de su hijo no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena y no está afiliada a un régimen público de seguridad social.

---

<sup>20</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., «Legislación laboral y responsabilidades laborales del trabajador (I). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Aranzadi Social*, 1999-V, p. 108; GIL SUÁREZ, L., «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Puntos críticos», en *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, dir. E. Borrajo Dacruz, La Ley, Madrid, 2004, pp. 570 a 573.

<sup>21</sup> STSJ, Sala de lo Social, Murcia 1 de octubre de 2012 (AS 2012, 2971).

El supuesto que conocía el juzgado y que determinó el planteamiento de la cuestión, fue la denegación por el INSS al padre que era trabajador por cuenta ajena de la prestación de maternidad correspondiente al período de diez semanas posterior a las seis semanas de descanso obligatorio que la madre debía disfrutar inmediatamente después del parto, establecido en el artículo 48.4 del ET. La madre era procuradora y optó por afiliarse a la Mutuallidad General de los procuradores, que establecía una indemnización en vez del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, que incluía un permiso de maternidad.

La sentencia señala expresamente que el «permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones». Está claro, señala el TJUE, que «una medida como la controvertida en el litigio principal está destinada, en todo caso, a proteger la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a él. Además, en un litigio como el principal, la madre del menor, en su condición de trabajadora autónoma no afiliada a un régimen público de seguridad social, no es titular de un derecho originario al permiso de maternidad. Por ello, la madre del menor no dispone de derecho alguno a tal permiso que pueda ceder al padre del menor. De ello se desprende que, en estas circunstancias, la Directiva 76/2007/CEE no se opone a una medida como la controvertida en el litigio principal».

Por lo tanto se concluye que no es contrario a los principios de igualdad y no discriminación que el descanso por maternidad biológica, y el correspondiente subsidio, se configure como un derecho originario de la madre, pues la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a él es objeto de especial protección por la normativa de la UE.

En relación con la titularidad del derecho se han planteado dos supuestos en la doctrina judicial posterior a la LOI:

a) Un primer supuesto que se ha planteado es si el derecho reconocido en el artículo 48.4 del ET a la trabajadora que ha dado a luz, de optar porque parte del período de descanso por maternidad lo disfrute el otro progenitor, puede ejercerse en el supuesto de que la madre trabajadora lo sea por cuenta propia y esté en consecuencia afiliada al RETA, mientras que el padre trabajador por cuenta ajena esté afiliado al Régimen General.

Los Tribunales Superiores de Justicia han adoptado posiciones diferentes en este supuesto. Así, mientras que en unos casos se afirma que solo la madre trabajadora por cuenta ajena puede ceder al padre una parte de su período de suspensión del contrato por maternidad, en otras se sostiene lo contrario y se reconoce el derecho cuando la madre es trabajadora autónoma.

En este sentido, se ha afirmado que la LOI no ha variado las condiciones precisas para el ejercicio del derecho solicitado, ni el titular del derecho es otro que la madre trabajadora por cuenta ajena. La modificación que se ha introducido en el artículo 48.4 del ET para el supuesto de que la madre no tiene derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación, se entiende en el sentido de que se reconoce el derecho del padre cuando la madre tiene derecho a suspender su actividad profesional pero no percibe la prestación económica por maternidad, de manera que el padre será el titular del derecho y no lo ejercerá en este caso por cesión de la madre<sup>22</sup>.

Por el contrario, otras resoluciones judiciales vienen manteniendo que el precepto legal no distingue entre la trabajadora por cuenta ajena y la que presta servicios por cuenta propia a la hora de reconocer el derecho y que la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2007 deja claro que las mejoras que introduce en el actual permiso de maternidad lo son también para los trabajadores y trabajadoras autónomos y de otros regímenes especiales de la Seguridad Social<sup>23</sup>.

b) Y, un segundo supuesto, es el relativo a la afiliación de la madre trabajadora a una mutualidad de previsión social.

Así, si la mutualidad no reconoce el derecho a la prestación por maternidad, no puede transmitirse al padre dicho derecho «ya que carece de título alguno para su disfrute»<sup>24</sup>.

Por otro lado, si la trabajadora ha percibido de la mutualidad una prestación en concepto de maternidad tampoco el otro progenitor podrá disfrutar de dicho derecho. En este sentido, se ha afirmado lo siguiente:

«nos encontramos ante el supuesto en que la esposa del actor y madre de un hijo común se encuentra afiliada, por razón de su actividad profesional, a la Mutualidad de la Abogacía habiéndose integrado en el Plan Universal de la Abogacía, opción realizada voluntariamente frente a la posibilidad de afiliarse al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y en dicho Plan no se contempla el derecho a la prestación por maternidad, ni el período de descanso por tal motivo, pero se

---

<sup>22</sup> STSJ, Sala de lo Social, Cataluña 17 de diciembre de 2008 (AS 2009 216).

<sup>23</sup> STSJ, Sala de lo Social, País Vasco 2 de diciembre de 2008 (AS 2009, 1128); STSJ, Sala de lo Social, País Vasco 9 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 305865).

<sup>24</sup> STSJ, Sala de lo Social, Islas Canarias 30 de marzo de 2009 (AS 2009, 1605).

fija el derecho a percibir una prestación económica, y que efectivamente se percibió por aquella por importe de 1.800 euros, equivalente a sesenta días de baja, y, en tal situación fáctica, se ha de analizar y resolver si el actor, esposo de la Abogada referida y padre del hijo común, tiene derecho a prestación alguna con cargo al Sistema de la Seguridad Social.

A tal efecto se ha de partir de la dicción del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece el derecho del otro progenitor “a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre”, para el caso de que “la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulan dicha actividad”, relato del precepto que no es demasiado claro, pues parece deducirse que no tendrá derecho el otro progenitor a suspender su contrato de trabajo si la madre ha percibido prestaciones por tal motivo, cuestión que es delimitada por el artículo 3.4, párrafo segundo, del RD 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, el cual dispone que “Si, por el contrario, la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, independientemente de su duración o de su cuantía, o cuando no alcanzara este derecho por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio en el sistema de Seguridad Social”, por lo tanto, y habida cuenta que la esposa del actor ha percibido prestación por maternidad con cargo al sistema de previsión privado elegido, el actor carece de derecho al subsidio pretendido»<sup>25</sup>.

En relación con esta cuestión, conviene tener presente que desde el 1 de enero de 2013 se exige a las Mutualidades de Previsión Social, en su condición de alternativas al Régimen Especial de Autónomos, que ofrezcan a sus afiliados de forma obligatoria la cobertura, entre otras contingencias, de la maternidad estableciendo una cuantía mínima por tal prestación. Por ello, hay que tener en cuenta que «el hecho de que la prestación otorgada por la Mutualidad

---

<sup>25</sup> STSJ de Murcia, Sala de lo Social, 1 de octubre de 2012 (AS 2012, 2971). En el mismo sentido, ver STSJ, Sala de lo Social, Canarias 1 de febrero de 2016 (AS 2016, 1393):

«El actor, trabajador por cuenta ajena y su esposa, abogada en ejercicio afiliada a la mutualidad de la abogacía tuvieron un hijo el 6 de mayo de 2013. La esposa del demandante como se constata en el hecho cuarto de la demanda percibió de la mutualidad 5400 euros en un pago único por parto lactancia. Nos encontramos ante un supuesto en que la madre es trabajadora por cuenta propia incorporada a una mutualidad de previsión social y tiene derecho a prestaciones, que por otro lado ha percibido de la mutualidad por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.4 del RD 295/2009, de 6 de marzo, no cabe reconocer al padre la condición de beneficiario de la prestación por maternidad ya que el presupuesto para que el padre trabajador sea beneficiario es que la madre no tenga derecho a las prestaciones, siendo así que la madre tenía derecho y efectivamente las percibió, cuestión distinta es que no hiciera uso efectivo del periodo de descanso, pero podía suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones». En esta línea se han pronunciado en supuestos similares la STSJ, Sala de lo Social, Cataluña 2 de octubre de 2015 (JUR 2015, 284156).

de la Abogacía no se configure como un subsidio, sino como una indemnización a tanto alzado, resulta irrelevante en orden a la exclusión del derecho del progenitor. También lo es que dicha prestación se incardine dentro de la denominada «incapacidad temporal profesional», pues ello no lo hace perder su autonomía en el ámbito de la acción protectora». Habrá que atender a la función que cumple la prestación dispensada por la Mutuality, de manera que si ésta es la de sustituir las rentas dejadas de percibir por la madre durante un determinado período de días, como consecuencia de la interrupción de su actividad profesional, la función es la misma que cumple el subsidio de maternidad del sistema de la Seguridad Social, aun cuando éste pueda tener una duración superior y un modo de pago diferente<sup>26</sup>. Por tanto, con independencia de que en atención al régimen de aseguramiento por el que hayan optado los profesionales colegiados, las modalidades de la correspondiente prestación sean dispares, ello no altera la naturaleza de la situación protegida, sino que lo único que varía es el alcance y el tipo de protección de que es acreedor el beneficiario. «No resulta pues atendible para rechazar que la Mutuality General de la Abogacía no contemple la cobertura de la maternidad el argumento de que la prestación que otorga para proteger dicha situación no sea equiparable a la dispensada por nuestro sistema de seguridad social. El que la prestación que para la maternidad establece dicho sistema de previsión social voluntario sea una indemnización a tanto alzado no altera ni muta pues la naturaleza de la contingencia protegida, sino que únicamente es fruto de que la protección en la Mutuality se rige por un sistema de capitalización individual de aportación definida, mientras que en el sistema público de seguridad social impera un régimen de prestaciones definidas financiado por reparto, pero tanto en uno como en otro caso la prestación por maternidad responde a la finalidad de sustituir la pérdida de rentas de la madre trabajadora en el periodo posterior al parto»<sup>27</sup>.

En todo caso, si la trabajadora opta voluntariamente por no suscribir la cobertura de la prestación por maternidad con la mutuality correspondiente el padre carecerá del derecho a la suspensión por maternidad<sup>28</sup>.

Por último, hay que tener en cuenta que en los supuestos en los que el Instituto Nacional de la Seguridad Social niega el derecho del padre del recién nacido a disfrutar del descanso por maternidad biológica, sobre la base de que la progenitora carece de él, y en los que el trabajador, como consecuencia del

---

<sup>26</sup> STSJ, Sala de lo Social, Aragón 29 de abril de 2015 (AS 2015, 992).

<sup>27</sup> STSJ, Sala de lo Social, Islas Canarias, Las Palmas, 25 de noviembre de 2015 (JUR 2016, 4238).

<sup>28</sup> STSJ, Sala de lo Social, Castilla y León, Burgos, 8 de abril de 2015 (AS 2015, 862); STSJ, Sala de lo Social, País Vasco 22 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 266152).

parecer de la entidad gestora, no llega a disfrutar tal descanso, y reclamado judicialmente el reconocimiento del derecho, la sentencia le es favorable, se plantea una compleja situación.

En una primera aproximación al problema podría entenderse que el órgano de instancia, pese a reconocer el derecho del trabajador a suspender su contrato de trabajo por maternidad, debería dictar sentencia desestimatoria, por no haber disfrutado el correspondiente descanso en el período subsiguiente al nacimiento de su hijo. Sin embargo, como ha señalado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco esta opción interpretativa resulta insatisfactoria por dos razones fundamentales. «De un lado, deja la sentencia vacía de contenido y eficacia, y no salvaguarda el derecho del actor a disfrutar de un tiempo de descanso en el período que sigue al nacimiento de su hijo y a percibir, durante el mismo, un subsidio sustitutivo de las rentas salariales, consolidando las consecuencias desfavorables de la resolución administrativa que le impidió dedicar mayor tiempo al cuidado de su vástago, en perjuicio de ambos (físico, emocional, afectivo, etc) y de la madre, al imposibilitar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares durante una etapa tan importante como son los primeros meses de vida de un hijo. Por otra parte, deja sin reproche la actuación antijurídica de la entidad gestora, al denegar injustificadamente el derecho reclamado oportunamente por el trabajador».

Frente a esta tesis, es posible encontrar una alternativa diferente, adoptando un criterio flexible con respecto al tiempo de disfrute del descanso de maternidad que, sin desvirtuar el espíritu que anima su concesión y la naturaleza del correspondiente subsidio, posibilite el ejercicio efectivo del derecho en juego. «La solución consiste en admitir la posibilidad de que el demandante pueda gozar del período de descanso que, como consecuencia de la actitud contraria a derecho de la entidad gestora no pudo tomar en las fechas legalmente previstas, en un momento posterior, a partir de la firmeza de la sentencia recaída en este procedimiento. Varias son las razones que avalan esta posición.

En primer lugar, aunque del contenido del artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores se deduce que la suspensión del contrato por maternidad debe tener lugar en el período inmediatamente anterior y/o posterior al parto, no existe ninguna prohibición expresa que impida que, de existir causas justificadas para ello, como las que aquí concurren, se pueda producir en un período más alejado.

En segundo término, y sin perjuicio de que la situación no sea exactamente la misma, la finalidad a la que responde la medida suspensiva de favorecer el cuidado del recién nacido y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se hace también presente aunque el niño haya cumplido un año,

En tercer lugar, la exégesis propuesta es la más favorable al ejercicio de un derecho conectado al artículo 39 de la Constitución, y la única que garantiza una tutela judicial efectiva, teniendo además en cuenta la actitud diligente del trabajador, que solicitó la prestación el 25 de enero de 2012, nueve días después del nacimiento del niño y que una vez denegada y agotada la vía previa presentó la demanda el 26 de marzo de 2012, no señalándose el juicio hasta el 15 de noviembre siguiente»<sup>29</sup>.

## VII. COMPATIBILIDAD DE LOS PERÍODOS DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD

El derecho a la suspensión del contrato por paternidad es independiente, como señala el artículo 48 bis ET, «del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad». Por lo que se refiere a la suspensión del contrato por maternidad, la titularidad del derecho es diferente en el supuesto de parto y en los supuestos de adopción o acogimiento y, en consecuencia, la forma de disfrute de ese período también lo es. En el supuesto de parto la titular del derecho es la madre y como ya hemos señalado podrá ceder una parte del período de suspensión al otro progenitor. De este modo, de ejercitarse esta opción, el otro progenitor podrá disfrutar de los días de suspensión del contrato por paternidad que le corresponden, más la parte del período del descanso por maternidad que la madre le haya cedido. Se trata de dos períodos de suspensión diferentes, por lo que no es obligatorio el disfrute continuo de ambos. Como ha señalado la doctrina judicial, siendo los permisos por paternidad y de descanso por maternidad, cuando es disfrutado por el otro progenitor compatibles entre sí, «dicha compatibilidad carecería de sentido si la suspensión de los 13 días tuviera que llevarse a efecto inmediatamente después del nacimiento del hijo al quedar absorbida por el descanso por maternidad»<sup>30</sup>.

## VIII. DURACIÓN DEL PERÍODO DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR MATERNIDAD

La duración del período de descanso por maternidad, como venimos señalando, es de 16 semanas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos

---

<sup>29</sup> STSJ, Sala de lo Social, País Vasco 5 de marzo de 2013 (AS 2013, 1137).

<sup>30</sup> STSJ de Andalucía de 14 de julio de 2011, (AS 2013, 2056).

semanas más por cada hijo a partir del segundo. La duración del permiso por maternidad varía de la duración del permiso por paternidad que actualmente, tras la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 es de 5 semanas.

Pues bien, esta diferencia de duración de ambos permisos ha planteado que se haya alegado discriminación porque en el momento actual el permiso de maternidad se ha desvinculado del hecho biológico de la maternidad y, en consecuencia, la duración de ambos permisos debería ser la misma.

En este sentido, distintos Tribunales Superiores de Justicia<sup>31</sup> han desestimado esta vulneración. Consideran que no vulnera la Directiva europea 2006/54/UE, que en su artículo 9 prevé el trato diferenciado de hombre y mujer en las prestaciones referenciadas, lo que no supone un trato diferenciado en razón del sexo sino derivado del hecho del parto y de la peculiar relación entre la madre y el hijo que conducen a un tratamiento diferenciado de situaciones fácticas distintas. En este sentido, el órgano judicial reproduce la STC 75/2011, de 19 de mayo, en la que se afirma que «la atribución del derecho al descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto no es discriminatoria para el varón, toda vez que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, “la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre” (STC 109/1003, de 25 de marzo, FJ 4). Y es que “la baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora. Su principal fundamento no está en la protección a la familia, sino en la de las madres. Como dice el considerando decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE, la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad” (STC 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 6). (...). Así pues, la regulación establecida en el artículo 48.4 LET, en la redacción resultante del artículo 5 de la Ley 39/1999, que configura el derecho a la suspensión del contrato de trabajo en el supuesto de parto como un derecho reservado a la madre trabajadora, que puede ceder al padre el disfrute el periodo de descanso “voluntario”, siempre que ambos padres sean trabajadores por cuenta ajena, no supone para los varones vulneración alguna del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE ) (...).

---

<sup>31</sup> STSJ Madrid, Sala de lo Social, 13 de diciembre de 2017 (JUR 2018,50408; STSJ Navarra 2 de febrero de 2017 (JUR 2017 (2017,138829).

Ciertamente, los supuestos de parto y de adopción son plenamente equiparables desde el punto de vista de los derechos de los hijos, pues éstos son iguales ante la ley con independencia de la filiación, como establece el artículo 39.2 CE, pero eso no significa necesariamente que del mismo modo tengan que ser supuestos equiparables a efectos de los derechos laborales y de la protección Seguridad Social de los progenitores y adoptantes, por ser distintas las situaciones protegidas en caso de parto (“maternidad biológica”) y en caso de adopción (o acogimiento).

En efecto, en el supuesto de parto la finalidad primordial perseguida por el legislador al establecer en el precepto legal cuestionado el derecho de la mujer trabajadora a suspender su contrato de trabajo con reserva de puesto durante dieciséis semanas ininterrumpidas (o el periodo superior que proceda en caso de parto múltiple), y a la correspondiente prestación por maternidad de la Seguridad Social, en su caso (arts. 133 bis y ss. LGSS ), es preservar la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación, y haciendo compatible esa protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora con la conservación de sus derechos profesionales (sin perjuicio de que, como apuntan el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, puedan tenerse en cuenta otros intereses dignos de protección conectados al hecho del alumbramiento, como la lactancia natural y la especial relación de afectividad entre la madre y el neonato, por ejemplo)».

En todo caso, señala el Tribunal Superior de Justicia de Navarra<sup>32</sup>, «los argumentos del recurso lo son de *lege ferenda*, y deben en su caso servir para instar un debate social, o debatir en propuestas normativas y parlamentarias las correspondientes modificaciones legislativas, pero no son procedentes en este momento, pues estando clara la normativa, y establecida jurisdiccionalmente su constitucionalidad, la Sala debe atenerse a la aplicación del derecho vigente. Y en este punto es claro que el principio de igualdad y no discriminación, no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, 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 CE, y es lícito y aún conveniente establecer diferencias entre el hombre y la mujer en la regulación de los permisos de paternidad y maternidad».

En todo caso, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite varios recursos de amparo en los que se solicita la equipa-

---

<sup>32</sup> STSJ de Navarra de 2 de febrero de 2017 (JUR 2017 (2017,138829).

ración de la duración de la suspensión del contrato de trabajo, y de la correspondiente prestación de Seguridad Social, por paternidad y maternidad, en caso de parto biológico, al considerar los recurrentes que la regulación legal vigente vulnera el artículo 14 CE en conexión con el artículo 39 CE.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R., y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2010.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., «Legislación laboral y responsabilidades laborales del trabajador (I). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Aranzadi Social*, 1999-V.
- GIL SUÁREZ, L., «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Puntos críticos», en *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, dir. E. Borrajo Dacruz, La Ley, Madrid, 2004.
- LÓPEZ ANIORTE, C., «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica», *Anales de Derecho*, núm. 18, 2000.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «Suspensión del contrato de trabajo por maternidad», *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2009.



# TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. *El trabajo a tiempo parcial como forma de ocupación predominantemente femenina.*—II. *Prohibición de discriminación en materia de condiciones laborales en el trabajo a tiempo parcial.* 1. Retribución de las horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial. 2. La retribución de los pluses o complementos en relación a los trabajadores a tiempo completo. 3. Cómputo de la antigüedad de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo. 4. Las vacaciones anuales retribuidas en caso de transformación de la jornada de tiempo completo a tiempo parcial. 5. La diferente regulación de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial.—III. *La prohibición de discriminación en materia de seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial.* 1. Los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial. 2. La integración de las lagunas de cotización en el acceso a la jubilación y a la incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial.—*Bibliografía.*

## I. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL COMO FORMA DE OCUPACIÓN PREDOMINANTEMENTE FEMENINA

El trabajo a tiempo parcial —según la redacción vigente del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores— queda definido como «aquél en el que se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable», forma parte de la estrategia flexibilizadora que pretende —en el caso de España—, entre otras cosas, posibilitar la incorporación

al empleo de colectivos como el de mujeres, preservando su capacidad para mantener una jornada laboral simultánea a las ocupaciones familiares. Y es que, precisamente, uno de los aspectos que, en gran medida, justifican la contratación a tiempo parcial de la mujer es la posibilidad de compatibilizar el trabajo con las ocupaciones familiares, en particular la maternidad<sup>1</sup>. En este sentido, el último informe sobre la situación española de hombres y mujeres publicado por el Instituto Nacional de Estadística<sup>2</sup> señala que las mujeres dedican en promedio cerca de dos horas diarias más al conjunto de actividades de hogar y familia que los hombres. Especialmente, en el caso de los hogares formados por parejas con hijos, donde la dedicación diaria de la mujer a este tipo de actividades casi duplica la del hombre.

Así, a tenor de los anteriores datos, si hay algo que caracteriza al empleo parcial es estar ocupado por mujeres. Según la Encuesta de Población Activa al cierre de 2017<sup>3</sup>, el 72% de las jornadas reducidas son de mujeres. En total, 2,05 millones de puestos a tiempo parcial son ocupados por mujeres, la cuarta cifra histórica más alta. Los hombres apenas ocupan 776.000 empleos de este tipo.

Si seguimos profundizando en los datos estadísticos, se observa como, según los datos publicados por Eurostat<sup>4</sup>, en España, el 30% de las mujeres con hijos tiene un contrato a tiempo parcial, mientras que en el caso de los padres esa proporción ronda el 6%. Son datos referidos a la población ocupada entre 25 y 49 años, una franja donde se concentra la crianza de hijos a edades tempranas. Y es también un claro indicador de que la conciliación de la vida laboral y familiar recae en mucha mayor medida en las mujeres.

Ahora bien, debe advertirse que aun siendo la posibilidad de compatibilizar la jornada laboral con las ocupaciones familiares el factor fundamental que viene a explicar el trabajo a tiempo parcial como medio de ocupación fundamentalmente femenino, no deben olvidarse otros factores, como el mayor peso del trabajo masculino en determinados sectores productivos como la construcción y la industria, donde es más habitual la jornada a tiempo completo. A ello habrá de sumarse el hecho de que en ocasiones la mujer ha de trabajar a tiempo parcial de manera involuntaria, esto es, trabaja a tiempo parcial porque no se le da la oportunidad de trabajar a tiempo completo.

---

<sup>1</sup> VALDÉS DAL-RE, F., «El trabajo a tiempo parcial: crónica normativa de una compleja modalidad contractual». *Relaciones Laborales*, núm. 19, 2000, p. 60.

<sup>2</sup> Informe INE: Mujeres y hombres en España (actualizado a 2017), p. 295 y ss., [www.ine.es](http://www.ine.es), en el cual se recoge que las mujeres dedican en promedio 1 hora y 57 minutos diarios más al conjunto de actividades de hogar y familia que los hombres.

<sup>3</sup> [www.ine.es](http://www.ine.es)

<sup>4</sup> <http://ec.europa.eu/eurostat/data/database>

Por tanto, todos estos factores, esto es, la posibilidad de compaginar jornada laboral y ocupaciones familiares, el mayor peso del trabajo masculino en determinados sectores de actividad donde predomina el trabajo a tiempo completo y el desempeño del trabajo a tiempo parcial de manera involuntaria, explican que el trabajo a tiempo parcial sea en España una forma de ocupación fundamentalmente femenina, con porcentajes de empleo inferiores todavía al de algunos países europeos<sup>5</sup>, pero que ha experimentado un incremento en estos últimos años.

Es por ello, que de los diferentes supuestos de discriminación de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo pueden derivarse situaciones de discriminación por razón de sexo, habida cuenta del colectivo que principalmente ocupa los puestos de trabajo a tiempo parcial. Serán justamente dichas situaciones discriminatorias a las que trata de poner freno la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley viene a afirmar que dicha normativa va «dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla». En concreto, la Ley, en su artículo tercero, establece que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, mencionando expresamente las derivadas de la maternidad y la asunción de obligaciones familiares. Con lo que en dicho precepto encontrarían acogida aquellas situaciones discriminatorias experimentadas por los trabajadores a tiempo parcial, si tenemos en cuenta que dicho trabajo es realizado principalmente, como decimos, por mujeres, siendo uno de los motivos justificativos de ello, justamente, la necesidad de compaginar la jornada laboral con la asunción de obligaciones familiares, especialmente la maternidad. Asimismo, cabe destacar como la propia norma hace referencia expresamente, en su artículo sexto, a la discriminación directa e indirecta, ocupando ésta última un papel relevante en lo que a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial se refiere, como veremos posteriormente en este mismo trabajo.

Con todo ello, una vez descrito el escenario que presenta el trabajo a tiempo parcial, marcado por una clara presencia de las mujeres en el mismo,

---

<sup>5</sup> En este sentido, por ejemplo en Holanda, que es la primera economía del mundo basada en el trabajo a tiempo parcial, el 77% de las mujeres holandesas que están trabajando tienen un empleo a tiempo parcial. Sobre el caso holandés, OJEDA AVILÉS, A., y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Buenas prácticas de empleo en Europa*. Aranzadi, 2016, pp. 72 y ss.

pasaremos a analizar en las próximas páginas las principales situaciones discriminatorias que en el ámbito de las condiciones laborales y de la protección social pueden tener lugar en el caso de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo, donde, sin duda, puede verse comprometido, atendiendo a las peculiaridades que presenta dicho trabajo, el principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres que recoge la normativa de referencia y, por ende, habrá de dilucidarse, según los casos, la presencia o ausencia de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo en este escenario.

## II. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE CONDICIONES LABORALES EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

### 1. **Retribución de las horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial**

En relación a la materia retributiva, una de las cuestiones que se ha abordado por parte de la jurisprudencia comunitaria ha sido la cuestión de la existencia de una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a jornada completa en lo que se refiere a la retribución de las horas extraordinarias. En relación a la cuestión retributiva de unos y otros trabajadores, debe partirse de la premisa, tal y como viene declarando la doctrina judicial europea, de que vendrá a existir desigualdad de trato siempre que la retribución que se paga a los trabajadores a jornada completa sea más elevada, a igualdad de horas trabajadas en virtud de una relación de trabajo por cuenta ajena, que la que se abona a los trabajadores a tiempo parcial. A tenor de aquella premisa, la jurisprudencia comunitaria ha venido a declarar que no existe diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a jornada completa cuando las disposiciones nacionales aplicables solo prevén el pago de complementos por horas extraordinarias en caso de sobrepasar la jornada normal de trabajo, tal como se establece mediante convenio colectivo, y no en el caso de sobrepasarse el tiempo individual de trabajo. El Tribunal de Justicia determina que, en tales circunstancias, los trabajadores a tiempo parcial perciben realmente, a igualdad de horas trabajadas, la misma retribución que los trabajadores a jornada completa, y ello tanto si no se sobrepasa el límite de la jornada normal de trabajo fijada por los convenios colectivos, como si las ho-

ras trabajadas sobrepasan dicho límite, dado que en este último supuesto los complementos salariales por horas extraordinarias se aplican a las dos categorías de trabajadores.

Asimismo, el Tribunal de Justicia considera que existe una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a jornada completa cuando las disposiciones nacionales aplicables establecen que todos los trabajadores deben efectuar un mínimo de horas mensuales fuera de su tiempo individual de trabajo para tener derecho a una retribución en concepto de horas extraordinarias<sup>6</sup>. En esta misma línea, ha venido a considerar dicho Tribunal que igualmente existe una diferencia de trato entre estas dos categorías de trabajadores en los casos de aquella normativa nacional en la que la retribución de las horas extraordinarias efectuadas por los empleados a tiempo parcial fuera de su tiempo individual de trabajo y hasta el límite de la duración normal del trabajo a jornada completa es inferior a la de las horas efectuadas por los empleados a jornada completa<sup>7</sup>. Además, habrá de tenerse en cuenta, tal y como afirma la jurisprudencia comunitaria, que en el supuesto de que esta diferencia de trato afecte a un número considerablemente más elevado de mujeres que de hombres, y en la medida en que no existan factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo que puedan justificar tal diferencia de trato, dicha normativa nacional es contraria al artículo 141 CE (RCL 1999, 1205 ter). Asimismo, se considera por parte del Tribunal comunitario que el mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar, por una parte, la proporción de trabajadores afectados por esa diferencia de trato, por un lado, entre la mano de obra masculina y, por otro, la misma proporción entre la mano de obra femenina. Si los datos estadísticos disponibles muestran que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de trabajadoras es considerablemente mayor que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de trabajadores varones, procederá considerar que tal situación revela una apariencia de discriminación basada en el sexo, a menos que la normativa controvertida en el procedimiento principal esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

---

<sup>6</sup> STJCE de 6 de diciembre de 2007, Caso Ursula VoB contra Land Berlin, (TJCE 2007, 347).

<sup>7</sup> STJCE de 6 de diciembre de 2007, Caso Ursula VoB contra Land Berlin, (TJCE 2007, 347). En relación a esta resolución judicial, MIRANDA BOTO, J. M., «Trabajo a tiempo parcial, horas extraordinarias y discriminación por razón de sexo. Comentario a la STJCE de 6 de diciembre de 2007, Vob asunto G-300/06 (TJCE 2007, 347)», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, pp. 123 a 125.

## 2. **La retribución de los pluses o complementos en relación a los trabajadores a tiempo completo**

En relación al trato discriminatorio de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo en materia retributiva, se viene generando una importante controversia judicial en relación al reconocimiento de determinados pluses o complementos salariales a aquellos trabajadores. En aras a examinar una eventual discriminación en relación a dichos pluses o complementos, recuerda la doctrina judicial española que la Directiva 1997/81 CE ( LCEur 1998, 124) elevó a norma comunitaria el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial que en su cláusula 4 sentó el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo comparables, indicando que «por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas». Dicha Directiva se traspone al derecho interno a través del artículo 12.4.d) ET (RCL 1995, 997) que establece que: Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. La aplicación del principio de no discriminación se asienta en la dispensa de un igual trato al trabajador a tiempo parcial que al contratado a tiempo completo, quedando justificado un trato diferenciado cuando se trate de derechos cuyo reconocimiento (en su existencia misma o extensión) dependan del tiempo trabajado y aplicando precisamente el tiempo de trabajo de unos y otros como regla de proporcionalidad. Sentadas estas premisas, entrando a examinar, concretamente, el reconocimiento del denominado plus de transportes a los trabajadores a tiempo parcial en proporción al menor tiempo de servicios prestados, se advierte que si el objetivo de dicho plus, establecido en el convenio colectivo, no es otro que compensar los gastos de transporte y distancia que han de asumir los trabajadores por razón de su asistencia al trabajo, no teniendo el mismo la consideración de salario, es evidente que quien trabaja a tiempo parcial asume los mismos costes por su asistencia al trabajo que quien trabaja a jornada completa, por lo que en éste caso no cabe alegar como lógica regla de proporcionalidad la ratio entre jornada parcial y jornada completa para establecer una diferencia de trato por éste motivo, argumento que escapa a toda razonabilidad y constituye una vulneración

del principio de no discriminación salvaguardado por las normas comunitaria y nacional antes referidas<sup>8</sup>. No obstante, debe tenerse en cuenta que es posible que en algunos casos el contrato de trabajo se preste a tiempo parcial empleándose en ello un menor número de días de trabajo que los que realiza un trabajador a jornada completa comparable, por lo que el reconocimiento de la igualdad de trato no impide el empleo de la proporcionalidad en función de éste parámetro<sup>9</sup>. Ahora bien, la jurisprudencia comunitaria ha venido a estimar la aplicación del principio *pro rata temporis* al cálculo del importe de un complemento por hijo a cargo abonado por el empresario de un trabajador a tiempo parcial en ejecución de un convenio colectivo, argumentando que dado que el complemento por hijo a cargo forma parte de la retribución del trabajador, éste vendrá determinado por los términos de la relación laboral convenidos entre éste y el empresario. De ello se deduce que, si, según los términos de esta relación laboral, el trabajador está contratado a tiempo parcial, debe considerarse que el cálculo del complemento por hijo a cargo en virtud del principio de *pro rata temporis* está objetivamente justificado en el sentido de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial. A este respecto, se argumenta además que el complemento por hijo a cargo, al formar parte de las ventajas abonadas en metálico al trabajador, es una prestación divisible<sup>10</sup>. Se continúa de este modo la línea ya emprendida por la jurisprudencia comunitaria en esta materia, la cual ya ha venido a aplicar el referido principio a otras prestaciones a cargo del empresario y vinculadas a una relación laboral a tiempo parcial<sup>11</sup>.

Otra de las cuestiones que ha venido a resolver la doctrina judicial de nuestro país en relación a la retribución de los pluses o complementos salariales de los trabajadores a tiempo parcial, es la relativa a la percepción de los mismos frente a los trabajadores que ven reducida su jornada de trabajo al amparo de cualquiera de los supuestos del artículo 37.5 ET, a quienes la empresa les sigue manteniendo los pluses en la cuantía que viniesen percibiendo con anterioridad a la reducción de la jornada. Sobre esta cuestión, se viene argumentando que no vulnera, en primer lugar, la prohibición de no discriminación, porque el distinto origen de la jornada parcial no es criterio diferenciador comprendido en las causas de discriminación prohibidas por el artícu-

<sup>8</sup> STS de 17 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1758).

<sup>9</sup> SAN de 20 de febrero de 2015 (AS 2015, 531). En el mismo sentido, STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2018 (JUR 2018, 129175).

<sup>10</sup> STJCE de 5 de noviembre de 2014, Caso Österreichischer Gewerkschaftsbund contra Verband Österreichischer Banken und Bankiers (TJCE 2014, 429).

<sup>11</sup> STJCE de 22 de abril de 2010, Caso Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (TJCE 2010, 117).

lo 14 CE o por los artículos 4.2.c ) y 17.1 ET, causas que de acuerdo con un reiterado criterio del Tribunal Constitucional se refieren a motivos que merecen un especial reproche del ordenamiento jurídico por estar ligados a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas; y en segundo lugar, porque tampoco se vulnera el principio de igualdad con la toma en consideración del distinto origen de la jornada parcial, cuando esta tuviese por causa la conciliación de la vida laboral y familiar, frente a los contratados a tiempo parcial, pues con ello se pondera un factor objetivo de diferenciación que ha de considerarse lícito. En esta misma línea, se afirma que el principio de igualdad no se quebranta por el simple hecho de dar un tratamiento diferenciado a dos supuestos, ya que lo que garantizan los artículos 14 de la CE y 17 del ET es el trato igual a situaciones objetiva y sustancialmente iguales, y en este supuesto no concurren en los colectivos de trabajadores comparados –trabajadores contratados a tiempo parcial y trabajadores que estén en el disfrute de cualquiera de los supuestos del artículo 37.5 ET–, una situación de esas características, por el distinto origen de las mismas y la finalidad específica de la segunda, en cuanto tendente esta última a hacer compatible la vida laboral y familiar de los trabajadores <sup>12</sup>.

En este escenario retributivo, otra de las cuestiones controvertidas de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo viene referida en relación a la retribución del trabajo en días festivos. En este sentido, se viene advirtiendo por parte de la doctrina judicial que cuando el precio de la hora de trabajo en domingo y festivo fijado por el convenio colectivo sea superior, en las cuantías y porcentajes allí establecidos, al precio de la hora ordinaria de trabajo en otros días de la semana, sin que esto suponga calificar tales horas como extraordinarias, dado que se trata de una mera forma de fijación del valor salarial de horas ordinarias, pero trabajadas en determinados días, que se entienden más gravosos y desfavorables para la conciliación de la vida personal y laboral, dicho precio ha de ser pagado independientemente de que el trabajador esté contratado expresamente para trabajar dichos días o para prestar servicios en otros días de la semana e independientemente de que sea fijo o temporal, a jornada completa o a tiempo parcial, puesto que dicha retribución, lo que, realmente, viene a paliar es la penosidad de trabajar aquellos días festivos destinados al esparcimiento junto al resto de la familia y compañeros, quienes en su mayoría no trabajan en días «feriados», ni acuden a la

---

<sup>12</sup> STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2012 (JUR 2012, 380455).

escuela los hijos, y esa penosidad se produce de la misma forma y manera cualquiera que sea la duración de la jornada de trabajo o su distribución <sup>13</sup>.

### 3. Cómputo de la antigüedad de los trabajadores a tiempo parcial frente a los trabajadores a tiempo completo

Sobre esta cuestión encontramos pronunciamientos judiciales que han venido entendiendo que no son comparables las situaciones de los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, puesto que es mayor la vinculación con la empresa de los trabajadores a tiempo completo sobre los que trabajan a tiempo parcial, lo que justifica una razonable y proporcionada desigualdad en esta concreta materia y a la hora de computar el tiempo efectivo de servicios, si bien habrá de tenerse en cuenta la introducción de mecanismos correctores que atenúen los efectos de la estricta proporcionalidad a la que alude la norma estatutaria <sup>14</sup>. Sin embargo, dicha postura confronta con aquellos otros pronunciamientos judiciales que proclaman, por lo que se refiere a la concreción de la específica antigüedad en la empresa atribuible a un trabajador vinculado a la misma por un contrato a tiempo parcial, que por antigüedad se entiende el periodo de tiempo durante el cual un trabajador ha venido prestando servicios para una determinada empresa, y ello con independencia de que su jornada laboral sea de una u otra duración, no siendo posible, por tanto, otorgar un trato distinto a los días trabajados a tiempo parcial de aquéllos que lo sean a tiempo completo, y ello con independencia del número de horas en que hubiera consistido la jornada <sup>15</sup>. Cuestión distinta viene a ser la determinación del cálculo específico del complemento de antigüedad a abonar a los trabajadores a tiempo parcial, donde habrá de estarse al criterio de la proporcionalidad en relación a la determinación de su cuantía para los supuestos de trabajadores con jornada inferior a la ordinaria, siendo dicho complemento calculado en proporción a la jornada que efectivamente realicen aquellos trabajadores. Lo cual, no impide, como se ha expuesto, que como tiempo de servicios prestados, esto es, como antigüedad genérica, se computen todos los días naturales a lo largo de los cuales se llevaron a cabo los mismos <sup>16</sup>.

<sup>13</sup> STS de 24 de abril de 2007 (RJ 2007, 4904); STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 octubre de 2010 (AS 2010, 2460); STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 noviembre de 2010 (AS 2010, 3112) y STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de diciembre de 2011 (AS 2011, 1292).

<sup>14</sup> STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2008 (AS 2008, 1616).

<sup>15</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 2011 (AS 2011, 2185).

<sup>16</sup> POQUET CATALÁ, R., «Conversión de contrato a tiempo completo a parcial y complemento de antigüedad». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 172/2015, pp. 97 y ss.

#### **4. Las vacaciones anuales retribuidas en caso de transformación de la jornada de tiempo completo a tiempo parcial**

En concreto, la cuestión a la que nos queremos referir en estos momentos es a aquel supuesto en el que en caso de modificación de la jornada de trabajo de un empleado, la parte de las vacaciones aún no disfrutadas ha de adaptarse proporcionalmente a la nueva jornada de trabajo, con la consecuencia de que un empleado cuya jornada de trabajo se reduzca de jornada completa a jornada a tiempo parcial ve disminuido su derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido durante el tiempo en que trabajó a jornada completa, o bien en adelante solo podrá disfrutar como empleado a tiempo parcial de esas vacaciones con una retribución reducida. La respuesta a ese supuesto la encontramos en la jurisprudencia comunitaria, la cual en este caso estima vulnerada la cláusula 4 de no discriminación respecto a los trabajadores a tiempo completo, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE-LCEur 1998, 124), argumentando que el disfrute de las vacaciones anuales en un período posterior al período de referencia no tiene ninguna relación con la jornada de trabajo realizada por el trabajador durante dicho período posterior. Por tanto, la modificación, y, en particular, la disminución de la jornada de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial no puede reducir el derecho a las vacaciones anuales que el trabajador ha adquirido durante el período de trabajo a tiempo completo. Asimismo, debe señalarse que ciertamente, es apropiado aplicar el principio *pro rata temporis*, que se desprende de la cláusula 4, del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, de no discriminación respecto a los trabajadores a tiempo completo, a la concesión de las vacaciones anuales por un período de trabajo a tiempo parcial. En efecto, para tal período, la disminución del derecho a las vacaciones anuales en relación con el concedido por un período de trabajo a tiempo completo está justificado por razones objetivas. En cambio, el citado principio no puede aplicarse *ex post* a un derecho de vacaciones anuales adquirido por un período de trabajo a jornada completa<sup>17</sup>.

#### **5. La diferente regulación de la jornada de los trabajadores a tiempo parcial**

Sobre esta cuestión se viene afirmando que no es posible la asimilación entre los contratos a tiempo completo y los contratos a tiempo parcial por lo

---

<sup>17</sup> STJCE de 22 de abril de 2010, Caso Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (TJCE 2010, 117).

que a la duración de la jornada se refiere, ya que debe tenerse en cuenta que se trata de contratos diferentes, que el contrato a tiempo parcial tiene una regulación específica en el artículo 12 del ET, cuyo número 1 regula la duración de la jornada y faculta al convenio colectivo para fijar la duración de la jornada en uno y otro tipo de contrato. Por ello, la jornada de los trabajadores a tiempo parcial es la que fija el convenio colectivo que establece su duración mínima, estipulación que beneficia a este tipo de trabajadores, pues limita la facultad de la empresa de imponer una inferior. Se entiende por parte de la jurisprudencia que no se vulnera el artículo 14 de la Constitución, al no tener lugar discriminación alguna, porque se trata de contratos diferentes que tienen una regulación distinta, sin que, dentro de los límites legales y convencionales establecidos, pueda afirmarse que la duración de la jornada en los contratos a tiempo parcial viene vinculada a la duración de la jornada de los contratos a tiempo completo, ni que el incremento o disminución de esta última comporta, necesariamente, semejante modificación porcentual de la duración de la jornada de los contratos a tiempo parcial<sup>18</sup>.

### III. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL

#### 1. Los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial

En relación a las reglas sobre el cómputo de los periodos de carencia de los trabajadores a tiempo parcial para tener derecho a prestaciones, el Tribunal Constitucional vino a declarar inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima contenida en la anterior Ley General de la Seguridad Social, RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994/1825), al considerar que las reglas que acompañaban a la previsión contenida en la Disposición Adicional séptima de la anterior Ley General de la Seguridad Social (en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998) en relación con el cómputo de los periodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a prestaciones no permitían superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el artículo 14 CE, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no han conseguido

---

<sup>18</sup> STS de 5 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4778).

evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir<sup>19</sup>.

Así, respecto a la primera de las referidas reglas establecida por la aludida normativa, esto es, atender a los días teóricos de cotización obtenidos mediante la operación de dividir el número de horas trabajadas entre cinco, la jurisprudencia constitucional ha venido a señalar que más que tratarse, propiamente, de una corrección del principio de proporcionalidad estricta, nos encontramos ante un procedimiento de cálculo más preciso técnicamente para la aplicación de dicho principio. En todo caso, el resultado de su aplicación será que los trabajadores a tiempo completo acreditarán como cotizados el total de días naturales del período trabajado, mientras que los trabajadores a tiempo parcial acreditarán un número de días inferior, determinado por el número de horas trabajadas. Por tanto, la norma seguía manteniendo una diferencia de trato en el cómputo de los períodos cotizados entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, basada en la aplicación de un criterio de proporcionalidad, referido no solo a la cuantía de las bases reguladoras, sino también al cálculo de los períodos de carencia, criterio que el Tribunal Constitucional no ha considerado justificado por las exigencias de contributividad del sistema<sup>20</sup>. Precisamente, respecto al principio de contributividad del sistema de Seguridad Social, ya había venido poniendo de manifiesto el alto Tribunal que el referido principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica, sin duda, que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa. Pero lo que no parece justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar

---

<sup>19</sup> STC 61/2013, de 14 de marzo (RTC 2013, 61); STC 71/2013, de 8 de abril (RTC 2013, 71); STC 72/2013, de 8 de abril (RTC 2013, 72) y STC 116/2013, de 20 mayo (RTC 2013, 116). Sobre dicha jurisprudencia, RON LATAS, R. D., «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo de 2013, sobre la cuestión de constitucionalidad sobre pensiones de jubilación para trabajadores a tiempo parcial». *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 32, 2013, pp. 59-63.

<sup>20</sup> STC 61/2013, de 14 de marzo (RTC 2013, 61) o STC 71/2013, de 8 de abril (RTC 2013, 71).

el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial<sup>21</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la segunda de las referidas reglas, que establecía la aplicación de un coeficiente multiplicador de 1,5 al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a la regla anterior para determinar el período total de ocupación cotizado, se ha afirmado por parte de la jurisprudencia constitucional, que dicha regla es la propiamente correctora de la aplicación estricta del criterio de proporcionalidad, en cuanto suponía, en definitiva, reconocer a los trabajadores contratados a tiempo parcial un plus de medio día cotizado por cada día teórico de cotización calculado conforme al criterio de proporcionalidad, previéndose la aplicación de este plus con carácter uniforme para todos los trabajadores a tiempo parcial, con independencia de la duración mayor o menor de la jornada de trabajo realizada o del período más o menos amplio de tiempo acreditado a tiempo parcial dentro de la vida laboral de cada trabajador, ya que, sin duda, esta segunda regla atenuaba los efectos derivados de una estricta proporcionalidad, favoreciendo que los trabajadores a tiempo parcial puedan alcanzar los períodos de cotización exigidos para causar el derecho a prestaciones. No obstante, se argumenta por parte del alto Tribunal que su virtualidad como elemento de corrección es limitada, y ni siquiera en el ámbito de la prestación de jubilación se consiguen evitar los efectos desproporcionados que su aplicación conlleva en términos de desprotección social. En efecto, esta regla correctora facilitaría, sin duda, el acceso a la protección de aquellos trabajadores a tiempo parcial con jornadas de trabajo de duración más elevada, así como el de aquellos en cuya vida laboral los períodos de trabajo a tiempo parcial representen una pequeña proporción respecto del conjunto. Sin embargo, cuando el trabajo a tiempo parcial no sea un episodio más o menos excepcional en la vida laboral del trabajador y cuando la jornada habitual del mismo no resulte muy elevada, la aplicación del criterio de proporcionalidad seguirá, a pesar de la regla correctora, constituyendo un obstáculo desproporcionado para su acceso a la pensión, de modo que la aplicación del coeficiente multiplicador al criterio de proporcionalidad no impide que, en tales casos, se produzcan resultados desproporcionados pues se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el periodo de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos

---

<sup>21</sup> STC 253/2004, de 22 de diciembre (RTC 2004, 253).

lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados<sup>22</sup>.

En relación a la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la anterior Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada a la misma con anterioridad a la reforma de 2013, a los anteriores extremos, relativos a la ruptura del principio de proporcionalidad como aspecto del derecho a la igualdad, hay que sumar la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, a la vista de su predominante incidencia en el empleo femenino. En este sentido, la doctrina constitucional ha venido a afirmar que la referida discriminación indirecta se define como 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<sup>23</sup>. Ahora bien, tanto desde la jurisprudencia comunitaria como desde la propia jurisprudencia constitucional, se ha puesto de relieve que para apreciar la existencia de discriminación indirecta es necesario que concorra un tercer elemento: que los poderes públicos no puedan probar que la medida responde a una medida de política social que actúe como justificación suficiente o que se constate que la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resulta idónea para el logro de tal objetivo<sup>24</sup>. En relación a los dos primeros elementos, argumenta el Alto Tribunal, en lo que se refiere a la controvertida disposición, que se observa la concurrencia de los mismos, por un lado, la disposición cuestionada constituye una norma neutra, aplicable con independencia del sexo de los trabajadores. Por otro, los datos estadísticos permiten constatar que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, con el consiguiente mayor impacto que la aplicación de la norma cuestionada puede tener sobre las trabajadoras<sup>25</sup>. Y en relación al tercero de ellos, ya la jurisprudencia comunitaria se había venido a pronunciar, a propósito del examen de la consabida disposición. Esgrimiendo en este punto que los trabajadores a tiempo parcial han pagado cotizaciones dirigidas a financiar el sistema de pensiones y que, en caso de recibir una pensión, su importe se reduciría proporcionalmente en función del tiempo de trabajo y de las cotizaciones pagadas, presupuestos a partir de los cuales se ase-

---

<sup>22</sup> STC 61/2013, de 14 de marzo (RTC 2013, 61) o STC 71/2013, de 8 de abril (RTC 2013, 71).

<sup>23</sup> STC 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 3)

<sup>24</sup> STC 69/2007, de 16 de abril (RTC 2007, 699) o STJCE de 20 de octubre de 2011, Caso Waltraud Brachner contra Pensionsversicherungsanstalt (TJCE 2011, 320).

<sup>25</sup> STC 61/2013, de 14 de marzo (RTC 2013, 61).

vera que no es posible concluir que, en estas circunstancias, la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de toda posibilidad de obtener una pensión constituya una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de Seguridad Social de tipo contributivo y que ninguna otra medida menos gravosa para esos mismos trabajadores permite alcanzar ese objetivo. En definitiva, argumenta la jurisprudencia comunitaria que, constatado el perjuicio de la norma sobre los trabajadores a tiempo parcial, con incidencia mayoritaria sobre el empleo femenino, y no apreciando justificación objetiva que permita descartar la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo, se llega a la conclusión de que el artículo 4 de la Directiva 79/7 (LCEur 1979, 7) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada<sup>26</sup>.

Precisamente, los anteriores argumentos jurisprudenciales que vinieron a determinar la inconstitucionalidad y nulidad de la referida regla segunda del apartado 1 de la Disposición Adicional séptima de la anterior Ley General de la Seguridad Social, motivaron una nueva redacción de este precepto, mediante la aprobación del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 agosto (RCL 2013/1211), para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, apoyándose esta nueva redacción en los criterios jurisprudenciales que acabamos de exponer. Aquella reforma legislativa se ve reflejada en la actualidad en el artículo 247 del RDL 8/2015, de 30 de octubre (RCL 2015/1700), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

## **2. La integración de las lagunas de cotización en el acceso a la jubilación y a la incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial**

En sentido, la regla contenida en el apartado b) de la regla 3.<sup>a</sup> del número 1 de la disposición adicional séptima de la anterior Ley General de Seguridad Social, establecía que a efectos de las pensiones de jubilación y de la

---

<sup>26</sup> STJCE de 22 de noviembre de 2012, Caso Emeka Nelson/Bill Chinazo Nelson/Brian Cheimezie Nelson/The Queen/TUI Travel plc/British Airways plc, EasyJet Airline Company Ltd, International Air Transport Association y Civil Aviation Authority (TJCE 2012, 307).

incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término. Dicho precepto, suscitó el planteamiento por parte del Tribunal Supremo de una cuestión de inconstitucionalidad, en orden a determinar la posible inconstitucionalidad de aquella regla. Puesto que el Tribunal Supremo entendía, en primer término, que en relación a este precepto se constata que si el trabajador en lugar de prestar servicios a tiempo parcial hubiera permanecido inactivo, se hubiera aplicado la integración de lagunas con las bases mínimas a tiempo completo, con lo que el empleo a tiempo parcial se desincentiva desde el momento en que a efectos de las pensiones de la Seguridad Social la inactividad tiene un tratamiento más favorable que la actividad a tiempo parcial. Asimismo, continuaba argumentando el Tribunal Supremo que en los periodos de inactividad que siguen a un periodo de cotización a tiempo parcial, la norma aplicable establece la integración de lagunas. Pero las bases mínimas en este caso son las aplicables en cada momento que correspondan al número de horas contratadas en último término, es decir, conforme al contrato a tiempo parcial vigente en el momento del cese; bases mínimas que son obviamente inferiores a las generales, porque sobre éstas opera la reducción que deriva del menor tiempo de trabajo. De esta forma, la lógica de la técnica de integración se vincula con la jornada parcial del último contrato anterior al inicio de laguna; y así la reducción se proyecta hacia el futuro sobre toda la laguna a partir de la presunción de que el trabajador hubiera continuado trabajando con la misma reducción de jornada que tenía en el momento de iniciarse el periodo de inactividad al que corresponde la laguna de cotización. Ahora bien, esta lógica podría tener sentido si el contrato a tiempo parcial fuese una opción estable y voluntaria de participación en el mercado de trabajo. Pero si no lo es, el trabajador resulta de nuevo perjudicado de forma desproporcionada por la aceptación de un contrato a tiempo parcial como forma de salir de una situación de desempleo, porque el que acepta ese contrato no solo verá excluida la integración de lagunas durante su vigencia, sino que en el futuro se producirá una reducción de la integración al tomarse como referencia las bases mínimas parciales, mientras que al que permanece en inactividad se le aplicará la integración sobre las bases mínimas generales a tiempo completo. Igualmente, se afirmaba por parte del Alto Tribunal que la norma puede ser contraria al principio de igualdad, porque en un supuesto igual –dos trabajadores con los mismos días de cotización acreditados a lo largo de su vida profesional– introduce una diferencia de trato peyorativa para el trabajador que antes de cesar en el empleo que inicia la la-

guna tenía suscrito un contrato a tiempo parcial; tratamiento peyorativo que no se aplicaría a otro trabajador que en el momento anterior al cese estuviera contratado a tiempo completo, aunque este último trabajador tuviera acreditadas el mismo número de cotizaciones a tiempo completo y a tiempo parcial que el primero. De esta forma el tratamiento de un trabajador «con un amplio periodo de cotización a tiempo parcial» al que siguiera «un breve periodo de cotización a tiempo completo» contrasta con el que se ha dado a alguien que tiene una carrera de seguro que transcurre mayoritariamente a tiempo completo, pero que estaba contratado a tiempo parcial en el momento en que se produce el cese que abre la laguna a integrar. Además, se argumentaba que no estamos ante un periodo de cotización a tiempo parcial, ni ante un periodo de cotización a tiempo completo, sino ante una laguna de cotización, en la que no existe cotización porque no hay empleo retribuido, ni parcial, ni total. Por ello, la diferencia de trato no puede explicarse en función del denominado principio de contributividad, pues los dos trabajadores comparados tienen el mismo periodo de cotización acreditado y varía únicamente el orden en la cotización a tiempo completo y a tiempo parcial. Por último, argumentaba, respecto al referido precepto, el Tribunal Supremo que la previsión no es necesaria, porque en el momento en que se procede al cálculo de la base reguladora ya se conoce la totalidad de la carrera de seguro del trabajador y puede comprobarse cuál ha sido en realidad el tipo de trabajo que siguió al cese en el contrato a tiempo parcial. La previsión es, por ello, innecesaria y la presunción resulta inconsistente. Introduce un elemento de aleatoriedad que desemboca en unas diferencias de tratamiento que carecen de una justificación objetiva, pues pueden conducir a que un trabajador con una historia laboral en que la actividad a tiempo completo es la predominante integre unas lagunas de cotización con bases mínimas parciales y, por el contrario, un trabajador con una actividad a tiempo parcial predominante las integre con bases mínimas generales. Una solución racional acorde con el principio contributivo sería la de integrar las lagunas de forma proporcional a las actividades a tiempo completo y a tiempo parcial desarrolladas durante la vida laboral del trabajador. Pero, en opinión del Alto Tribunal, no cabe considerar racional el criterio puramente aleatorio que recoge la norma<sup>27</sup>.

Sobre dicha cuestión de inconstitucionalidad ha tenido ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional, afirmando al respecto que el tratamiento desigual entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, en materia de integración de lagunas, tiene su origen en las normas

---

<sup>27</sup> ATS de 26 de abril de 2012 (RJ 2012, 8720).

que, con carácter general, regulan la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social en uno y otro caso, y que inciden del mismo modo en la determinación de las bases mínimas; reglas que, por otro lado, se rigen por el principio de proporcionalidad. En efecto, la norma cuestionada no hace sino trasladar a los trabajadores contratados a tiempo parcial la misma regla que rige con carácter general para los trabajadores contratados a jornada completa: las lagunas de cotización se integrarán con la base mínima de cotización. No hay, por tanto, una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial pues la regla aplicable es la misma, lo que ocurre, y de ahí deriva la diferencia, es que la base mínima de cotización es diferente en cada caso y el legislador ha decidido cubrir la laguna con la base mínima de cotización correspondiente al contrato anterior al inicio de la misma. El tratamiento desigual entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial no tiene su origen, por tanto, en la norma que ahora se cuestiona, sino en las normas que, con carácter general, regulan la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social en uno y otro caso, y que inciden del mismo modo en la determinación de las bases mínimas. Y esas reglas se rigen por el principio de proporcionalidad, que es el mismo que rige con carácter general la equiparación de derechos entre unos y otros trabajadores: los trabajadores a tiempo parcial tienen los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo en proporción a la jornada trabajada [art. 12.4 d) ET (RCL 1995, 997)].

Recuerda el Alto Tribunal que, tal y como ya se ha afirmado con anterioridad, no resulta contrario al artículo 14 CE, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora. Esta proporcionalidad entre salario, base de cotización y base reguladora de las prestaciones, que no es contraria al principio de igualdad, se traslada en la fijación de bases mínimas de cotización a la regla recogida en las Órdenes anuales de cotización, en virtud de la cual la base mínima de cotización de estos trabajadores se calcula multiplicando a una base horaria el número de horas de trabajo efectivamente prestado en el contrato. Y,

como hemos señalado, reflejo de esa forma de fijación de la base mínima de cotización de los trabajadores a tiempo parcial es la regla que se cuestiona.

El principio de contributividad que informa nuestro sistema de Seguridad Social implica que debe existir una proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada por los trabajadores, lo que justifica que el legislador establezca que la base reguladora de las prestaciones se calcule en función de lo efectivamente cotizado. A este respecto, hay que recordar que si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional contenido en el artículo 41 CE, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad –que habrán de ser precisadas en cada caso implica que las prestaciones de la Seguridad Social, no se presenten ya y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas– como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual.

En el supuesto de la integración de lagunas se crea una ficción legal en el acceso a una prestación contributiva de la Seguridad Social, de manera que la laguna debe cubrirse según la presunta cotización que el beneficiario habría realizado de no interrumpirse la obligación de cotizar, lo que supone una suerte de prórroga ficticia de la misma, si bien sobre bases estandarizadas como son las bases mínimas. Estamos, así, ante una ficción legal que afecta a la base reguladora de la prestación y esto justifica el hecho de que el legislador haya optado por aplicar un criterio contributivo para cubrir la laguna. Es cierto que podría haber optado por cubrir la laguna con una cantidad igual para todos los trabajadores, reconociendo, así, el carácter asistencial o no contributivo de la ficción legal creada dado que el trabajador no está prestando servicios y, por tanto, no está cotizando al Sistema. Pero el legislador ha decidido tener en cuenta las contribuciones efectivamente aportadas en el momento anterior a la laguna, utilizando, así, una fórmula que responde a criterios de contributividad.

No corresponde al Tribunal determinar si resulta más justo un sistema que tuviera en cuenta la carrera de seguro desarrollada a lo largo de toda la vida profesional y que ponderara proporcionalmente los períodos trabajados a tiempo completo y a tiempo parcial, pero, en todo caso, no podemos olvidar que, como hemos declarado reiteradamente, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél. En efecto, el ca-

rácter redistribuidor inherente a la Seguridad Social lleva al legislador a desplazar en ocasiones el principio de proporcionalidad entre cotización y prestación, y no por ello esas reglas vulneran el artículo 14 CE. Así, en el caso de las mismas prestaciones de jubilación e incapacidad permanente a las que afecta la regulación cuestionada, la base reguladora se calcula como el promedio de las bases de cotización de un número de meses determinado, no en función de las cotizaciones globales de la vida laboral. De este modo, igual que la integración de lagunas de cotización tendrá un resultado diferente en función de que el período previo de cotización lo fuera a tiempo completo o a tiempo parcial, la propia base reguladora de la prestación tendrá una cuantía diferente en función de si el trabajador ha cotizado en los últimos años de su vida profesional como trabajador a tiempo completo o como trabajador a tiempo parcial, o igualmente en función de si en los últimos años ha desempeñado trabajos menos cualificados y remunerados que al principio de su vida profesional o a la inversa. Todo ello forma parte de la lógica del sistema y de las reglas técnicas por las que se rige.

Cosa distinta es que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pueda decidir establecer un sistema distinto de integración de lagunas, si lo estima oportuno, que tenga en mayor medida en cuenta el esfuerzo contributivo realizado, sin que ello signifique que la opción legislativa prevista en la disposición adicional 7.<sup>a</sup> LGSS (RCL 1994, 1825) sea inconstitucional.

En definitiva, y desde el punto de vista del derecho a la igualdad, considera el Tribunal Constitucional que las situaciones sometidas a comparación por el órgano judicial proponente no guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere, pues en un caso se trata de trabajadores a tiempo completo y en otro de trabajadores a tiempo parcial, y esa diferencia en la duración de la jornada laboral se relaciona, por exigencias del carácter contributivo del sistema y en estricta aplicación del principio de proporcionalidad, con diferencias en los salarios de unos y otros, y consiguientemente en las bases de cotización, y derivadamente en las bases mínimas de cotización utilizadas para la integración de las lagunas<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> STC 156/2014, de 25 de septiembre (RTC 2014, 156) y STC 110/2015, de 28 de mayo (RTC 2015, 110). PANIZO ROBLES, J. A., «Las lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC de 25 de septiembre de 2014)». *Revista de Información Laboral*, núm. 9/2014, pp. 99 y ss. Este mismo autor en «La integración de lagunas de cotización en el caso de trabajadores a tiempo parcial, no es inconstitucional, aunque la demandante sea una mujer (STC de 28 de mayo de 2015)», *Aranzadi digital* núm. 1/2015. Y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. A., «Integración de lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial

La cuestión relativa a la existencia de discriminación por parte de la normativa española en relación a la integración de las lagunas de cotización en el acceso a la jubilación y a la incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial, ha sido igualmente abordada por la jurisprudencia comunitaria, la cual ha venido a determinar en relación a la misma que aunque no se discute que el Derecho de la Unión respeta la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social y que, a falta de una armonización a escala de la Unión Europea, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de Seguridad Social, no es menos cierto que, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho de la Unión. Si bien, sentada esta premisa, se determina que dicha normativa nacional no supone discriminación directamente basada en el sexo, dado que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras, debiendo, por tanto, abordarse si constituye una discriminación indirectamente basada en tal criterio. En este sentido, recuerda el Tribunal de Justicia europeo que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. Con base en dicha premisa se argumenta por parte del órgano judicial comunitario que la disposición nacional que se enjuicia (recordemos el apartado b) de la regla 3.<sup>a</sup> del número 1 de la disposición adicional séptima de la anterior Ley General de Seguridad Social) no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas con anterioridad a la fecha en la que se produjo el hecho causante, cuando dicha interrupción es inmediatamente posterior a un empleo a tiempo parcial. En consecuencia, los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no son pertinentes para demostrar que dicha disposición afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. Además, el Tribunal europeo viene a precisar que si bien es cierto que una trabajadora se ve perjudicada por haber trabajado a tiempo parcial durante el período inmediatamente anterior a la interrupción de sus cotizaciones, no puede descartarse que algunos trabajadores a tiempo parcial pudieran igualmente verse favorecidos por la referida normativa nacional. En efecto, los trabajadores se verán beneficiados en todos los casos en los que, habiendo trabajado únicamente a tiempo parcial durante parte del período de referencia o incluso durante toda su carre-

---

(STC 151/2014, de 25 de septiembre, RTC/2014/151)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, pp. 107 y ss.

ra, el contrato inmediatamente anterior a la inactividad profesional sea un contrato a tiempo completo, puesto que en tales casos percibirán una pensión de un importe superior a las cotizaciones efectivamente abonadas. En conclusión, el Tribunal de Justicia europeo determina que la referida disposición nacional no perjudica principalmente a una categoría determinada de trabajadores, en concreto, a aquellos que trabajan a tiempo parcial, y, más concretamente, a las mujeres. Por tanto, esta disposición no puede calificarse de medida indirectamente discriminatoria en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 (LCEur 1979, 7). En consecuencia, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 (LCEur 1979, 7) no se opone a una normativa nacional que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión, en el caso concreto enjuiciado, de incapacidad permanente contributiva, y posteriores a un empleo a tiempo parcial, se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento, reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción<sup>29</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. A., «Integración de lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC 151/2014, de 25 de septiembre, RTC/2014/151)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social* núm. 2, 2015.
- GALA DURÁN, C., «Trabajo a tiempo parcial y seguridad social: un paso atrás en el camino de la equiparación de condiciones. Comentario de la STC 156/2014, de 25 de septiembre», *Ius Labor* núm. 3, 2014.
- MIRANDA BOTO, J. M., «Trabajo a tiempo parcial, horas extraordinarias y discriminación por razón de sexo. Comentario a la STJCE de 6 de diciembre de 2007, Vob asunto G-300/06 (TJCE 2007, 347)», *Aranzadi Social* núm. 5, 2007.
- OJEDA AVILÉS, A., y GUTIÉRREZ PÉREZ M., *Buenas prácticas de empleo en Europa*. Aranzadi, 2016.

---

<sup>29</sup> STJCE de 14 de abril de 2015, Caso Cachaldora Fernández contra Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social (TJCE 2015, 15). Sobre esta cuestión, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «Las consecuencias sobre el principio de igualdad en el empleo de las especialidades del trabajo a tiempo parcial en materia de cotización», *Revista del Ministerio de Empleo* núm. 122, pp. 153 a 158. GALA DURÁN, C., «Trabajo a tiempo parcial y seguridad social: un paso atrás en el camino de la equiparación de condiciones. comentario de la STC 156/2014, de 25 de septiembre», *Ius Labor* núm. 3, 2014, pp. 1 y ss.

- PANIZO ROBLES, J. A., «Las lagunas de cotización en los contratos a tiempo parcial (STC de 25 de septiembre de 2014), *Revista de Información Laboral* núm. 9/2014.
- «La integración de lagunas de cotización en el caso de trabajadores a tiempo parcial, no es inconstitucional, aunque la demandante sea una mujer (STC de 28 de mayo de 2015)», *Aranzadi digital* núm. 1/2015.
- POQUET CATALÁ, R., «Conversión de contrato a tiempo completo a parcial y complemento de antigüedad». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 172/2015.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «Las consecuencias sobre el principio de igualdad en el empleo de las especialidades del trabajo a tiempo parcial en materia de cotización», *Revista del Ministerio de Empleo* núm. 122.
- RON LATAS, R. D., «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo de 2013, sobre la cuestión de constitucionalidad sobre pensiones de jubilación para trabajadores a tiempo parcial», *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* núm. 32, 2013.
- VALDÉS DAL-RE, F., «El trabajo a tiempo parcial: crónica normativa de una compleja modalidad contractual», *RL* núm. 19 (2000).



# VACACIONES

RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ  
Profesor Titular  
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. *Marco normativo*. 1. Normativa internacional. 1.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos («Pacto de San José»). 1.4 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. 2. Normativa comunitaria. 3. Normativa nacional: la Ley Orgánica de Igualdad.–II. *Criterios judiciales*. 1. STJCE de 18 marzo 2004 (TJCE 2004/69). 2. STC 324/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006/324). 3. STS de 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005/10084). 3.1 Hechos. 3.2 Argumentación. 4. STSJ de Cantabria de 22 de febrero de 2006 (AS 2006/371). 4.1 Hechos. 4.2 Argumentación. 5. STSJ de Galicia de 29 de septiembre de 2015 (AS 2015/1921). 5.1 Hechos. 5.2 Argumentación. 6. STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2015 (AS 2015/325). 6.1 Hechos. 6.2 Argumentación.–III. *Conclusiones.–Bibliografía*.

## I. MARCO NORMATIVO

### 1. Normativa internacional

#### 1.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reconoce el derecho de «toda persona» al «descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas». El precepto llama la atención porque sitúa al más alto

nivel las vacaciones y, más ampliamente, el descanso laboral, equiparándolas con otros derechos que –como la vida, la integridad física o moral, la no discriminación, etc.– habitualmente gozan de una protección máxima en los ordenamientos. Sin embargo, si discurrimos mínimamente acerca de las implicaciones prácticas que tiene el tiempo de trabajo y el descanso en la vida de las personas, en seguida surgen ejemplos y situaciones que entroncan con los aspectos sociales y humanos más fundamentales, y así rápidamente se comprende su inclusión en una Declaración que sienta las bases jurídicas de la convivencia humana en todas las dimensiones que ésta posee.

La Declaración Universal incorpora varios elementos referidos a las vacaciones que deben tomarse en consideración:

— Un elemento subjetivo indeterminado: las personas. Todos los seres humanos son titulares del derecho que se reconoce, sin que pueda establecerse ninguna diferenciación por razón de origen o nacionalidad, edad, género, condición social o actividad, pudiendo ser ésta pública o privada, abstracción hecha de su naturaleza, carácter o sector en el que se desarrolle.

— Cuatro elementos objetivos: descanso, tiempo libre, limitación de la jornada y vacaciones remuneradas.

- El descanso presenta una doble dimensión que, simplificada y sin perjuicio de cuantos matices quieran establecerse, permite a todo trabajador reponer las fuerzas necesarias para trabajar y correlativamente permite a la empresa contar con la recuperación física y emocional de aquél.

- El disfrute del tiempo libre trasciende los límites del trabajo y se sitúa en el plano de la vida personal y familiar.

- La limitación de la jornada se realiza de acuerdo con la naturaleza de la actividad, teniendo en cuenta las particularidades concurrentes en cada caso.

- Las vacaciones periódicas retribuidas constituyen un mecanismo compensatorio del previo esfuerzo, por lo que –al margen de situaciones especiales como la incapacidad temporal o el embarazo– sin trabajo no nace el derecho a las vacaciones que son retribuidas en la medida en que su cuantificación económica depende directamente del tiempo trabajado antes de su disfrute.

## 1.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) reconoce el derecho de toda persona al disfrute de unas

condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en especial, «el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos» (apartado d). Esta norma se refiere, como novedad, a los días festivos que, al igual que las vacaciones, habrán de ser remunerados.

### 1.3 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS («PACTO DE SAN JOSÉ»)

El Protocolo Adicional de esta Convención (1969) se refiere (artículo 7) al derecho al trabajo en el sentido de que toda persona ha de gozar del mismo «en condiciones justas, equitativas y satisfactorias», para lo cual los Estados se comprometen a garantizar en sus legislaciones nacionales, de manera particular «la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales». Asimismo se indica que las jornadas «serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos» (apartado g), y que se garantizará «el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales» (apartado h). Son muy numerosas las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta cuestión, si bien, se ciñen a la resolución de asuntos concretos y no a la conveniencia, oportunidad y acierto de las legislaciones nacionales en la regulación del tiempo de trabajo<sup>1</sup>.

### 1.4 CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Siempre atenta y sensible a los bienes jurídicos necesitados de tutela, la OIT ha abordado la regulación de los descansos desde ópticas variadas, que oscilan entre los planos elevados y generales y los terrenos sectoriales y de detalle. Ejemplo de lo primero es el Convenio núm. 1, sobre las horas de trabajo en la industria (1919), cuyo artículo 2 ya estableció que «En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que solo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana». El límite de 48 horas de trabajo semanal se amplía a 56 cuando se requiera el fun-

---

<sup>1</sup> La jurisprudencia de la Corte Interamericana puede consultarse en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

cionamiento continuo de la industria (artículo 4); en este caso se advierte que la ampliación de jornada «no influirá en las vacaciones que puedan ser concedidas a los trabajadores, por las leyes nacionales, en compensación del día de descanso semanal». Otros Convenios, como el núm. 14, sobre el descanso semanal en la industria (1921), establecen también regulaciones básicas, pero de la máxima importancia en esta materia. Así, se prevé (art. 2) que «todo el personal empleado en cualquier empresa industrial, pública o privada, o en sus dependencias, deberá disfrutar, en el curso de cada período de siete días, de un descanso que comprenda como mínimo veinticuatro horas consecutivas» (apartado 1), que «coincidirá, siempre que sea posible, con los días consagrados por la tradición o las costumbres del país o de la región» (apartado 3).

El Convenio núm. 30, sobre las horas de trabajo en comercio y oficinas (1930) establecía en su artículo 2 que las horas de trabajo lo son mientras «el personal esté a disposición del empleador», con exclusión de «los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador». Por su parte, el artículo 3 recordaba que «las horas de trabajo (...) no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día». En fin, se preveía que en caso de interrupción general del trabajo motivada por fiestas locales, causas accidentales o de fuerza mayor la jornada de trabajo podrá prolongarse para recuperar las horas de trabajo perdidas (art. 5).

Otros Convenios de la OIT que contienen previsiones sobre vacaciones y, más en general, sobre tiempo de trabajo y descansos son los siguientes: núm. 49, sobre la reducción de las horas de trabajo en las fábricas de botellas (1935); núm. 51, sobre la reducción de las horas de trabajo en las obras públicas (1936); núm. 52, sobre las vacaciones pagadas (1936); núm. 54, sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar (1936); núm. 57, sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación (1936); núm. 61, sobre la reducción de las horas de trabajo en la industria textil (1937); núm. 67, sobre las horas de trabajo y el descanso en el transporte por carretera (1939); núm. 72, sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar (1946); núm. 76, sobre los salarios, las horas de trabajo a bordo y la dotación (1946); núm. 91, sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar (revisado, 1949); núm. 93, sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado, 1949); núm. 101, sobre las vacaciones pagadas (agricultura, 1952); núm. 106, sobre el descanso semanal en comercio y oficinas (1957); núm. 109, sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación (revisado, 1958); núm. 132, sobre las vacaciones pagadas (revisado, 1970), núm. 146, sobre las vacaciones anuales pagadas de la gente de mar (1976); núm. 180, sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques (1996).

## 2. Normativa comunitaria

El artículo 31.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), relativo a las condiciones de trabajo justas y equitativas, vincula el tiempo de trabajo y los descansos a bienes jurídicos de la máxima importancia, ligados con la seguridad y salud en el trabajo. Así, el apartado 1.º reconoce a todos los trabajadores el derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad, para añadir después que todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas. Por su parte, la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, conecta con algunas disposiciones de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y, muy esencialmente, con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo<sup>2</sup>.

Desde la óptica comunitaria, las vacaciones constituyen tiempo de no-trabajo con impacto directo en la prevención de riesgos laborales<sup>3</sup>. Así se comprende que el derecho a vacaciones retribuidas constituya un principio de especial importancia del Derecho social comunitario<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Esta Directiva, con el fin de incrementar la claridad y la transparencia del Derecho comunitario, codifica la antigua Directiva de base 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, así como su modificación operada por la Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000. Sus objetivos fundamentales son, de una parte, la creación de un equilibrio entre el objetivo principal de seguridad y salud de los trabajadores y, de otra, la satisfacción de las necesidades de la economía europea moderna.

<sup>3</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., y CHARRO BAENA, P., «El régimen jurídico de las vacaciones desde la perspectiva del Derecho Social Comunitario», en Areta Martínez, M., y Sempere Navarro, A. V., (Dirs.), *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*, Laborum (Murcia), 2009, p. 146.

<sup>4</sup> Sentencia de 26 de junio de 2001, *The Queen/Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union* (BECTU), asunto C-173/99, apartado 43; Sentencia de 16 de marzo de 2006, *C. D. Robinson-Steele/R. D. Retail Services Ltd y Michael Jason Clarke/Frank Staddon Ltd y J. C. Caulfield y otros/Hanson Clay Products Ltd*, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04, apartado 48; Sentencia de 6 de abril de 2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging/Staat der Nederlanden*, asunto C-124/05, apartado 28; Sentencia de 22 de abril de 2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols/Land Tirol*, asunto C-486/08, apartado 28; Sentencia de 15 de septiembre de 2011, *Williams y otros/British Airways plc*, asunto C-155/10, apartado 17; Sentencia de 22 de noviembre de 2011, *KHS AG/Winfried Schulte*, asunto C-214/10, apartado 23; Sentencia de 21 de junio de 2012, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED)/Federación de Asociaciones Sindicales (FASGA) y otros, asunto C-78/11, apartado 16; Sentencia de 8 de noviembre de 2012, *Alexander Heimann and Konsantin Toltschin/Kaiser GmbH*, asuntos acumulados C-229/11 y C-230/11, apartado 22; Auto de 21 de febrero de 2013, Concepción Maestre García/Centros Comerciales Carrefour S. A., asunto C-194/12, apartado 16;

La Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (C/2017/ 165/01), publicada en el DOUE de 24 de mayo de 2017 analiza el artículo 7 de la Directiva, sobre vacaciones retribuidas, y concluye que el descanso mínimo anual de 4 semanas no admite excepción alguna, siendo así que, sin perjuicio de lo que establezcan las legislaciones nacionales, la finalidad de vacaciones es doble: permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento. El derecho a vacaciones anuales no puede ser interpretado de manera restrictiva y su aplicación por parte de las autoridades nacionales únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la Directiva 2003/88/CE.

### 3. Normativa nacional: la Ley Orgánica de Igualdad

La regulación legal es muy sucinta. De una parte, el artículo 59 establece una previsión específica para los empleados públicos cuando las vacaciones coinciden con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, extendiendo este mismo derecho a quienes estén disfrutando de permiso de paternidad: «Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con la representación de los empleados y empleadas al servicio de la Administración Pública, cuando el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan. Gozarán de este mismo derecho quienes estén disfrutando de permiso de paternidad».

De otra parte, el apartado 6 de la Disposición Adicional 11.<sup>a</sup> añadió un párrafo 2.º al artículo 38.3 del ET, para establecer que «cuando el período de vacaciones coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del

---

Auto de 13 de junio de 2013, *Bianca Brandes/Land Niedersachsen*, asunto C-415/12, apartado 27; Sentencia de 22 de mayo de 2014, *Z. J. R. Lock/British Gas Trading Limited*, asunto C-539/12, apartado 14; Sentencia de 12 de junio de 2014, *Giulay Bollacke/K + K Klaas & Kock BV & Co. KG*, asunto C-118/13, apartado 15; Sentencia de 11 de noviembre de 2015, *Kathleen Greenfield/The Care Bureau Ltd.*, asunto C-219/14, apartado 26; Sentencia de 30 de junio de 2016, *Alicja Sobczyszyn/Szkoła Podstawowa w Rzeplinie*, asunto C-178/15, apartado 19; Sentencia de 20 de julio de 2016, *Hans Maschek/Magistratsdirektion der Stadt Wien-Personals-telle Wiener Stadtwerke*, asunto C-341/15, apartado 25.

contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan». Nótese que esta previsión no se contempla para el permiso de paternidad, lo que refuerza su carácter de norma de tutela antidiscriminatoria a favor de la mujer por su condición de tal, al tiempo que se justifica la diferencia de trato en la mayor libertad de que goza el titular de aquel permiso en cuanto a la determinación del momento de su disfrute<sup>5</sup>.

En fin, el apartado 5 de la disposición adicional 18.<sup>a</sup> modificó el artículo 125.1 de la LGSS, quedando redactado el precepto así: «1. La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato».

## II. CRITERIOS JUDICIALES

Dejando a un lado precedentes remotos que han perdido interés a tenor de la regulación actual contenida en la LOI y en el ET, los criterios judiciales que se focalizan en las vacaciones desde una perspectiva exclusivamente de género son tan escasos como firmes en su doctrina<sup>6</sup>. Y esta escasez y esta firmeza han sido fruto quizá de la contundencia de la regulación legal y quizá también de la expansión de una doctrina que ha procurado proteger de manera absoluta el pleno disfrute de las vacaciones ante el ejercicio de otros derechos derivados de la maternidad (permiso de maternidad, incapacidad temporal, lactancia natural). Por ese motivo, nos permitimos ofrecer una breve reseña de cada uno de ellos.

---

<sup>5</sup> CHARRO BAENA, P., y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral», *Revista del Ministerio e Inmigración* núm. extra 3, 2007, pp. 98 y 99.

<sup>6</sup> Un estudio general sobre la coincidencia entre el disfrute de las vacaciones y la situación de IT, puede verse en LÓPEZ INSUA, B. M., «Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española», *Aranzadi Social* núm. 10/2013 (BIB 2013/315).

**1. STJCE de 18 marzo 2004 (TJCE 2004/69)**

Esa sentencia tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado núm. 33 de Madrid y establece –para resolver la solicitud de vacaciones de una trabajadora (Sra. Merino) después de la finalización del permiso de maternidad– que el derecho a vacaciones es un principio de Derecho social comunitario que no admite excepciones y que la finalidad de las vacaciones es distinta de la del permiso de maternidad, por lo que no es posible el solapamiento de ambos descansos.

**2. STC 324/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006/324)**

Por su proximidad temporal a la LOI, esta sentencia tiene enorme interés, al resolver un supuesto de coincidencia en una empleada pública del disfrute del permiso por maternidad con las vacaciones anuales. Para alcanzar la conclusión de haberse vulnerado en el caso planteado el derecho fundamental consagrado en el artículo 14 CE, el TC parte de la STC 214/2006, de 3 de julio (RTC 2006/214) en cuyo FJ 3.º se explica que la protección de la trabajadora a través de la garantía constitucional «tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003 de 30 de enero) (...) la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del artículo 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio. Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994 de 7 de junio, FJ 2; 136/1996 de 23 de julio, FJ 5; 20/2001 de 29 de enero, FJ 4; 41/2001 de 25 de febrero, FJ 3 o 17/2003 de 30 de enero, FJ 3).

Con cita de la SSTC 109/1993, de 25 de marzo, (RTC 1993/109) y 214/2006, de 3 de julio (RTC 214/2006) se afirma que para la determinación del alcance de las exigencias que el artículo 14 CE despliega con el fin de hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el ámbito de las relaciones laborales, resulta preciso atender a circunstancias tales como «la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)», de manera que –esta vez con cita de las SSTC 17/2003, de 30 enero (RTC 2003/17) y 161/2004, de 4 de octubre (RTC 2004/161)– «la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado». En este sentido, «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo» [STC 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005/182)].

El Tribunal razona en la STC 324/2006, apegado a los hechos, que la trabajadora ha perdido, como consecuencia de su maternidad, el derecho a las vacaciones, sin que tal pérdida le haya sido compensada de ninguna otra manera. Es cierto que el derecho a vacaciones anuales retribuidas no es absoluto en cuanto a las fechas de su ejercicio, pero «forma parte del núcleo irrenunciable de los derechos propios de un Estado social». Este núcleo esencial no se explica tanto por la referencia constitucional a las vacaciones en el artículo 40.2 CE, sino por el Convenio núm. 132 de la OIT y por la Directiva 93/104/CE, los cuales garantizan el dicho disfrute de un modo absoluto, de manera que supondría una injustificada restricción del mismo permitir el solapamiento de las fechas de las vacaciones con las del disfrute del permiso por maternidad (o de cualquier otra situación derivada de ésta) en la medida en que aquéllas no se disfrutarían en plenitud.

Esta Sentencia no impide el establecimiento de límites al disfrute efectivo de las vacaciones, pero sí matiza que «la protección constitucional de las vacaciones solo permite los límites derivados de su propia naturaleza y finalidad o los que aparezcan impuestos por la necesaria protección de un interés constitucionalmente legítimo, y respetuosos con el principio de proporcionalidad». A este respecto, en cuanto a su naturaleza, «las vacaciones cumplen una función íntimamente ligada a la permanencia en el puesto de trabajo», como lo prueba el hecho de que «el número de días de vacación aparece de manera general vinculado siempre a los de días de duración de la relación laboral». Más aún, «la finalidad originaria del derecho a las vacaciones es la de posibilitar a los trabajadores el período de ocio que se reputa necesario para compatibilizar su vida laboral con el descanso». Es cierto que «la vinculación entre vacaciones y descanso no es única ni exigible, de modo que el período vacacional legalmente previsto es un tiempo caracterizado por la libertad del trabajador para la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [STC 192/2003 de 27 de octubre (RTC 2003/192)]. Así pues, «la vinculación entre descanso y trabajo no sirve como justificación principal de las limitaciones temporales en cuanto al período de disfrute de las vacaciones anuales, sino que éstas traen causa principal en las necesidades de organización de cualquier actividad laboral y de los servicios públicos». El establecimiento del límite de la anualidad para el disfrute de las vacaciones «responde esencialmente a intereses organizativos» y, en ese sentido, «permiten caracterizar las vacaciones anuales retribuidas como un derecho sometido a plazos de ejercicio y caducidad». Sin embargo, la imposición de este plazo al caso planteado supone trasladar a la trabajadora embarazada «un perjuicio laboral a causa de su embarazo y posterior maternidad», que es constitucionalmente ilegítima, pues se debe «a una causa tan íntimamente unida con el sexo como es la maternidad [STC 214/2006, de 3 de julio (RTC 2006/214)]». La baja de maternidad –prosigue el Tribunal– «está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora» No se trata, en este sentido, de proteger a la familia, sino a las madres Y para ello se remite al Considerando 14 de la Directiva 92/85/CEE: la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, hace necesario un derecho a un permiso de maternidad. Las necesidades de organización «no puede(n) operar en contra de la protección a las madres garantizada constitucionalmente. La enfermedad es una contingencia fortuita con determinadas implicaciones desde el punto de vista de los derechos del trabajador, pero en modo alguno se trata de un valor constitucional vinculado con la posición social y laboral de un sexo específico, como es la maternidad, tanto por su valor intrínseco como por las consecuencias que

acarrea para la igualdad de oportunidad laborales de la mujer. En consecuencia, «aunque ciertamente el artículo 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias [STC 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005/182)]. La trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de poder reincorporarse a su puesto de trabajo una vez finalizada la suspensión sin que ésta le ocasione perjuicio alguno.

La sentencia, finalmente, se remite a la STJCE de 18 de marzo de 2004, Asunto 342/01 (Merino Gómez), que ya razonó que «cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad» y ello porque «La finalidad del derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente de la del derecho al permiso de maternidad. Este último tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto» (Considerando 32)<sup>7</sup>.

### 3. STS de 10 de noviembre de 2005 (RJ 2005/10084)

#### 3.1 HECHOS

En el año 2003, la empresa confeccionó el calendario de vacaciones para toda la plantilla, asignando a la trabajadora como período vacacional el comprendido entre el 1 y el 31 de agosto.

El 30 de junio de 2003 la trabajadora se constituyó en incapacidad temporal derivada de enfermedad común, cuando ya estaba en situación de embarazo del que dio a luz, por adelantamiento del parto el día 23 de julio siguiente, fecha, ésta, a partir de la cual se constituyó en situación de baja por maternidad. Al concluir esta última, tras el transcurso del mes de agosto que le había sido asignado para el disfrute de la vacación anual, la empresa le denegó dicho disfrute en un período distinto al inicialmente asignado.

---

<sup>7</sup> Una reflexión sobre esta sentencia y sobre la jurisprudencia del TS que la ha aplicado aunque a supuestos generales de coincidencia de vacaciones con IT, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J. R., «Incapacidad temporal y vacaciones: las plurales interpretaciones por el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Merino», *Justicia Laboral* núm. 28, noviembre de 2006, pp. 5 y ss.

### 3.2 ARGUMENTACIÓN

El TS parte del derecho establecido en el artículo 38 del ET conforme al cual todo trabajador tiene derecho a vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, que habrá de tener una duración de 30 días naturales y que se habrá de fijar en Convenio Colectivo o contrato individual, debiendo planificarse anualmente dicho período de común acuerdo entre el empresario y el trabajador y subsidiariamente por la Jurisdicción Laboral, siendo obligación de la empresa fijar el calendario de vacaciones y que del mismo tenga conocimiento con dos meses de antelación el trabajador. Por otra parte, el apartado 4 del artículo 48 del ET establece la suspensión del contrato de trabajo, con el consiguiente descanso por maternidad, en el supuesto de parto, por lo que, necesariamente, han de compatibilizarse ambos derechos reconocidos en la misma norma laboral básica

La situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, «tampoco puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa».

A juicio del TS «tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador, con aquella otra que se produce con anterioridad al período vacacional y que impide el disfrute de éste en la fecha preestablecida en el calendario previsto, a tal efecto, en la empresa. En este último caso, que es, en definitiva, el que se contempla tanto en la sentencia recurrida como en la que se propone como término referencial, necesariamente, ha de hacerse compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal, sea esta por enfermedad común o por maternidad, con el correspondiente al disfrute de la vacación anual». Prosigue razonando el TS que «la coincidencia en el tiempo de una baja por incapacidad temporal, devenida bien sea de enfermedad común o por maternidad, con el período preestablecido en la empresa para el disfrute de vacaciones, responde a la protección y defensa de un interés jurídico, completamente, distinto al que es propio del descanso por vacación anual». Así, en el primer caso, «lo que se pretende es la atención médica y la curación de un determinado proceso patológico, singularizándose la baja por maternidad por el necesario descanso que la mujer precisa después del parto y en la obligada atención que ha de prestar a la criatura recién nacida, intereses u objetivos, éstos, que son, claramente, distintos del que se protege con la vacación anual y que no es otro que el de propiciar una recuperación,

tanto física como psíquica, tras la prestación, continuada o no, de servicios durante todo el año a la empresa».

Por otra parte, «negar la compatibilidad de la vacación anual con el disfrute del período por baja maternal, supondría establecer una clara discriminación entre el hombre y la mujer, puesto que solo esta última, que teóricamente, al menos, ha de prestar servicios laborales en igualdad de condiciones que el varón, se vería discriminada al ver mermado o suprimido su derecho a la vacación anual a causa de la maternidad». No debe olvidarse, en fin, la necesaria y cada día más exigida compatibilización de la vida familiar con la vida laboral.

El TS contempla finalmente el criterio asentado por la STJUE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69) –Merino Gómez: la maternidad coincidente con el período de vacación anual previsto en la empresa vulnera los derechos de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia, puesto que es acreedora, por esas circunstancias, de un permiso de maternidad. De este modo, el derecho comunitario exige ser interpretado «en el sentido de que la coincidencia entre las fechas del permiso de maternidad de una trabajadora y el de vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla de la empresa a la que, la misma, viene prestando servicios no puede impedir el ulterior disfrute de la vacación anual por parte de la trabajadora que hubo de estar sujeta al período de descanso por maternidad». Además, el artículo 11.2.a) de la Directiva 92/85 establece que, en el caso de maternidad, habrán de respetarse los derechos derivados del contrato laboral, uno de los que, sin duda y de toda relevancia, es el correspondiente al disfrute de la vacación anual. Desde otra perspectiva enjuiciadora, la sentencia del Tribunal Comunitario presenta el interés propio de la perfectiva de los derechos fundamentales: «negar el derecho a la compatibilización de la baja por maternidad con la vacación anual constituiría incurrir en una manifiesta discriminación en el tratamiento jurídico del varón y de la mujer en el desarrollo de la relación laboral».

#### 4. STSJ de Cantabria de 22 de febrero de 2006 (AS 2006/371)

##### 4.1 HECHOS

La trabajadora disfrutó de una licencia por maternidad desde el 13 de junio de 2005 hasta el 2 de octubre de 2005. Posteriormente, y sin solución de continuidad, disfrutó sus vacaciones desde el 3 de octubre de 2005 hasta el 2 de noviembre de 2005.

Antes de la finalización de las vacaciones, la trabajadora recibió una carta de despido en la que se alega que no cumple con el «perfil que la empresa necesita» y que no ha cumplido los objetivos esperados.

## 4.2 ARGUMENTACIÓN

El Tribunal lacónicamente adelanta el fallo: «Procede la nulidad del despido puesto que al estar la actora en el período en que tiene derecho al permiso de lactancia no tiene sentido haberlo solicitado, al no haberse reincorporado a la empresa por estar de vacaciones». Para ello, trae como fundamento doctrina constitucional sobre discriminación de la mujer por razón del embarazo y maternidad extensivo al permiso de lactancia, y así, la STC 175/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 175) en su F.3 ha señalado: «hemos de comenzar recordando que el artículo 14 CE (RCL 1978, 2836), junto a la cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley con el que inicia su contenido, contiene la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación que representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE [SSTC 128/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 128), F. 5; 166/1988, de 26 de septiembre (RTC 1988, 166), F. 2; 145/1991, de 1 de julio (RTC 1991, 145), F. 2; 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17), F. 3]. En este sentido, este Tribunal 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 CE, como por ejemplo, la discriminación por razón de sexo [entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 128), F. 6; 207/1987, de 22 de diciembre (RTC 1987, 207), F.2; 145/1991, de 1 de julio, F.3; 147/1995, de 16 de octubre (RTC 1995, 147), F. 2; 126/1997, de 3 de julio (RTC 1997, 126), F. 8]. (...) En el fundamento 4, se establece la doctrina siguiente: “También conviene traer a colación la doctrina de este Tribunal relativa a la inversión, de la carga de la prueba en casos como el presente en el que se alega que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado. En virtud de dicha inversión incumbe al autor de la medida la carga de probar que obedece a motivos razonables y ha sido ajena a todo

propósito atentatorio a un derecho fundamental. Sin embargo para que opere este desplazamiento de la carga probatoria no basta que el actor la tache de discriminatoria sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato. Ahora bien, una vez producida esta prueba indiciaria, el demandado asume ya la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Por este motivo es exigible un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de la discriminación [por todas, STC 171/2003, de 29 de septiembre (RTC 2003, 171), F. 3]”».

A partir de la doctrina constitucional citada, la Sala alcanza la conclusión de que «la carta de despido encubre en realidad una conducta lesiva a los derechos fundamentales de la afectada y ello es así porque la demandante venía trabajando con categoría profesional de gerente desde el 4-07-03 (contrato eventual) y con fecha 3 de enero de 2004 pasó a fija de plantilla trascurriendo normalmente su vida laboral en la empresa, sin duda a satisfacción, no existe al menos cuestión alguna que haga presumir lo contrario y es cuando ha pasado más de un año y seis meses cuando tienen lugar los hechos que han quedado reflejados al principio del fundamento, concluyendo con el despido una vez que la actora había iniciado las vacaciones reglamentarias.

Esta realidad encubierta puede lesionar el derecho constitucional a la igualdad [art. 14 CE (RCL 1978, 2836)] y generar un indicio razonable de sospecha, apariencia o presunción de que se infringe ese derecho, por lo que ha de invertirse la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa acreditar la falta de perfil para el trabajo que tiene la actora, lo que no ha hecho, ni se ha tratado de acreditar, así como la imputación de la carta de despido, cuando afirma que no se han cumplido los objetivos que se esperaban de la demandante, desconociéndose cuáles son esos objetivos de rentabilidad». Por consiguiente, y al no haber acreditado la empresa «la existencia de causa alguna seria y real, que hubiera permitido destruir la apariencia discriminatoria creada y alcanzar la necesaria convicción de que su decisión había sido ajena a todo propósito atentativo del derecho fundamental, al no tener el despido por causa el derecho de lactancia», el despido debe declararse nulo.

## 5. STSJ de Galicia de 29 de septiembre de 2015 (AS 2015/1921)

### 5.1 HECHOS

La trabajadora disfrutó de permiso de maternidad hasta el 15 de agosto de 2014. El 1 de julio solicitó el permiso de lactancia acumulado, desde el 16 de agosto al 30 de agosto. Posteriormente solicitó las vacaciones del año 2014 (del 31 de agosto de 2014 al 14 de septiembre de 2014) y reducción de jornada para cuidado de hijo. Todas las pretensiones fueron estimadas por la empresa.

El 10 de septiembre de 2014 la empresa comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato de trabajo, al amparo del artículo 52 c) del ET.

### 5.2 ARGUMENTACIÓN

El Tribunal considera el artículo 17.1. II del ET en la redacción dada por la LOI, a cuyo tenor «serán igualmente nulas... las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». Para la Sala «son meridianamente claras estas normas tanto en cuanto a aplicación de la garantía frente a represalias por ejercicio extrajudicial de los derechos de igualdad –que se contempla expresamente en el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE (LCEur 2006, 1696), en el artículo 9 de la LOIEMH y en el artículo 17.1. II del ET (RCL 1995, 997)– como en cuanto al objeto de esa garantía definido como “(el) principio de igualdad de trato” –artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE–, como “el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres” –artículo 9 de la LOIEMH– o como “el principio de igualdad de trato y no discriminación” –artículo 17.1. II del ET (RCL 1995, 997)–, lo que incluye dentro del ámbito objetivo de la garantía a los derechos de maternidad, como expresamente se afirma en el artículo 8 de la LOIEMH, y a los derechos de conciliación dado que la LOIEMH los regula en su texto y, según su artículo 44.1, se evitará “toda discriminación basada en su ejercicio”».

La aplicación de estas normas al caso planteado determina «la apreciación de indicios o principio de prueba de un panorama discriminatorio por razón de sexo, pues la trabajadora demandante es precisamente despedida después de haber solicitado y disfrutado sin solución de continuidad su licencia de maternidad y el permiso de lactancia de manera acumulada, y des-

pués de haber solicitado el acoplamiento de las vacaciones al permiso de lactancia y una reducción de jornada por guarda legal, sin que se le haya reconocido ese acoplamiento de las vacaciones en los términos solicitados, y sin que llegue realmente a disfrutar ni de las vacaciones en los términos concedidos por la empresa ni efectivamente de la reducción de jornada por guarda legal, dado que es simultáneamente despedida, suponiendo ello una llamativa conexión temporal entre el ejercicio de los derechos derivados de la maternidad de la trabajadora demandante, así como de los derechos de conciliación a que legalmente ostenta derecho, con las retenciones empresariales en orden al ejercicio de dichos derechos y más aún con la decisión de despido».

Frente a este panorama discriminatorio, la empresa alega causas económicas que remontan a los dos ejercicios anuales anteriores al despido, lo que supone «más de ocho meses después de los últimos datos económicos alegados por la empresa». Esta realidad, a juicio de la Sala, «muy lejos de desvirtuar el panorama discriminatorio, lo corrobora en cuanto hace sospechar la utilización apresurada de la causa de despido objetivo más a mano sin siquiera molestarse en mayores precisiones acerca de su mantenimiento en el momento del despido».

En fin, desde una óptica puramente procesal, no basta la alegación «en términos generales (de) causas económicas», pues es necesario justificar –a fin de evitar las consecuencias de los indicios– que esas causas económicas se proyectan individualizadamente sobre la trabajadora.

## 6. STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2015 (AS 2015/325)

### 6.1 HECHOS

Demanda de conflicto colectivo en la que se solicita la interpretación de un precepto convencional, a cuyo tenor «el trabajador, previo aviso y justificación, tendrá derecho a permisos retribuido durante el tiempo y supuestos siguientes: Nacimiento o adopción: cuatro días laborables». La empresa interpreta que si cuando se inicia el permiso el trabajador no está de vacaciones y las inicia después, el permiso no se interrumpe y conserva las vacaciones. Por el contrario, entiende que, si la causa del permiso se origina una vez iniciado el periodo de vacaciones, éstas no se interrumpen y se pierde el permiso retribuido por nacimiento.

## 6.2 ARGUMENTACIÓN

Para el Tribunal, la doctrina judicial mayoritaria interpretativa del artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) exige una razonable inmediación entre el hecho causante del permiso por nacimiento de hijo y su disfrute, y ello resulta decisivo a la hora de considerar su eventual consunción si el hecho causante acaece durante las vacaciones». Con independencia de lo anterior, el convenio colectivo puede establecer la «inmunidad del permiso a los periodos de descanso, incluyendo vacaciones», y, a juicio de la Sala, eso es lo que ocurre en el caso que se plantea, donde se establece un permiso por nacimiento de hijo u adopción de 4 días laborables.

El Convenio, para el TSJ, se alinea claramente con las finalidades de la LOI: «mientras el permiso por nacimiento de hijo contemplado en el artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) es una interrupción retribuida del contrato de trabajo dirigida, por su escasa duración y por su hecho causante, a que el padre trabajador –pues la madre trabajadora en caso de nacimiento de hijo a lo que tendría derecho es a la licencia de maternidad– celebre el nacimiento del hijo y realice ciertas gestiones –como la inscripción del nacimiento en el registro civil–, el permiso por nacimiento de hijo o adopción establecido en el (...) convenio acredita una finalidad de mayor alcance vinculada a la consideración de los derechos de conciliación como derechos tendentes a favorecer la corresponsabilidad de los progenitores varones en línea con lo establecido en el artículo 44 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres». Esta finalidad de mayor alcance vinculada a la corresponsabilidad cristaliza «en el compromiso con la igualdad de los negociadores colectivos, que se manifiesta en la existencia de un Capítulo (...) expresamente dedicado a la «igualdad efectiva (de) mujeres y hombres» (...), que obviamente se debe interpretar en el contexto de la normativa legal sobre la igualdad de género donde –como ya se ha dicho– la corresponsabilidad de los progenitores varones se erige en una finalidad legislativa de primer orden (...), y desde una perspectiva más concreta, en la propia letra del (...) convenio (...), que contiene, aparte la extensión del hecho causante a la adopción, otras dos mejoras evidentes con respecto a la regulación legal del artículo 30.1.b) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) dirigidas claramente a la finalidad de la corresponsabilidad: la primera es la ampliación de la duración del permiso a cuatro días, con lo cual de nuevo se supera claramente la finalidad tradicional del permiso por nacimiento de hijo para atribuirle una finalidad de corresponsabilidad; y la segunda, que va en la

línea de la anterior y que resulta ya totalmente decisiva, es que la duración del permiso se computa en días laborables».

Parece claro, pues, que la intención de los negociadores colectivos fue «blindar el permiso por nacimiento de hijo o adopción a los descansos semanales y a los días festivos y, por la misma lógica, también a las vacaciones, es decir a conceder, precisamente con la finalidad de fomentar la corresponsabilidad, cuatro días netos sea cual sea el momento en que se produzca el hecho causante».

### III. CONCLUSIONES

El hito que ha supuesto la LOI en la materia sustancialmente regulada se ha visto notablemente enriquecida con la multitud de criterios judiciales de todo orden que ha han interpretado y aplicado, al tiempo que sus elementos básicos se han reforzado por el impacto de la jurisprudencia comunitaria.

En materia de vacaciones, la reforma del artículo 38.3.2.º del ET por la DA 11.ª de la LOI ha dado lugar a una eficaz implantación del principio de incompatibilidad entre el disfrute de los derechos derivados de la maternidad y el disfrute de las vacaciones, y ello no solo por la explicación que puede hallarse en las normas comunitarias, que vinculan las vacaciones con el descanso obligatorio desde la óptica de la prevención de riesgos laborales y de los valores fundamentales y principios esenciales del Derecho Social Comunitario sino también por la abundancia de criterios judiciales (tanto del TJUE como también del TC) que, al hilo de la resolución de casos de coincidencia del período vacacional con situaciones de IT, han establecido también la obligatoriedad de su disfrute separado, pues son distintas las causas y las motivaciones en cada caso.

### BIBLIOGRAFÍA

- CHARRO BAENA, P., y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral», *Revista del Ministerio e Inmigración* núm. extra 3, 2007.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., y MERCADER UGUINA, J. R., «Incapacidad temporal y vacaciones: las plurales interpretaciones por el Tribunal Supremo de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Merino», *Justicia Laboral* núm. 28, noviembre de 2006.

■ UN DECENIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL SOBRE LA LEY DE IGUALDAD...

LÓPEZ INSUA, B. M., «Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española», *Aranza-di Social* núm. 10/2013 (BIB 2013/315).

SEMPERE NAVARRO, A. V., y CHARRO BAENA, P., «El régimen jurídico de las vacaciones desde la perspectiva del Derecho Social Comunitario», en Areta Martínez, M., y Sempere Navarro, A. V. (Dirs.), *Cuestiones actuales sobre derecho social comunitario*, Laborum (Murcia), 2009.

Hace algo más de una década (coincidiendo con el «Año Europeo para la Igualdad de Oportunidades para todos») se incorporaba a nuestro ordenamiento la Ley Orgánica 3/2007, de 3 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI).

Parece oportuno que superada esta efeméride se vuelva sobre ella. Se hace en un momento en que numerosos movimientos empoderan a la mujer y empujan, de manera más decidida que nunca, hacia la igualdad efectiva entre géneros ante la falta de resultados reales en ciertos ámbitos. La brecha salarial o el techo de cristal son construcciones propias del ámbito laboral (profesional, si se quiere) y que han obtenido carta de naturaleza en el lenguaje y las relaciones sociales comunes.

Esa confluencia paradójica (por un lado, ha transcurrido ya un tiempo razonable para decantar el alcance de los preceptos; por otro, la materia está de máxima actualidad) genera una excelente oportunidad para abordar un examen como el que propone la presente monografía. No se pretende aquí abordar una hermenéutica lineal, un comentario sistemático y detallado de cada uno de los apartados de la LOI. El objetivo perseguido es distinto, más pragmático y apegado a la práctica jurídica.

Atenta a la doctrina de los tribunales en el orden social, sin que falten algunas referencias en el campo contencioso-administrativo o a otros órdenes, esta monografía persigue una aportación al valor inmediato del texto, a su incidencia en el caso individualizado y concreto. A lo largo de ella se examinan los diversos núcleos temáticos que la LOI reforzó o desentrañó y que se han estructurado en treinta y dos capítulos: acoso sexual; acoso por razón de sexo; clasificación profesional; contratación; descanso semanal; discapacidad; discriminación directa; discriminación indirecta; discriminación por asociación; discriminación por embarazo; discriminación por maternidad; excedencia forzosa; excedencia voluntaria; jornada; movilidad funcional; Movilidad geográfica; ordenación del tiempo de trabajo; paridad representativa; periodo de prueba; permiso de lactancia; permiso de paternidad; permiso por maternidad; permiso por razones de guarda legal; planes de igualdad; promoción profesional; pruebas de selección; reducción de jornada; retribución; salud laboral; suspensión de contrato por parto o hijo fallecido; trabajo a tiempo parcial y vacaciones.